

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI NO : 524
AÜHF. DÖNER SERMAYE YAYINLARI NO : 39

**Yargıtay'ın 128'inci
Ankara Üniversitesi'nin 50'nci
A.Ü. Hukuk Fakültesi'nin 70'inci
Kuruluş Yıldönümü**

ORTAK BİLİMSEL TOPLANTI
(23-24 Mayıs 1996)

BİLDİRİLER

Ankara - 1997

ISBN : 975 482 420 7

Toptan veya Perakende İsteme Yeri :
ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
(DÖS) KİTAP SATIŞ YERİ :

Cebeci-ANKARA

Tel : (0312) 319 11 50 Fax : (0312) 363 56 96

Kapak-Dizgi ve Mizanpaj : A.Ü. Hukuk Fakültesi
Baskı ve Cilt : Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti. ANKARA

İÇİNDEKİLER (*)

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (A.Ü.H.F. Dekanı).....	V
Prof. Dr. Günal AKBAY (A.Ü. Rektörü).....	VII
Müfit UTKU (Yargıtay Birinci Başkanı).....	IX

BİLDİRİLER

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Medenî Kanun'un 134'üncü Maddesine Göre Boşanma ve Boşanmada Tazminat ve Nafaka.....	1
---	---

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU

Eşler Arasında Mal Rejimi ve Yeni Bir Öneri.....	17
--	----

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

İfade Hürriyeti.....	55
----------------------	----

Doç. Dr. Sami SELÇUK

Adam Öldürme Kastını Belirleme Yetkisi Duruşma Yapan Yargı Organınıdır.....	63
--	----

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Ceza Hukukunda Memur Kavramı.....	75
-----------------------------------	----

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ

Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri.....	89
---	----

Prof. Dr. Seyfullah EDİS

Yüksek Yargı Kararlarında Ayrık Veya Kişisel Görüşlerin Yer Alması Hakkında Düşünceler.....	135
--	-----

(*) Bildiriler üzerinde yapılan tartışmalar, teknik sebeplerden dolayı yayımlanamamaktadır.

Prof. Dr. Mehmet Handan SURLU

Mer'a Davaları ve Mer'aların Özel Mülkiyete
Dönüşümünü Öngören Düzenlemeler.....151

Prof. Dr. Bilâl KARTAL

Basın - Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı
ve Hukukî Sorumluluk177

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

Sayın Yargıtay Birinci Başkanı, Üniversitemizin sayın Rektörü, Askerî Yüksek İdare Mahkememizin ve Askerî Yargıtayımızın sayın Başkanları, sayın Dekanlar, değerli meslektaşlarım, değerli dinleyiciler.

Bu bilimsel toplantımızı büyük Atatürk'ün yeni devletin yeni, çağdaş hukukunu öğrenip bilinçle uygulayacak hukukçular yetiştirmek amacıyla açtığı Fakültemizin 70. kuruluş yılı olan 1995 yılında yüksek mahkememiz Yargıtay ile birlikte yapmayı düşünmüştük. Toplantının gerçekleşmesinin Yargıtayımızın 128., Üniversitemizin 50. kuruluş yılına rastlaması bizleri ayrıca mutlu etmiştir. İki gün sürecek özel hukuk, ceza hukuku ve yargılama hukuku konularında on tebliğin sunulacağı, yetkin hukukçuların katılmasıyla tebliğ konularının tartışılacağı, yargılama hukuku ve uygulaması konusunda yapılacak bir açık oturumla tamamlanacak olan bu bilimsel toplantının gerçekleştirilmesindeki katkılar için sayın Yargıtay Birinci Başkanı'na, sayın Rektör'ümüze, sayın Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı'na, bilimsel toplantımıza tebliğ sunacak olan sayın Yargıtay üyelerine ve değerli öğretim üyelerimize teşekkürlerimi sunarım. Hukuk Fakülteleri öğretim üyeleriyle yargı mensuplarının, özellikle yüksek mahkemeler hâkim ve savcılarının bilgi ve deneyimlerini karşılıklı olarak birbirlerine sunmaları her zaman dile getirilen, değişmez isteğimiz olmuştur. Hattâ hukuk sistemlerini tanıdığımız pek çok ülkede olduğu gibi, hukuk bilgilerini deneyimleriyle zenginleştirmiş yüksek mahkeme üyelerinin hukuk öğretiminde, hukuk fakültelerinin öğretim üyelerinin mahkeme ve yüksek mahkemelerde, yapılacak anayasa ve yasa değişiklikleriyle, görev alabilmelerinin yararları konusunda yargı ve hukuk konularında yapılan bütün toplantılarda genellikle görüş birliği içinde olunmuştur. Bu kapsamda bir karşılıklı yardımlaşma, görev alma koşulları gerçekleşinceye kadar hukuk araştırmacı ve öğreticileriyle hukuk uygulayıcılarının bu tür toplantılarda birbirlerinin eksik bilgilerini tamamlamaları, deneyimlerini birbirlerine aktarmaları kaçınılmazdır. Bu yolla uygulamacı meslektaşlarımız araştırmacıların görüşlerinden ve araştırma sonuçlarından yararlanabilecekler, araştırmacı ve öğreticiler de uygulamacıların hukuk kurallarına ilişkin yorumlarından, somut uyuşmazlıkları çözmek için ortaya koydukları değerli kararlardan yararlanacaklardır. Hiç kuşkusuz, hukuk ve uygulamasına ilişkin konularda yapılacak yayınlar da bu karşılıklı işbirliği ve dayanışma için kaçınılmazdır. Bu yollarla yapılacak

karşılıklı yardımlaşma sonucunda hukukumuz daha çağdaş duruma getirilecek, yargı kararları daha doyurucu ve güven verici olacaktır. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun amaç başlıklı 4. maddesinde, yüksek öğretimin amaçları sayılırken, yüksek öğretim kurumları, yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak, bilgi ve teknoloji üretmek, bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olmak, yurtiçi ve yurtdışı kurumlarla işbirliği yapmak, bu yolla çağdaş gelişmeye katkıda bulunmak temel amaçlar olarak belirlenmiştir. İşte, bu ortak bilimsel toplantımız, bu amaç doğrultusunda Yargıtayımızla birlikte gerçekleştirmekte olduğumuz bir çalışmadır. Bu çalışmanın başarılı olması yüksek öğretim kurumu olan Fakültemizin Kanunda gösterilen bu amaca ulaşma yönünde bir adım atması anlamına gelecektir. Bu bilimsel toplantımızda güncel hukuk sorunlarına ışık tutacak, tebliğleri sunacak, tartışmalara katılacak, açık oturumda görüşlerini açıklayacak olan çok değerli Yargıtay üyeleriyle öğretim üyelerimiz hukukun gelişmesine ve gündemde bulunan hukuk reformu çalışmalarına katkıda bulunacaklar, yargının amacına ulaşmasına hizmet edeceklerdir. Bu tür ortak bilimsel toplantıların Yargıtayımız ve diğer yüksek mahkemelerimiz ile daha sık yapılması dileği, bu toplantının amacına ulaşacağı umudu ile tüm katılanlara teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Prof. Dr. Günal AKBAY

Sayın başkanım, değerli konuklarımız, değerli meslekdaşlarım, sevgili gençler, Üniversitemizin 50., Yargıtay'ın 128., Fakültemizin 70. kuruluş yılında gerçekleşen bu güzel etkinlik için bu etkinliği hazırlayan değerli arkadaşlarıma teşekkür ederek sözlerime başlıyorum ve sizlerle birlikte olmanın mutluluğunu aktarmak istiyorum.

Üniversitelerimizin ilk fakültelerinden biri olan Hukuk Fakültemizin ülkemizin güzide kurumlarından birisi olan Yargıtayımızla birlikte düzenlemiş bulunduğu bu toplantı hukuk sistemimizde yapılacak yeni düzenlemelerin tartışıldığı bir dönemde gerçekleştirildiği için ayrı bir önem taşımaktadır. Bir kaç yıldan beri gerek küresel değerler gerekse Avrupa entegrasyonunun ortaya çıkardığı yeni koşullar açısından Türk hukuk düzenimiz yeniden değerlendirilmektedir. Hukuk düzenimiz, bu yeniden değerlendirmeyi ve düzenlemeyi sağlayacak yapıya sahiptir. Elbette bu çalışmalarda ülkemizin en köklü yargı kuruluşlarından biri olan Yargıtayımızın önderliği büyük rol oynayacaktır. Bir yandan çağdaş hukuk düzeninin temsilcisi olan hukuk fakülteleri, öte yandan millî hukukun ülkede bir bütün olarak ve her zaman daha iyi ve daha adil uygulanmasını görev olarak üstlenmiş olan Yargıtayımız ve diğer yüksek yargı organlarımız çalışmalarlarıyla Türk hukukunu çağdaş çizgiye çekmekte sürekli başarı sağlamışlardır. Hukuk düzenimizin bu temel kurumlarının işbirliği içinde gerçekleştirecekleri bu çalışma, Türk hukuk düzeninin ileriye dönük atılımlarında çağdaş boyutları hızla ülkemize getirecektir. Bu vesile ile Yargıtayımızın 128. ve Hukuk Fakültemizin de 70. kuruluş yıldönümlerini candan kutluyorum. İki gün sürecek olan bu ortak bilimsel toplantıda değişik konularda değerli hukukçularımızın sunacakları tebliğler bizleri aydınlatacak ve yapılacak olan tartışmalar Türk hukuk sisteminin

gelişmesi için yeni çalışmanın başlangıcı olmasını ve Üniversitemizin gururu Hukuk Fakültemizin birikimleriyle ülkemizin güzide hukuk kurumlarının deneyimlerinin en iyi şekilde değerlendirilmesini diliyorum, tüm katılanlara saygılarımı sunuyorum.

Müfit UTKU

Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım,

Yargıtay'ın 128., Ankara Üniversitesinin 50. ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 70. kuruluş yılları ile Türk Medenî Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun 70. yürürlük yılları nedeniyle düzenlenmiş olan bu bilimsel toplantıya hoşgeldiniz. Çok geniş uygulama faaliyeti yanında hukukla ilgili bir çok bilimsel çalışma ve toplantıyı da tek başına veya diğer kuruluşlarla birlikte düzenleyen Yargıtay, bugün de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile birlikte bu ortak bilimsel toplantıyı düzenlemiş bulunmaktadır. Hukuk uygulamasında birlik, denetleme ve özellikle içtihat yolu ile hukuk yaratma fonksiyonlarına en yüksek düzeyde sahip olan Yargıtay, bilim kuruluşlarımız, fakülte ve üniversitemizle her zaman bu tür ortak bilimsel toplantılar yapmaya hazırdır. Ülkemizin Gümrük Birliği'ne girdiği, pek yakında da Avrupa Birliği'ne gireceği göz önüne alırsa, üniversitemiz ve özellikle de hukuk fakültelerimiz ile Avrupa Birliği Hukuku üzerine ortak çalışmalara başlama zamanı gelmiştir. Yargıtay'ın, diğer yüksek yargı organlarının, adli teşkilâtın pek çok üye ve hâkimini yetiştirmiş olan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bizzat Ulu Önder Atatürk'ün de belirttiği gibi, Cumhuriyetin müeyyidesidir. Bu Cumhuriyet, hukukun üstünlüğüne dayanan lâik ve demokratik Türkiye Cumhuriyetidir. Büyük Atatürk, bu Fakülteyi Türk Hukuk Devrimini yayıp geliştirecek, hukuk devleti fikrini egemen kılacak hukukçular yetiştirmek için kurmuştur. Büyük bir gurur ve iftiharla belirtmek isterim ki, bu Fakülteden yetişen, mezun olan hukukçular bugüne kadar bu görev ve misyonlarını başarı ile yerine getirmişlerdir. Ülkemiz, uluslararası camianın etkin bir üyesi olmuştur. Bir çok ülke ve kuruluş ülkemizde yatırım yapmakta, kamu ve özel sektöre mensup kuruluşlarla ortak ekonomik faaliyette bulunmaktadır. Bu tür uluslararası ekonomik ve ticarî işleri konu edinen sözleşmeler, çıkacak uyuşmazlıkları çözmek için özel hâkem kaydını içermektedir. Diğer taraftan yukarıda da kısaca temas ettiğim gibi, ülkemiz Gümrük Birliği'ne girmiş; çok kısa bir zaman sonra da Avrupa Birliği'ne girecektir. Bu vesile ile vurgulayarak önemle belirtelim ki, Avrupa Birliği devletlerinin sınırları içinde bir Avrupa Birliği Hukuku doğmuştur. Birlik devletlerinin kuruluş ve kişilerinin ve hattâ vatandaşlarının bir çok hukukî ilişkileri

artık bu Avrupa Birliği Hukuku'na tâbi bulunmaktadır. Bu nedenle hiç zaman kaybetmeden bugünden itibaren Türk Hukukçularının da Avrupa Birliği Hukuku'nu öğrenmesi ve çıkacak uyuşmazlıklarda bu hukuku uygulamaya hazır olması gerekmektedir. İşte bu nedendir ki, yabancı dile dayalı hukuk fakülteleri kurmalı veya hiç olmazsa mevcut hukuk fakültelerimizde geniş kapsamlı yabancı dil eğitimi ile birlikte aslî ders olarak Avrupa Birliği Hukuku derslerini okutmaya başlamalıyız. Bu arada sayıları giderek artan hukuk fakültelerinde, hukuk eğitiminin kalitesine de ağırlık vermenin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğuna işaret etmek istiyorum. Bu bağlamda yukarıda zikrettiğim Avrupa Birliği Hukuku yanında Tüketici Hukuku, Çevre Hukuku, Seyahat Hukuku, Maden Hukuku, İmar Hukuku gibi bazı yeni hukuk dallarının da hukuk fakültelerinin ders programlarına alınmasını özellikle tavsiye ediyorum. Uza-yan adalet adalet değildir. Bu gerçekten hareketle Yargıtay'ın değerli başkan ve üyeleri, tetkik hâkimleri, yazı işleri personeli gece gündüz demeden uzun ve yorucu çalışmalardan sonra davaların temyiz safhasını son derece kısaltılmış, özel dairelerle genel kurullarda dosyalar normal sürelerinde sonuçlanır hale gelmiştir. Bugün Yargıtay'ın bir çok daire-sinde bir dava dosyası 15-20 gün içinde görüşülerek sonuçlandırıl-maktadır. Aynı sürat ve hızın yerel mahkemelerde de sağlanması için ge-rekli hukuk ve adalet reformunun bir an önce gerçekleştirilmesini bek-lemekteyiz. Bilgisayar, Yargıtay uygulamasına alınmıştır. İsteyen her hu-kukçu veya vatandaş modem ya da internet kanalıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme, Genel Kurul ve emsal kararlarını anında bulabilecektir. Bu-rada konuşmama son verirken, Yargıtay ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından birlikte düzenlenen bu ortak bilimsel toplantının Türk Hukukuna yararlı olmasını diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

**MEDENİ KANUN'UN 134'ÜNCÜ MADDESİNE GÖRE BOŞANMA
VE BOŞANMADA TAZMİNAT VE NAFKA**

Bildiriyi Veren
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Toplantı Yeri : A.Ü. Hukuk Fakültesi
Toplantı Başkanı : **Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK**
23 Mayıs 1996, Saat: 9.30 - 9.45

MEDENİ KANUN'UN 134'ÜNCÜ MADDESİNE GÖRE BOŞANMA VE BOŞANMADA TAZMİNAT VE NAFAKA

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN(*)

Sayın konuklar,
Değerli meslektaşlarım,
Sevgili öğrenciler

Konuya girmeden önce, konunun mevcut süre içinde açıklanmasının fiilen mümkün olmaması nedeniyle, sadece bazı temel noktalar üzerinde duracağımı peşin olarak belirtmek isterim.

1- Medenî Kanun'un 134'üncü Maddesine Göre Boşanma

Aile Hukuku'nda düzenlenen ve uygulamada büyük önem taşıyan müesseselerden biri de boşanma müessesesidir. Her ne kadar evlenme akti kurulurken evliliğin sürekli olması, hayat boyu devam etmesi ve ölümle sona ermesi arzulanırsa da, bazen bu aktin, ölümden önce sona erdirilmesi kaçınılmaz olur. Evlenmenin sona erdirilmesi sebepleri arasında boşanma en önemli yeri işgal eder. Boşanmanın boşanan kişilerin menfaatleri yanında kamu düzenini de yakından ilgilendirdiği görüşünü kabul eden kanunkoyucu boşanma sebeplerini tahdidi olarak belirtmiştir. Medenî Kanun'da düzenlenmiş olan boşanma sebepleri değişik şekillerde gruplandırılabilir. Bu gruplandırma şekillerinden biri de Kanundaki mevcut sebeplerin özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebebi şeklindeki gruplandırmasıdır.¹ Kanunkoyucu boşanma sebeplerinin bazılarını tek tek belirtmiş, fakat isabetli olarak sayma yoluna gitmenin ihtiyaçları karşılayamayacağı görüşünden hareketle, özel boşanma sebepleri yanında

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Ayrımlara ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. *Yalçınkaya, N./Kaleli, Ş.:* Boşanma Hukuku, Ankara 1987, s.583; *Hatemi/Serozan,* Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.218 vd.

genel boşanma sebebine de yer vermiştir. Nitekim, boşanmaların 90 %'i genel boşanma sebebine dayanılarak gerçekleştirilmektedir².

Genel boşanma sebebinin düzenlendiği Medenî Kanun'un 134'üncü maddesi aile hukuku alanında mevcut yeni bazı akımların da etkisiyle 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramış³; maddenin birinci ve ikinci fıkralarının muhtevaları değiştirilmiş ve maddeye iki yeni fıkra eklenmiştir. Değişik 134'üncü maddenin birinci ve ikinci fıkraları evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak boşanma davasının açılmasında kusur prensibinden hareket ederken, üçüncü ve dördüncü fıkralar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusur prensibini aramamıştır. Maddeye eklenen üçüncü fıkra ile daha önce kanunda mevcut olmayan "anlaşmalı boşanma" ve maddenin dördüncü fıkrası ile yine Kanunda yer almayan "fiilî ayrılığa dayanan boşanma" hükme bağlanmıştır

Medenî Kanun'un 134'üncü maddesinin birinci fıkrası ile boşanma davası açmak hakkı kural olarak kusursuz veya diğer eşe nazaran daha az kusurlu eşe tanınmıştır. Nitekim daha fazla kusurlu olan eşin boşanma davası açması halinde kusuru daha az olan eşin açılan davaya itiraz edebileceği ikinci fıkroda açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu fıkroda davayı diğer eşe nazaran daha fazla kusuru olan eşin açması durumunda ise, açılan davaya kusursuz veya dava açan eşe nazaran daha az kusurlu olan eşin itiraz etmemesi halinde, hâkimin davaya bakmakla yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir⁴. Kanunda hernekadar "itiraz" kelimesine yer verilmişse de böyle bir düzenlemenin kanunkoyucunun maddenin hazırlanışında gerekli itinaı göstermemesinden kaynaklandığı kanaatındayız. Titiz bir kanunkoyucunun burada "itiraz" değil, "def'i" kavramına yer vermesi gerekirdi⁵. Bu nedenle fıkradaki "itiraz" kavramını, teknik anlamdaki "def'i" olarak anlamak gerekir. Maddede bu kelimeyle sadece

2 Boşanma İstatistikleri-Başbakanlık İstatistik Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992.

3 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49'uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (RG., 12.5.1988, no.19812).

4 2.HD 23.10.1990, 7962/5801 (IBD 1991, s.740).

5 *Oğuzman/Dural*, Aile Hukuku, İstanbul 1994, s.126; *Yalçınkaya/Kaleli*, s.2049; Kanunkoyucunun bilerek itiraz kavramına yer verdiği yolunda bkz. Hatemi/ Serzan, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.234; *Zevkliler*, Aydın, Medenî Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1989, s.903; Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku İstanbul 1989 s.173; *Akıntürk*, Turgut: Aile Hukuku Ankara 1996, s.232.

kişinin savunmaya ilişkin bir hakkının bulunduğu belirtilmek istenmiştir⁶.

Kanunkoyucunun getirdiği diğer bir değişiklik ise, kusuru daha fazla olan eşin açtığı boşanma davasına karşı, kusuru daha az olan davalı eş tarafından ileri sürülen defî dermeyanın hakkın kötüye kullanımı niteliği taşımamasına ilişkindir. Kanunkoyucu defî dermeyanın hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıması halinde, hâkimin defî dermeyanı gözönünde tutmamasını istemiştir. Maddedeki bu ifade şu soruyu beraberinde getirmektedir. Acaba hâkim defî dermeyanın hakkın kötüye kullanılması halini teşkil edip etmediğini sadece diğer eşe nazaran daha az kusurlu eşin defî dermeyanında bulunması halinde mi gözönünde tutacaktır?. Yoksa hâkim tamamen kusursuz eşin defî dermeyanını da bu dermeyanın hakkın kötüye kullanılması halini teşkil edip etmediğini de inceleyecek midir? Bizim görüşümüze göre, kanun- koyucu getirdiği yeni düzenleme ile boşanmada kusur unsurunu büyük ölçüde sınırlamak istemektedir. Nitekim kanunkoyucu kusur unsurunun aranmasını itiraz olmaktan açıkça çıkarmış; daha az kusurlu olan eşe kusurun ileri sürülmesinde sadece bir defî dermeyanı hakkını tanımış; ayrıca ileri sürülen defî, hakkın kötüye kullanılması ilkesi ile (MK 2/II) çatışmasını istemiştir. Bu itibarla bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespitinde kusur unsuru üzerinde durulmamalıdır. Dolayısıyla defî dermeyanında bulunan eş kusursuz da olsa defî hakkını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, hakim bu defî dermeyanı nazarı itibare almamalıdır.

Maddede "itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir" ibaresi yer almaktadır. Kanunkoyucunun bu fıkrayı düzenlerken de gereken ihtimamı göstermemiş olduğu görülmektedir. Zira bir hakkın kötüye kullanılması halinde onun korunmayacağı kanunkoyucu tarafından Medenî Kanun'un 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır. O halde bir hakkın korunmaması için o hakkın kötüye kullanılması yanında ayrıca diğer bazı unsurların da aranması hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Fıkra evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar açısından bir yarar kalmamış olması ibaresine yer verilmiş olması kanunkoyucunun sadece hangi durumlar da hakkın kötüye kullanılmış sayılması gerektiği hususunda hâkime örnek vermek içindir. Yoksa hakkın kötüye kullanımı yanında, diğer bazı unsurların varlığı da ayrıca aranmayacaktır⁷.

⁶ Yalçınkaya/Kaleli, s.2049.

⁷ Oğuzman/Dural, s.126-127; Yalçınkaya/Kaleli, s.392.

Maddenin üçüncü fıkrası tarafların her ikisinin de boşanmayı istemesi halinin bir boşanma sebebi sayılacağına ilişkindir. Fıkra ilk bakışta sanki tarafların keyfi istekleri doğrultusunda boşanmaya yer vermiş gibi görünüyorsa da, aslında kanunkoyucu bu fıkroda tarafların keyfi boşanma isteklerini gözönünde tutmuş değildir. Fıkroda maddenin diğer fıkralarında olduğu gibi prensip, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır⁸. Ancak kanunkoyucu kendisi tarafından öngörülen şartların varlığı halinde evlilik birliğinin sarsılmış bulunduğu yolunda bir karineye yer vermiştir. Bu karineyi de kesin karine olarak kabul etmiştir⁹. Kanun koyucunun aradığı şartlardan biri evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte davayı açmış olmaları veya açılan bir davayı diğer eşin kabul etmesidir. Bir diğeri de boşanmanın malî sonuçlarının ve çocukların durumunun taraflarca düzenlenmesi¹⁰ ve bu düzenlemenin tarafların ve çocukların menfaatine uygun olmasıdır. Kanunkoyucu evlilik birliğinin sarsılmış olup olmadığının tespitinde hâkime iki görev yüklemiştir. Bunlardan biri hâkimin tarafların boşanmaya ilişkin irade beyanlarını herhangi bir etki altında kalmadan serbestçe açıklamış olduklarını¹¹; tespit etmesi diğeri de tarafların hazırlamış oldukları protokolün gerçekten tarafların ve çocukların menfaatlerine uygun olup olmadığını araştırmasıdır¹². Hâkim, tarafların hazırladığı protokolü beğenmez ise, kendisi bir protokol hazırlayabilir fakat her halükarda bu hazırlanan protokolün taraflarca kabul edilmesi gerekir¹³. Hâkimin buradaki görevi sadece taraflara yardım etmektir. Boşanma kararı ancak bu iki şart gerçekleşmişse verilebilir. Bunlardan birinin bulunmaması veya isabetli olmaması halinde boşanma kararı verilmemiş sayılmalıdır. Çünkü fıkraya göre kanunkoyucu boşanma kararının verilmesi için iki şartın da bir arada bulunmasını, şartlar arasında bütünlüğü aramıştır.

Maddenin dördüncü fıkrasında ise, müşterek hayatın yeniden kurulmaması hali bir boşanma sebebi olarak ele alınmaktadır. Bu fıkroda boşanma sebeplerinden biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi, bu süre

⁸ Hatemi, s.237; Oğuzman/Dural, s.127.

⁹ Kılıçoğlu, s.386; Yalçınkaya/kaleli, s.2058; Öztan, Medeni Kanun, s.127.

¹⁰ 2. HD 2.11.1989, 6979/8890 (YKD 1990, C.XVI, s.192); 2.HD, 22.2.1991, 10796/2176 (YKD 1990, C.XVI, s.1295); 2.HD. 9.2.1993, 13460/664 (YKD 1993, C.XIX, s.1324).

¹¹ 2.HD, 22.2.1991, 10796/2176 (YKD 1990, C.XVI, s.1295)

¹² Oğuzman/Dural, s.130; 2.HD. 22.11.1990, 11365/1324 (YKD 1991, C.XVII, s.537).

¹³ Öztan, Medeni Hukuk, s.132; 2.HD, 1.2.1993, 13460/664 (YKD 1993/9 s.1324).

içinde her ne sebeple olursa olsun müşterek hayatın yeniden kurulamaması ve eşlerden birinin boşanmayı talep etmesi halinde hâkimin boşanmaya karar vermesi öngörülmüştür¹⁴. Fıkırdaki önemli olan husus boşanma sebeplerinden biriyle açılmış bulunan davanın reddine ilişkin olarak verilen kararın kesinleşmesi ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Kanunkoyucu bu düzenleme ile acaba sadece bu fıkıraya göre boşanmaya sebep teşkil edecek üç yıllık sürenin başlangıç anını mı tespit etmek istemektedir. Yoksa mutlaka boşanma sebeplerinden biriyle açılmış bir davanın rededilmiş ve reddin kesinleşmiş olmasını mı aramıştır. Hukuk mantığına göre kanunkoyucunun bu fıkırayla uzun süren fiili ayrılıkları evlilik birliğinin sarsıldığını gösteren bir karine olarak kabul ettiği ve tarafların biraraya gelip müşterek hayatı yeniden kuramadıkları takdirde evlilik birliğinin devamının görünüşte kaldığı ve taraflardan birinin isteği üzerine bu birliğe son verilebileceği görüşünü benimsemiş olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda boşanma kararının reddinin kesinleşmiş olmasının aranması sadece üç yıllık sürenin başlangıcını tereddüte yer bırakmayacak şekilde tespit içindir. Bu görüşten hareket edildiği takdirde hâkimin taraflardan birinin açtığı boşanma davasını reddedip ayrılık kararı vermesi halinde, bu kararın kesinleştiği tarihi üç yıllık sürenin başladığı tarih olarak kabul etmek gerekir. Hatta bu görüşten hareket edilerek, taraflardan birinin ayrılık kararı istemesi ve hâkimin ayrılığa karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda da yine 134'üncü maddenin son fıkrasında aranan üç yıllık sürenin başladığı görüşü savunulabilir¹⁵.

II. Boşanmada Tazminat ve Nafaka

Boşanma hukukunda önemli olan diğer bir konu boşanma ile birlikte veya boşanmadan sonra talep edilebilecek olan tazminat veya yoksulluk nafakalarıdır.

A. Boşanmada Tazminat

Tazminat talebini düzenleyen Medenî Kanun'un 143'üncü maddesinde "mevcut ve muntazar bir menfaati boşanma yüzünden zarar gören kusursuz eşin bu zararının tazmin edilmesini isteyebileceği hususu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre boşanan eşin maddi ve manevi tazminat talebine hakkı vardır.

¹⁴ Oğuzman/Dural, s.131; 2.HD, 27.11.1990,9484/1682(YKD 1991, C.XVIII, s.179)

¹⁵ Aksi görüş için bkz. Hatemi/Serozan, s.239.

Boşanmada maddi tazminat talebinde bulunulabilmesi için kendisinden tazminat talep edilecek eşin zarara yol açan davranışının hukuka aykırı olması, davranışının kusurlu olması, bir zararın doğması, zarar ile kusurlu davranış arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Tazminatla yükümlü olan eş evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri ihlal etmiş olmalı, kusurlu davranışı boşanmaya neden olmalıdır.

Maddi tazminata hükmedebilmek için önce bir zararın doğmuş bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Zararın varlığının tesbitinden sonradır ki bu zarar için ödenecek olan tazminatın miktarının ne şekilde tespit edilmesi gerektiği meselesi üzerinde durulur.

Maddi zararın tespiti için önce iki mal varlığının bulunması gerekir. Bu mal varlıklarının değerleri arasındaki fark zararın varlığını belirler. Mal varlıklarından biri kişinin boşanma sonucunda eşin sahip olduğu mevcut mal varlığıdır. Diğeri ise eşin farazi mal varlığıdır. Bir diğer ifade ile talepte bulunan eşin sahip olması gereken mal varlığıdır. Mevcut mal varlığının tesbiti kolaydır. Ancak olması gereken mal varlığı yani farazi mal varlığı olarak hangi mal varlığı ele alınacaktır meselesinin belirlenmesi gerekir. Eşin zararını tespit için kişinin boşanma halinde mevcut mal varlığı değeri ile evlenme akti olmasaydı sahip olacağı mal varlığının değeri arasındaki fark esas alınacaksa, menfi zarardan; boşanma halinde mevcut mal varlığı ile evlenme akti sona ermeseydi, boşanan eşin içinde bulunacağı malvarlığı esas alınacaksa, müspet zarardan sözedilir. Medeni Kanun'un 143'üncü maddesinin düzenlenmesinde evliliğin hayat boyu süreceği görüşünden hareket edilmiştir. Bu husus zımnî olarak maddede ifadesini bulmuştur. Nitekim, maddede mevcut menfaatin ihlâlinin yanında kişinin muntazar menfaatlerin, yani henüz mevcut olmayan fakat ileride doğması muhtemel menfaatlernin de ihlalinden sözedilmektedir¹⁶.

Mevcut menfaatin ihlalinden eşin boşanma ile ekonomik taleplerinde ortaya çıkan ve boşanma olmasaydı ortaya çıkmayacak olan eksilmeler anlaşılır. Mevcut zarar kavramı, taraflar arasında kabul edilen mal rejiminden taraflar için doğmuş olan veya müşterek ticari bir işletme nedeniyle sahip olunan haklardaki veya temin edilecek kredilerdeki eksilmeleri¹⁷ kapsar. Aynı şekilde mevcut menfaat kavramına Medeni Kanunun 143 ve 144'üncü maddelerine göre evlilik birliği devam ederken mevcut

¹⁶ Kehl, D.: Ehe wohin: Evolution der Rechtsprechung zu Art.151 ZGB, SJZ 89 (1993) Nr.1, s.10.

¹⁷ Köprülü, B./Kaneti, S.: s.192.

olan bakım veya müzaheret yükümlülüğünden doğan haklar¹⁸ da dahildir.

Beklemece hak kavramı içine ise, evlilik birliğinin devamında ortaya çıkacak bazı belirli vakıalara bağlı olarak doğması muhtemel bulunan ve boşanma anında hâlâ gerçekleşmesi mümkün olan mal varlığına dahil haklar, malî ve iktisadî çıkarlar girer. Mesela, boşanma ile sona eren kanunî miras hakkı¹⁹ veya miras mukavelesi veya vasiyetname ile düzenlenen miras hakları beklemece haklara dahildir. Beklemece hak kavramının kapsamına ayrıca eş lehine yapılan hayat siortası akti, evlilik birliği ölümle sona erseydi, kamu hukuku veya özel hukuk esasları dahilinde sağ kalan eşin şahsında doğacak olan emeklilik maaşı, diğer alacakları da girmelidir²⁰.

Medeni Kanun'un 143'üncü maddesinde, kusursuz eşin ihlal edilen mevcut ve muntazar menfaatleri karşısında zararının aynen verilmeyip kendisine münasip bir tazminat verileceği öngörülmüştür. Böylece müspet zarar tespit edildikten sonra bu miktardan bir indirim yapılabileceği hususunda kanunkoyucu hâkime bir takdir yetkisi vermiştir. Hâkimin takdir yetkisini keyfi kullanması sözkonusu olmadığına göre, tazminatı tespit ederken hangi kıstasları gözönünde tutması gerektiği hususu önem taşımaktadır.

1. Maddi Tazminatın Miktarının Tespitinde Gözönünde Tutulması Gereken Kıstaslar

Hâkimin maddi tazminatın tespitinde gözönünde tutacağı kıstaslara örnek olarak şu hususlar gösterilebilir. Kıstasların çoğaltılması mümkündür.

a- Evliliğin süresi

Hâkim tazminatın tespitinde takdir yetkisini kullanırken, öncelikle evlilik birliğindeki süreyi gözönünde tutmalıdır. Verilecek tazminatın miktarı tespit edilirken, İsviçre hukuk uygulamasında ve öğretisinde kısa süreli evliliklerde daha ziyade menfi zararın esas alınması görüşü benim-

18 Oğuzman, K./Dural, M.: s.143; Tekinay, S.: s.259; Köprülü, B./Kaneti, S.: s.192.

19 Oğuzman, K./Dural, M.: s.142.

20 Köprülü, B./Kaneti, S.: s.192.

senmiştir²¹. İsviçre hukuk uygulamasında beş yıl ve daha az süren evlilikler kısa süreli evlilik kavramına dahil edilmekte ve ödenmesi gereken tazminat tespit edilirken menfi zarar esas alınmaktadır²² Kısa süren evliliklerde boşanan eşin evlenmeden önceki duruma daha kolaylıkla intibak sağlayabileceği, eski çalıştığı işe benzer bir iş bulabileceği görüşünden hareket edilmektedir. Uzun süreli evliliklerde ise müspet zarar esas alınarak tazminata hükmedilmektedir. Uzun süren evliliklerde, mümkün olduğunca eşin evlilik birliği devam ederken sahip olduğu duruma benzer bir durumda yaşamasının sağlanması hedeflenmektedir²³. İsviçre öğretisinde beş yıldan daha kısa süreli evlilikler kısa süreli, on seneyi geçen evlilikler ise uzun süreli evlilikler olarak kabul edilmektedir²⁴.

b- Eşlerin kişisel durumları, özellikle tazminat talebinde bulunmanın yaşı:

Tazminat talebinde bulunan eşin yaşı, sağlık durumu, eğitim düzeyi²⁵, ekonomik imkânları ve genel ekonomik durum gözönünde tutulmalıdır²⁶. Eşin yaşı hesaba katılırken onun sadece o yaşta bir iş bulup bulamayacağı değil, aynı zamanda bu çalışmasının sonunda yaşlılığında bir güvenceye sahip olup olamayacağı da araştırılmalıdır²⁷. Bu durumlara verilecek cevaplar, tazminat talebinde bulunan eşin ekonomik bağımsızlığını elde edebilme imkânına sahip olup olmadığını tespitinde rol oynar. Eşin evlilik birliği içinde çalışmamış olması boşandıktan sonra da çalışmayacağı anlamına gelmez. Tazminat talep edecek eş de doğacak zararı kendi açısından elinden geldiği kadar azaltmak zorundadır. Tazminat talebinde bulunan eşin çalışıp çalışmaması yanında mal varlığı da gözönünde tutulmalıdır. Ancak burada gözönünde tutulması gereken husus tazminat talep eden boşanmış eşin malvarlığından elde ettiği gelirdir. Tazminatın belir-

21 Geiser, T.: Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art.151 und Art 152 ZGB? ZbJV 1993 (Band 129), s.346; Hausheer, H.: Festschrift Hegnauer, Bern 1986, s.176; BGE 121 III 201.

22 Geiser, T.: ZbJV 1993 (Band 129), s.346; BGE 115 II 9; 109 II 186.

23 Geiser, T.: s.346; BGE 110 II 227; 115 II 424.

24 Geiser, T.: ZbJV 1993 (Band 129),s.347.

25 Geiser, T.:ZbJV,1993 (Band 129) s.351.

26 Hausheer, H.: Festschrift Hegnauer, s.177.

27 BGE 114 II 11 (Federal Mahkeme bu kararında 45 yaşını tamamlamış kadınların sürekli bir iş bulma ve yükselebileme imkanlarının çok azalmış olduğu yolunda karar vermiştir); Hausheer, H.: Festschrift Hegnauer, s.177.

lenmesinde tazminat talep edenin mal varlığını tüketmesi kendisinden istenmemelidir²⁸.

c- Tazminat talep edilen eşin kusurunun ağırlığı

Kendisinden tazminat talep edilen kusurlu eşin kusurunun ağırlığı da gözardı edilmemelidir. Böylece tazminatın miktarının tespitinde tazminat hukukuna ilişkin maddi unsurlara hakkaniyet düşüncesi de bir unsur olarak eklenmelidir. Aksi halde çalışma imkânına sahip bir eş, boşanmada ağır kusurlu olan eşden tazminat talep edemeyecek ve çalışma zorunda kalacaktır. Böyle bir durum ise hukuka hâkim olan hakkaniyet düşüncesine aykırıdır. Boşanan eşin kusurunun ağır olması halinde diğer eşin çalışması artık kendisinden beklenmemelidir. Aksi halde kusursuz eş aleyhine hukuki bir durum yaratılmış olur. Bu da hakkaniyet düşüncesine ters düşer.

d- Çocukların bulunması

Boşanan eşlerin küçük çocukları varsa ve çocuk ananın yanında bırakılmışsa, ananın çocuğun belli bir yaşa gelmesine kadar çalışması kendisinden beklenemez. Ancak çocuk belli bir yaşa gelmişse kadının kısmı çalışması sözkonusu olabilir. Bakıma muhtaç reşit çocukların varlığı halinde duruma göre, kadının çalışması yine mümkün olmayabilir²⁹.

e- Tazminat talebinde bulunan eşin kusuru

Üzerinde tartışılacak diğer bir konu da boşanmada illi olmayan davalı eşin kusurunun da tazminatın tespitinde bir indirim nedeni olarak ele alınıp alınmayacağıdır. Tazminatın tespitinde gözönünde bulundurulacak kusur, tazminat isteyen herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı değil, boşanma sebebinde kusurunun olup olmadığıdır³⁰. Tazminatın ödenmesinde tazminat talebinde bulunacak eşin kusursuz olması yönünde İsviçre öğretisinde bir temayül vardır. Ancak eşin boşanmada illi olmayan kusurunun varlığı halinde tazminata hükmetmemek hakkaniyete uygun düşmez. Bu itibarla böyle birdurumda kusurun Borçlar Kanunu'nun 44.maddesi uyarınca bir indirim nedeni olarak ele alınmasında

²⁸ BGE 115 II 315.

²⁹ Hausheer, H.: s.179; BGE 115 II 10 E.3 c.

³⁰ Oğuzman/Dural, s.143; 2.HD. 29.6.1992, 7261/7408 (YKD 1992, C.XVIII, s.1682).

yarar vardır³¹. Aslında bu husus kanun koyucunun hâkime münasip bir tazminata hükmetmesini istemiş olması ile de gerçekleştirilebilir.

B- Maddi Tazminatın Kapsamını Tespitte Öğretide Gözönünde Tutulan Ölçüler

İsviçre hukuk uygulamasında kabul edilen bir görüşe göre, eğer eşin çalışmayacak durumda olması, -çalışmama durumuna kusursuz eşin yaşlılığında bir güvenceye sahip olmaması da dahildir- tek başına olması veya bakmakla yükümlü olduğu bir veya iki küçük çocuğunun bulunması halinde boşanan eşin gelirinin 1/3'ü kendisine irad olarak verilmektedir. Eşin 3 veya daha fazla bakıma muhtaç çocuğunun bulunması halinde ise bu miktar, kocanın gelirinin % 50, % 60'ını kapsamaktadır. En üst sınır yükümlü eşin gelirinin 2/3'üdür³².

Maddi tazminat talebinde üzerinde durulması gereken diğer bir husus muntazar menfaat kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Bilindiği gibi eşler boşanma kararının kesinleşmesi üzerine birbirlerinin mirasçısı olmak hakkını kaybettikleri gibi, evlilik birliği devam ederken birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflardan da yararlanamazlar. Bu nedenle Medenî Kanun'un 143'üncü maddesinde "beklemece haklar" ile bu eksilmeler telafi edilmek istenmiştir. İsviçre hukuk uygulamasında "beklemece haklar"ın münasip şekilde tazmini ile boşanmayla sona eren eşlerin evlilik birliği içindeki bakım yükümlülüğü boşanmadan sonra da bir şekilde dengelenmek istenmiştir. Kocanın bakım yükümlülüğü eşin ölümüne kadar devam ettiğinden istenecek tazminatın kapsamının tespitinde bu husus gözönünde tutulmalıdır. Diğer taraftan bakım nafakası talep edecek eşin, diğer eşin ölümünden sonra da yaşaması muhtemeldir. Tazminatın tespitinde bakım nafakası talep eden eşin yaşama süresinin de gözönünde tutulması ve nafaka talep eden eşin yaşama süresinin de teminat altına alınması uygun olur. Beklemece hakların telafisi belli özel durumların mevcudiyeti halinde gözönünde tutulur³³.

Herşeyden önce beklemece hakkına dayanarak tazminat talep edecek taraf, boşanma olmasaydı, eşinin terekesinden bir miras payı alacağını ispat etmelidir. Bu sadece mahfuz hisse için geçerli olup kanunî miras hissesini kapsamaz. Zira kişinin elde edebileceği sadece mahfuz hissesidir. Ayrıca beklemece hakkına dayanarak tazminat talep eden taraf, mevcut

31 *Hausheer, H.: Festschrift Hegnauer, s.183.*

32 *Hausheer, H.: ZbJV 1986, s.62; Geiser, T.: s.354; BGE 90 II 75; 108 II 82; 114 II 122.*

33 *BGE 116 II 107 vd.*

duruma göre mirasçı olabileceğini ispatla yükümlüdür. Muntazar hakkının ihlali nedeniyle tazminat talep eden tarafın mirasçı olma şansı fazla olmalıdır ve bu bekleme çok uzun bir süreyi kapsamamalıdır. Aksi takdirde kişinin mirasçı olup olmayacağına ilişkin belirsizlik ağır basar. Bu hükümden yararlanma taraflardan birinin yaşlı diğerinin ise genç olması durumlarında sözkonusu olur. Beklemece hak daha ziyade genç olan eşe yöneliktir. Verilecek tazminat miktarında yükümlünün hali hazırdaki mal varlığı nazara alınacaktır. İsviçrede öğretilen savunulan ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, Medeni Kanun'daki "muntazar kavramı" kusursuz eşin mirasçı olma hakkını kaybetmesine karşı bir telafi yolu olarak düşünülmektedir. Beklemece hakkı, İsviçre hukuk uygulamasında nafaka yükümlüsünün ölümü üzerine nafaka alacaklısının mağdur duruma düşmemesi için, onun nafakasını teminat altına almak amacını taşımaktadır. ve böyle bir tazminat özel hallerde sözkonusu olur³⁴. Kişiye verilecek tazminat yine de münasip bir tazminat olmalıdır³⁵.

II. Manevi Tazminatın Şartları

Medenî Kanun'un 143'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında boşanan eşin manevî tazminat talebinde de bulunabileceği hususu düzenlenmiştir. Bu fıkra göre " Bundan başka boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler kabahatsız karı veya kocanın şahsî menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise, hâkim manevi tazminat namıyla muayyen bir meblağ dahi hükmedebilir"

Bu fıkra göre, boşanmış eşin manevî tazminat talebinde bulunabilmesi için aşağıdaki şartların bulunması gerekir.

1. Manevî tazminat talebinde bulunan taraf boşanmada kusursuz olmalıdır³⁶.

Fiilî ayrılık nedeniyle Medenî Kanun'un 134'üncü maddesinin son fıkrasına göre açılan bir boşanma davası kesinleşmiş olsa bile, davalı eşin kusuru yoksa davalı davacıdan manevî tazminat talep edebilir.

³⁴ BGE 116 II 107 vd.

³⁵ BGE 116 II 108.

³⁶ HGK 31.10.1990, 366/556 (YKD 1991, C.XVII, s.1301); 2.HD 29.3.1990, 319/3450 (İBD 1991,s.738).

2- Diğer taraf boşanmaya yol açan olayda kusurlu olmalıdır.

3. Talepte bulunanın ağır bir manevî zararı bulunmalıdır.

Bu şartlar gerçekleşmişse, hâkim manevî tazminata hükmeder. Hükmedilecek miktar talep edilen miktarı geçemez. Fakat onun altında olabilir. Manevî tazminat davası boşanma hükmü kesinleştikten sonra da açılabilir. Yetkilive görevli mahkeme, boşanma kararını veren maheme olmalıdır³⁷.

II. Nafaka

Medenî Kanun'un değişik 144'üncü maddesinin muhtevasına göre "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir" Hükümün düzenlenişinden şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. -Yoksulluğa düşen tarafın boşanmada kusuru bulunsa bile, eğer kusuru diğer tarafın kusurundan daha ağır değil ise, yoksulluk nafakası isteyebilecektir. ve boşanmadaki kusuru ödenecek yoksulluk nafakasında bir tenkis sebebi olmayacaktır. Kanunkoyucu burada yoksulluk nafakasının konuş amacından hareket etmiştir. Bilindiği gibi madde daha çok sosyal içeriklidir ve evlilik birliği içindeki yükümlülüğün devamını arzulamıştır.

-Yoksulluğa düşen taraf boşanmada ağır kusurlu ise, bu takdirde maddenin düzenlenişine göre yoksulluk nafakası isteyemeyecektir.

-Maddenini bu düzenlenişi karşısında şu soru tartışılabilir. Yoksulluğa düşen eşin boşanmadaki kusuru hafif ise, fakat nafaka yükümlüsünün hiç kusuru yok ise, kusursuz eş yine de yoksulluk nafakası ödemekle yükümlü tutulabilecek midir? Burada maddenin konuş amacına uygun olarak yoksulluğa düşen eş boşanmada hafif kusurlu da olsa, tıpkı kusursuz eş gibi yoksulluk nafakası isteyebilmelidir³⁸.

- Boşanmada her iki eş de kusurlu değilse zarurete düşen eş yoksulluk nafakası talep edebilir. Kanunkoyucu yoksulluk nafakasının ödemesi için, boşanmayı talep eden eşin boşanmada kusurlu olup olmadığını göz önünde tutmamıştır. Aynı şekilde burada diğer eşin boşanmada illi olmayan kusuru da ödenecek yoksulluk nafakasının miktarının tesbitinde nazara alınmayacaktır. Yani burada davalı eşin boşanmada illi olmayan kusuru yoksulluk nafakasının tespitinde bir indirim nedeni olarak gözö-

³⁷ İçt. Bir.Kar. 2.1.1988, 5/1 , RG, Sayı 19843.

³⁸ Hatemi, H/Serozan, R.: s.252.

nünde tutulmaz. Bu madde ile kanunkoyucu boşanma nedeniyle zarurete düşecek olan eşe hakkaniyet düşüncesine dayanarak bir irad ödenmesini istemiştir. Yoksulluk nafakasını düzenleyen hüküm subsidiardır, tâlidir. Bu itibarla iki maddenin bir arada uygulanması çok istisnai hallerde mümkündür. Ayrıca kişiye verilecek yoksulluk nafakasının miktarı hiçbir zaman maddi tazminat miktarını aşamaz. Ancak tazminat ödeyecek eşin kusurlu olduğunu isbat etmek istemeyen ve boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eş doğrudan doğruya yoksulluk nafakası talep edebilir.

Kanunkoyucu maddeyi düzenlerken ikinci cümlede "Ancak erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta olması aranır" demiştir. Yoksulluk kavramının tesbiti de üzerinde tartışılacak konulardan biridir. Ancak yoksulluk nafakası ile her halükarda kişinin evlenme sırasındaki refah seviyesinin sağlanması amacı güdülmemelidir.

Kanunkoyucu ayrıca yoksulluk nafakasının hangi hallerde azaltılabileceğini, hangi hallerde tamamen kaldırılacağını ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

3444 sayılı Kanunla maddede yapılan değişiklikle, boşanma sonucunda kocanın zarurete düşmesi halinde kadından nafaka isteyebileceği hususu düzenlenmiştir. Hüküm kadın erkek arasındaki eşitlik ilkesinden hareketle maddeye eklenmiştir. Ancak Anayasaya aykırılığı sözkonusu olabilecek bu hüküm, karının yoksulluk nafakası ödemesi için hali-refahta olmasını aramıştır. Yapılan düzenlemede kanunkoyucunun hangi ilkeden hareket ettiğini tespit güçlük yaratmaktadır. Kanunkoyucu bu hükmü düzenlerken, muhtemelen evlilik birliği içinde eve kocanın bakmakla yükümlü olduğu ve kadının eve bakma yükümlüğünün tali olduğu-kocanın talebine bağlı olduğu- ilkesinden hareket etmiştir. Ancak, yoksulluk nafakasını düzenleyen hüküm farklı bir ilkeden, hakkaniyet ilkesinden hareket etmektedir. Bu ilkenin de karı için ayrı, koca için ayrı olması mümkün değildir. Yoksulluk nafakasına hükmedilirken, koca zaruret haline düşmemelidir. İsviçre hukuk uygulamasında herhalükarda kocanın elinde kalan miktarın karıya ödenen nafakanın % 20 fazla olması kabul edilmektedir³⁹. Bu durum özellikle asgari geçim indirimi halinde sözkonusudur.

³⁹ Hausheer, H.: ZbjV, 1986, s.62.



EŞLER ARASINDA MAL REJİMİ VE YENİ BİR ÖNERİ

Bildiriyi Veren

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU

Toplantı Yeri : A.Ü. Hukuk Fakültesi

Toplantı Başkanı : Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK

23 Mayıs 1996, Saat: 9.50 - 10.05

EŞLER ARASINDA MAL REJİMİ VE YENİ BİR ÖNERİ

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU()*

I- MEDENÎ KANUNUMUZA GÖRE EŞLER ARASINDA MAL REJİMİ

Türk Medenî Kanunu'nun kaynağı olan İsviçre Medenî Kanunu'nda eşler arasındaki mal rejimi kanunî rejim olarak "mal birliği"dir. Mal ayrılığı ve mal ortaklığı ise İsviçre'de seçimlik (akdî) rejimler olarak öngörülmüştür (İMK. md.178-251).

Medenî Kanunumuzun İsviçre'den alınışı sırasında, yasa koyucu mal ayrılığı rejiminin kanunî rejim olarak kabul edilmesini Türk örf ve âdetlerine daha uygun görmüştür. Bunun sonucu olarak mal ayrılığı rejimi kanunî rejim olarak kabul edilirken, mal birliği ve ortaklığı rejimleri ise seçimlik rejimler olarak öngörülmüştür.

A) MAL AYRILIĞI REJİMİ (TMK. md.186-190)

Eşler gerek evlenmeden önce gerek evlilik sırasında, yapacakları bir evlenme mukavelesi ile mal birliği veya mal ortaklığı rejimlerinden birini kabul etmedikleri takdirde, eşler arasında mal ayrılığı rejimi geçerli olacaktır.

Bu rejim adından da anlaşılacağı üzere, her bir eşin kendi malının diğerinin malından ayrı tutulduğu bir rejimdir. Eşlerden herbiri kendi malları üzerinde mülkiyet, yönetim ve yararlanma hakkına sahiptir. Bir eşin diğerinin malı üzerinde kullanma, yararlanma, gelirlerinden ya da kazancından pay isteme gibi hiçbir hakkı mevcut değildir. Eşlerden herbirinin kendi malı üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Karı ve kocanın malvarlıklarıyla ilgili sorumlulukları tamamen kendilerine aittir.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Mal ayrılığı rejimi bu niteliğiyle oldukça basit, uyuşmazlıklara neden olmayacak, evliliğin son bulması halinde tartışmaları ve uzun uzadıya yargılamayı gerektirmeyecek nitelikte bir rejimdir.

B) MAL BİRLİĞİ REJİMİ (TMK. md.191-210)

Türk Hukukunda seçimlik olan bu rejim, İsviçre’de bizdeki mal ayrılığı rejiminin yerini alan kanunî rejimdir.

Mal birliği rejimini eşler evlenmeden önce veya sonra yapacakları bir evlenme mukavelesi ile seçebilirler. Bu rejimde birliğe dahil malların (birlik mallarının) mülkiyetinde ayrılık fakat yönetim ve yararlanmada birlik esası hakimdir.

Birliğe dahil mallara, mahfuz mallar dışında, eşlerin evlenmeden önceki malları ile evlilik sırasında kazandıkları mallar girerler. Birlik oluşturan mallardan karıya ait olanlara “karının şahsî malları”, kocaya ait olanlara ise “kocanın şahsî malları” denilmektedir (MK. 192).

Eşlerin bu şahsî malları ya evlenme sırasında malik buldukları mallardır; ya da evliliğin devamı sırasında kazandıkları mallardır. Bu ikinci grup mallara kazanılmış mallar denilmektedir. Ancak Medenî Kanunumuz, karının kazanılmış mallarından hepsini değil, sadece miras veya ivazsız kazanma yollarından biriyle, kendisine geçen malları şahsî mallar saymıştır (MK. md.192).

Eşlerin birliğe dahil olmayan mallarına “mahfuz mallar” denilir. Hangi malların mahfuz mal olduğu ya evlenme mukavelesiyle veya eşlerden birine bir mal bağışlayan üçüncü kişilerin iradesiyle ya da kanunla tayin edilir.

Kanundan dolayı mahfuz mal sayılan mallara şunlar girer :

a) Eşlerin şahsî eşyası, b) Eşlerin iş ve san’atının icrasına yarayan mallar, c) Karının ev işleri dışında çalışmasının ürünü.

Mahfuz mallar üzerinde mülkiyet, yönetim ve yararlanma hakları ilgili eşe aittir. Yani bu mallar üzerinde mal ayrılığı esası geçerlidir. Halbuki birlik mallarının yönetimi kocaya aittir.

Mal birliği rejiminde eşlerin hak ve ödevleri aşağıdaki gibidir :

1) Mülkiyet bakımından: Eşlerden herbiri kendi şahsî mallarının ve mahfuz mallarının mülkiyet hakkına sahiptir. Kazanılmış malların mülkiyeti ise kocaya aittir. Buna göre koca hem kendi kazandıklarına hem de karının şahsî mallarının hasılat ve semerelerine sahiptir.

Birliğe giren bütün malların kocanın mülkiyetinde olduğu karinesi geçerlidir. Bu mallardan birinin karının şahsı malı olduğunu iddia eden eş bunu ispatla yükümlüdür (MK. md.193).

2) Yönetim bakımından: Birliğe dahil bütün malları yönetme hakkı kocaya aittir. Bu malların yönetimi için yapılacak masraflara da koca katlanır. Karı, ancak evlilik birliğini temsildeki yetkisi içinde yönetim hakkına sahiptir (MK. md.196/II).

3) Yararlanma bakımından: Mal birliği rejiminde, koca, karının şahsı mallarından intifa hakkını haizdir ve bu yüzden intifa hakkı sahibi gibi sorumludur (MK. md.197/1).

4) Tasarruf bakımından: Koca, karının şahsı malları üzerinde, karının rızası olmadan tasarruf edemez. Karı, evlilik birliğini temsildeki yetkisi içinde, yani evin daimi ihtiyaçları için birliğe dahil mallar üzerinde tasarruf edebilir (MK. md.199).

C) MAL ORTAKLIĞI REJİMİ (TMK. md.211-236)

Gerek Türk, gerekse İsviçre Hukukunda mal ortaklığı rejimi seçimlik bir rejimdir.

Mal ortaklığında eşlerin bütün malları ve gelirleri bir tek mamelek yani bir bütün oluşturmaktadır. Ancak bu rejimde de mal birliği rejiminde olduğu gibi, eşlerin ortaklığa girmeyen malları vardır. Eşlerin mahfuz malları ortaklık dışında tutulmuştur.

Mal ortaklığı rejiminde, kanundan doğan bir iştirak halinde mülkiyet esası geçerlidir. Eşlerin ortaklığa koydukları mal miktarına bakılmaksızın her biri ortaklık mallarında yarı hisse sahibidir.

Mal ortaklığında ortaklığı yönetim hakkı esas itibariyle kocaya aittir.

Ortaklık mallarında yararlanma ve tasarruf eşlerin ortaklaşa vereceği kararla mümkündür. Ortaklığın tasfiyesi halinde bölüşüm eşler arasında yarı yarıya yapılır.

Mal ortaklığı rejiminin Medenî Kanunumuzda üç türü öngörülmüştür.

1) Genel Mal Ortaklığı: Eşlerin bütün mallarına ve gelirlerine yönelik olan mal ortaklığına genel mal ortaklığı adı verilmektedir.

Bu rejimde, malların mülkiyeti, iştirak hali oluşturur. Eşlerin şahsı malları söz konusu değildir. Malları yönetim hakkı kural olarak kocaya

aittir. Mallardan yararlanma hakkı eşlere ortaklaşa aittir. Mallarda tasarruf bakımından da aynı kural geçerlidir.

2) Uzatılmış ortaklık

Eşlerden birinin ölümünden sonra sağ kalan eşin, ölenin çocuklarıyla birlikte mal ortaklığını devam ettirmesi halinde söz konusu ortaklığa uzatılmış ortaklık adı verilmektedir. Ortaklığa eşlerin gelir ve kazançları da dahildir.

Uzatılmış ortaklıkta, çocuklar küçük ise, malların yönetimi ve temsil sağ kalan eşe aittir. Çocuklar reşit ise aksine anlaşma yapılabilir (MK. md.227).

3) Sınırlı Mal Ortaklığı

Eşlerin evlenme mukavelesinde bazı malların, özellikle, taşınmazların ortaklığa dahil olmaması koşuluyla yaptıkları mal ortaklığı türüne sınırlı mal ortaklığı adı verilmektedir (MK. md.233).

Bu ortaklık üç şekilde kurulabilir :

- a) Mal ayrılığı kaydıyla ortaklık
- b) Kazanılmış mallarla sınırlı ortaklık
- c) Cihaz usulü

Birinci türde, özellikle taşınmazlar gibi bazı mallar ortaklığa dahil edilmezler. Ortaklığa dahil edilmeyen mallarda mal ayrılığı, ortaklığa dahil mallarda ise mal ortaklığı rejimi geçerli olur.

İkinci tür sınırlı mal ortaklığında, eşler evlenme mukavelesinde şahsî malların ortaklığa dahil olmayacağını ve fakat sadece evliliğin devamı esnasında kazanılmış malların ortaklığa dahil olacağını kararlaştırmışlarsa söz konusu olabilir. Kazanılmış mallarla sınırlı ortaklık son bulduğunda, ortaklık mallarında meydana gelmiş olan fazlalık eşler veya mirasçıları arasında yarı yarıya paylaşılır. Karı tarafından sebebiyet verildiği kanıtlanamayan eksilmelerden, koca veya kocanın mirasçıları sorumlu olurlar (MK. md.235).

Üçüncü tür yani cihaz usulünde, karının kendi mallarından bir kısmı aile masraflarını karşılamak üzere kocaya terk edilmektedir (MK. md.236).

II- YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE KABUL EDİLEN MAL REJİMLERİ

A) İSVİÇRE HUKUKUNDA

Medenî Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre’de, kanunî mal rejimi mal birliği iken, diğer iki rejim yani, mal ayrılığı ve mal ortaklığı seçimlik rejimler olarak öngörülmüş idi.

Mal birliği rejiminin ihtiyaçlara uymadığı ve değiştirilmesi gerektiği yönünde İsviçre’de savunulan görüşler sonuçta galip gelmiş ve İsviçre Yasa Koyucusu eşler arasındaki mal rejiminde önemli değişiklikler öngören değişikliğe gitmek zorunda kalmıştır. Böylece İsviçre’de eşler arasındaki mal rejimleriyle ilgili 1957 yıllarından itibaren başlayan çalışmalar ve tartışmalar sonuç vermiştir¹. Bu amaçla hazırlanan “Aile Reformu Kanunu” 5 Ocak 1984’de kabul edilmiş, 23 Ağustos 1985’de halkoyuna sunulmuş, 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu kanunla, İsviçre’de “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi” (“Errungenschaftsbeteiligung) denilen yeni bir mal rejimi kabul edilmiştir. Kabul edilen bu yeni rejim kanunî mal rejimi olarak benimsenmiş, mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri ise seçimlik rejim olarak korunmuştur.

İsviçre’de kanunî rejim olarak kabul edilen “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”nin ana hatları aşağıdaki şekilde özetlenebilir :

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden herbirinin iki tür malı vardır: Bunlardan birinci gruba giren malları “eşlerin kişisel malları”, ikinci gruba giren malları ise “edinilmiş malları”dır.

1) Eşlerin kişisel malları (das Eigengut)na şunların girdiği kabul edilmektedir :

a) Eşlerin kişisel kullanımına hizmet eden mallar.

b) Eşlere, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlamasından önce ait olan veya sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız olarak intikal eden mallar.

c) Manevî tazminat alacakları,

d) Kişisel malların yerine ikame edilen değerler.

¹ Knoepfler, F.: İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler, Çeviren: Ahmet Özer, YD,1988, C.14, sh.121 vd.; Meier-Hayoz, A.: Zur Reform Ehelichen Vermögensrecht in der Schweiz, MHAD, 1982, C.14-17, sh.1 vd.

Eşlerin edinilmiş mallarına şunların girdiği kabul edilmektedir :

- a) Eşlerin çalışmalarının karşılığı olarak elde ettiği değerler.
- b) Sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumları veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler.
- c) Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar.
- d) Kişisel malların gelirleri.
- e) Edinilmiş malların yerine ikame edilen değerler.

Yasa, eşler arasında mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılabileceğini kabul etmektedir.

2) Yasada, edinilmiş mallara katılma rejiminde, bir malın eşlerin mülkiyetinde olduğu hususunun önem taşıdığı gözönünde tutulmak suretiyle bir müşterek mülkiyet karinesi kabul edilmiştir. Buna göre, bir malın bir eşin mülkiyetinde olduğunu iddia eden bunu ispatla yükümlüdür. Bunun ispat edilemediği hallerde, malın eşlerin müşterek mülkiyetinde olduğu kabul edilmektedir.

3) Yine aynı maddede, **BİR EŞİN BÜTÜN MALLARININ AKSİ KANITLANINCAYA KADAR EDİNİLMİŞ MAL** sayılacağı karinesi öngörülmüştür.

Eşlerden herbiri kişisel malları ile edinilmiş malları üzerinde tasarruf, yönetim ve yararlanma hak ve yetkisini korumaktadır. Bunun dışında eşlerden her biri kendi borçları nedeniyle bütün malvarlığıyla sorumlu bulunmaktadır.

4) Sona ermesi ve tasfiye

a) Edinilmiş mallara katılma rejimi ölüm veya başka bir mal rejiminin kabulü ile son bulmaktadır.

Son bulma halinde eşlerden herbiri diğerinde bulunan mallarını geri alır. **YASADA MÜŞTEREK MÜLKİYET İLE İLGİLİ KURALLAR ARASINDA YER ALMAYAN YENİ BİR DÜZENLEME GETİRİLMİŞTİR.** Buna göre eşlerin müşterek mülkiyet konusu bir malı varsa, daha üstün bir yararı olduğunu kanıtlamak suretiyle diğerinin payını ödeyip, o malın **BÖLÜNMEYEN KENDİSİNE VERİLMESİNİ** isteme hakkına sahiptir.

b) Yasada eşlerden herbirine, diğerinden KATKIDAN DOĞAN PAYINA KARŞILIK talep yetkisi tanınmıştır. Bir eş diğerine ait bir malın EDİNİLMESİNE-İYİLEŞTİRİLMESİNE VEYA KORUNMASINA karşılıksız olarak ya da tam olmayan bir karşılık ile katkıda bulunmuşsa, TASFİYE SIRASINDA bu malda ortaya çıkan değer artışı için KATKISI ORANINDA alacak hakkına sahiptir. Bu alacak hakkının tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanması kabul edilmiştir. Eğer katkıda bulunan mal elden çıkarılmışsa, katkı alacağı bulunan eşe ödenecek alacak hakkaniyete uygun olarak tespit edilecektir.

c) Yasada eşlerin gerek kişisel mallarının gerekse edinilmiş mallarının, MAL REJİMİNİN SONA ERMESİ anındaki durumlarına göre ayrılması esası kabul edilmiştir.

Ayrılmada iki halde edinilmiş mallara değer ilavesi öngörülmüştür :

aa) Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, alışılmış hediyeler dışında yaptığı kazandırmalar.

Bu hükümle, bir eşin, mal rejiminin tasfiyesinden önce, edinilmiş mallarını ivazsız yollarla elden çıkarması ve diğer eşin, bunlardan hak almasını önlemesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu hüküm bizde MK. md.507'de murisin ölümünden önceki son bir yıl içinde yaptığı bağışların tenkise tabi tutulmasına benzer bir hüküm niteliğindedir.

bb) Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin payını azaltmak amacıyla yaptığı devirler.

Bu hükümle de eşlerden birinin, edinilmiş mallara katılma rejiminin son bulmasından önce, diğer eşin, edinilmiş mallardan pay almasını önlemek amacıyla yaptığı muvazaalı devirlerin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu hüküm de bizde MK. md.507'de öngörülen "mahfuz hisse kurallarını ihlâl kastıyla yapıldığı aşikâr olan temliklerin tenkisine" benzemektedir.

Yasada, eşlerin kişisel mallarıyla edinilmiş mallarının ya da edinilmiş mallarıyla kişisel mallarının borçlarının ödenmiş olduğu hallerde, tasfiye sırasında bir denkleştirme istenebilmesi kabul edilmiştir. Örneğin; Kocanın evlilik süresince geliriyle elde ettiği bir dairesinin yeniden tamir ve onarımı için, kocanın kendisine babadan miras kalan bir arsasını satıp harcaması halinde, koca, bu dairenin paylaşılmasında, bu durumun gözönünde tutularak kendisine bir denkleştirme bedeli ödemesini karısından talep edebilecektir.

Yasa, edinilmiş mallarla ilgili ilaveler ve denkleştirmeler sonunda ortaya çıkan toplam değerinden borçları çıktıktan sonra kalan miktara **ARTIK DEĞER** adını vermektedir.

Mal rejiminin tasfiyesinde o mala ilişkin rayiç değerlerin esas alınması kabul edilmiştir. Öte yandan mal rejimi sona erdiği zaman mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye sırasındaki değerleriyle hesaba katılması öngörülmüştür.

d) Yasa artık değerın paylaşılmasında yarı yarıya hak sahibi olma ilkesini kabul etmiştir. Buna göre her eş veya mirasçuları diğer eşe ait artık değerın yarısında hak sahibi olacaktır.

Tasfiyede eşlerin birbirinden olan alacaklarının takas edilmesi esası öngörülmüştür.

Eşlerin artık değerden yarı yarıya pay alması ilkesi emredici bir hüküm olarak öngörülmemiştir. Eşlerin artık değerın paylaşılmasında mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esası kabul edebilmeleri olanaklı kılınmıştır. Ancak eşler arasında yapılacak bu tür anlaşmaların müşterek olmayan çocukların ve bunların altsoylarının saklı paylarını ihlâl etmemesi ilkesi benimsenmiştir.

BOŞANMA- AYRILIK - HÜKÜMSÜZLÜK VEYA MAHKEME KARARIYLA MAL AYRILIĞINDA artık değere katılıma ilişkin kanunda öngörülen düzenlemeden farklı anlaşmaların geçerli olabilmesi **MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİNDE BU HUSUSUN AÇIKÇA ÖNGÖRÜLMESİYLE** mümkün olduğu kabul edilmiştir.

e) Katılmadan doğan alacağın ve değer artışı payının derhal ödenmesinin borçlu eş için ciddi güçlükler doğurması halinde, uygun bir süre erteleme talep edilebileceği kabul edilmiştir.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE konut ve konut eşyasıyla ilgili olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre **ÖLÜM NEDENİYLE TASFİYEDE**, sağ kalan eş, o zamana kadarki yaşantısını koruyabilmek için, ölen eşine ait olup, birlikte yaşadıkları **KONUT ÜZERİNDE KENDİSİNE KATILMADAN DOĞAN ALACAĞINA MAHSUP EDİLMEK**, bu yetmez ise **BEDEL İLAVE EDİLMEK SURETİYLE İNTİFA VEYA SÜKNA HAKKI TANINMASINI** talep edebilir.

Aynı koşullar altında sağ kalan eş konut eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilecektir.

Yine haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle İNTİFA VEYA SÜKNA HAKKI YERİNE KONUT ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI tanınması da kabul edilmiştir. BU HAKKIN TANINMADIĞI BİR HAL OLARAK, murisin bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyunun aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde sağ kalan eşin bu hakkı kullanamayacağı öngörülmüştür.

5) İsviçre yasa koyucusu mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimiyle ilgili mevcut hükümlerde kısmen değişiklikler yapmak suretiyle, bunları seçimli rejimler olarak kabul etmiştir.

6) İsviçre Medenî Kanunu'nda kabul edilen, sağ kalan eşe konut ve konut eşyası üzerinde intifa veya sükna hakkı ile belli koşullar altında mülkiyet hakkının tanınmasının sonucu olarak, mirasın taksimi ile ilgili kurallarda da buna paralel değişiklik yapılmıştır. Mirasın taksimiyle ilgili hükümler arasında yeni 612 a maddesiyle, konut ve konut eşyasının taksimin dışında tutulması esası kabul edilmiştir.

B) ALMAN HUKUKUNDA

Almanya'da eşlere eşit haklar sağlayan "Eşit Haklar Kanunu" (Gleichberechtigungsgesetz) 1.7.1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir². Bu kanunla Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) Aile Hukuku hükümleri yanında, eşlerin mal rejimleri ile de yeni bir düzenleme getirilmiştir.

BGB. 1363'e göre eşler arasında kanunî mal rejimi "Kazanç ortaklığı" (Zugewinnngemeinschaft) rejimidir. Bu sistemde, eşlerden herbirinin kendi mal varlığının mülkiyetini ve yönetimini korumaları esastır. Bu açıdan bu rejim bir tür evlilik devamınca mal ayrılığı, malların tasfiyesinde ise kazanç ortaklığı esasına dayanmaktadır. Evlilik birliğinin sona ermesinde, paylaşılacak kazanç ortaklığı mallarının kalması için, bir eşin diğerinin rızası olmadan malvarlığının bütünü üzerinde tasarrufu gerektiren bir taahhütte bulunması yasaklanmış (BGB. 1365) ve eşlerden birinin, diğerinin rızasını almadan ev eşyası üzerinde taahhüt ve tasarruf işlemi yapması da engellenmiştir (BGB. 1369).

Alman Medenî Kanununda kazanç ortaklığının tasfiyesinde şu esaslar uygulanmaktadır :

² 18 Haziran 1957 tarihinde kabul edilen bu kanunun adı "Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf den Gebiete des bürgerlichen Rechts"dir. Bu kanun kısaca "Gleichberechtigungsgesetz" (Eşit Haklar) ya da (Eşitleştirme) Kanunu olarak anılmaktadır.

Eşlerden herbirinin evliliğin kurulmasında sahip oldukları malvarlığı ile birliğin sona erdiği andaki malvarlığı arasındaki fark tesbit olunmakta, bu suretle her eşin evlilik süresince elde ettikleri kazançlar ortaya çıkmaktadır. Eşlerden birinin kazancı diğerinden farklı ise, bunlar birbirinden çıkarılmakta ve kalan miktar "ortak kazanç" sayılarak ikiye bölünmektedir.

Eşlerden birinin ölümü nedeniyle mal rejimi son bulduğunda, sağ kalan eşin miras payına 1/4 oranında ekleme yapılmaktadır. Bu durumda sağ kalan eşin kazanç ortaklığından bir pay alıp almadığı önem taşımamaktadır (BGB. 1371).

Alman Medenî Kanununun kabul ettiği kazanç ortaklığı sistemi özellikle çalışmayan eşlerin müşterek yaşama katkılarının değerlendirilmesi açısından adaletli bir çözüm olarak düşünülmüştür. Bununla birlikte bu mal rejiminde kabul edilmiş olan bu ileri düşüncenin, pratikte karmaşık hesaplara yol açması ve eşler için ürkütücü olabilmesi gözönünde tutularak eşlerden birinin ölümü hali için bir başka çözüm de düşünülmüştür. Bu çözümle, eşler arasındaki mal rejimi ile eşin miras hakkı arasındaki sınır kaldırılmış ve geride kalan eşin, bunlardan birine dayanarak elde edebileceği hakkın yerine diğerinin kaim olabilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre eşlerden birinin ölümü halinde, artık "artık kazancın paylaşılması, denkleştirilmesi" işlemine başvurulmayacak, geride kalan eşin kanuni miras hakkının çoğaltılması, bunun yerine geçecektir. Sağ kalan eşin kanunî miras payı, onun mal rejimi sayesinde elde etmesi gereken paya (artmış kazançtan diğer eşe verilmesi gereken sayesinde elde etmesi gereken paya) (artmış kazançtan diğer eşe verilmesi gereken denkleştirme payına) karşılık olarak "terekenin 1/4'i miktarında çoğaltılmıştır". Bunun sonucu olarak ölen eşin malvarlığında hiç bir kazanç sağlanmış bulunmasa, veya ölenin kazancı geride kalan sağ eşin malvarlığındaki artmış kazançla kıyasla daha az da olsa yani sağ kalan eş daha fazla kazanç sağlamış bulursa bile sağ kalan eş, ölen eşin terakesinin 1/4'ini "artmış kazançla katılma" yerine geçmek üzere alacaktır³.

Alman Medenî Kanununda, kazanç ortaklığına dahil olan kazanç, eşin başlangıçtaki malvarlığı ile mal rejiminin son bulduğu tarihteki malvarlığı arasındaki fark olarak belirlenmiştir (BGB. 1373). Yasada başlangıç malvarlığı ile son bulma anındaki malvarlığının ne olduğu hususunda açıklamalar yer almıştır (BGB. 1374-1375).

³ Aksoy, sh.133-134.

Alman Medenî Kanunu mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerini eşlerin evlenme mukavelesi ile kabul edebilecekleri seçimlik rejimler olarak kabul etmiştir (BGB. 1414-1415 vd.).

Burada kısaca, mal rejimiyle yakından ilgili bir kurum olarak, boşanma halinde, eşlerden birine konut ve konut eşyasının özgülenmesine ilişkin Alman Hukukunda mevcut özel düzenleme üzerinde de durmak gerekir.

Almanya'da 21 Ekim 1944 tarihli "Boşanma halinde konut ve konut eşyasına ilişkin işlemlerle ilgili" özel bir tüzük mevcuttur. Bu tüzük 1988 yılında kısmen değişikliklere uğramış olup halen yürürlüktedir. Bu tüzükle ilgili ana hatlar kısaca şöyle özetlenebilir :

Boşanma halinde ortak konutta oturması gereken eş konusunda eşler arasında bir anlaşmanın yapılamaması halinde buna hakim karar verecektir. Bu durumda Tüzük hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hakim bu konuda karar verirken hakkaniyet esaslarını ve somut olayın niteliklerini gözönünde tutacaktır.

Eşlerden biri ortak konutun tek ya da paylı maliki ise, hakim diğer eşin güç durumda kalması ya da hakkaniyet gerektiriyorsa konutu ona tahsis edecektir. Eşlerden biri ortak konutta intifa, sükna hakkı sahibi ise, aynı konutu hakim diğer eşe tahsis edebilir. Eğer bu ortak konutta bir üçüncü kişinin de hakkı varsa, bu kişinin de rızası alınacaktır.

Ortak konut kiralık bir konut ise, hakim, kira sözleşmesinin diğer eş tarafından sürdürülmesine, ya da eşin bu kira sözleşmesine katılmasına karar verebilecektir. Hakim kararında, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını koruyucu hükümler de koyacaktır.

Ortak konutla ilgili bir kira sözleşmesi mevcut değil ise, hakim kira sözleşmesi akdine karar verecektir. Uygulanacak kira bedeli ilgili komisyon tarafından belirlenecektir.

Konutun paylaşılması mümkün ise, hakim paylaşılmasına karar verebilir. Paylaşım giderlerini de kararında gösterir.

Eşlerin ortak mülkiyetinde ev eşyasını hakim, amaca uygun olarak paylaşır. Ortaklık mallarından olmadıkça evlilik devamınca elde edilen malların, eşlerden birine ait olduğu kanıtlanmadıkça, paylı mülkiyet altında olduğu varsayılır. Hakim, ev eşyasını eşler arasında bir kira sözleşmesi ile de ayırabilir. Bu mümkün olmadıkça, uygun tazminat karşılığında mülkiyeti diğer eşe devir kararını da verebilir. Eşler ev eşyası için birlikte borç altına girmişlerse, devir kararında eşlerin borç miktarları da belirle-

nir. Ev eşyası kiralık ise, malikin de rızası ile bu eşyanın diğer eşe tahsis edilmesine karar verilebilir.

C) FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransa'da 13.7.1965 tarihinde yayımlanan ve 1 Şubat 1966 tarihinde yürürlüğe giren yeni "Mal rejimleri reformu kanunu" ile mevcut "mal ortaklığı" rejiminin yerine "kazanç ortaklığı" rejimi kabul edilmiştir.

Buradaki kazanç ortaklığı rejimi Alman Medenî Kanunu'nda kabul edilen rejimle paralellik içindedir.

D) İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiliz Hukukunda mal ayrılığı rejimi öngörülmektedir. Ancak mal ayrılığı rejiminin yarattığı haksızlıkları gidermek amacıyla başka hukuksal kurumlardan yararlanılmaktadır. Bu yardımcı hukuksal kurumlar olarak terekeden yararlar temin etmek, nafaka hakkı gibi kurumlar sayılabilir. Karı-koca mal rejiminde kadının aleyhinde olarak bozulan dengeyi Miras Hukukunda sağlamak yolu ağırlık kazanmıştır. Bu anlamda olmak üzere 1952 Act'ı ile sağ kalan eşe belli koşullar altında daha önce ölen eşin ölümü anında oturulmakta olan konutun (matrimonial home) devredilmesini isteme konusunda bir seçimlik hak tanınmıştır⁴.

E) AMERİKAN HUKUKUNDA

ABD'lerinde sadece sekiz devlette kazanç ortaklığı esasının, diğer devletlerde ise mal ayrılığı rejiminin kabul edildiği belirtilmektedir. Mal ayrılığı rejimini kabul eden kırktan fazla devletin, Miras Hukuku ve diğer hukuksal kurumların yardımı ile bu rejimin sakıncalarının giderilmesi sağlanmak istenmiştir. ABD'lerinde mal ayrılığı rejiminin sakıncaları özellikle çok yüksek miktarlarda hükmedilen nafaka ve tazminatlar sayesinde büyük oranda giderilmektedir.

Öte yandan bu ülkede çok yaygın uygulama bulan yaşam sigortaları sayesinde, evliliğin son bulması halinde diğer eşin ekonomik açıdan mağduriyeti çok ender olarak gündeme gelmektedir⁵.

⁴ Aksoy, sh.93, 96.

⁵ Aksoy, sh.112-113.

III- TÜRK HUKUKUNDA MAL AYRILIĞI REJİMİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE BUNUN YERİNE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Türk Hukukunda, Medenî Kanunumuzla eşler arasında mal ayrılığı rejiminin kabul edilmesinin sebebi olarak, eskiden beri süregelen uygulamanın bu yönde olması, geleneklerimiz ve âdetlerimizin mal ayrılığı rejiminin daha uygun bulunması gösterilmiştir⁶.

Bazı hukukçular bu gerekçelere karşı çıkmakta ve bunların bizde mal ayrılığı rejiminin kabul edilmesinin gerekçesi olamayacağını savunmaktadırlar⁷.

Hukukçuların bir kısmı, Alman Hukukunda kabul edilen kazanç ortaklığı sisteminin bizim hukukumuzda da uygun bir mal rejimi olacağını, bu konuda kapsamlı açıklamalara girmeksizin önermektedirler⁸.

Bir kısım hukukçular ise⁹ İsviçre’de kabul edilen “edinilmiş mallara katılma rejimi”ni uygun bir rejim olarak önermektedirler.

IV) TÜRK HUKUKUNDA MAL REJİMLERİYLE İLGİLİ YENİ ÖNERİLERE İLİŞKİN YASA ÇALIŞMALARI

A) 1984 tarihinde yayımlanan “Türk Medenî Kanunu Öntasarısı”nda eşler arasındaki mal rejimi konusunda, mal ayrılığı rejimi kanunî rejim olarak korunmuştur. Buna karşılık, İsviçre’de o tarihte tasarı niteliğinde olan “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi” seçilmiş mal rejimi olarak mal birliği yerine ikame edilmiştir. Öntasarı, bu seçimlik rejimi, o tarihte İsviçre’de henüz tasarı halinde olan hükümlerden esinlenerek almıştır. Halbuki İsviçre’de tasarının parlamentoda görüşülmesi sonucu, bu rejimde kısmî bazı değişiklikler olmuştur.

B) 1993 yılında, Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı tarafından hazırlanan “743 sayılı Türk Medenî Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler

⁶ *Hatemî/Serozan*, sh.197; *İmre*, sh.105; *Feyzioğlu*, F. N.: Aile Hukuku, sh.189-190. *Cansel*, sh.41; *Tekinay*, S.S.: Türk Aile Hukuku, 4. Bası, İst. 1990, sh.356.

⁷ *Öztaş*, sh.79; *Aksoy*, sh.12 vd.; *Akıntürk*, sh.145; *Zevkliler*, sh.809-810.

⁸ *Öztaş*, sh.79.

⁹ *Şıpka*, sh.361. *Zevkliler* ise mevcut mal ayrılığı rejimini eleştirmekte, bunun sakıncalarını gidermek için, hiç olmazsa, evlilik boyunca edinilen mallarda kadına da hak tanınmasını savunmaktadır. Bu yazara göre mal ayrılığı sistemi ile, İsviçre’de kabul edilen edinilmiş mallara katılma sisteminin bağdaştırılabildiği karma bir sistemin kabul edilmesi daha uygundur (*Zevkliler*, sh.809, 810).

Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı”nda eşler arasındaki mal rejimi, özellikle kamuoyunda belli kesimlerden gelen yoğun baskılar sonunda yeniden güncel hale getirilmiştir.

Bu tasarının hazırlanmasında Türkiye’nin de 1985 yılında imzalayarak taraf olduğu “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi” hakkındaki uluslararası sözleşmenin etkisi görülmüştür.

Bakanlık tarafından hazırlanan bu Tasarı’nın gerekçe bölümünde belirtildiği gibi, bu kanun tasarısı ve ön çalışmasının amacı Medenî Kanun’un Türk toplumunun gerisinde kalmış bazı maddelerini yeniden düzenlemek, Türkiye’nin imzaladığı uluslararası sözleşmenin gereklerini, çekinceleri kaldırarak eksiksiz yerine getirmektir.

Tasarı, eşler arasındaki mal rejimi olarak kanunî rejim olan mal ayrılığı yerine İsviçre’deki “Edinilmiş Mallara Katılma” rejimini ikame etmektedir.

Tasarı, edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili hükümleri 1984 Öntasarısı’ndan almış, oradaki seçimlik rejimi, tasarıda kanunî rejim haline getirmiştir. Tasarının gerekçesinde, edinilmiş mallara katılma rejiminin, eşler arasındaki hakkaniyeti gözeten türden, dolayısıyla geliştirilmiş bir mal ayrılığı rejimi olduğu belirtilmiştir.

C) Eşler arasında geçerli olan kanunî rejim mal ayrılığı yerine, bunun haksızlıklarını gidereceği düşüncesiyle TBMM’ne bazı milletvekilleri tarafından yeni önerileri içeren kanun tekliflerinin verildiği de görülmektedir.

Bunlar arasında son olarak Tansu Çiller, Oya Araslı ve İmren Aykut tarafından, TBMM’ne “Türk Kanunu Medenîsinin Bir Maddesinin Değiştirilmesine ve Bu Kanunda Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifleri” verilmiştir. Üçü de aynı nitelikteki bu teklifler MK.un 170. maddesini değiştirmekte ve kanunî mal rejimi olarak mal ayrılığı yerine “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini” kabul etmektedir. Teklif ile MK.umuzun mal ayrılığına ilişkin 185. maddesi değiştirilmekte, 185a-185r maddeleri arasında kanuna eklenen maddelerle edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin olarak İsviçre Medenî Kanunu hükümleri aynen alınmaktadır.

V) MAL AYRILIĞI REJİMİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERİN GERÇEK NEDENLERİ VE TÜRK HUKUKUNDA BU ALANDA YAPILMASI GEREKEN DEĞİŞİKLİKLER İLE YENİ ÖNERİLER

A) MAL AYRILIĞI REJİMİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLERİN GERÇEK NEDENLERİ

Türk Hukukunda, evlilik birliğinin son bulması halinde, eşlerin ve özellikle kadının, ekonomik durumunu evliliğin son bulma sebebine göre ayrı ayrı ele almak gerekir.

1) Evlilik birliğinin ölüm ile son bulması halinde, sağ kalan eşin ekonomik durumu, MİRAS HUKUKU ile yakından ilgili bir konudur.

Yasa koyucu, çağdaş gelişmelerin etkisiyle son olarak 3678 sayılı Yasa ile Miras'la ilgili hükümlerde önemli değişiklikler yapmış ve sağ kalan eşin mirasçılığında iyileştirmeler yoluna gitmiştir. Bu anlamda olmak üzere sağ kalan eşin ikinci zümre ile birlikte mirasçı olması halinde terekenin yarısının mülkiyetini alması öngörülmüş; üçüncü zümrede büyük ana ve büyük babanın bulunmaması halinde sağ kalan eşin tek başına mirasçı olabilmesi kabul edilmiş, sağ kalan eşin bulunması halinde ölenin amcası, dayısı, halası ve teyzesinin mirasçılığına son verilmiştir.

Eşlerden birinin ölümü halinde, mal ayrılığı rejiminde, her bir eş kendi malının mülkiyetini koruduğundan, hayatta kalan eş, ölen eşin mallarında sadece miras hissesi oranında miras hakkı elde edebilmektedir. Bunun sonucu olarak sağ kalan eş, birlikte bulunduğu zümreye göre, ölen eşin malları üzerinde miras hissesi oranında hak sahibi olabilmektedir. Sağ kalan eş, ölen eşle birlikte kullandığı müşterek konuta ait eşya üzerinde de, bunların kendisine ait olduğunu kanıtlayamadığı takdirde diğer mirasçılarla birlikte hak sahibi olabilmektedir. Bu durum, ölen eşe ait olup, eşlerin ortak konutuyla ilgili mülkiyet hakkı için de aynen geçerlidir. Eşlerin birlikte yaşantılarını sürdürdükleri, birlikte döşedikleri, zevklerini birlikte bölüştükleri konut ve konut eşyası, ölüm halinde, sağ kalan eşle birlikte diğer mirasçılara intikal etmektedir. Diğer mirasçılarla bu konut ve konut eşyasının miras nedeniyle taksimi konusunda bir anlaşma olmaz, sağ kalan eş bu konut ve konut eşyası üzerinde, diğer mirasçıların miras haklarını karşılayacak kısmı ödeyip bunları satın alamazsa, bunlar bir "izale-i şuy'u davası" sonucu icra yoluyla satılmakta, sağ kalan eş konuttan çıkarılmakta, elinden konut eşyası alınabilmektedir.

Mal ayrılığı rejiminin özellikle KONUT VE KONUT EŞYASI açısından sağ kalan eş yönünden yarattığı en önemli sakınca kendisini bu noktada göstermektedir. Sağ kalan eş ve özellikle sağ kalan eş kadın ise, bu konuda büyük mağduriyetlere uğramaktadır.

2) Evlilik birliğinin BOŞANMA nedeniyle son bulması halinde boşanan eşin ekonomik durumu konusunda aşağıdaki ayrımlar üzerinde durmak gerekir :

a) Boşanan eş lehine nafaka :

MK.umuzun 144. maddesi boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş için, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla nafaka talep edebileceğini öngörmüştür.

Bu madde daha önceleri bu nafakayı bir yıl süreyle sınırlı olarak öngörmüş iken, 3444 sayılı Yasayla yapılan değişiklik sonunda süre sınırı kaldırılmış, koşulların devam etmesi halinde bu nafakanın gerektiğinde ömür boyu devam edebilmesi benimsenmiştir.

Bugün uygulamada bu maddeye dayanılarak talep edilen nafakalara mahkemelerin oldukça düşük miktarlara hükmetmeleri, hükmedilen nafakanın çoğu kez, eşler arasında boşanma nedeniyle bir husumet ve düşmanlık doğması dolayısıyla tahsilinde karşılaşılan engeller, nafakanın enflasyon karşısında düşük düzeylerde kalması, bu konuda açılan artırım davalarının uzun zaman alması, tebligat sorunları gibi noktalarda adeta işlemez hale gelmektedir. Bu nedenle de özellikle boşanan ve bir meslek ve sanatı bulunmayan çalışmayan kadınlar açısından bu madde yeterli bir koruma temin edememektedir.

Yoksulluk nafakası ile ilgili en büyük yakınmaları :

a) Kocanın bu nafakayı ödememek için, malvarlıklarını kaçırmaya çalışması, bunları başkalarının üzerine muvazaalı temlikler yoluyla devir etmek suretiyle kadının nafaka alacağını tahsil etmesini engellemesi ya da nafaka artırım davaları açma yolundaki umutlarını hiçe çıkarması;

b) Nafaka artırım davasının yeni masrafları gerektirmesi, bu konuda artan yargı harçları, tebligat giderleri ve avukatlık ücreti karşısında, zaten NAFAKAYA MUHTAÇ DAVACININ bu davayı açacak ekonomik güce sahip olmaması, bu arada nafaka yükümlüsünün adres ve izini kaybettirmesi, başka bir yargı çevresine taşınması halinde, davacının "davalının bulunduğu yer mahkemelerinin yetkisiyle ilgili genel usul hükmü" karşısında, davalıyı arayıp bulmakta, bulsa bile o yargı çevresine bu davanın takibi için gidip gelmekte karşılaştığı güçlükler.

c) Nafaka yükümlüsü kişinin ekonomik durumuyla ilgili araştırmalarda karşılaşılan güçlükler ve davacının bu konuda gerekli ve yeterli kanıtlar bulamaması, davalının nafaka ödememek ya da artırım davasını önlemek için malî ve ekonomik durumunu düşük gösterme girişimlerinde bulunması, üzerine kayıtlı malları muvazaalı yollarla başkalarının üzerine geçirmesi. Bunun sonucu olarak Mahkemelerin nafakalara oldukça düşük oranlarda hüküm vermesi, şeklinde özetlemek mümkündür.

b) Boşanan eş lehine tazminat :

aa) Maddi Tazminat :

MK.md.143'de "mevcut ve hatta muntazar bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip bir tazminat talebine hakkı vardır" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümle ilgili olarak öğretide, özellikle Aile Hukuku kitaplarında çok kapsamlı açıklamalara, maddi tazminatın koşullarına yer verilmesine rağmen, böyle bir tazminata hükmedebilmenin somut örneklerine yer verilememektedir.

Yargıtay Kararlarında da maddi tazminata ne zaman hükmedilebileceği konusunda bir açıklık ve netlik mevcut değildir.

Talep edilebilecek maddi tazminat için, davacı eşin, "beklenen bir miras hakkını" kaybetmesi örneğine sık sık rastlanmakta ise de, bu örnek her zaman tutarlı sayılamaz. Zira MK. md.146 f.II açık bir biçimde boşanma halinde eşlerin artık birbirine mirasçı olamayacağını öngörmektedir. Yasanın açık bir şekilde kabul ettiği bu sonucu, MK. md.143 yoluyla maddi tazminat olarak devam ettirmek olanaklı değildir. Öte yandan davacının, "beklenen miras hakkını kaybetmesini" maddi tazminat isteğinin gerekçesi yapabilmesi için, kendisinin, davalıdan önce ölmeyeceğini kanıtlaması zorunludur. Bunun ise ne kadar güç, hatta imkansız olduğu açıktır.

Maddi tazminatın ölçüsü olarak burada belki şu zararın varlığından söz edilebilir :

Yargıtay son zamanlarda verdiği bazı kararlarında, boşanma halinde eşin maddi tazminat istemini "destekten yoksun kalma tazminatına" benzetmiştir. Bu kararlardan birinde "Boşanmada, davalının kusursuz olduğu ve boşanma nedeniyle kocasının desteğinden yoksun kaldığı sabit

bulunmakla, uygun miktarda maddi,... tazminata hükmedilmesi gerekir”¹⁰.

Yargıtay’ın bu yorum tarzı, boşanan kadınların mal ayrılığı rejiminden kaynaklanan mağduriyetlerini önleme amacına yönelik zorlayıcı bir yorumdur : Zira destekten yoksun kalma tazminatında, ortada desteğinden yoksun kalınan kişinin “ölümü” şeklindeki sabit ve kesin bir olgu vardır. Boşanmada ise, tazminata mahkum edilecek olan eş hayattadır; bu kişi “ölseydi” faraziyesinden hareket ederek tazminat hesabı destekten yoksun kalma tazminatının kabul edilmiş amacıyla bağdaştırılamaz. Öte yandan, bu tazminatı talep eden eşin, daha sonra müteaddit evlilikler yapmak suretiyle “destekten yoksun kalma” tazminatı istemini bir zenginleşme ve servet aracı haline getirmesi her zaman mümkündür.

Davacı çalışabilecek durumda iken, koca, onun bir meslek ve sanat icra etmesine izin vermemiş, bu durum her türlü delillerle kanıtlanmışsa, boşanma halinde kadın, bu yüzden çalışmadığı yıllar için “çalışmış olsaydı elde edebileceği kazanç ya da tasarruf miktarını” maddi zarar olarak talep edebilir.

Çok sınırlı bir şekilde verilebilecek birkaç örnek dışında, bugün MK. md.143 hükmünün maddi tazminat açısından fazla işlerliği olmadığı, bu yüzden de boşanan kadınların mağduriyetlerini giderecek bir çözüm olmadığı söylenebilir.

bb) Manevi tazminat

MK. md.143 f.II’de “Bundan başka boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler kabahatsiz karı veya kocanın şahsî menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise, hakim manevi tazminat namıyla muayyen bir meblağ dahi hükmedebilir” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hüküm, maddi tazminat hükmünden farklı olarak, “maddi bir zararı gerektirmediğinden”, davacının sadece boşanma yüzünden manevi bir zarara uğradığını yeterli gördüğünden uygulamada kısmen bir işlev görebilmektedir. Burada davacı taraf, sadece “boşanma yüzünden davacı eşin kişilik hakkının ağır bir surette haleldar edilmiş olduğunu” ispatla yükümlüdür. Yasada “ihlâlin ağırlığı” koşulu, BK. md.49’un, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce aradığı bu koşulun bir tekrarından ibarettir. BK. md.49’daki “kusurun ve zararın ağırlığı” koşulu 3444 sayılı Yasayla metinden çıkarıldığı halde, MK. md.143 f.II’de bu yönde bir deği-

¹⁰ Yargıtay 2. HD. 29.11.1994, E.1994/10093, K.1994/11655 (YKD, Şubat 1995, C.21, s.2, sh.199 vd.).

şiklik yapılmamıştır. Ancak bu hükmün yorumunda, BK. md.49'daki değişiklik yönünde artık "ihlâlin ağırlığı" koşulunu burada da aramak gerekir.

Ülkemizde özellikle son yıllarda, artan ekonomik sıkıntılar ve boşanan kadınların içine düştükleri kötü malî koşullar gözönünde tutularak Yargıtay uygulamalarıyla davacı lehine manevi tazminata hükmetme konusunda oldukça esnek davranıldığı ve davacı kadın lehine mümkün oldukça bu hükmün işletilmesi suretiyle manevi tazminata hükmedilmesinin kabul edildiği görülmektedir.

c) Boşanan eşin, diğer eşten olan alacakları :

Mal ayrılığı rejiminde, boşanan eşin, diğer eşten olan alacağı da önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Birçok hallerde, eşlerin taşınmaz gibi bir kıymetli mala yatırım yaparken, bu yatırım bir eş üzerine yapılmakta, diğer eş de buna parasal katkılarda bulunmaktadır. Ülkemizde son zamanlarda yaygınlaşan ve dar gelirli ailelerin konut sahibi olmasını sağlayan kooperatif üyeliği bunların başında gelmektedir. Eşlerden biri kooperatife bir hisse için üye olmakta, diğer eş zaman zaman, kooperatif aidatının ödenmesinde katkıda bulunmaktadır. Kooperatif üyeliği dışında, bir eşin bir taşınmazı satın alırken tapuda mülkiyeti üzerine alması, diğer eşin de kendi parasıyla ona parasal katkıda bulunması çok sık rastlanan olaylardır.

Boşanma halinde, eşine parasal katkıda bulunan eş, diğerinden sözü edilen taşınmazda kendisine katkısı oranında (örneğin taşınmazın yarı hissesini) aynı hak vermesini talep etmektedir. Örneğin, kadın, yaşlı olan eşinin satın aldığı iki dairenin alımında ona altınlarını satarak katkıda bulunduğunu, satın alan eşinin kendisine, bu taşınmazlarda hisse vereceğine söz verdiğini, boşanmadan ya da satın alan eşin ölümünden sonra bu sözün yerine getirilmesini talep etmektedir.

Türk Borçlar ve Eşya hukuku sistemimizde, eşinin mülk edinmesinde parasal katkıda bulunan eşin, ondan katkısı oranında bir aynı hak talep etmesi hukuken olanaksızdır. Bu örneklerde, katkıda bulunan eş, diğerinden ancak, verdiği paranın, temerrüt tarihinden itibaren yasal temerrüt faiziyle birlikte (şu anda bu faiz oranı senelik % 30'dur) ödenmesini BK. md.61 vd. hükümlerine yani sebepsiz zenginleşme ya da karz sözleşmesi (BK. md.308 vd.) hükümlerine göre talep edebilecektir. Parasal katkı döneminde verdiği para, örneğin taşınmazın yarısı değerinde iken, bu paranın kendisine ödendiği tarihteki değeri, o taşınmazın onda birini dahi karşılamamaktadır.

B) DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ

1) EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNE İLİŞKİN İSVİÇRE ÖRNEĞİNİN ALINMASI ÖNERİSİ

Yukarıda özetlemiş olduğumuz, 1984 yılında İsviçre’de mal birliği rejimi yerine kanunî rejim olarak kabul edilen “edinilmiş mallara katılma rejimini” isabetli bir rejim olarak gören ve bizde de bu rejimin kabul edilmesi gerektiğini savunanlar vardır¹¹. Bu alanda bazı kanun teklifi ve tasarılarının da hazırlanıp TBMM’ne verildiğine yukarıda değinmiştik.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin isabetli bir rejim olduğu ve bu rejimin bizde de mal ayrılığı rejimi yerine kanunî bir rejim olarak alınması gerektiği görüşünü savunanların, bu rejimle ilgili yeterli bir araştırma yapmadıkları kanısındayım. Bu rejimin yakından incelenmesi halinde, Türk Toplumunun bünyesine ve anlayışına uygun bir rejim olmadığı ve işletilemez bir rejim olarak kalacağı görülecektir.

Herşeyden önce bu rejim İsviçre’de de çok yakın bir tarihte kabul edilmiş olup, henüz bu rejimin isabetli konusunda İsviçre’de de son söz söylenebilmiş değildir.

Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan Medenî Kanun Komisyonu’nun çalışmaları sırasında, bu rejimin İsviçre’de isabeti ve işlerliği konusunda Dış İşleri Bakanlığı kanalıyla, İsviçre’den resmi bir yanıt alınmasına karar verilmiş; TC. Bern Büyükelçiliği’nden verilen yanıtta, “bu rejimden bugüne kadar henüz bir yakınma gelmediği” ifade edilmiştir¹².

2) EŞLER ARASINDA KANUNİ REJİM OLARAK MAL AYRILIĞI SİSTEMİNİN KORUNMASI BUNA KARŞILIK BOŞANMA HALİNDE ALMAN HUKUKUNDAKİ KAZANCA KATILMA REJİMİNİN UYGULANMASI GÖRÜŞÜ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin henüz oturmamış bir rejim olması, İsviçre’de de yeni bir rejim olması nedeniyle henüz isabeti konusunda bir yargıya varmanın mümkün olmaması nedeniyle, bunun yerine kural olarak eşler arasında kanun gereği mal ayrılığı rejiminin korunması, boşanma veya butlan nedeniyle evliliğin son bulması halinde kazanca katılma rejiminin uygulanması görüşünü savunanlar vardır¹³. Bu görüş, ev-

¹¹ Bkz. yukarıda dipnot 9’daki yazarlar.

¹² TC. Bern Büyükelçiliği’nin, 13.5.1993 tarihli 30.000/39 sayılı yazıları.

¹³ *Cansel*, sh.42; *Akıntürk*, sh.145; *Tekinay*, sh.356.

liliğin ölüm ile son bulması halinde, mal rejimi sistemiyle değil, sağ kalan eşin miras hakkının artırılması suretiyle aksaklıkların giderilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

VI- EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN SAKINCALARI YENİ MAL REJİMİYLE İLGİLİ ÖNERİMİZ

A) EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN SAKINCALARI

1) İSVİÇRE HUKUKU BAKIMINDAN

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız gibi, edinilmiş mallara katılma rejimi İMK'nda yapılan 1984 değişikliği ile getirilmiş yeni bir mal rejimidir. Bu değişiklik 1988 yılında yürürlüğe girmiş olup, henüz uygulamasının üzerinden sekiz yıla yakın bir zaman geçmiştir.

Oldukça yakın bir tarihte yürürlüğe giren bu rejimin İsviçre toplumunun ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı konusunda kesin bir yargıya varmak güçtür. Bu alanda henüz sağlıklı bir araştırma yapılmış değildir. Ancak İsviçre'de bazı hukukçular yeni kabul ettikleri bu rejimin uygulamada önemli sorunlar yaratacağını ifade etmektedirler. Bu sorunlara aşağıdaki örnekler verilmektedir :

a) Eşlerden biri, çalışma yaşamından elde ettiği gelikle, kişisel kullanımı için pahalı bir mücevher veya kol saati satın alıyor; kişisel kullanıma ilişkin bu mal eşin kişisel malvarlığında yer alacak, ancak bu malın alımı için ödenen bedel aynı eşin kazanılmış malvarlığından çıktığından eşin kişisel malvarlığı kazanılmış malvarlığına karşı borçlanacaktır¹⁴.

b) Eşlerden birinin aldığı piyango biletine ikramiye isabet ediyor. Bu ikramiye eşin hangi malvarlığına dahildir? Piyango bileti eşin kişisel malvarlığına dahil (örneğin ona miras yolu ile kalmış) para ile alınmışsa, ikramiye de onun kişisel malvarlığına girecek; buna karşılık, bilet eşin kazanılmış malvarlığına dahil para ile (örneğin maaşı ile) alınmışsa, ikramiye de kazanılmış malvarlığına dahil sayılacaktır¹⁵.

c) Üçüncü kişilerden birine yapılan ivazsız kazandırmalar, özellikle bağışlamalar onun kişisel malvarlığına girer. Ancak ortada bir karma ba-

¹⁴ Tuor-Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, 1986, sh.209-210.

¹⁵ Näf-Hofmann, Kurzdarstellung des Vorentwurfs der Eidgenössischen Expertenkommission zur Revision des Ehe-und Ehegüterrechtes im Zivilgesetzbuch, Zürich 1976, sh.22, 23.

ğışlama olabilir, yani mal kısmen ivazlı, kısmen ivazsız biçimde devredilmiş bulunabilir (Örneğin: Değeri 500.000.000 TL. olan bir taşınmaz, 100.000.000 TL.na eşlerden birine devrediliyor). Bu takdirde, ivazın eşlerden hangisi tarafından ödendiğini dikkatle alarak aşağıdaki ayrımları yapmak gerekecektir.

aa) Taşınmazı edinen eş, aynı zamanda ivazı ödeyen taraf ise, tekrar bir ayırım yapılacaktır :

- Bu ivaz, eşin kişisel malvarlığından ödenmişse, taşınmaz da onun kişisel malvarlığına girer.

- Bu ivaz, eşin kazanılmış malvarlığından ödenmişse, işlemde ivazsız bölümün mü, ivazlı bölümün mü, ağır bastığını araştırmak gerekecektir. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi ivazsız bölüm ağır basıyorsa, taşınmaz kişisel malvarlığına dahil olacak, ancak aynı eşin kazanılmış malvarlığı onun kişisel malvarlığına karşı ödenen ivaz oranında bir alacak hakkı elde edecektir. Bunun tersi geçerli olsa ve işlemde ivazlı bölüm ağırlık taşıyorsa, bu defa taşınmaz onu kazanan eşin kazanılmış malvarlığına girecek, fakat işlemin ivazsız kalan (bağışlama teşkil eden) bölümü için bu malvarlığı aynı eşin kişisel malvarlığına karşı borçlanacaktır.

bb) İkinci olasılık, ivazın karma bağışlama konusu taşınmazı kazanan eş değil, diğer eş tarafından ödenmesidir. Bu durumda, taşınmaz bağışlananın kişisel malvarlığına girmiş sayılacak, fakat o, ivazı ödeyen diğer eşe karşı borçlanacaktır¹⁶.

d) Eşlerden biri, kişisel malvarlığında yer alan bir tabloyu satın bir dolap satın almak istiyor. Tablonun satış bedeli, hiç kuşkusuz tablonun yerini alır ve kişisel malvarlığına dahil olur. Eş, bu parayı başka parasına karıştırmadan, örneğin bir zarf içinde saklar ve bununla dolabı satın alırsa, paranın yerine geçen dolap da birbirini takip eden iki ikame sonucu kişisel malvarlığında yer alır. Buna karşı eş, tablonun satışından elde ettiği parayı diğer parası ile karıştırır ve örneğin Banka'daki kazanılmış malvarlığına dahil olduğunu fark ettiğimiz hesabına yatırır, tablonun satışı ile dolabın alımı arasındaki bağlantı kesilmiş olur. O andan itibaren, para kazanılmış mallara girer, ancak kişisel malvarlığı kazanılmış malvarlığına karşı o meblağ nisbetinde bir alacak hakkı elde eder. Ne var ki, daha sonra bankadaki bu para ile dolabı satın alan eş, "tablonun satışından elde edilen para ile dolap satın alma" amacını gütmüş olduğunu ispat edebilmek kaydı ile, aradaki kesintiye rağmen dolabın yine kişisel malvarlığına

¹⁶ Deschenaux-Steinauer, sh.237-238.

katılmasını sağlayabilir. Bunun gerçekleştiği anda ise, paranın bankaya yatırıldığı sırada kişisel malvarlığı lehine doğmuş alacak hakkı da düşer¹⁷.

- Edinilmiş mallara katılma rejiminde çözümü güç bu tür örnekleri attırmak mümkündür. Bu örnekler, bu rejimin İsviçre'de de henüz tam anlamıyla oturmuş ve sorunsuz bir rejim olduğunu söylemek için çok erken olduğunu ortaya koymaktadır.

2) TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN

Edinilmiş mallara katılma rejiminin yukarıda ana hatlarıyla verdiğimiz özetinden, bu rejimde, eşlerin evlilik sonrası kişisel malları hariç, edindiği mallarda eşit bölüşüm esasını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Acaba böyle bir sistem, Türk toplumu ve aile yapısına uygun düşer mi?

Eşler arasındaki mal rejimine karar verirken, öncelikle şu sorunun yanıtını vermek gerekir.

Mal rejiminde amaç, bir eşin, diğer eşin edindiği mallarda, bunun edinilmesine katkısı olup olmadığına bakılmaksızın hak sahibi olmasını sağlamak mıdır? Yoksa, bir eşin, diğer eşin edindiği mallarda, bunun edinmesine katkısı oranında hak sahibi olmasını sağlamak ve bu yolla evlilik süresince eşin edinilen mallara katkısının değerlendirilmesini temin etmek midir?

Amaç, eşin, diğerinin edindiği mallarda, katkısına bakılmaksızın hak sahibi olmasını sağlamak dersek, yeni haksızlıklara yol açmış, evlilik kurumunu sevimsiz hale getirmiş oluruz. Zira hiçbir hukuk sisteminde, evliliğin amacı, bir eşin kazandığı mallara, diğerinin katkısı olmadığı halde hak sahibi olması haklı kabul edilemez.

O halde mal rejimine karar verirken amaç, eşler arasında haksızlıklara yol açmayacak, bir eşin diğer eşin katkısını sömürmesi sonucunu doğurmayacak, emek ve çalışma gücüyle diğer eşin mal edinmesine katkıda bulunan eşin katkısını değerlendirecek çözümler olmalıdır. Bunun sonucu olarak mal rejimini, "kadın-erkek eşitliği" tartışması olarak görmemek gerekir. Zira mal rejimi hiçbir zaman "kadının ekonomik durumunun" düzeltilmesi aracı olamaz. Aksinin kabulü, evliliğin "kadının ekonomik güvencesi olduğu" gibi yanlış bir sonuca yol açar. Halbuki ülkemizde kadının ekonomik sorunu varsa, bu sorun sadece evli kadınlar için değil,

¹⁷ Deschenaux-Steinauer, sh.249-250, not: 82. İsviçre'li hukukçuların verdikleri bu örnekler, İ.Ü. Hukuk Fakültesi tarafından, Adalet Bakanlığı'nın mal rejimleriyle ilgili çalışmalara verdiği rapordan alınmıştır.

evli olmayan kadınlar için de söz konusudur. Mal rejimi yoluyla evli kadının ekonomik durumunu düzelttiğinizi farzedelim, acaba evli olmayan kadınların ekonomik durumu nasıl düzeltilecektir.

Bu açıklamalarımızdan sonra edinilmiş mallara katılma rejiminin bizim ülkemiz bakımından elverişli ve uygulanabilir bir rejim olamayacağını gerekçeleriyle ortaya koymak istiyorum :

a) Herşeyden önce İsviçre’de böyle bir rejimin kabul edilmesinin toplum açısından bir tepkiye yol açmaması doğaldır. Zira İsviçre’de erkek kadar, kadın da ekonomik ve çalışma yaşamında eşit söz hakkına sahiptir. Evlilik sonrasında kazanç elde eden, kazancıyla mallar edinen taraf sadece koca değil aynı zamanda kadındır. Evliliğin boşanma ile son bulmasında, bu nedenle eşlerin evlilik sonrası edindiği malları yarı yarıya bölüşmelerinde bir haksızlık gündeme gelmemektedir.

Bizim ülkemizde ise, halen kadınlarımızın büyük bir çoğunluğunun okur-yazar olmadığı, evli kadınların büyük bir çoğunluğunun bir meslek ve sanat sahibi olmadığı bir toplumda sadece kocanın çalışması ve boşanma halinde kadının, kocanın edindiği mallarda eşit hisse talep edebilmesi haklı bir çözüm olamaz.

b) Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin kişisel mallarıyla kazanılmış mallarını kesin sınırlarla ayırmak birçok olaylarda mümkün değildir. İsviçre’de bunun zorluklarına ilişkin örnekleri yukarıda vermiş bulunuyoruz.. Bu rejimin bizde kabul edilmesi halinde çok daha içinden çıkılmaz örneklerle karşılaşılacağı açıktır. Örneğin: Koca, maaşıyla eski bir daire almıştır. Babasından kalma tarlasını satarak bu eski daireyi baştan sona elden geçirip tamir ve tadil etmiştir. Boşanma halinde kadın, bu evin kocanın kazanılmış malı olduğunu iddia edip yarısı üzerinde mülkiyet hakkı talep ettiğinde, acaba kocanın, babasından kalma tarlasını satarak eve yaptığı harcamaları hangi miktarda, hangi tarihteki değeri üzerinden talep edebilecektir? Kadının bu harcamaları ödeme gücü yoksa bu daire üzerinde eşlere hangi oranlarda mülkiyet hakkı tanınacaktır.

c) Evlilik süresince kocanın çalışıp mallar edinmesi, kadının ise bunda sadece evde çalışmasından ibaret cüz’i katkısına rağmen, edinilen bu malların yarısında hak talep etmesi böyle bir mal rejimini uygulanmaz hale getirir. Şöyle ki :

aa) Böyle bir haksızlığa uğramak istemeyen koca, evlenirken kanunî mal rejimi olan “edinilmiş mallara katılma rejimini” kabul etmeyecek, diğer seçimlik rejimlere ilişkin mal rejimi mukavelesi yapma yoluna gidecektir. Böylece, edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan haksızlık-

lar nedeniyle, bu rejim kanunî rejim olmasına rağmen kağıt üzerinde kalan bir rejim olacak, diğer seçimlik rejimler yaşayan rejimler olacaktır.

bb) Öte yandan koca bu rejimden doğan haksızlıkları önlemek için, edindiği malları muvazaalı yollarla başkalarının üzerine yapacak, özellikle, evliliğin boşanma tehdidiyle karşı karşıya kaldığını gören koca, karısından mal kaçırmak için her türlü muvazaalı ve mal kaçırmaya yönelik işlemleri yapmaya çalışacaktır. Bu yolla bu rejimden beklenen amaç gerçekleşmeyecektir.

d) Edinilmiş mallara katılma rejiminde, boşanma halinde bu rejimin tasfiyesi imkansız ya da oldukça güç gerçekleşecektir. Bu rejimde eşlerin kişisel ve kazanılmış mallarının belirlenmesi, bir eşin kişisel malıyla kazanılmış bir mala yaptığı katkı oranının ve miktarının tesbiti, değer tesbiti, katkı oranı, denkleştirme değerlerinin belirlenmesi çözümü oldukça güç sorunlar yaratacaktır. Böylece, bir evlilik boşanma ile son bulduğu halde, eşler yıllarca Mahkemelerde mal rejiminin tasfiyesi için karşı karşıya geleceklerdir.

Bugün ülkemizde kanunî rejim olarak mal ayrılığı rejimi olmasına rağmen, boşanma davalarıyla birlikte ya da boşanma davasından ayrı olarak açılan bir eşya davasının içinden bile Mahkemelerimizin çıkamadıkları, bu tür davaların ne denli karışık ve zaman alıcı olduğu uygulama içinde olan hukukçular tarafından bilinmektedir.

Mal ayrılığı rejiminde basit bir eşya davası mahkemelerimizi bu denli uğraştırırken, oldukça karışık bir tasfiyeyi gerektiren edinilmiş mallara katılma rejiminin çözümlenmesi ve eşlere hak ettiklerinin verilmesi içinden çıkılmaz sorunlara yol açacaktır.

Eşler arasında mal rejimine karar verirken, bu rejimin tasfiyesinde oldukça basit ve kolay çözümlerin getirilmesi zorunludur. Aksi halde, getirilen mal rejimi uygulama alanı bulmaz istenen amacı gerçekleştiremez.

e) Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin miras yoluyla elde ettiği mallar kişisel malı; buna karşılık bu malların gelirleri edinilmiş mal sayılmaktadır. Bunun haklı ve âdil olamayacağı açıktır. Örneğin: A'nın babadan kalan tarlasından elde edilen kira dahi edinilmiş mal sayılacak ve diğer eş bunun yarısını talep edebilecektir.

B) ÖNERİMİZ

Mal ayrılığı rejimine yöneltilen eleştiriler ve getirilecek çözüm konusunda iki yöntem izlenebilir :

1) Mal ayrılığı rejimini korumak buna karşılık boşanma ve evliliğin iptali halinde boşanan eşlerin malî ve ekonomik durumlarını düzeltici çözümler getirmek; evliliğin ölümle son bulması halinde ise, sağ kalan eşin mirastaki durumunu düzeltmek örneğin sağ kalan eşin miras hissesini arttırmak.

2) İkinci çözüm tarzı ise mal ayrılığı rejimi yerine bir başka kanunî rejim kabul etmek.

Biz bu konuda, bu iki çözümün birlikte ele alınması gerektiğini, evliliğin boşanma veya iptal ile son bulması halinde eşin malî ve ekonomik durumunu düzeltici yasal değişikliklerin yapılması, bunun dışında mal ayrılığı rejiminde, bir eşin kazanılmış malları edinmesine katkıda bulunan eşin bu katkısı oranında hak sahibi olması çözümünün kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu anlamda olmak üzere önerimizi aşağıda iki ayrı bölümde takdim edeceğiz. Bunlardan birincisi boşanma (ve iptal) halinde yapılacak yasal değişikliklerle eşin ekonomik durumunun korunması; ikincisi ise mal ayrılığı rejimi yerine mal ayrılığı ile edinilmiş mallara katılma rejimi arasında yeni bir rejim olan "Paylaşım Mal Ayrılığı Rejimi" diye adlandırdığımız bir rejimin kabul edilmesidir.

1) MAL REJİMİ DIŞINDA BOŞANMA HALİNDE EŞLERİN EKONOMİK DURUMUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK ÖNERİMİZ

a) NAFAKANIN GELECEK YILLARA İLİŞKİN ARTIŞ ORANLARIYLA BİRLİKTE HÜKÜM ALTINA ALINMASI

Boşanan kadının gerek kendisi lehine hükmedilen yoksulluk nafakası gerekse velayeti kendisine verilen çocuklarla ilgili yoksulluk nafakası açısından karşılaştığı en önemli güçlük, ülkemizde artan enflasyon karşısında her yıl nafaka arttırım davası açması zorunda kalmasıdır. Bunun önlenmesi için MK. md.145 hükmüne aşağıdaki bir fıkranın eklenmesi gerekir :

"Hakim, talep halinde, irad şeklinde tahsis edilen maddi tazminat veya nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğine karar verebilir".

Bu hüküm sayesinde nafakaya muhtaç kişi korunmuş olacaktır. Karardaki artış oranına nazaran sosyal ve ekonomik durumunda olumsuz gelişmeler olmuşsa, kararın gözden geçirilmesini isteme yükü, nafaka borçlusuna yüklenmiş olmaktadır.

b) ORTAK KONUTLA İLGİLİ TAAHHÜT VE TASARRUF
İŞLEMLERİNDE EŞLERİN EŞİT SÖZ HAKKINA SAHİP
OLMASI

Eşlerin birlikte oturdukları ortak konut bir kira sözleşmesiyle kullanılan bir konut olabilir; ya da bu konut eşlerden birinin mülkiyetinde bulunabilir. Böyle bir konutla ilgili kira sözleşmesini, sözleşmeyi akdeden eşlerden birinin tek başına feshetmesi halinde diğer eş mağdur olabilmektedir. Örneğin : Koca, kiraladığı konutu terketmiş, kira sözleşmesini feshetmiştir. Kiralayan, kira sözleşmesinde taraf olmadığı için konutta oturan kadının tahliyesini talep edebilmektedir.

Ortak konut eşlerden birinin mülkiyetinde bulunabilir. Bu durumda malik olan eş, diğerinin rızasını almadan bu konutu başkasına devredebilir ya da başka haklarla takyit edebilir. Örneğin: Koca, mülkiyeti kendisine ait daireyi satın, evi terkedebilir; satın alan kişi kadını evden tahliye ettirebilir.

Bu örneklerde ortak konutu paylaşan eşlerden birinin bir taahhüt ya da tasarruf işlemiyle diğer eşi mağdur etmesi söz konusu olabilmektedir.

İsviçre Medenî Kanunu'nda 169. maddede yapılan değişiklikle şu hüküm getirilmiştir :

“Eşin muvafakati olmadan, bir eş, aile konutu ile ilgili bir kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez, veya aile konutu üzerindeki hakları diğer bir hukuksal işlemle tamamen veya kısmen sınırlayamaz.

İşbu rızayı temin edemediği veya bu rıza haklı bir neden olmadan verilmediği takdirde diğer eş hakimın müdahalesini isteyebilir.”

Eşlerin müşterek yaşamlarını paylaştığı ortak konutla ilgili olarak kabul edilen oldukça çağdaş olan bu hükmün bizde de Medenî Kanunu-muza yeni bir 160/a maddesi olarak aynen alınması gerekir.

c) EŞLERİN TASARRUF YETKİSİNİN KISITLANABİLMESİ

Bir eşin, boşanma davası devam ederken ya da boşanma kararından sonra, hükmedilen nafakayı ya da tazminatı ödemekten kaçınmak için malvarlığı değerlerini elinden çıkarması ve bu yolla alacaklı eşi mağdur etmesi mümkündür. Bu durum alacaklı eş için büyük zorluklar yaratmaktadır.

İsviçre'de bunun önlenmesi amacıyla Medenî Kanunda 178. maddede yapılan bir değişiklik sonucu hakimin, eşlerden birinin isteği üzerine, diğer eşin mallarının bazılarının tasarruf edilmesinde yetkisini kısıtlayabileceği kabul edilmiştir.

Böyle bir değişikliğe bizim ülkemizde büyük bir ihtiyaç bulunmaktadır. Bu amaçla Medenî Kanunumuzun 163. maddesini takip eden maddesine şöyle bir hükmün konulması gerekir :

“V. tasarruf yetkisinin sınırlandırılması

Madde 164- Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin talebi ile, hakim belirleyeceği malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların ancak onun rızası ile yapılabileceğine karar verebilir.

Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, tapuda kendiliğinden gerekli şerhin verilmesine karar verebilir”.

d) KONUT VE KONUT EŞYASI

Mal rejimi ne olursa olsun, evliliğin ölümle son bulması halinde eşlerin ortak konutları ve konut eşyasının, sağ kalan eşle birlikte mirasçı olan kişiler arasında taksim edilmesi, çoğu kez böyle bir taksimde anlaşma olamaması nedeniyle bunların üçüncü kişilere satılması suretiyle sağ kalan eşin konuttan atılması ve konut eşyasının elinden alınması üzücü ve dramatik sahnelerin yaşanmasına yol açmaktadır. Sağ kalan eş, birdenbire yıllarını içinde geçirdiği, anılarını paylaştığı, yaşamını ve çevresini ona göre ayarladığı konutun kapısının önüne konulmakta, konut eşyası elinden alınmaktadır.

Bu haksızlığı önlemek üzere, İsviçre Medenî Kanunu, kanunî mal rejimi olan “edinilmiş mallara katılma rejimiyle” ilgili 219. maddesinde şu çözümü getirmiştir :

“Sağ kalan eş, o zamana kadarki yaşantısını koruyabilmek için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılmadan doğan alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel ilave edilmek suretiyle intifa veya sükna hakkı tanınmasını talep edebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.

Aynı koşullar altında sağ kalan eş konut eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir.

Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya sükna hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyunun aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Zirai taşınmazlara ilişkin miras hükümleri saklıdır”.

İsviçre’de, mal ortaklığı rejimi ile mal ayrılığı rejimi seçimlik rejimler olarak korunmuştur. Mal ortaklığı rejiminde de eşlerin konut ve konut eşyasıyla ilgili 219. maddedeki hüküm, kısmen değiştirilmek suretiyle tekrar edilmiştir. Aradaki tek fark şudur: Edinilmiş mallara katılma rejiminde sağ kalan eş konut ve konut eşyası üzerinde katılmadan doğan payına mahsuben öncelikle intifa veya sükna hakkı talep edebilirken, mal ortaklığı rejiminde öncelikle mülkiyet hakkı talep edebilmektedir. Buna karşılık mal ortaklığı rejiminde sağ kalan eş haklı sebeplerin varlığı halinde intifa veya sükna hakkı verilmesini talep edebilecektir.

- Görüldüğü üzere İsviçre’de konut ve konut eşyası üzerinde diğer eşe intifa veya sükna hakkı ve belli koşulların varlığı halinde ise mülkiyet hakkı tanınması evliliğin sadece ölümle son bulması için öngörülmüştür.

- Biz böyle bir hükmün, evliliğin boşanma veya iptal nedeniyle son bulması halinde de tanınması gerektiğini düşünüyoruz. Aşağıda açıklayacağımız gibi eşler arasında kanunî mal rejimi olarak “paylaşım mal ayrılığı rejiminin” kabulüyle birlikte konut ve konut eşyası üzerinde boşanma veya evliliğin iptali halinde belli koşullar altında diğer eşe KULLANMAYA DEVAM HAKKININ tanınması kabul edilmelidir. Buna karşılık evliliğin ölümle son bulması halinde ise aynen İsviçre’de seçimlik rejim olan mal ortaklığında olduğu gibi, sağ kalan eşe, miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması; haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin ya da diğer mirasçılardan talebi üzerine mülkiyet yerine intifa veya sükna hakkı tanınması kabul edilmelidir.

- Konut ve konut eşyası üzerinde sağ kalan eşe bir tür kanundan doğan iştirâ (alım) hakkı tanındığına göre, bu tür malların terekenin taksimi sırasında hariç tutulması zorunludur. Bu amaçla da terekenin taksimiyle ilgili olarak aynen İsviçre Medenî Kanunu'nun 612. maddesine benzer bir hüküm olarak 591 a maddesinin Medenî Kanunumuza eklenmesi gerekir.

Konut ve konut eşyasına ilişkin olarak Medenî Kanunumuza gerek mal rejimiyle ilgili hükümler arasına gerekse mirasın taksimiyle ilgili hükümlere eklenmesi gereken madde önerilerimizi aşağıdaki mal rejimine ilişkin önerimizde ortaya koyacağız :

2) MAL REJİMİNE İLİŞKİN ÖNERİMİZ

Birçok hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde de tek tip bir mal rejimi yerine, kanunî rejimin kabulü ve bunun yanında eşlerin diledikleri takdirde bir mal rejimi mukavelesiyle kabul edebilecekleri seçimlik rejimin kabul edilmesi sistemi geçerlidir.

İsviçre'de yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi 1984 değişikliği ile, o güne kadar yürürlükte olan kanunî rejim malbirliği rejimi yerine edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiş, daha önce bu ülkede yürürlükte olan seçimlik rejimler olarak mal ortaklığı ve mal ayrılığı rejimleri ise kısmî değişikliklerle korunmuştur.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin bizim ülkemiz bakımından uygulanabilir, elverişli bir rejim olamayacağını ortaya koymaya çalıştık.

Ülkemizde mal ayrılığı rejiminin yarattığı olumsuzlukların birçoğunun bu rejimden çok, diğer yasal düzenlemelerden kaynaklandığını, bu olumsuzlukların giderilmesi yönünde yapılması gereken yasal değişikliklere ilişkin önerilerimizi yukarıda aktardık.

Şimdi burada mal ayrılığı rejiminden kaynaklanan haksızlıkları gidermeye yönelik önerilerimizi sunmak istiyoruz.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi mal rejimleriyle ilgili düzenlemelerde amaç, eşlerden birinin kazanılmış mallarına diğerinin katkısı olduğu halde bu katkının değerlendirilmemesinden doğan haksızlığı gidermek olmalıdır.

Ülkemizde mal ayrılığı rejiminde karşılaşılan en büyük haksızlık, özellikle çalışmayan kadınların, emek ve çalışmalarını ev işlerine, çocuğa ve kocaya tahsis etmesine, bu nedenle herhangi bir kazanç elde edememesine karşılık, kocanın kazandığı malların tek maliki olmasından kaynak-

lanmaktadır. Kocanın bu malları edinmesinde, evde çalışan kadının katkısı olduğu inkar edilemez. Yıllarını ev işlerine tahsis eden, meslek ve sanat icra edemediği için, kazanılmış malı bulunmayan bir kadının, günün birinde koca tarafından boşanıp kapı dışarı konulmasında büyük haksızlıklar doğmaktadır. İşte bu haksızlığın giderilmesi gerekir.

Bu amaçla biz “paylaştırmalı mal ayrılığı rejimi” denilen mal ayrılığı rejimiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin arasında yer alan kendisine özgü nitelikleri olan bir rejim öneriyoruz. Bu rejimin temel ilkeleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

a) Eşler arasında kural olarak mal ayrılığı rejimi geçerlidir. Eşlerden herbiri gerek evlilik öncesi gerekse evlilik sonrası edindiği malların mülkiyet, yönetim ve tasarruf hakkına sahiptir. Her bir eş kendi borçlarından şahsen sorumludur.

b) Eşlerin müşterek (paylı) mülkiyet konusu olan malları olup da, mal rejimi boşanma, evliliğin iptali ya da ölüm gibi bir sebeple son bulunduğu, bu malın kendisine tahsis edilmesinde üstün yararı olduğunu ispat eden eş, karşılığını ödemek suretiyle diğer eşin payının kendisine devrini talep edebilecektir. Burada bir tür kanundan doğan alım (iştirah) hakkı söz konusudur.

c) Eşler arasında paylaştırılmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra kazanılmış olup da, **AİLENİN ORTAK KULLANIM VE YARARLANMASINA TAHSİS** edilmiş mallar ile **AİLENİN EKONOMİK GELECEĞİNİ GÜVENCE ALTINA ALAN YATIRIM MALLARI YA DA BUNLARIN İKAME DEĞERLERİ**, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler arasında eşit olarak paylaştırılacaktır.

Buna göre eşler arasında eşit olarak taksim edilebilecek mallar sadece, eşlerin bu mal rejiminin kurulmasından sonra elde ettikleri **AİLENİN ORTAK KULLANIM VE YARARLANMASINA TAHSİS EDİLEN** mallar ile **EKONOMİK GELECEĞİNİ GÜVENCE ALTINA ALMAYA** yönelik mallarla sınırlı tutulmuştur. Örneğin: Eşlerin birlikte yaşadıkları ortak konutları ve konut eşyası, ailenin kullanımına tahsis edilen araba, ailenin kullanımına tahsis edilen ortak yazlık gibi mallar buraya girerler. Bu mal henüz kullanıma tabi tutulmuş bir mal olmayabilir. Örneğin, eşlerin ileride konut yapılması ve ortak konut olarak kullanmak üzere yapmayı düşündükleri inşaat için alınan arsa da buraya girer.

Dikkat edilecek olursa, eşler arasında paylaşılması öngörülen mallar, bu mal rejiminin kurulmasından sonra eşlerin kazançlarıyla elde ettikleri

mallardır. Buraya eşlerin miras yoluyla ya da karşılıksız olarak elde ettiği mallar girmezler.

Ailenin ortak kullanımına tahsis edilmiş olup da eşler arasında taksim edilen mal ile ilgili borçlar mevcut ise, (örneğin satın alınan dairenin banka kredi borcu) eşler bu borçlardan şahsen sorumlu tutulmalıdır.

Ailenin ortak kullanımına tahsis edilmiş bir malda, eşler arasında eşit bölüşüm esası, evliliğin çok kısa sürmüş olması ya da evliliğin eşlerden birinin sadakatsız davranışı, evi terk etmesi, cana kast fiilini işlemesi, geçimsizlikte ağır kusurlu davranışların bulunması hallerinde hakkaniyete aykırı sonular doğurabilir. Bunların önlenmesi için, bölüşüm isteminin reddi hususunda hakime takdir hakkı verilmelidir.

Ailenin ortak kullanımına tahsis edilen malın aynen bölüşümünün mümkün olmadığı hallerde, diğer eşin payının nakden ödenmesi suretiyle malın eşlerden birine verilebilmesi kabul edilmelidir.

- Bütün bunlar dışında, İsviçre Medenî Kanununun 219. maddesinde kabul edilen konut ve konut eşyasının tahsisine ilişkin çözümle ilgili olarak "paylaştırmalı mal ayrılığı rejiminde" aşağıdaki iki hükme yer verilmelidir :

- Konut ve konut eşyası

Boşanma veya evliliğin iptalinde :

"Evliliğin boşanma veya iptali kararı ile sona ermesi halinde, eşlerden birine ait olup da birlikte yaşadıkları konut ve konut eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda eşler anlaşamazlarsa, hakim talep üzerine, olayın özelliklerini ve çocukların çıkarlarını gözetererek hakkaniyete uygun bir şekilde karar verir.

Eşlerin kira ile oturduğu konutta hakim, kiracı sıfatı taşımayan eşin oturmasına karar verir.

Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına karar verilir".

- Ölüm halinde :

"Eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa, sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir.

Haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılarının talebi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya sükna hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Zirai taşınmazlara ilişkin miras hükümleri saklıdır”.

Ölüm halinde konut ve konut eşyası üzerinde diğer eşe bir alım ya da intifa-sükna hakkı tanınmış olduğuna göre, bunların tereke malları arasında taksimden hariç tutulması amacıyla mirasla ilgili hükümler arasında da bu yönde bir hükme ihtiyaç vardır. Bu amaçla, Medenî Kanunumuzun tereke mallarının taksimine ilişkin olarak, İsviçre MK. md.612 a hükmüne paralel olarak bizde 591 a maddesi altında şu hükme yer verilmelidir :

d) Konut ve konut eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi

Madde 591 a) Eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa, sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir.

Haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılarının talebi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya sükna hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş, bu hakları kullanamaz. Zirai taşınmazlara ilişkin miras hükümü saklıdır”.

d) Eşler arasında kanunî rejim olan paylaşım mal ayrılığı rejimi dışında seçimlik rejimler olarak eskiden mevcut mal ortaklığı rejimi, İsviçre’deki değişikliklere paralel olarak gözden geçirilip yeniden seçimlik rejim olarak korunması sağlanmalıdır.

Mal birliği rejimi İsviçre’de olduğu gibi bizde de yasadın çıkarılmadır.

Buna karşılık bizde kanunî mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi olduğu gibi seçimlik rejim haline getirilmelidir.

Bütün bunlar dışında İsviçre’de “edinilmiş mallara katılma rejimi” dediğimiz kanunî mal rejiminin, bizde seçimlik rejim olarak kabul edil-

mesi yoluna gidilmelidir. Bu sayede, bu rejimin daha uygun bir rejim olduğu yönündeki görüşler yönünde, eşlerin diledikleri zaman bu rejimi seçebilmeleri olanağı sağlanmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- Akıntürk, Turgut : Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 1996.
- Aksoy, Muammer : Mukayeseli Hukuk Açısından Karı-Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı, Ankara, 1964.
- Cansel, Erol : Medenî Kanunda Kadın-Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk) Medenî Kanununun 50. Yılı, Bilimsel Hafta, 15-17 Nisan 1976, Ankara 1977, sh.23-42.
- Feyzioğlu, Fevzi N. : Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986.
- Hatemi- Serozan : Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Meier- Hayoz : Zur Reform Ehelichen Vermögensrecht in der Schweiz, MHAD. 1982, 88, c.14-17, sh.1 vd.
- Näf- Hofmann : Kurzdarstellung der Ehe-und Ehegüterrechtes im Zivilgesetzbuch, Zürich 1976.
- Oğuzman- Dural : Aile Hukuku, İstanbul 1994.
- Öztan, Bilge : Evlilikte Mal Rejimleri, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, sh.41-91.
- Özer, Ahmet : İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler, YD. Ocak-Nisan 1988, s.1-2, cilt 14, sh.116-133.
- Şıpka, Ş. Taman : Türk Aile Hukukunda Karı-Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, sh.353-364.
- Tekinay, S.S. : Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- Tuor- Schnyder : Der schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, 1986.
- Zevkliler, Aydın : Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1989.

İFADE HÜRRİYETİ

Bildiriyi Veren

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Toplantı Yeri : A.Ü. Hukuk Fakültesi

Toplantı Başkanı : **Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER**

23 Mayıs 1996, Saat: 14.00 - 14.15

İFADE HÜRRIYETİ

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI()*

I

Konumuz ifade hürriyeti.

İfade hürriyeti, kuşkusuz herkesi ilgilendirmektedir. Ancak, bugün, en çok ceza hukukçularını ilgilendirmektedir.

Düşünce hürriyeti, ifade hürriyeti, bizim kültürümüzde vardır.

Sn. Recep Bilginer belirtiyor. Atatürk, “her türlü hakkın kaynağı insandır” demiştir. Yunus, “Söyle söyle kamuya - Ne kansın ne madensin - Mana ile dolusun - Padişahı sende bul” demiştir. Mevlana, insanı, “İnsan bir düşünceden ibarettir. Gerisi et ve sinirdir” biçiminde tanımlamakta, insan düşüncesini havada uçan kuşlar gibi görmekte, “Nasıl kuşlar kafese konulmazsa, düşünce de yasaklanamaz” demektedir.

II

“Teokratik ceza hukuku”, “Totaliter ceza hukuku” düzenlerinde, niteliklerinin bir gereği olarak, bizzatihi düşüncenin, kanaat ve inancın suç sayıldığı gözlenmektedir. Söz konusu bu hukuk düzenlerinde, “inanç suçları” adı altında bir suç kategorisinin bulunduğu bilinmektedir.

Liberal-demokratik hukuk düzenlerinde, düşünce, kanaat ve inanç, suç sayılmamaktadır. Düşünce, kanaat ve inanç hürriyeti konusunda, bu hukuk düzenlerinde “mutlak hak” kategorisi bulunmamaktadır.

Bu demektir ki, hukuk düzenlerinden farksız olarak, Ceza hukuku düzenimizde, düşünce, kanaat ve inanç suç sayılmamakta, dolayısıyla “inanç suçları” adı altında bir suç kategorisi bulunmamaktadır.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Bu demektir ki, hukuk düzenimizde ve liberal-demokratik diğer hukuk düzenlerinde düşünce, kanaat ve inanç değil, sadece düşüncenin, kanaat ve inancın ifadesi yasağın, dolayısıyla suçun konusunu oluşturmaktadır.

III

Liberal-demokratik ceza hukuk düzenlerinde “nesnelleşmemiş” hiç bir düşünce, kanaat veya inanç, ceza yasağının konusunu oluşturmaz. Düşünce, kanaat veya inancın nesnelleşmesi demek, onun bir biçimde ifade edilmesi, açıkçası kişinin hakimiyet alanının dışına çıkmış olması demektir. Böyle olunca, “ifade edilmeyen düşünce, düşünce değildir” sözünün ciddiye alınmaması gerekmektedir.

Bazı “Aydınlanma dönemi” yazarları, Liberal-demokratik Devlet düzenlerinde “ifade hürriyetinin” mutlak, sınırsız bir hürriyet olduğunu, dolayısıyla bu hürriyetin hiç bir şekilde sınırlandırılmayacağını ileri sürmüştür. Ancak, gerçek kamusal hayatta bu düşünce yerini bulmamış, liberal düşünceden esinlenen o döneme ceza kanunlarında, ifade hürriyeti kısıtlanmış, dolayısıyla düşünce, kanaat ve inancın bazı belli biçimlerde ifadesi suç sayılmıştır. Gerçekten, “tabii hukuk” düşüncesi ikliminde hazırlanmış olan Zanardelli kanunu, 122, 123, 125, 246, 247, 248, 339, 393, 395 vs. maddelerinde yer verdiği suçlarla ifade hürriyetinin mutlak olmadığını, sınırlandırılabilir olduğunu kabul etmiştir.

Bilindiği üzere, Zanardelli kanunu, Türk Ceza Kanununun kaynağını oluşturmuştur.

Bugün, muteber doktrin, ifade hürriyetinin mutlak olmadığını, tersine, bir “düşünce yasağı” oluşturmamak kaydıyla, kısıtlanabilir olduğunu kabul etmiştir.

IV

Hukuk düzeninde ifade hürriyetinin “genel sınırı” gösterilmiştir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme, 9.10. ve 11. maddelerinde, “demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması ve adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağ-

lanması” gerektirdiğinde, “kanunla” olmak kaydıyla, ifade hürriyetinin sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir.

Sözleşme, 1. maddesinde, Devleti, sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri her ferde tanımaya zorunlu kılmıştır.

Sözleşme, hak ve hürriyetleri ihlal edilen her şahsa ulusal ve uluslararası yargı yoluna başvurma hakkı tanımıştır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme hükümleri, bir “iç hukuk” metnidir. Bunlar, “anayasa normu” değildir; ancak, MK.nun 1. maddesi ve CK.nun 1. maddesi benzeri olarak, “anayasal norm” niteliğini taşımaktadırlar. Bundan ötürü, Yasama, Yürütme ve Yargı, sözleşme hükümlerine mutlaka uymak zorundadır.

V

İfade hürriyetinin hangi hukuki değerlerin korunmasına ilişkin olarak ve ne biçimde sınırlandırılabilceğinin gösterilmiş olması, çoğu kez, Ceza hukukunun ihtiyaçlarını karşılamamaktadır. Gerçekten, özellikle “propaganda suçları” söz konusu olduğunda, düşünce, kanaat ve inancı ifadenin sınırının, neden ibaret bulunduğu meselesi ceza hukukçularını hep meşgul etmiştir.

Bu konuya ilişkin çözümler, kendi dirençleriyle bağıntılı olarak, hukuk sistemlerinde birbirinden farklı olmuştur.

Amerikan hukuk sisteminde, bir düşüncenin zararlı veya tehlikeli sayılan ifadesinin suç oluşturmaması, o düşüncenin ifadesinin somut olarak “yakın tehlike” yaratmış olması şartına bağlanmıştır.

Yakın tehlike ölçütü, Avrupa hukuk sistemlerine yabancı olması bir yana, bu hukuk sistemlerinin gerekleriyle de bağdaşmamaktadır. Avrupa hukuk sistemlerinde, bünyesine uyan iki farklı düşüncenin ortaya atılmış olduğu gözlenmektedir.

Kimi, bizzatihi ifade edilen düşüncenin şiddet içerip içermediğine bakmakta, düşüncenin ifade edilmesini suç saymaktadır. Komünizm, anarşizm, faşizm vs. düşünceleri, kendileri özleri bakımından şiddeti içermektedirler. Gerçekten, bu düşüncelerin ancak şiddet kullanılarak gerçekleştirilebileceğine inanılmaktadır. Bundan ötürü, ne biçimde ifade edilirse edilsin, bunların ifade edilmelerinin suç olması istenmektedir. Görüldüğü üzere, burada, yasağın konusu, ifadenin kendisi değil, gerçekleştirilmesinin yolu olarak bünyesinde şiddet bulunan düşüncedir.

Kimi, düşüncenin şiddeti içermesine veya içermemesine bakmamakta, özellikle ifadenin şiddeti içermesine veya içermemesine bakmakta, dolayısıyla şiddeti içeren ifadenin suç sayılmasını istemektedir. Denmektedir ki, bir düşüncenin kendisi ister şiddeti içersin ister içermesin, o düşüncenin ifadesi şiddeti içeriyorsa, hiçbir hukuk düzeni, düşünce açıklaması adı altında, şiddetin propagandasının yapılmasına ilgisiz kalmaz. Görüldüğü üzere, burada, yasağın konusu, ne düşüncenin kendisidir, ne düşüncenin ifadesidir, ama sadece düşüncenin ifadesi görüntüsü altında şiddetin ifadesidir.

Bu iki düşünce dışında ifade hürriyetini kısıtlamada ölçü olma yeteneği olmayan düşünceler de ortaya atılmıştır. Kimi "propaganda" kavramının bir ölçü olabileceğini ileri sürmüş, kimi, "bilim", "eleştiri" kavramlarını ölçü almak istemiştir. Ancak, bugün, her iki düşüncenin de temelsiz olduğu kanıtlanmıştır.

Bu durum karşısında, ifade hürriyetini sınırlamada, işe yarar iki ölçü bulunmaktadır. Burada iki ölçüden birini seçmeye zorunluyuz. Gerçekten, ifade hürriyeti kısıtlanırken, "Düşüncede şiddet" ölçüt alındığında, totaliter bir hukuk düzeni karşısında bulunulurken, "ifadede şiddet" ölçüt alındığında, mümkün en geniş hürriyet alanı sağlandığından, liberal-demokratik bir hukuk düzeni karşısında bulunmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, bir ceza hukuku düzenini önermeler mantığı içinde kalarak açıklamaya çalıştığımızda, ceza hukuku önermelerinin tümünü dört temel önermeye indirgeyebiliriz.

- Amaç meşru - vasıta meşru
- Amaç gayrimeşru - vasıta meşru
- Amaç meşru - vasıta gayrimeşru
- Amaç gayrimeşru - vasıta gayrimeşru

Totaliter hukuk düzenlerinde, "amaç meşru-vasıta meşru" önermesini sağlayan beşeri davranışlar serbest, öteki önermeleri sağlayan tüm beşeri davranışlar yasaktır. Buna karşılık, liberal-demokratik bir hukuk düzeninde "amaç meşru-vasıta meşru" önermesini sağlayan beşeri davranışlar yanında, "amaç gayrimeşru-vasıta meşru" önermesini sağlayan beşeri davranışlar da serbesttir. Bu durumda, liberal-demokratik bir hukuk düzeninde sadece "amaç meşru-vasıta gayrimeşru" ve amaç gayrimeşru-vasıta gayrimeşru" önermesini sağlayan beşeri davranışlar yasağın konusudur..

Bu bağlamda bakıldığında, hukuk düzenimizde, “propaganda suçları” söz konusu olduğunda, Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesi ve özellikle 8. maddesi hükümleri, hem eksiktir, hem de özürdür. Kısacası, bu hükümler iki ayıbı birlikte taşımaktadır. Hüküm eksiktir, çünkü her nedense, ortada “yakın tehlike” bulunmasına rağmen, hukuk düzenimizde “şiddeti içeren dinci terörün şiddet içeren ifadesi”, yani inanç hürriyetini kullanmak görüntüsü altında şiddetin propagandasının yapılması serbest bırakılmıştır. Uygur bir toplumda, böylesine saçma bir yasama uygulamasına rastlamak mümkün değildir. Hüküm eksiktir, çünkü kanun koyucu, suçun tanımında “ifadede şiddet unsuruna” her nedense yer vermemiştir. Böylece, Anayasanın 2. maddesi, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin 1, 9, 10, 11. maddeleri hükümlerine aykırı olarak, hukuk düzenimize, liberal-demokratik hukuk düzeni yapısı yanında, bununla hiç bağdaşmayan, totaliter bir hukuk düzeni yapısı sokulmuştur.

Hukuk düzeni bu ayıptan kurtarılmalıdır.

**ADAM ÖLDÜRME KASTINI BELİRLEME YETKİSİ
DURUŞMA YAPAN YARGI ORGANININDIR**

Bildiriyi Veren

Doç. Dr. Sami SELÇUK

Toplanı Yeri : A.Ü. Hukuk Fakültesi

Toplantı Başkanı : **Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER**

23 Mayıs 1996, Saat: 14.20 - 14.35

ADAM ÖLDÜRME KASTINI BELİRLEME YETKİSİ DURUŞMA YAPAN YARGI ORGANININDIR

Doç. Dr. Sami SELÇUK()*

I- GİRİŞ

T. Ceza ve Ceza Yargılama Yasalarının yürürlüğe girmesinden bu yana, adam öldürme kastının belirlenmesinde, ilk mahkemelerle Yargıtay Daireleri ve Ceza Genel Kurulu arasında uyuşmazlıklar hiç bitmemiştir. Bu konuda verilen kararlar, yargı organlarında görev yapan yargıçların değişmesine koşut olarak değişkenlik sergilemiş; ilke boyutunda sonuçlara ve ölçülere bir türlü ulaşılammıştır.

II- NEDENLERİ

Bunun nedenlerini belirleyebilmek için, ilkin Yargıtay, temyiz yolu ve denetimi üzerinde durmak; ikinci olarak da bunların ışığında yapılanları irdelemek gerekir.

A) YARGITAY DENETİMİNİN SINIRLARI

Türk Yargıtayı; Alman, Fransız, İtalyan vb. ülkelerdeki bozma mahkemelerinin (cours de cassation) aynısıdır. Bozma mahkemeleri doğrudan öğrenme yargılaması (cognizione), yani duruşma yapmamaktadırlar. Bu kurumlaşmanın doğasından kaynaklanan belirleyici, zorlayıcı sonuçlar ise şunlardır: Duruşma, yargılamanın en önemli aşamasıdır ve var olma (icat) nedeni de, hırsızlık, yaralama, şiddetli geçimsizlik, bir tanığın içtenliği, doğru söyleyip söylemediği gibi olayların gerçek olup olmadıklarını saptamaktır (gerçeklik yargısı). Bu saptama işinin ise, tutanaklara göre değil; duruşmadan edinilen izlenimlere göre yapılması zorunludur (CYY,

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı.

md.254). Yukarıda belirttiğim gibi, duruşmanın varlık nedeni budur. O yüzden, kanıtları yeterli/yetersiz, tanıkları yanlış/yansız vb. gibi değerlendirme yetkisi, yalnız ve yalnız duruşma yapan, duruşmaya katılan, bu nedenle de, taraflarla, kanıtlarla doğrudan ve yüz yüze ilişki kuran, onlar üzerinde yapılan yüksek sesli tartışmaları dinleyen, bir sözcükle kanıtlarla doğrudan diyalektik ilişkide bulunan duruşma yargıçlarına aittir. Böyle bir değerlendirmeyi yapabilmek için, hukuk öğrenimi görmeye gerek olmadığından, jürilerde görüldüğü üzere, çeşitli mesleklerden gelen kişiler de, olay sorunlarını çözebilmektedirler. Yeter ki, duruşmada hazır bulunsunlar. Bu nedenle, isterse deneyimli hukukçu olsun, duruşmaya katılmamış bir yargıcın, olaya ilişkin sorunları çözmesi, eşyanın doğası gereği olanaksızdır ve bu nedenle hukukta yasaktır. O yüzden istinaf ve dolayısıyla duruşma yapma yetkisini haiz olmayan ve duruşma yapmayan Yargıtay yargıçları, dünyanın hiç bir ülkesinde, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçerek olay sorunlarını çözememektedirler. Dahası ara (istinaf) mahkemeleri de, yeni baştan duruşma yapma (tipik istinaf) yetkisini kullanmamış, yalnızca tarafları dinlemekle yetinmişlerse (atipik istinaf), ilk mahkemelerce sabit kabul edilen olaylara ilişmemekte, öbür hukuksal sorunları ele almaktadırlar. Çünkü, yargılamanın temel ilkesi şudur: “Yargılandığın oranda hüküm kur (sonuç çıkar); tantum judicatum, quantum conclusum.” Bu yüzden duruşma yapmayan Yargıtay, olay değerlendirmesi yapamayacak, “olay sabittir/değildir”, “tanık yansızdır, doğru söylüyor; yanlıdır, yalan söylüyor” gibi salt olgulara ilişkin hükümler kurarak, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçemeyecektir. Eğer kurabilseydi, ilk mahkeme tutanakları Yargıtaya gönderilir, yargılama Yargıtayda biter, yollama yargılamasına gerek duyulmazdı. Oysa, Yargıtayımız, bozmadan sonra dava dosyasını, benzerleri gibi, yollama yargılaması/duruşması yapılması için esas mahkemesine göndermektedir. Bu zorunludur. Çünkü, ilke şudur: “Yargıtay yargıcı davanın (esasın) değil, kurulan hükmün/kararın yargıcısıdır.” O nedenle de, Yargıtayın, C. Yargılama Yasasının 322. maddesinde sayılı ve sınırlı durumlar dışında, esas (ilk) mahkemesinin yerine geçerek karar vermesi, kesin kes olanaksızdır ve C. Yargılama Yasasının 322. maddesinin varlığı ve gerekçesi de bunu kanıtlamaktadır.

Yargıtay yargıcı, hükmün (ve de hukukun) yargıcı olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, denetleyecektir ve bunu da iki yolla yapacaktır. Birincisi; olayları/eylemleri/olguları sabittir/değildir biçimde vicdanı kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmanın yargılama yasalarına uygunluğunu ele alacaktır. Yargılama kusurlu (vitium in procedendo) ise bu nedenle karar bozulacaktır.

Bundan başka Yargıtay, esas mahkemesi hükmünün yalnızca gerekçesini (iter argomentativo) inceleyecektir. Zira, bir İtalyan Yargıtay kararında belirtildiği gibi, gerekçe, her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıttır¹. İşte Yargıtay, olaylara, kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uygun ele alınıp alınmadıklarını, salt gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir. Ancak, Yargıtay, bu konularda, ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler getiremez, getirmemelidir. İncelediğim Avrupa ve Latin Amerika ülkelerinde yargıtaylar (bozma mahkemeleri), denetim yargılamasını böyle yapmaktadırlar ve bu hususta öğreti ile uygulama bire bir çakışmaktadır. Bu konuda İtalyan Yargıtayının birkaç kararını sunmakla yetiniyorum: “Yargıtay, olayla ilgili değerlendirmeleri esas mahkemesinin elinden alamaz”². “Kanıt kaynağının ve kanıtın değerlendirilmesi, duruşma yapan ilk mahkemeye ait bir olay sorunudur. Yargıtay bu konuda yalnızca gerekçeyi inceleyerek denetleme yapa-bilir”³. Burada önemle vurgulanması gereken nokta şudur. Gerekçe yoluyla denetlemek başka şeydir, ilk mahkemenin yerine geçerek sorunu esastan çözmek büsbütün başka şeydir⁴. Bu başlıklar gözetilmez de ölü tutanaklara göre kanıt değerlendirmeleri yapılarak olay sorunları esastan çözümlürse, bir yargılama sendromunun yaşanması ve onun belirtilerine ve tehlikeli sonuçlarına katlanılması kaçınılmaz olacaktır.

Bu sonuçlar şunlardır :

a) Doğrudanlık, yüzyüzelik, açıklık ve sözlülük ilkelerine göre yapılan duruşma hiçlenecek, gereksizleşecektir. Gerçekten, yalnızca tutanaklara göre karar verilecek idiye, yukarıda da belirtildiği gibi, niçin duruşma yapılarak kararı verilmiştir? Bir yargıç soruşturmayı yapar, tuttuğu tutanakları Yargıtaya gönderir, karar verilebilir; böylece zamandan ve emekten kazanılmış olurdu.

b) Yargılamanın olmazsa olmaz ve en önemli aşaması bulunan, bu yüzden de sağ esen olması için yargılama yasalarının tüm maddelerinin

1 20.12.1989.

2 Sez. I, 7.6.1989; VI, 30.10.1989.

3 Sez. I, 22.2.2 990; sez. IV, 1.12.1990.

4 Sez. VI, 16.5.1995, 2782. Bu kararda da belirtildiği üzere, karar apaçık biçimde mantığa aykırı olduğunda bile Yargıtay, kararı bozacak, ancak kendi benimsediği deneyim kuralını, yargıcın deneyim kuralının yerine geçiremeyecektir (R.P., Ocak 1996, s.98).

seferber edildiği duruşma ve bunun sonucu oluşan olaylara ilişkin vicdanı kanı yargısı; ölü tutanaklara göre oluşturulan vicdanı kanı yargısına feda edilince, daha iyi araçlara/olanaklara sahip ilk mahkemenin yargısının yerine, duruşma yapamadığı için daha kötü araçlara/olanaklara sahip olanın yargısı geçecek, hem eşyanın doğasına ve hem de duruşma ve “yargılandığın oranda hüküm kur” kurallarına ters düşülecektir. Kuşkusuz, böyle bir yargılamada, adli yanılığ oranı da çok fazla olacaktır.

c) Olaylara ilişkin gerekçenin dışlandığı ve gereksizleştiği bir ülkede, ilk mahkeme yargıçları, yüklü ve sorumluluğu Yargıtaya atacaklarından Yargıtay, gerekçelerde disiplin sağlama ve ilk yargıçları yetiştirme (pedagojik) görevlerini hiç bir zaman yerine getiremeyecektir.

d) Tutanaklara göre (duruşmasız) oluşturulan vicdanı kanı yargısı, her zaman kuşkuyla karşılanacağından ve tarafların katkısı sıfırlanacağından, kesin hükmün saygınlığı örselenecektir. Zira böyle bir yargılamada saydamlığa ve diyalektiğe dayanan adaletin yerini, artık gizli ve görünüşte adalet almıştır⁵.

B) CÜRÜM KASTINI BELİRLEME YETKİSİ

Yukarıda sergilenen değişmezleri (sabitleri), genel ilkeleri, adam öldürme kastıyla ilgili özel konuya yansıtığımızda, paydaya yerleştirdiğimizde şu sonuçlar / izdüşümler kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır:

a) Genel olarak; her şeyden önce, failin iç ve psikolojik dünyasını ilgilendiren cürüm kastının var olup olmadığını ve de varsa, öldürmeye kalkışma/yaralama suçlarında olduğu gibi, seçenekli kasıtlardan hangisi olduğunu saptamak, bir olay sorunudur. Bu yüzden de, söz konusu olayı saptama yetkisi, duruşma yapan mahkeme yargıçlarının tekelerindedir. Ancak bu yetkinin türü, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, öğretiyeye ve yargısal görüşlere göre, mutlak takdir yetkisi (pouvoir discrétionnaire) değil, gerekçesi gösterilmek gereken bir yetkidir (pouvoir souverain). Dolayısıyla, duruşma yaparak vicdanı kanı yargısı oluşturan yargıçlar, bu yetkilerini kullanırlarken :

⁵ Bu konuda ortaya çıkan tehlike ve sonuçları, yaptığım araştırmaların bir bölümü olarak yayımladığım yazılarda (Les voies de recours en France, AÜSBF Dergisi, C.XLV, sayı: 1-4, Ocak 1990, sayfa: 119-184; Yargıtayın (bozma mahkemesinin) ve temyiz yolunun iyi algılanması ve kurumsallaştırılması sorunları, (Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1992, s.19-449) ve Yüce Ceza Genel Kurulunun birçok kararlarında (14.4.1986, 521/219, 11.3.1991, 335/75, 4.5.1992, 110/132... 23.10.1992, 252/308, 8.2.1993, 368/31, 14.6.1993, 110/132... 23.10.1992, 252/308, 8.2.1993, 368/31, 14.6.1993, 110/168) ve bir iç. Birleştirme Kararında (14.12.1992, 1/5 R.G. 6.5.1993) ayrıntılarıyla sergilemişim.

1- Varsayımlara ve karinelere yaslanan olgulara göre değil, yalnızca dış dünyaya yansıyan, duruşmada taraflarca tartışılan ve açığa çıkarıcı (symptomatique) değeri bulunan nesnel görünümlere, davranışlara ve tutumlara dayanacaklardır.

2- Yargılama biçiminin (modus procedendi) yasaya ve ceza yargılama- masında kanıtları özgürce değerlendirme ilkelerine uygun düşmesine özen gösterecek, a priori değil, a posteriori olarak değerlendirme yapacaklardır⁶.

b) Özel olarak; öldürme/yaralama kastı, bir yaralama söz konusu ise, yineleme pahasına belirteyim ki, eylemin adam öldürmeye kalkışma ya da yaralama, yani sanığın iç dünyasını ilgilendiren kastın, yaralamaya değil de, adam öldürmeye yönelik olup olmadığı; failin dış dünyaya yansıyan ya da karakterini sergileyen davranışlarla belirlenebilir. Bu olaylar ise, sözgelimi, İtalyan Yazarı Marcello Finzi'nin yargı kararlarını tarayarak yazdığı yapıtında açıkladığı gibi, çeşitli başlıklar altında toplanabilirler. Birincisi eylemin biçimlenişinden (modalitesinden) çıkarılmaktadır. Bu biçimleniş, silahlar ve bunların türleri, yön, vuruş sayısı ve şiddeti, yer, zaman koşulları, cürmî nitelikle ilgili nedenler; silahtan başka kullanılan zor eylemleri ya da soluk almayı kaldıran araçlar yahut da sıcak ya da soğuk araçlar; ikincisi ise fail-mağdur ilişkisi, faili suçta iten neden, suç öncesi ya da sonrası failin davranışları, failin karakteri gibi durumlardır. Ayrıca bunların kimileri rastgele yan yana gelebilirler⁷. Bu yüzden işlenen eylemler arasında benzerlik bulunması, doğa ve mantık yasalarına aykırıdır. Sözgelimi, araç açısından üç türün bulunduğu kabul edilince, kullanılan aracın cinsi, mesafe, vuruş sayısı, saik, suç öncesi ve sonrası davranışlar, failin karakteri, husumet, yaranın bulunduğu bölge gözetildiğinde, benzerlik olasılığı üç üzeri on olur ki, bu da 59.049 sayısına eşit bir rakam demektir. Bir başka deyişle, olaylar arasında

⁶ İlgili ilkelerin Yargıtay ve Yüksek Mahkeme kararlarını da içeren kaynaklar: *Mantovani*, Diritto penale, p. generale, Padova, 1980, s.285; *Fiandaca-Musco*, Diritto penale, p. generale, Bologna, 1989, s.274, 275; *Griffon*, De l'intention en droit pénal, thèse, Paris, 1911, s.134; *Porthais*, Tentative et attentat, Paris, 1985, s.349-355; *Deveze*, Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence, Revue de science criminelle et de droit comparé, 1981, n.4, s.779-812; *Marty*, La distinction du fait et du droit, Paris, 1929, s.289; *Bore*, La cassation en matière pénale, Paris, 1985, n.3281-3283; *Pradel*, Droit pénale, Paris, 1982, n.500, 510, 514; *Legros*, L'élément moral dans les infractions, thèse, Liège, 952, n.279, 286. 300-322; *Cote-Haper-Turgeon-Manganas*, Droit pénal canadien, Cowansville (Québec), 1989, 325-329; *Fortin-Viau*, Traité de droit pénal général, Montréal, 1982, s.145-150; *Siniscalco*, La struttura del delitto tentato, Milano, 1981, s.187-217; *Tassi*, Il dolo, Padova, 1982, s.145-158.

⁷ La intenzione di uccidere, Milano, 1954.

benzerlik-çakışma bulunabilmesi, ancak 59.049 sayısından sonra doğabilecek bir olasılıktır. Yüce Yargıtayda, sürgit eski olay-içtihatların örnek verilerek sonuçlara ulaşılma istenmesi yerinde değildir. Tam tersine, bir mahkeme kararı, böyle bir benzerliğe dayanılarak oluşturulmuşsa, Yargıtay; Efesli Heraklitos'tan (M.Ö. 540-480) beri bilinen "her şey akar ya da aynı suda iki kez yıkanılmaz" özdeyişle özetlenen ve "panta rhei kuralı" diye adlandırılan doğa/mantık kuralına aykırı bulunduğu için, böyle bir kararı bozmak zorundadır. Özetle, benzerliklerden, yalnızca tasnif kalıpları çıkarılabilir; özdeşlikler (ayninet) çıkarılamaz.

Yargıtayın bu konudaki denetimi, ilk mahkemenin suç kastının adam öldürmeye yönelik olabileceğini sergileyen etkenleri, "A" ve "B/a" da belirttiğim biçimde, bir bir irdeleyerek tartışıp tartışmadığını incelemekle sınırlıdır. Bu olasılığı gösteren etkenlerden bir tanesi bile tartışma dışı kalmışsa, karar bozularak yollama yargılaması yapılması için geri gönderilecek ve fakat Yargıtay, bu etkenleri gözeterek "kasıt öldürmeye ya da yaralamaya yöneliktir" biçiminde ilk mahkemenin yerine geçerek karar vermeyecek, daha doğrusu duruşmasız yargılamasının doğası gereği karar veremeyecek; bu husus, ilk mahkemece saptanacaktır⁸. Kuşkusuz, öldürme kastı, olası kasıt biçiminde de olabilir⁹. Öldürme iradesi, kullanılan araçların nitelikleri, vuruşlar, yer ve zaman vb. etkenlere ve somut değerlendirmelere göre belirlenir ve ex post bir tanıya dayanır; eylemin nesnel sergilenişleri esas alınır¹⁰. İtalyan Yargıtayı son karar-

⁸ Bu konuda karşılaştırmalı hukukta yargıtayların denetim biçimini anlatabilmek için, çeşitli ülkelerden birkaç kaynak vermekle yetiniyorum: *Manzini*, Pisapia tarafından basımı yenilenen yapınının 1985 baskısında (8. cilt, n.2882), ölürme kastının duruşma yapan mahkeme yargıçlarınca belirleneceğini; bu belirlemede mahkeme, dış dünyaya yansıyan etkenleri (silah vb.) bir bir irdelenmiş ve gerekçesinde tartışmışsa, Yargıtayın kararı bozamayacağını, 3.1.1976 tarihli Yargıtay karar(lar)ının da böyle olduğunu belirtmektedir. *Garavelli* (Giurisprudenza sistematica di diritto penale, p. speciale Torino, 11, 1984, S.1021) ve öbür yazarlar (*Serianni*, Omicidio, Enciclopedia giuridica, Roma, XXI, s.5; *Pannain*, I delitti contro la vita e la incolomità individuale, Torino, 1965, s.37-38; *Patalano*, Omicidio, Enciclopedia del diritto, XXI, 1979, n.7; *Musco*, L'omicidio volontario, Roma, 1978, s.73-108, 148; *Crespi-Stella-Zuccala*, Commentario breve al codice penale, Padova, 1986, s.923; Codice penale Commentato, 11, Torino, 1990, s.1057'de 19.2.1985, 9.4.1986 tarihli kararları.

⁹ İtalyan Y., sez. 15.7.1989 n.9519, Riv. p., Mart 1990, s.500; Sez. V, 3.3.1994, R.P. Nisan 1994, s.483-485; Massa Carra Üst M. 9.1.1995, n.1. R.P., Mart 1995, s.369, 370.

¹⁰ Catanzaro Ara (istinaf) Mahkemesinin 23.1.1958, 17.11.1958; sez. I, 22.2.1990, n.2509, 22.2.1990, n.2532, 2534, Riv. p., Aralık 1990, s.1076; Sez. I. 18.3.1992, 3207, R.P. Ocak 1993, s.125; *Pisa*, Giurisprudenza commentata di di-

larında da aynı doğrultuda görüş belirtmiş; adam öldürme kastını belirleme yetkisinin duruşma yapan ilk mahkemeye ait olduğunu, Yargıtayınsa ancak ve yalnızca gösterilen gerekçeyi denetleyeceğini vurgulamıştır¹¹.

Fransa'da öğreti ve içtihat aynı yöndedir¹².

Belçika'da durum aynıdır. Yargıtay eski başkanlarından Robert LEGROS, Fransız ve Belçika öğreti ve içtihatları açısından suçlarda manevi öğeyi inceleyen ünlü tezinde, birçok paragrafta bu konuya değinmiştir¹³.

İspanya'da öğreti ve yargı kararları da incelenen sorunda görüş birliği halindedir. RODRIGUEZ DEVESA ile SERRANO GOMEZ, ortak yapıtlarında, bu güç sorunda topluduruma (conjuncture) ve sürece yönelik öğenin önemine değindikten sonra, bu konudaki kanıtları değerlendirme yetkisinin ilk mahkemeye ait bulunduğunu, Yargıtayın ise hükmü incelerken, yalnızca bu değerlendirmeyi dikkate alacağını ve uç noktalara götüremeyeceğini, çelişkiler varsa kararın bozulacağını, nitekim ilkeler getiren 28.11.1955, 4.3.1982, 14.2.1967, 3.4.1979 tarihli kararların bu yönde olduklarını belirtmektedirler. İspanya Yargıtayı, 18.4.1968, 16.6.1975, 27.4.1977, 11.3.1980, 30.1.1984, 8.3.1985, 22.1.1986, 2.7.1988, 16.6.1975, 27.4.1977, 11.3.1980, 30.1.1984, 8.3.1985, 22.1.1986, 2.7.1988, 5.2.1991 tarihli kararlarında, ilk mahkemelerin dışa yansıyan davranış ve tutumları, özellikle, 1. mağdur-fail ilişkisini, 2. suç öncesi, suç anı ve suç sonrası koşulları, 3. dışa yansıyan söz ve davranışları 4. kullanılan araçları/silahları, 5. saldırı biçimini, 6. vuruş sayısı ve şiddetini, 7. saldırı bölgesini ve saldırıda ısrarı, 8. insana özgü sınırları içinde kalan ve failin kastını sergileyen tek anlamlı her türden etkeni değerlendirip tartışacaklarını öngörmüştür¹⁴.

Adam öldürme kastını Irak ve İsviçre hukuklarında karşılaştırmalı olarak inceleyen bir tezde de, kastın salt psikolojik bir olay sorunu olup duruşma yargıcınca bütün koşullar gözetilerek özgürce belirlendiği ve

ritto Penale, Padova, 1993, s.2-19'da yer alan 2.5.1988, 28.4.1989, 66.6.1989, 23.1.1990 tarihli kararlar.

11 Sez. II, 24.7.1970, n.132 sez. I, 9.11.1970, n.1081; *Musco*, s.74; (12.2.1981, 6.5.1982, 9.6.1983 (*Crespi...*, s.923); 18.2.1988, Cas, pen., 1989, n.11, s.2009, 13.1.1986, 24.1.1978. (aynı kaynak ve aynı sayfa).

12 *Merle-Vitu*, *Traité de droit criminel, droit pénal spécial*, par André Vitu, Paris, 1962, II. n.1709; *Chauveau et Helie*, III, n.1852; *Goyet*, n.483 ve aynı yerlerdeki içtihatlar.

13 n.300-332.

14 *Derecho penal español, p. especial*, Madrid, 1993, s.38.

onun değerlendirmesine bırakıldığı; Irak Yargıtayının adam öldürme kastını gösterir karinelere dikkat çektiği, denetimini bu dikkatleri çekerek değerlendirmelerde çelişki bulunup bulunmadığını incelemek suretiyle yaptığı belirtilmiştir¹⁵. Aynı yazara göre, Yargıtay denetimi konusunda Irak öğretisinin görüşü de aynı doğrultudadır¹⁶.

Bir örnek de Afrika'dan vermek istiyorum. Zaire'de de öğreti ve içtihat aynı yönde gelişmiş; duruşma yapan mahkemenin öldürme suç kastını kullanılan silaha/araca, öldürücü vuruşa, vuruşun yerine, mağdurun bedensel durumuna göre değerlendireceği, Yüksek Mahkemenin de bunları denetleyebileceği vurgulanmıştır¹⁷.

Ülkemizde konuyu karşılaştırmalı hukuk ve Yargıtayın denetim yetkisi açısından irdeleyen rahmetli Prof. Dr. ERMAN, bu güne değin sürdürülen yargısal tutumu eleştirmekte ve bütün ölçütlerin birlikte ele alınmasını, yerel mahkemenin bu ölçütleri takdir yetkisini sınırlandırabilecek formüllerden titizlikle kaçınılmasını, Yargıtayın ilk mahkemenin yerine geçmemesini ve kanıtları takdir yetkisini sınırlayıcı kararlar vermemesini, yalnızca bu kanıtların neler olabileceğini işaretle yetinmek zorunda olduğunu belirtmektedir¹⁸.

III- ÖRNEK OLAY VE HÜKÜM

Şimdi Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.6.1995 tarih ve 186/216 sayılı yeni bir kararını bu bilgilerin ışığında irdeleyelim. Zira hukuk, bir bakıma örneklerle felsefe yapmak demektir.

A) OLAY

Fail, iki metre uzaklıktan tek ateşle mağduru karnından yaralamış, ayağa kalkıp öylece duran mağdura başkaca ateş etmemiştir.

¹⁵ Abdul Sattar *Al-Yumayli*, L'homicide vololontire simple et aggravé en droit pénal irakien et suisse, étude comparée, (thèse), Genève, 1976, s.112-139.

¹⁶ *Al-Banna, Alkuleli, Fadel*, s.112.

¹⁷ G. Likulia *Bolongo*, Droit pénal spécial zaïrois, T. I, Paris, 1985, s.52-58 ve aynı yerdeki içtihatlar.

¹⁸ Kişilere karşı işlenen suçlar, İstanbul, 1994, n.28. Aynı görüş: *Dönmezer*, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 12. bası, İstanbul, tarihsiz, n.19-20; *Önder*, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bileşim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s.10. Karşı görüş: *Erem*, Adam Öldürmek Cürümleri, Ankara 1982, s.35.

B) YEREL MAHKEME

T.C. Yasasının 456/2, 457. maddelerine göre yaralama cürmünden dolayı sanığı cezalandırmıştır.

C) DAİRE

Daire, ateşli silah kullanılmasını, dış etki olmamasını, yakından ateş edilmesini, isabet eden yerin yaşamsal bölge olması karşısında tek mermiyle isabet kaydedilmesini adam öldürme kastı için yeterli görmüş; mağdurun ayağa kalkıp öylece durduğu halde silahtaki öbür mermilerin ateş edilmemesinin bu kastı etkilemeyeceğini belirterek, hükmü bozmuştur.

D) C. BAŞSAVCILIĞI

Taraflar arasında adam öldürmeyi gerektirecek bir uyuşmazlığın bulunmadığı, yakın uzaklıktan engel olmadığı halde ateş edilmediği, buna engel bir nedenin de bulunmadığı gerekçesiyle C. Başsavcılığı karara itiraz etmiştir.

E) C. GENEL KURULU

Bir daire satışı nedeniyle eylemin oluştuğunu, mağdurun “senin tabancan var mı? Masaya koy, öyle konuşalım. Ben seni vurmak için İstanbul’da aradım, bulamadım” demesi üzerine, sanığın, tanığın engelleyici davranışlarına karşın, öldürücü bir silahla iki metre gibi bir yakınlıktan, ayakta ve hareketsiz duran mağdurun yaşamsal bölgesine ateş etmesinin, öldürme kastının kanıtı olduğunu, tabancanın olay sonrası elde edilememesinin ve başka mermi olup olmadığının bilinmemesinin sonucu etkilemediğini belirten Yüce C. G. Kurulu, Daire doğrultusunda karar vermiş ve itirazı reddetmiştir.

F) SONUÇ

Oysa yapılacak iş belliydi. Tabancada birden çok mermi olup olmadığının ve dolayısıyla ayakta ve hareketsiz duran mağdura birden çok ateş etme olanağının araştırılması, olay tanıklarının açıklamaları ışığında bu olguyla birlikte, silahın türü, ateş sayısı, isabet yeri, uzaklık gibi etkenlerin bir bir çelişkisiz biçimde tartışılarak elde edilen sonuca göre kastın hangi suça yönelik olduğunun belirlenmesi için karar bozulmalı ve yeniden hüküm kurulmak üzere ilk mahkemeye gönderilmeliydi.

Yüce Ceza Genel Kurulunun ilk mahkemenin yerine geçerek ve tabancada başka mermi bulunmaması olgusunu önemsemeyerek -ki bu da önemli bir etkidir- hüküm kurması, ayrıntıları karşılaştırmalı hukuk incelemesini yansıtan bölümde açıklandığı üzere, yerinde olmamıştır.

Nitekim yeni bir yapıtta, duruşma yapmayan Yargıtayın yasal metinleri *her zaman (toujours)* yorumlayacağı, kanıtlanma konusunda ise asla (*hiç bir zaman, jamais*) hüküm kuramayacağı, hukuki tanı (eyleme adını koyma, eylemi nitelendirme) konusunda ise ancak *kimi zaman (parfois)* hüküm kurabileceği belirtilmiştir¹⁹. Adam öldürmeye kalkışma ya da yaralama nitelemeleri, “kimi zaman” bile Yargıtayın hüküm kuracağı olgulardan değildir. Çünkü, failin iç dünyasıyla ilgili bir olgunun kanıtlama sorunuyla ilgilidir. Bunu saptama yetkisi ise, tanıkların anlatımları, bilirkişilerin düşünceleri, olay ve davranışların akışıyla kanıtlanabilen ve ancak duruşma yapan ilk mahkemenin yetkisine giren bir kanıtlama ve tartışma sorunudur. Yargıtayın, yani duruşma yapmamış olan bir organın tutanaklardan yola çıkarak ve dolayısıyla ilk mahkemenin yerine geçerek kesin sonuç çıkarması, yetki aşımı (*excès de pouvoir*) niteleğindedir.

Son sözüm şudur: Denetim yargılamasını gözden geçirelim. Yanılgıları ayıklayalım. Unutmayalım ki, hukuk bir bakıma resim yapma sanatıdır; arada bir silgi kullanmak gerekir.

¹⁹ *M.-N.Jormrd-Bachelier/X. Bachelier, La technique de cassation, pourvois et arrère civile, Paris, 1991, s.38 vd.*

CEZA HUKUKUNDA MEMUR KAVRAMI
(Kamu Menfaati İçin Gevlendirilmiş Şahıslar)

Bildiriyi Veren
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Toplantı Yeri : A.Ü. Hukuk Fakültesi

Toplantı Başkanı : **Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER**

23 Mayıs 1996, Saat: 14.40 - 14.55

CEZA HUKUKUNDA MEMUR KAVRAMI
(Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN()*

I. GENEL OLARAK

Kamu menfaati için yetkilendirilmiş şahısları inceleme ve bunların kimliğini belirlemeden, Devlet idaresi aleyhine işlenen suçların içeriğine nüfuz etmek mümkün değildir. Çünkü Devlet idaresi aleyhine işlenen suçların büyük kısmı sadece bu şahıslar tarafından veya bu şahıslara karşı işlenmektedir.

Kamu menfaatine çalışan personel kavramı çok geniş bir kavramdır. Bu konuda Türk hukukuna geçmeden önce kaynak ülke kanununu hem teorik ve hem de uygulama açısından incelemekte fayda vardır.

A) İtalyan Ceza Kanunu

1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu 207. maddesinde sadece memur kavramını düzenlemiştir. "Kanunun memur saydığı kimseler şunlardır :

1- Devletin, Belediyelerin, Vilayetlerin, Devletin Belediye ve Vilayetlerin vesayeti altında bulunan bir kurumun hizmetinde geçici veya devamlı, ücretli veya ücretsiz çalışan kişiler;

2- Noterler,

3- Adli organ nezdinde çalışan mübaşirler.

Jüri üyeleri, hakemler, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar da görevlerini icra dolayısıyla memur sayılmakta idiler.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1930 Tarihli Kanun kavramların bölünmesinde geleneksel eğilime sadık kalarak kamu menfaati için çalışan personeli yeniden düzenlemiş, memur kavramının yanında iki kategori personel daha ihdas etmiştir. Bunlar kamu hizmetlileri ve amme için zorunlu hizmet icra eden personeldir.

Gerçekten İtalyan Ceza Kanunu'nun 357. maddesine göre memur şöyle tanımlanmıştır.

1- Devlet veya bir başka kamu kurumunda devamlı veya geçici olarak çalışan, adli, idari, teşri görev yapan kişi,

2- Devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî adli, idari, teşri bir kamu görevi yapan kişiler memur sayılır.

358. madde Ceza Kanununda kamu hizmetlisini şöyle düzenlemiştir.

1- Devamlı veya geçici olarak devlet veya diğer bir kamu kurumu adına amme hizmeti görenler,

2- Devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak amme hizmeti görenler kamu hizmetlisi sayılırlar.

359. madde ise Ceza Kanunu'na göre amme için zorunlu hizmet yapanları tarif etmiştir.

1- Avukatlık veya sağlık mesleği icra eden özel şahıslar, kanunun, icra edilmesi için devlet tarafından kazandırılan bir yeteneği aradığı meslekler, (Doktorlar, ebeler, eczacılar, mühendis ve mimarlar gibi).

Kanunun, toplumu icra edilen mesleği amme için zorunlu hizmet olarak kabul etmeğe mecbur ettiği meslekler,

2- Ne kamu hizmeti ve ne de kamu görevi görmeyip de, bir idari işlem ile yaptığı hizmet kamu için zorunlu sayılan hizmeti yapanlar, kamu için zorunlu hizmet yapıyor sayılırlar (Un öğütücülerini, ilaç üreticileri, taksiciler, tuz ve tütün satanlar, döviz büroları gibi).

Bu üç maddenin yorumu İtalya'da hem teori ve hem de uygulamada birçok güçlük, kararsızlık ve tartışmalara sebebiyet vermiştir. İtalyan Yargıtayı bu konuda birçok karar vermeğe mecbur olduğu gibi verdiği kararlarda sayısız çelişki görülmüş, ölçüsüz bir şekilde memur kavramı genişletilmiş, hatta büsbütün keyfilik yapılmıştır¹.

¹ *Antolisei*, Manuete di diritto penale, parte spaciaie, Vol. II, 7 ma Edizione, Milano 1977, sh.705.

Adı geçen Yüksek Mahkeme 1932 tarihinde verdiği bir kararda doktora memur, 1941'de ise kamu hizmetlisi, 1933'te ilkokul öğretmenlerini kamu hizmetlisi, 1937 de memur, mektup dağıtıcısını 1934'te memur 1935'te kamu hizmetlisi, 1966'da bankada çalışanı kamu hizmetlisi 1973'te memur saymıştır².

Manzini'ye göre üniversite odacısı, itfaiye görevlisi memur, meclis kütüphane görevlisi memur, stenoğrafi kamu hizmetlisidir. Nedeni belirsizdir³. İtalyan Yargıtayına göre ise odacı da itfaiyeci de kamu hizmetlisidir.

Faşist rejim döneminde Cumhuriyet Savcılıklarının istemi üzerine memur kavramı genişletilmiş, devlet iştiraklerinin çoğalmasıyla sorun daha da büyümüş, bu kurumların fizyonomisinin farklılığı kanun hükümlerinin uygulanmasını güçleştirmiştir.

Geçmişte sorunu arttıran bir başka faktör de bazı özel kanunların kendi personellerini memur saymaları olmuştur. Gerçekten 22 Nisan 1905 tarihli demiryollarına ilişkin kanun tüm personelini memur sayıyordu. 22 Nisan 1905 tarihli kanunun yerini 7 Temmuz 1907 tarihli kanun almıştır.

20 Aralık 1923 tarihli Telgraf, Telefon, Radyo'ya İlişkin Kanun, personelini memur sayıyordu. Bu kanunlar, doktrinde karşı fikre rağmen Ceza Kanunu'nun 357, 358 ve 359. maddeleri tarafından zımnen ilga edilmiş sayılmayarak yürürlükte kabul edildi. İtalyan Anayasa Mahkemesi 7 Temmuz 1907 tarihli Kanunun 56. maddesini (bu madde tüm demiryolu personelini memur sayıyordu) Anayasaya aykırı bularak iptal etti (Karar 26 Haziran 1974)⁴.

29 Mart 1973 tarihli D.P.R., 12. maddesi Posta, Telefon, Telgraf memurlarının Ceza Kanununun 357 ve 358. maddelerine tabii olduğunu kabul etti⁵.

B) Türk Ceza Kanunu

Kamu menfaatine çalışan personel, Kanunun 279. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsama mehz kanun kabul edildiğinde sadece devlet memurları sokulmuştu.

² *Antolisei*, sh.705, dipnot No: 5, 6.

³ *Antolisei*, sh.706, dipnot 6'nın devamı.

⁴ *Antolisei*, sh.707.

⁵ *Antolisei*, sh.707.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun üç kategori personel kabul etmesinden etkilenen Türk Kanun koyucusu 1936 yılında 3038 sayılı Kanunla diğer değişikliklerin yanında 279. maddeyi de değiştirdi. Gerçekten sözkonusu değişikliğe göre, yeni İtalyan Ceza Kanununun 357 ve 358. maddelerinde tarif edilen devlet memuru (I. fıkra) ve kamu hizmetlisi gibi iki kategori kamu menfaatine çalışan personel hemen aynı ifadelerle 279. maddede düzenlenmiş⁶, amme için zorunlu hizmet yapanlar (İ.C.K. md.359) madde kapsamı dışında tutulmuştur.

Oysa amme için zorunlu hizmet yapanların da düzenlenmesi ve bunların görevleri ile ilgili işledikleri suçlar veya görevleri esnasında bunlara karşı işlenen suçların da özel hükümlerle kanunda yerini almış olması isabetli olurdu. Meselâ doktor, eczacı, kimyager, mühendis ve mimarların cezalandırılması ve korunması gibi.

Aslında devlet memurlarından ayrı olarak kamu hizmetlileri kategorisinin düzenlenmesi de bir şeyi değiştirmemiştir. Çünkü İtalyan Ceza Kanununun 358. maddesinde ifadesini bulan kamu hizmetlisi kavramı kanunun 279. maddesine aktarılmış ama buna paralel olarak özel hükümlerde suçun kamu hizmetlileri tarafından işlenmesi haline ilişkin değişiklik (birkaç istisna hariç) bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmemiştir. O halde böyle bir değişikliğin pratikte bir yararının olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Ancak, memuru tarif eden madde 1936 yılında İtalyan Ceza Kanununa paralel olarak değiştirildiğine göre hükmün anlam ve kapsamını açıklamakta zaruret vardır. Kamu hizmetlileri, amme için zorunlu hizmet yapanlar özel hükümler arasında düzenlenmediğine göre memur kapsamına girmeyen fail kamu hizmetlisi veya amme için zorunlu hizmet yapanlar kapsamına girmeyecek, sadece normal özel kişi sayılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde kamu için çalışan iki kategori personel düzenlenmiştir. Memurlar ve kamu hizmetlileri.

“Ceza Kanunu'nun tatbikatında;

1) Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri,

⁶ *Erman, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, Ankara 1947, sh.240.*

2) Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanunu'nun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar :

1) Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri,

2) Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir".

Kanun metninden çıkan neticeye göre bir kişinin memur veya kamu hizmetlisi sayılması için, bir kamu kurumu ile iş anlaşması yapmış olması gerekmez. Başka bir ifadeyle kişi ile kamu kurumu arasında bir anlaşma sonucu kişinin kurum lehine devamlı şekilde mesleki görevini icra etmesi bunun sonucunda bir miktar para alması sözkonusu değildir.

O halde gerek kamu görevlisi memur ve gerekse kamu hizmetlisi personeli kendi adlarına çalışan özel şahıslar da oluşturur.

Gerek kamu görevinin ve gerekse kamu hizmetinin icrası devamlı olabileceği gibi geçici de olabilir.

Hizmet icrasının paralı veya bedava, ihtiyari veya mecburi olmasının önemi yoktur.

Memur ile kamu hizmetlisi arasındaki ayrım konusunda Kanun, icra edilen fonksiyonun mahiyetine bakmaktadır. Gerçekten kanuna göre kamu görevi icra eden memur, kamu hizmeti icra eden ise kamu hizmetlisidir. O halde, bu iki kategori personel arasındaki ayrım kamu görevi ile kamu hizmeti arasındaki farka bağlıdır⁷.

Ancak bu farkı kanun belirtmemiştir. Proje üzerinde bakanlık raporunda kamu görevi ve kamu hizmeti kavramı üzerinde doktrinde yazılanlar teyid edilmiştir. Bu konuda kanunda açıklık olmadığından problemin çözümünü Ceza hukuku alanında değil, idare hukuku alanında aramak gerekir.

Aslında maddenin düzenleyicileri bilimin bu konuda belli neticelere ulaştığı önyargısından hareket ettiler. Başka bir ifadeyle kanunu yapanlar, kamu görevi kavramı ile kamu hizmeti kavramı üzerinde belli neticelere varıldığı kanaatinde idiler. Oysa böyle bir netice sadece faraziye olup

⁷ Antolisei, sh.707.

gerçeğe uymuyordu. Bu konuda doktrin o kadar ihtilaflıdır ki, hâkim fikir bile var demek mümkün değildir⁸.

Kamu görevini, kamu hizmetinden ayırmak ve bu konuda çıkan sorunu çözmek için ileri sürülen fikirleri üç ayrı grupta toplamak mümkündür.

1) Bazı yazarlara göre, kamu görevinin özelliği, kamu kurumunu temsil etmektir. Daha açık bir ifadeyle kurumun iradesini şekillendirme, belirleme gücü veyahutta iradeyi şekillendirme ve belirlemeye iştirak etmek ve bu iradenin icrasında kurumu temsil etme gücüne sahip olmaktır.

Kamu hizmeti de amme için ifa edilen bir görevdir. Ancak yukarıda belirtilen özelliklere sahip değildir. Öte yandan kamu hizmeti zorunlu kamu hizmeti kavramına da girebilir⁹.

Bu kriter kendi başına yeterli sayılamaz. Çünkü memur sayılmaması mümkün olmayan birçok kimseyi kapsamına almamaktadır. Meselâ tanıklar, bilirkişiler, adli yorumcular ve özellikle noterler gibi¹⁰.

2) Diğer hukukçular ayrımı, Devlet idaresinin faaliyetinin hukuki veya sosyal faaliyet olup olmadığına göre yapmaktadırlar¹¹.

Hukuki faaliyet devletin esaslı ve temel amacına uygun faaliyettir.

Sosyal faaliyet ise toplum için sadece faydalı faaliyettir. Bu ikinci faaliyetin niteliği toplum fertlerinin fiziki, ekonomik ve entellektüel iyilikleri için yapılmasıdır. İşte bu teoriye göre devletin esaslı faaliyetine giren görev kamu görevi, ikinci gruba girenler ise kamu hizmetidir¹².

Devletin faaliyetinin hangisinin esaslı, hangisinin esassız olduğu konusuna haklı olarak ciddi itirazlar yöneltilmiştir. Bu kriterin kabulü halinde memur ile kamu hizmetlisini birbirinden ayırmaya imkan yoktur. Devlet idaresinin sosyal faaliyetlerinden olan bazı faaliyetleri icra edenlere memur sıfatını atfetmemek mümkün değildir. Meselâ Sosyal sigortalar kurumu genel müdürünü memur saymamak mümkün değildir.

Buna karşılık devletin temel faaliyeti arasına giren birçok faaliyet kapsamında çalışan kişileri memur kapsamına sokmak mümkün değildir. me-

⁸ *Antolisei*, sh.708.

⁹ *Antolisei*, sh.708.

¹⁰ *Antolisei*, sh.708.

¹¹ *Erman*, a.g.m., sh.243.

¹² *Santoro*, 1962, sh.234.

selâ milli savunma, kamu nizamını muhafaza eden güvenlik güçleri çalışanları, adliyede çalışanlar gibi¹³.

3- Bir, üçüncü akıma göre kamu görevi emir verme ve kumanda etme yetkisini, kamu hizmeti ise böyle bir yetkiyi içermez¹⁴. Bu yetki, kendisini icra edenin diğerleri üzerinde güç sahibi olması, vatandaş karşısında hukuken üstün bir gücün tezahürü ve gücü kullanma hakkı olarak kendisini gösterir.

Bu fikre karşı da itiraz edilmiştir. Emir verme yetki ve iradesi, üstün bir yetki ve faaliyeti içermektedir. Bu yetki ve faaliyete devlet idaresi içinde idare adına görev icra eden birçok kişi sahip değildir. Sahip olmaz da. Meselâ kamu adına belge düzenleyen ve kamusal faaliyeti belgeleyen adli katipler, nüfus memurları, noterler ve kambiyo memurları gibi.

Bu kriterlerin yetersizliği, birçok hukukçuyu adı geçen fikirleri telif etmeye sevketti. Birçok karma teori ileri sürüldü. Bunlara başka kriterler de eklendi. Maddi işlemler, fikri işlemler, takdiri işlemler, takdiri olmayan işlemler ayrımı gibi¹⁵.

Antolisei'e göre kamu görevi kavramı ile kamu hizmeti kavramı arasına ayırıcı bir hat koymanın güçlüğü birçok engel nedeniyle aşılamaz. İdare hukuku bilimi kamu görevi ile kamu hizmeti kavramlarının sınırını çizememiş, hatta büyük idare hukukçuları tarafından da bu fark inkar edilmiştir. Çünkü ikisi de amme için ifa edilen görevlerdir. Modern hukuk nizamlarında kamu görevi karmaşık bir karakter arz etmektedir. Birçok çeşidi olup sayısız dereceleri vardır. Bu nedenle kamu görevinin nerede bittiği, kamu hizmetinin nerede başladığı çözülmesi gereken güç bir sorundur¹⁶.

Ünlü ceza hukukçusuna göre sorunu çözmek mümkün olmamakla beraber tereddütleri azaltmak amacıyla aşağıdaki kriterlerden yararlanmak mümkündür¹⁷.

aa) Entellektüel, fikrî katkısı ile idari işlemler yoluyla kurumun iradesinin oluşmasına katkıda bulunan şahıslar, kurumun iradesini oluşturan kişiler memur, oluşturmayanlar kamu hizmetlisidir.

¹³ *Antolisei*, sh.709.

¹⁴ *Erman*, a.g.m., sh.246; *Santoro*, Di diritto penale parte speciale, C.II, Torino 1962, sh.234.

¹⁵ *Antolisei*, sh.709.

¹⁶ *Antolisei*, sh.710.

¹⁷ *Antolisei*, sh.711.

O halde kurum adına fikir üreten, idari sekreterler, mühendisler, muhasebeciler memurlardır.

b) Kamu kurumu adına direktif verme görevi icra edenler memur, böyle bir görevi olmayanlar kamu hizmetlisi sayılacaktır.

c) Kurumu dışı karşı herhangi bir şekilde temsil eden şahıslar memur, etmeyen şahıslar kamu hizmetlisi sayılacaktır.

dd) Otorite yetkileriyle donatılanlar memur, donatılmayanlar kamu hizmetlisi sayılacaktır. Özellikle yakalama ve tutma yetkisine sahip olanlar, kabahatlerden dolayı cezalandırma yetkisine sahip olanlar memur saymak gerekir. Bu kategorinin içine özellikle güvenlik güçleri mensupları, gemi kaptanları, polis görevi ifa eden bekçiler, meşhurların muhakemesi kanununda öngörülen vatandaşın yakalama yetkisi halinde yakalama, demiryolları ve tranvaylardaki bilet kontrolörleri, Devlet işbirliklerinde çalışan ve kanunların ihlâl edilip edilmediğini araştıran ilgili sertifikaların doğru olup olmadığını inceleyen kişiler keza memur sayılırlar¹⁸.

ee) Belge ve delil niteliğinde sertifika düzenleme ve düzenleme yetkisi ile donatılmış olanlar. Hukuk düzenine göre delil kuvvetinde döküman düzenleme yetkisine sahip olanlar memur sayılmalıdır. Noterler, kambiyo memurları, izin verilmiş aracılar vs. Bu kategoriye muhakemede adli organlarla işbirliği yapan şahıslar da sokulabilir. Bu şahıslar delil olacak şeyleri ifade ve kabul ederler vs.¹⁹.

Zorunlu kamu hizmeti ifa edenlerin dışında, kamu menfaati için görev ifa eden tüm diğer şahıslar, kamu hizmetlisi sayılmalıdırlar. Kısacası bu kategoriye girenler zorunlu kamu hizmeti ifa edenler ile memurların dışında kalan kategoriye oluştururlar.

İtalyan yargıtayı 30 Ekim 1968, 14 Mayıs 1976, 6 Ekim 1965 tarihli kararlarında kamu hizmetlisi kavramına idarenin bünyesinde memurlara yardımcı olan tüm görevleri saymıştır. Sosyal amaçlı bir hizmetin yapılmasını kamu hizmeti, yapan kamu hizmetlisi saymıştır²⁰.

Netice olarak Antolisei şu kanaate ulaşmaktadır. 279. madde karışıklığa ve keyfiliğe sebebiyet vermektedir. Zanardelli Kanunu'nun formülüne dönülmelidir. Sadece bir tek kavram kalmalıdır. Bu kavram memur veya kamu fonksiyoneri kavramıdır. Bugünkü ayırım Ceza hukukunun amaçları açısından zorunlu bir ayırım olmayıp ayrıca kötü neticeleri de

¹⁸ Antolisei, sh.712.

¹⁹ Antolisei, sh.712.

²⁰ Antolisei, sh.712.

olan bir ayrımdır. Meselâ zimmet ihtilas, irtikâp suçlarını memurlar işlemektedir. Bu fiilleri yetkilerini suistimal ederek pekâlâ kamu hizmetlilerinin de işlemesi mümkündür. Böyle bir fiili özel hükümle daha ağır bir şekilde cezalandırmamak için sebep yoktur²¹.

Aslında bizce de kamu görevi ile kamu hizmeti arasında fark yoktur. Belki derece farkı vardır. Ancak ikisi de kamu görevidir. Ceza hukuku böyle bir ayırım yapmakla kendi açısından sonucu büyütmiştir. Bunun nedeni bir yandan görevin ihlâlî veya suistimali halinde memura daha ağır bir sorumluluk yüklemek, diğer yandan memuru görevi dolayısıyla muhtemel tecavüzlere karşı daha fazla korumak istemektir.

Gerçekten İtalyan Ceza Kanunu, memuru, görevini ihlâl ve yapmamaları da, kamu hizmetlisine göre daha fazla cezalandırmaktadır. Keza memura karşı tecavüzlerde bulunan özel kişiler de kamu hizmetlisine tecavüze göre daha fazla cezalandırılmaktadır. Bu ceza farkının nedeni, maddeyi düzenleyenlerin gözünde memurların daha nazik ve yüksek bir görev icra etmeleri ve bunun tabii sonucu vazifelerini suistimalleri halinde daha ağır cezalandırılmaları veya bunlara karşı görevin ifası dolayısıyla suç işleyen özel şahısların daha fazla cezalandırılmasıdır.

Türk hukukunda ise memur ve kamu hizmetlisi ayrımı 279. maddede mevcut, ancak özel hükümlerde mevcut değildir. O halde memur ile kamu hizmetlisi arasında ayırıcı kriter aramak boşunadır. Bu incelemenin pratikte tek faydası memur olanla olmayanı, özel şahısları birbirinden ayırmakta karşımıza çıkmaktadır. Bunun çözümü süreli, süresiz, paralı, parasız amme için görev yapan herkesi kamu görevlisi, dolayısıyla memur saymak, başka bir ifadeyle mehzaz kanunun çözümüne dönmektir.

Böyle bir geriye dönüş benimsendiğinde kamu görevlisinin vazifesi dolayısıyla suç işlemesi veya görevliye karşı suç işlenmesi hallerinde hakimın ceza takdir yetkisini, alt ve üst sınırları geniş tutmak, hakime icra edilen görevin yüksekliği ve önemine göre manevra alanı tanımak isabetli olur. O halde bu incelemenin pratikte tek faydası memur olanla olmayan yeni özel şahısları ayırmakta karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada Yargıtay genel olarak hangi kurumda çalışırsa çalışsın odacı ve hizmetlileri, şoförleri, biletçileri, bekçileri, mahalle muhtarlarını, imamları devlet memuru saymamaktadır (4. C.D. 9.4.1991-1449/2309) (4. C.D. 14.5.1991-2004/2892) gibi.

²¹ *Antolisei*, sh.713 (ve dipnot 19).

Memurluk veya kamu hizmetliliği ayrımının kolayca yapılamıyışı, esasen kamu hizmetlisinin suç işlemesi halinde uygulanacak olan yaptırımın normal vatandaşa uygulanacak yaptırımdan farksız oluşu kanun koyucuyu, kuruluş ve işleyiş kanunlarını düzenlediği kurumların personelini açıkça memur saymaya itmiştir.

Gerçekten 2495 sayılı kanununun 13. maddesine göre Tariş personeli, 506 sayılı kanunun 136 ve 4792 sayılı kanunun 7. maddesine göre Sosyal Sigortalar kurumu memur ve hizmetlileri, 2929 sayılı Kanunun 48. maddesine göre KİT personeli memur sayılmıştır.

II- MEMURİYET SIFATININ KAYBINA RAĞMEN MEMURİYETİN DEVAMI (Suçlu Fiil ile Sıfat Arasındaki Münasebet)

Kamu menfaati için görevli personelin işlediği suçlar (memurlar, kamu hizmetlileri) ile bu personele karşı işlenen suçlar özelliği olan suçlardır. Kamu personeline ait suçtan söz etmek için suçlu fiil ile sıfattan doğan faaliyet arasında bir bağ olmalıdır. Bu bağ üç şekilde kendini gösterir.

Fiil görevin veya hizmetin ifası dolayısıyla, yani görevi icra anında işlenir. Meselâ irtikap suçunda başkasının hatasından istifade ile fiili işlemek sözkonusudur (md. 209/3).

Bazı hallerde görevin icrası suçun belirleyici unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde fiiller, görev veya hizmet sebebiyle gerçekleşmelidir. Memura taaruz ve hakarete olduğu gibi (md.266).

Diğer bazı hallerde de fiil ile görev arasında amaç açısından bağ vardır. Meselâ rüşvet suçunda memur kendi görevi dahilinde olan bir işi yapmak için rüşvet almalıdır (md. 212-213)²².

Bu hükümlerden şu anlam çıkmaktadır. Kamu görevlileri görevden ayrılmış bile olsalar idareyi temsil etmektedirler.

İdare ile birleşmişlerdir. Kanunen emekli olsalar, istifa etseler veya görevden alınsalar da cezalandırılmalarının sebebi budur. Ayrıca fiil memurun ifa ettiği görev ve hizmet ile ilgili olmalıdır. Memurun Devlet memuru iken öğrendiği sırrı, emekli olduktan veya görevden ayrıldıktan sonra açıklamasında, durum budur. Memur olmayan kimse bu suçları işleyemez.

²² *Antolisei*, sh.714.

Bazen memurluk suçun ağırlatıcı sebebidir. Adam öldürme (450/11) ve müessir fiil suçlarında olduğu gibi (457/2).

Memuriyetin suçun unsuru olması halinde, eğer memur suçu görevi dolayısıyla işlemiş ise artık memur olmasa bile memur gibi cezalandırılır (md.280).

Eğer memur görevi nedeniyle suç mağduru olmuş ise görev anında olmasa veya memuriyetten sonra mağdur da olsa mağdur memur olarak korunacaktır.

Memuriyetin suçun ağırlatıcı sebebi olması halinde (ağırlatıcı sebep olmasının nedeni fiilin görev nedeniyle işlenmesidir) memuriyet sona erse veya fiilin işlendiği anda memur görevi başında bulunmasa da, mağdur memur sayılmaya devam edecektir (md.280).

Bu hükümlerden çıkan sonuca göre bir polisin görev yaparken birisini yakalamasından dolayı, emekli olduktan sonra yakalanan kişi tarafından dövülmesinde ağırlatıcı sebepler uygulanacaktır.

III- SUÇUN İŞLENMESİNDE MEMURİYET KUVVET VE VASİTALARININ KULLANILMASI

Md. 281 "Bir kimse cürüm işlemek için haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde eğer kanun esasen memuriyet sıfatını nazarı itibara almamış ise irtikap olunan cürüm için tayin olunacak ceza altıda birden üçte bire kadar tezyit olunur".

Devlet memurunun kamu gücünü veya görevinin verdiği imkanları kullanarak suç işlemesi halinde devlet idaresinin itibar ve prestiji zarar görür. İşte bu nedenle kanun koyucu memurluğun kişiye bahsettiği imkan ve vasıtaları kullanarak suç işlenmesini genel bir ağırlatıcı sebep saymıştır.

Ancak, bunlar gibi özel hükümlerin dışında genel bir ağırlatıcı sebep ile de kamu idaresini korumak gereğini duymuştur. İşte 281. madde bu fonksiyonu yerine getirmekte memurun görevini suistimal ederek herhangi bir suç işlenmesini cezada artırım sebebi saymaktadır.

Şahıstan kaynaklanan bir ağırlatıcı sebeptir.

Ağırlatıcı sebebin aktif sujesi sadece memur olabilir.

Memurun işlemiş olduğu suç cürüm olmalıdır. Kabahatler ceza artırım nedeni olamaz. Fiil kasden işlenmelidir. Taksirle işlenenler madde kapsamına girmezler.

Memur fail kamu hizmetinin yürütülmesi için kendisine verilmiş yetki ve vasıtaları kullanarak suçu işlemelidir. Hizmetin gereği hukuka uygun olarak kullanılması gereken yetki ve vasıtalar hukuka aykırı olarak kullanılmak suretiyle suistimal edilmelidir²³. Memuriyet yetki ve vasıtaları ile işlenen suç arasında amaç araç bağlantısı olmalıdır.

Ağırlatıcı sebebin uygulanması için fiilin kasten işlenmesi gerekir. Fail memur memuriyet yetki ve vasıtalarını amacı dışında kullanarak suç işlediğini bilmelidir.

Yargıtay, sanık emniyet görevlisini, emniyet hizmetleri sınıfı persone-line ait tabanca ile suç işlemesi halinde memuriyet vasıtasını kullanmaktan dolayı cezanın artırılması gerektiğine karar vermiştir (1. C.D. 10.5.1993-691/1018). Köy muhtarının köy demirbaşına kayıtlı olan silahı kavgada korkutmak amacıyla kullanması halinde 281. maddenin uygulanması gerektiğine işaret etmiştir (1. C.D. 21.11.1991-2488/2802).

²³ *Manzini*, Trattato di diritto penale Italian, Vo. V, Milon-Torino-Roma 1913, sh.58.

**TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARININ
TEMYİZİ SEBEPLERİ**

Bildiriyi Veren
Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ

Toplantı Yeri : Yargıtay Toplantı Salonu

Toplantı Başkanı : **Teoman PAMİR**

24 Mayıs 1996, Saat: 9.00 - 9.15

İÇİNDEKİLER

TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARININ TEMYİZİ SEBEPLERİ.....	93
I. "MÜRACAAT YOLU" KAVRAMI	93
A) GENEL OLARAK.....	93
B) TÜRK HUKUKUNDA MÜRACAAT YOLLARI.....	96
II. HAKEM KARARLARINA KARŞI MÜRACAAT YOLLARI...98	
A) GENEL OLARAK.....	98
1- İsviçre'de Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları	98
a-) İç Tahkimde.....	99
aa. Butlan İtirazı.....	99
bb. İadei Muhakeme.....	101
b-) Milletlerarası Tahkimde.....	102
2- Almanya'da Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları ...	104
a-) İptal Davası Açma İmkânı	104
b-) Hakem Kararının İcra Edilebilirliği Beyanına Karşı İtiraz İmkânı.....	106
3- Fransa'da Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları	107
a-) İç Tahkimde.....	107
aa. İstinaf Yolu.....	108
bb. İptal Talebi.....	108
cc. Muhakemenin İadesi Yolu	109
dd. İnfaz Kararlarına Karşı Müracaat	110
b.) Milletlerarası Tahkimde.....	111
aa. İstinaf Yolu.....	111
bb. İptal Yolu.....	112
4- Yabancı Hukuk Sistemlerinde Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi	114
B) TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARINA Şİ KARŞI MÜRACAAT YOLLARI.....	116

1- Nizam Tahkim Yolu İle Halledilip Halledilemeyeceğine İlişkin İhtilâfın Halli İçin Mahkemeye Müracaat İmkânı.....	116
2- Hakem Kararlarının Mahkeme Başkanı veya Hâkim Tarafından Denetlenmesi İmkânı.....	118
3- Hakem Kararlarının Temyizi.....	119
a-) Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri	120
aa. Müşterek Özellikleri.....	120
(i) Usule İlişkin Olmaları.....	120
(ii) İnhisarî Olarak Tesbit Edilmiş Bulunmaları ...	122
(iii) Tahkim Anlaşmasının Geçerliğine Tesir Etmemeleri	124
bb. Temyiz Sebeplerinin Teker Teker İncelenmesi....	124
(i) Tahkim Süresinin Geçmesinden Sonra Karar Verilmesi	124
(ii) Talep Edilmemiş Bir Husus Hakkında Karar Verilmiş Olması.....	125
(iii) Hakemlerin Yetkileri Dahilinde Olmayan Bir Mesele Hakkında Karar Vermiş Olmaları.....	125
(iiii) Hakemlerin İki Tarafın İddia ve Müdafaasından Her Biri Hakkında Karar Vermemeleri.....	131
III- SONUÇ ve TEKLİFLER.....	132

TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARININ TEMYİZİ SEBEPLERİ

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ()*

Bu tebliğin konusu, 28.10.1994 gün ve E.1993/4 ve K.1994/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda benimlenen, tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın maddî hukuk kurallarına göre çözümleneceğinin öngörülmesi halinde, hakemlerin bu kurallara göre karar vermemesinin HUMK.'nun 533. m.si (3) Nr.lı bendinde yazılı sebepten kararın nakzını mucip olacağı noktai nazarının münakaşa, tahlil ve tenkid edilmesidir.

Mahkemeler tarafından verilen kararların maddî ve hukukî yönden denetlenmesinin, gerek toplum, gerek taraflar için güvenin sağlanması ve adalet duygularının daha geniş ölçüde tatmini açısından bir ihtiyaç olduğu izahıtan varestedir. Bu denetleme, kararlara karşı "müracaat yolları" (Rechtsbehelfe-hukukî çareler) tabir olunan vasıtalarla her ülkede az çok farklı bir şekilde icra olunmaktadır. Onun için konuya önce kararlara karşı "müracaat yolu"nun neyi ifade ettiğini, bu yolların nelerden ibaret olduğunu ve nevelerini ele almak suretiyle girmek meselenin daha kolay anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

I. "MÜRACAAT YOLU" KAVRAMI

A) GENEL OLARAK

Alman hukukunda "*hukukî çare*" olarak tavsif edilen müracaat yolları, taraflara veya 3. şahıslara karardaki maddî veya usulî eksiklik, yanlışlık ve hataları bertaraf etmek üzere tanınmış bulunan her türlü usulî imkânı ifade eder. Bu manada hukukî çarelere, karar kesinleşmeden evvel başvurulabilecek "istinaf" ve "temyiz" yolları ile kesinleştikten sonra

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Başkanı.

başvurulabilecek "iadei muhakeme" yolu veya bir üst mahkemeye müracaat suretiyle kullanılacak usulî imkânlar yanında, aynı mahkemeye müracaat suretiyle kullanılacak "itiraz", "eski hale getirme", "hatırlatma", "şikayet", "tavzih", "tashihi karar" vs. gibi imkânlar ve hükümün şekli veya maddî bakımdan kesinleşmesini talik etmeyen "itiraz", "eski hale getirme", "tashihi karar" gibi imkânlar da dahildir (bkz. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*: Kommentar zum Zivilprozessordnung, 17. Aufl., Bd. II, Tübingen 1956, sh.1 vd. ve *Rosenberg/Schwab/Gottwald*: Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, sh.801 ve *Arslan, R.*: Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, sh.39 vd.).

Müracaat yolu veya hukukî çare "*kanun yolları*"nı da içine alan bir üst kavramdır. Kanun yolu müracaat yollarından sadece belli evsafı haiz bir kısmını anlatır. "Kanun yolu", taraflara, onlarca uygun görülmeyen, henüz kesinleşmemiş bir mahkeme kararının daha üst seviyedeki bir mahkeme marifetiyle kontrol edilerek, bertaraf olunmasını sağlamak maksadı ile bahsedilen bir müracaat yoludur (bkz. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*: age., sh.800 ve *Jauernig, O.*: Zivilprozessrecht, 24. Aufl., München 1993, sh.256 ve *Üstündağ, S.*: 1711 sayılı Kanunun Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi, HUMK.nu Değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, sh. 129 vd. ve *Arslan, R.*: agt., sh.41 vd.). Bu manada kanun yolu, diğer müracaat yollarından başlıca şu üç vasfı ile ayrılır:

(1) Kanun yolu muhakemenin daha üst bir mahkemeye intikalini sağlar ki, buna kanun yolunun "*devolutif tesiri*" (Devolutiveffekt) tabir olunur.

(2) Kanun yolu kararın şekli bakımından kesinleşmesini talik eder ki, buna kanun yolunun "*suspansif tesiri*" (Suspensiveffekt) denir.

(3) Kanun yolu, aleyhine bu yola başvuru kararın doğruluğunun maddî bakımdan kontrolünü sağlar.

Kanun yolunun ilk özelliğinin bulunmaması sebebi ile tashihi karar, iadei muhakeme, eski hale getirme, tavzih, gıyap kararına veya ihtiyati tedbire itiraz, kanun yolu olma vasfını taşımayan "*hukukî çare*"lerdir (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*: age., sh.801 ve *Üstündağ, S.*: agteb., sh.130 vd.).

Kanun yolunun ikinci, yani talik edici tesirini haiz olmadığı için ise, eski hale getirme, itiraz, hükmün kesinleşmesini müteakip başvurulabilecek olan iadei muhakeme, tavzih, tashihi karar kanun yolu değildir

(bkz. *Schilken*, E.: *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1995, sh.463; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*: age., sh.1 vd. ve *Arslan*, R.: agt., sh.40 vd.; *Alangoya*, Y.: *Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973, sh.192 vd.; *Üstündağ*, S.: *Medenî Yargılama Hukuku*, C.I ve II, B.3, İstanbul 1984, sh.31 vd. Kanun yolunun bu kıstaslarla tefrik ve temyizine karşı bkz. *Gilles*, P.: *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Frankfurt am Main 1972, sh.3 vd.).

Kanun yolunu temyiz eden 3. özelliğın bulunmaması sebebi ile ise, giyap kararına, hacze, ihtiyatî tedbire, icra ve ödeme emrine itiraz, kanun yolu sayılamayacak hukukî çarelerdir (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*: age., sh.801).

Kanun yollarının tanınmasına âmil olan mülâhaza, bir yandan mahkeme kararlarının daha üst bir mahkeme tarafından denetlenmesini, diğeri yandan hakkında hatalı bir karar verildiğini zanneden tarafın tatmin olunmasını sağlamaktır. Kazaf görev ifa eden hakimlerin de her insan gibi yanılabilirler olmaları veya kararın taraflar için tatminkâr bulunmaması sebebiyle gerek taraflara, gerekse topluma teminat sağlamak bakımından kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkının tanınması zarurî görülmektedir (bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1971 gün ve E.1970/31 ve K.1971/21 sayılı kararı, RG.nin 9.7.1971 gün ve 13890 sayılı nüshasında sh.9-12'de neşredilmiştir.). Ancak adaletin mümkün olduğu kadar kısa bir sürede tecelli etmesi, fertlerin hakkının gayrimuayyen bir süre muallâkta kalmaması ve adalete olan itimadın sarsılmaması için her ülkede mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurma imkânını sınırlandırmak gerekmiştir. Böylece bazı hukuklarda *bidayet mahkemesi-temyiz* olmak üzere iki, bazılarında *bidayet mahkemesi-istinaf-temyiz* olmak üzere üç dereceli kanun yolunun kabûlü cihetine gidilmiştir.

Kanun yoluna kararın *maddî* veya *hukukî* bakımdan yanlışlığını ileri süren taraf başvurur; Buna göre kanun yolları, kararın maddî veya hukukî bakımdan veya her iki bakımdan denetlenmesini öngören kanun yolları olarak tefrik edilir: *İstisnaf*, kaideten kararın hem maddî, hem hukukî bakımdan denetlenmesini öngören bir kanun yoludur. Buna mukabil *temyizde* yalnız hükmün hukuken denetlenmesi söz konusu olur (bkz. *Jauernig*, O.: age., sh.256).

Kanun yolları *denetleme usulünün farklılığına* göre de bir tasnife tabi tutulur: Denetlemenin hükmü ve onun dayandığı sebeplere inhisar etmesi veya yeni vakıalar ve delillerin de yapılacak incelemenin kapsamına alınması mümkündür.

Diğer taraftan kanun yolunun sadece denetlenmesi istenen kararın *bozulmasına* (Zurückverweisung) veya *iptaline* (Aufhebung) inhisar ettirilmesi mümkündür. Bu halde "*temyiz*" (cassation) söz konusu olur. Kararı denetleyen mahkemeye, ihtilâf hakkında *yeni bir karar itihaz etme* yetkisinin tanınması da mümkündür. *İstinafa*da bu imkân kaideyi teşkil eder.

B) TÜRK HUKUKUNDA MÜRACAAT YOLLARI

Türk hukukunda müracaat yolları "Hükümlere Karşı Müracaat Tarikleri" namı altında HUMK.nun Üçüncü Bab'ında tanzim edilmiştir. Bu Bab'ta başlıca "*temyiz*", "*karar düzeltme*", "*iadei muhakeme*" ve "*hükümlerin tavzihi*" düzenlenmiştir.

Yukarıda tesbit ettiğimiz kıstaslara göre bu müracaat yollarından sadece "*temyiz*", kanun yolu karakterindedir (Karş. *Bilge*, N.: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, B.2, Ankara 1967, sh.560 ve *Kuru*, B.: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, B.5, İstanbul 1991, sh.3278'de karar düzeltme de kanun yolu olarak kabul etmektedirler.).

iadei muhakemenin ise, kanun yolunun ne ihtilâfı bir üst mahkemeye aktarma, ne hükümün kesinleşmesini talik etme özelliklerini haiz olmadığı için kanun yolu olma vasfını haiz bulunmadığı şüpheden azadedir (bkz. *Arslan*, R.: agt., sh.47).

Bunun gibi *hükümlerin tavzihinin* de kanun yolları arasında sayılmasına imkân yoktur (bkz. *Kuru*, B.: age., sh.3278 ve 3651).

Her ne kadar Yargıtay'ın 7.07.1965 gün ve 12042 sayılı RG.'de neşredilmiş 10.05.1965 gün ve 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "*karar düzeltmenin* temyize başvurmaya ilişkin yasa yolunun tamamlayıcısı olan bir *yasa yolu* olduğu" ifade edilmiş bulunuyorsa da, kanun yolunu tefrik ve temyiz eden, kararın kesinleşmesinden önce daha üst bir mahkemece kontrolünü sağlama fonksiyonunu ifa etmediği, diğer bir deyimle devolutif tesiri haiz olmadığı ve HUMK.nun 442.m.si II. f.sı son cümlesi uyarınca karar düzeltme yoluna başvurulması hükmün icrasını durdurmaya ve karar düzeltme talebini inceleyen Yargıtay Özel Dairesi veya Hukuk Genel Kurulu da teminat karşılığında olsa bile icrayı durdurmaya karar veremeyeceği cihetle bu görüşün hatalı olduğu kanaatındayım (bkz. aynı şekilde *Üstündağ*, S.: agteb., sh.130, Aynı şekilde *Sungurtekin*, M.: Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, Yargıtay Dergisi, Y.1990, C.XVI, S.4, sh.483).

Bu yüzden Prof. *Bilge* tarafından ileri sürülen görüşün aksine, HUMK.'nin Üçüncü Bab'ında "*Müracaat Tarikleri*" ifadesinin kullanılmış olmasının, bu Bab'ta düzenlenen bütün imkânlar "müracaat yolu" tarifine girdiği halde, onlardan sadece birinin "kanun yolu" karakterini taşıması itibariyle daha isabetli olduğu fikrindeyim (Karş. *Bilge*, N.: age., sh.559). Ancak Bab'ın başlığında yer alan "*hükümlere karşı*" ibaresi, müracaat tarikleri tabiri muhafaza edildiği takdirde de, iltibasa mahal verecek niteliktedir: Çünkü gerek müracaat yoluna, gerekse kanun yoluna sadece ihtilâfin esasını halleden nihaî kararlar (sachliche Endurteile) demek olan "*hükümler*"e karşı değil, aynı zamanda usulî bakımdan davayı sona erdiren "*nihaî kararlar*"a ve hatta "*kararlar*"a karşı da (HUMK. 427, I) başvurulabilir (bkz. *Bilge*, N.: age., sh.558 vd. ve *Kuru*, B.: age., C.IV, sh.3654). Buna göre başlığın "*Kararlara Karşı Müracaat Yolları*" şeklinde düzeltilmesi uygun olur.

Türk hukukunda mahkeme kararlarının maddî ve hukukî bakımdan kontrolü vasıtası olarak "istinaf yolu" kabul edilmemiştir.

Buna göre hukukumuzda kazaî kararlara karşı yegâne kanun yolu "*temyiz*"dir (Karş. *Sungurtekin*, M.: agm., sh.467'da ileri sürülen kanun yollarını temyiz eden unsurlardan hareketle bir vasıtanın kanun yolu veya hukukî çare olarak tavsifinin farklı sonuçların ortaya çıkmasını gerektirmediği görüşüne katılmaya imkân yoktur.). İstinaf yolu mevcut olmadığından temyiz fevkalâde değil, *normal* ve hüküm mahkemesi kararlarına karşı müracaat edilebilecek *ilk* kanun yolu niteliğindedir. Temyiz ile ilgili hükümler Neuchâtel Kanunu'ndan aynen alınmış değildir; Alman ve Fransız Usûl Kanunları'ndan iktibas olunan hükümlerle tamamlanmıştır.

Temyiz yolunda hüküm mahkemesi kararının hukuka uygunluğu kontrol edilir; bu manada Yargıtay, bir vakıa ve tahkikat mahkemesi değil, bir kanun mahkemesidir, hüküm mahkemesi kararının maddî hukuka ve usul hukukuna uygun olarak verilmiş olup olmadığını inceler; böylece bir yandan kanunların uygulanmasında birliği sağlama ve hukukun gelişmesine yardımcı olma, diğer yandan fertlerin haklarının tahakkukuna hizmet etme fonksiyonunu yerine getirir. Denetleme sadece hükme ve onun dayandığı sebeplere inhisar eder. Yargıtayda kaideten yeni vakıalar ve deliller ileri sürülemez ve bunlar inceleme konusu yapılamaz. Denetleme sonucunda da bidayet mahkemesi kararı *nakız* veya *tasdik* olunur; Nakız üzerine ancak kararı veren bidayet -hüküm-mahkemesi yeni bir karar ittihaz edebilir; Yargıtay belli istisnalar dışında

(HUMK. 438, VIII) temyiz olunan hükmü değiştirmek veya düzeltmek salâhiyetini haiz değildir.

II. HAKEM KARARLARINA KARŞI MÜRACAAT YOLLARI

A) GENEL OLARAK

Hakem kararlarındaki maddî veya usulî bazı eksiklik, yanlışlık ve hataları bertaraf etmek üzere kararların denetlenmesini sağlamak hususunda taraflara tanınan imkânlar, her hukuk sisteminde ihtiyaçlara ve hukukî çarelerin mahiyeti ve ayırt edici unsurları hakkındaki telâkkilere göre farklılık arz eder.

Türk hukukunda hakem kararlarına karşı müracaat yolları ile ilgili hükümler 7 Nisan 1927 tarihli *Neuchâtel Cumhuriyeti ve Kantonu Medenî Usûl Kanunu*'ndan (Code de Procedure Civil de la Republique et Canton de Neuchâtel, 1927) alınmıştır. Bu itibarla Neuchâtel Kantonu kanun vazınının, hakem kararlarına karşı müracaat yollarını düzenlemede hareket ettiği esaslar ve hukukî problemi görüş açısı, bizim Kanunu'muzda yer alan hükümlerin tefsirinde büyük önem taşır. Ancak 5 Ekim 1970 tarihli bir kanunla Neuchâtel Kanunu, dolayısıyla bu Kanun'un tahkim ile ilgili hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Neuchâtel Kantonu'nun 24 Kasım 1970 tarihinde "*Kantonlararası İsviçre Tahkim Anlaşması*"na (Concordat Suisse sur l'Arbitrage 1969-CIA) katılması ile iç tahkimi düzenleyen hükümlerde esaslı bir değişiklik husule gelmiştir. Milletlerarası tahkim hakkında ise, 1987 tarihli "*Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu*" (Loi Federale sur le Droit International Privé - LDIP) ile özel hükümler sevk edilmiştir.

Bu durumda Türk hukukunda hakem kararlarına karşı müracaat yollarının incelenmesine geçmeden evvel bir yandan Usûl Kanunu'muzun kabulünden bu yana değişen ve farklılaşan ihtiyaçlar, diğer yandan tahkim hukukundaki gelişme ve yeniliklerle modern tabikat ve temayüller hakkında bir fikir vermek üzere emsal teşkil edecek nitelikteki belli başlı üç hukuk sisteminde hakem kararlarına karşı müracaat yolları hakkında mücmel izahat vermekte fayda mülâhaza ediyorum :

1- İsviçre'de Hakem Kararına Karşı Müracaat Yolları

İsviçrede hakem kararlarına karşı müracaatın ilk şartı, esas hakkında verilmiş "k a r a r" olarak tavsif edilebilecek bir belge (le dispositif sur le principal) mevcut olması ve bunun açıklanmış bulunmasıdır. Kısmî kararlar, esas hakkında karar ittihazına gerek kalmaksızın tahkim prosedürünü

sona erdiren kararlar (prozesserledigende Entscheide) ve meselâ, tahkim şartının gayrı muteber, tarafların dava ikamesine ehliyetsiz yahut ihtilâf konusunun tahkime elverişli olmadığına dair kararlar, diğer bir ifade ile hakem heyetinin yetkisine, dava şartlarının mevcudiyetine, taraflar adına hareket edenlerin temsil yetkilerine, dava masraflarına karşılık avans ödenmesine ilişkin kararlarla davanın derdest i rüyet olduğuna, kesin hükmün mevcudiyetine, müruru zamana ait kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir (Bkz. *Wenger, W.: Die Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Entscheidungen, in l'Arbitrage international privé et la Suisse, Colloque des 2 et 3 Avril 1976, Genève 1976, sh.12 ve 13*).

Bunun dışında hakem kararlarına karşı kanun yolları iç tahkimde ve milletlerarası tahkimde farklı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır:

a-) İç Tahkimde

İsviçre'de 1969 tarihli Kantonlararası Tahkim Anlaşması'nda (Concordat sur l'arbitrage) hakem kararlarına karşı başlıca iki kanun yolu ön görülmüştür:

(1) Anlaşmanın 36. -41.m.leri arasında düzenlenmiş olan butlan itirazı (Recours en nullité - Nichtigkeitsbeschwerde),

(2) Anlaşmanın 41. -43.m.leri arasında düzenlenmiş olan iadei muhakeme (Revision) imkânı

aa. Butlan İtirazı

Kantonlararası Tahkim Anlaşması'nın 36. m.sine göre hakem kararları aleyhine tahkim mahallinin bulunduğu Kantonun özel hukuk ihtilâflarına bakan en yüksek nizamî mahkemesine, anılan maddede zikredilen 9 sebepten butlan itirazında bulunulabilir. Bu sebeplerin bir kısmı bizim Kanunumuzun 533.m.sindeki temyiz sebeplerine tekabül eder (bkz.Art. 36, c, e, ve g). Diğer bir kısmı ise farklıdır: Anlaşmada, bizim Kanunumuzda zikredilenlerden gayri;

- Hakem heyetinin usulü dairesinde teşekkül etmemiş olması (Art. 36, a),

- Hakem heyetinin haksız olarak ihtilâfı görmeye yetkili veya yetkisiz olduğunu açıklaması (Art. 36, b),

- 25.m. manasında - ki usulü muhakemede taraflar arasında eşitlik prensibine riayet ve onlardan her birinin mahkeme huzurunda dinlen-

mesi lûzumu ile ilgilidir - âmir bir prosedür hükmünün ihlâl edilmiş olması (Art. 36, f),

- Hakem kararının aşikâr bir surette dosyadaki belgelere aykırı maddî tesbitlere (offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen) dayanması veya hukukun yahut hakkaniyetin açıkça ihlâlini tazammun etmesi sebebiyle keyfî (willkürlich) olması (Art. 36, h),

- 33.m.hükmüne - ki hakem kararında bulunması gereken hususlara dairdir - riayet edilmemiş veya hüküm fıkrasının anlaşılabilir yahut çelişkili olması (Art. 36, h) ve

- Hakem heyetince hakemlere aşikâr bir surette fahiş ücret ödenmesine hükmedilmiş olması (Art. 36, i),

sebeplerinden karara karşı butlan itirazında bulunulabilir.

Butlan itirazının, kararın taraflara tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde yapılması gerekir. Şu kadar ki, tahkim anlaşmasında ön görülen kanun yolları tüketilmeden bu yola başvurulamaz (CIA. Art. 36).

Butlan itirazında bulunulması, hakem kararının icrasını durdurmaz. Ancak, taraflardan birinin talebi üzerine yetkili kanton mahkemesi hakem kararının icrasının durdurulmasına karar verebilir (CIA. Art.38).

Butlan itirazını karara bağlamakla görevli mahkeme, tarafları dinledikten sonra, uygun görürse, kararı Hakem Heyeti'ne geri gönderebilir ve Heyet'e kararın düzeltilmesi yahut tamamlanması için bir süre verebilir (CIA. Art. 39).

Hakem kararı Heyet'e gönderilmez veya verilen süre içerisinde düzeltilmez yahut tamamlanmazsa, kanton mahkemesi butlan itirazını karara bağlar ve itirazı yerinde görmesi halinde kararı iptal eder. İptal edilen hususlara bağlı olmadıkları sürece, iptal hakem kararlarının münferit kısımlarına da hasredilebilir. Hakem ücretinin fahiş bir surette yüksek tesbit edilmiş olması sebebiyle butlan itirazında bulunulmuş olması halinde, Mahkeme, sadece ücretle ilgili kararı iptal eder ve hakemlere ödenecek ücreti bizzat belirler (CIA. Art. 40, I-III).

Hakem kararının iptali üzerine aynı hakemler, önceki tahkim prosedürüne iştirak etmiş olmaları yüzünden veya diğer bir sebepten reddedilmedikleri takdirde yeni bir karar ittihaz ederler (CIA. Art. 40, IV).

Tabii olduğu hükümleri böylece kısaca açıklamaya çalıştığımız bu yol, ismine rağmen, *temyiz karakterinde* (d' un caractère cassatoire) bir müracaat yoludur (bkz. *Lalive / Poudret / Reymond: Le droit de l'arbitrage*

interne et international en Suisse, Lausanne 1989, sh.202); Zira itirazı rüyet etmeye yetkili merci, sadece hakem kararını Hakem Heyeti'ne geri gönderebilir veya onu iptal edebilir; ama Hakem Heyeti yerine geçerek kararı düzeltemez.

Bunun iki istisnası, yetkili kanton mahkemesinin kararı hakem heyetinin yetkisizliği sebebiyle iptal etmesi veya fahiş olan hakem ücretlerini bizzat belirlemesi teşkil eder. Bunlar dışında yetkili mahkeme, karardaki aşikâr hataları dahi düzeltme imkânına sahip değildir. Bunun gibi yetkili mahkeme kararın tamamını değil, sadece itiraza konu teşkil eden kısmını inceleyebilir, kararın diğer kısımlarını resen inceleyemez.

Butlan itirazı sebeplerini havi 36. m. hükmü âmir hüküm niteliğinde olup, burada yazılı itiraz sebepleri sınırlıdır ve bu yüzden tahdidî bir şekilde tefsiri gerekir (Lalive, P.: in Repertoire des droit international privé Suisse, Vol. I, sh.344, No.459). Hakem kararına karşı butlan itirazında bulunabilmek için, şikâyet sebebinin hüküm fıkrasına ilişkin olması gerekir; hükmün gerekçesinin butlan itirazı yoluyla iptali talep edilemez (Jolidon, P.: Commentaire du Concordat Suisse sur l'Arbitrage, Bern 1984, sh.498-499).

Kantonal hakimiyet tasarruflarından madut olmadıklarından hakem kararlarına karşı doğrudan doğruya İsviçre Federal Mahkemesi'ne müracaat imkânı tanınmamıştır (BGE 67 I, 34). Sadece Adlî Teşkilât hakkında 1943 tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun 68. m.si uyarınca nihaî mahiyet taşıyan kantonal kararlara ezcümle; tahkimde yetki ile ilgili federal hükümlerin ihlâlini tazammun eden kararla aynı Kanun'un 84. m.sine göre kanton mahkemesince, Kantonlararası Tahkim Anlaşması'nın ihlâlinden doğan kamu hukukuna müstenit sebeplerden, kanton mahkemesi kararı aleyhine Federal Mahkeme'ye müracaat edilebilir.

8.03.1974 tarihli bir kararında Federal Mahkeme, keyfilik itirazını incelemeye kanton mahkemesinin yetkili olması karşısında Federal Mahkeme'nin murakabesinin sadece kantonal mahkemenin "bu görevi gerektiği şekilde yerine getirmiş olup olmadığına" inhisar edeceğini belirtmiştir (bkz. Wenger, W.: agteb., sh.22).

bb. İadei Muhakeme

İsviçre hukukunda nizamî mahkeme kararlarına karşı iadei muhakeme talep edilebilecek olan sebeplerden hakem kararlarına karşı da iadei muhakeme istenebilir.

Kantonlararası Tahkim Anlaşması'nın 41.m.sine göre hakem kararı üzerinde İsvire hukukunun cezalandırılmasını ön gördüğü fiiller etkili olmuş ve bu fiiller, bir ceza mahkemesi hükmü ile tesbit edilmiş veya cezaî takibatın ölüm, zaman aşımı, cezaî ehliyetin kaybı gibi delil kifayetsizliğinden başka bir sebeple esas hakkında karar vermeye gerek kalmadan sona ermesi halinde, diğer herhangi bir şekilde ispatlanmış ise yahut hakem kararı hükümden önce ortaya çıkan önemli vakıalara veya sonuca etkili bazı delillere vakıf olunmadan verilmiş olup da temyiz talebinde bulunan, muhakemenin cereyanı sırasında bu vakıa veya delilleri ileri sürme imkânına sahip bulunmuyorsa, karar, temyiz sebebinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç 5 yıl zarfında *yetkili kanton mahkemesi nezdinde* temyiz olunabilir (CIA. Art. 42).

Temyiz talebi kabul edilirse, mahkeme ihtilâfı yeniden hükme bağlanmak üzere Hakem Heyeti'ne geri gönderir. Bu takdirde Anlaşma'nın tahkim süresi hakkındaki 16. m.si hükmü kıyasen uygulanır. Manii zuhur eden hakemler yerine aynı usul dairesinde yenisi seçilir. Yeni bir hakem heyetinin tayini gerektiği takdirde, Kantonlararası Tahkim Anlaşması'nın hakemlerin tayini hakkındaki hükümleri cari olur (CIA. Art. 43).

b-) Milletlerarası Tahkimde

Milletlerarası tahkim ile ilgili hükümler 1987 tarihli *İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun* (Loi Federale sur le Droit International Privé- LDIP) 12. Bab'ında sevk edilmiştir. Bu Kanun anlamında "*milletlerarası tahkim*", "tahkim anlaşması akdedildiği sırada taraflardan en az birinin ikametgâhının veya mutaden oturmakta olduğu yerin İsviçre'de bulunmaması kaydı ile İsviçre'de toplanan hakem heyetlerince yapılan tahkim"dir (bkz.LDIP. Art.176, I). Ancak tarafların yazılı olarak bu Bab hükümlerinin tatbik edilmeyeceğini ve münhasıran tahkimle ilgili kantonal hükümlerin cari olacağını kabul ettikleri ahvalde mezkûr hükümler uygulanmaz.

LDIP.'nin 190. m.si I. f.sına göre milletlerarası tahkime ilişkin kararlar *kesin* (endgültig-definitive) dir. Şu anlamda ki, bunlar açıklandıkları andan itibaren *hüküm ifade ederler* (rechtskräftig) ve *icra kabiliyetini haiz* (vollstreckbar) dirler (*Lalive/Poudret/Reymond: age., sh.421: "En la déclarant definitive (endgültig), le text lègal lui reconnaît à la fois force de chose jugèe (rechtskräftig) et force exécutoire (vollstreckbar)..."*). Yani, kanun yoluna müracaat için ön görülen kanunî sürenin mürurunu beklemeye hacet kalmaksızın ve böyle bir yola başvurulmuş olup olma-

ması farketmeksizin, a fortiori New York Sözleşmesi'nin V.m.si 1. Nr.1ı bendinde arandığı üzere *bağlayıcı* (binding, obligatoire) olduklarını kabule cevaz vardır (bkz. van den Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, Anwers-Boston-Londres-Francfort 1981, sh.342).

Bu kararların ancak *aşağıdaki sebeplerden iptali* talep olunabilir:

(1) Tek hakem veya hakem heyeti usulü dairesinde tayin veya teşkil edilmemişse,

(2) Hakem heyeti, hukuka aykırı olarak kendisinin ihtilâfı görmeye yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermişse,

(3) Hakem heyeti, halli ona havale edilmemiş olan ihtilâflı noktalar hakkında karar vermiş veya talep maddelerinden birini karara bağlamamışsa,

(4) Taraflara eşit muamele etme veya mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenme (Kanun'un fransızca metnindeki ifade ile "d'etre entendues en procedure contradictoire", Kanun'un almanca metnindeki ifade ile, "der Grundsatz des rechtlichen Gehörs") esasları ihlâl edilmiş ise ve

(5) karar amme intizamı ile kabili telif değilse.

Hakem heyetinin ittihaz edeceği bazı *ön kararlar* (Vorentscheide-décision incidente-preliminary decision) ancak ilk ve ikinci şıkta yazılı sebeplerden iptal edilebilir. İptali talep süresi bu kararların tebliği tarihinden başlar.

Kararın iptalinin talep olunabileceği yegane merci *Federal Mahkemedir*. Talebin iptalinde takip edilecek usul, Federal Adlî Teşkilât Kanununun amme hukukuna ilişkin iptal talepleri ile ilgili hükümlerine tabidir (LDIP. Art. 191, I).

Fakat taraflar Federal Mahkeme yerine talebi, tahkim mahallinde bulunan hakimin karara bağlamasını kararlaştırabilirler; bu takdirde onun kararı nihaîdir. Kantonlar bunun için tek bir kanton mahkemesini yetkili kılar (LDIP. Art. 191, II).

Milletlerarası hakem kararlarına karşı doğrudan doğruya Federal Mahkeme'ye başvurmak imkânı, İsviçre'de ilk olarak LDIP ile getirilmiş olan yeni bir imkândır. O zamana kadar ancak belli şartlarla kanton mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı Federal Mahkeme'ye başvurulabilmekte idi (bkz. *Lalive/Poudret/Reymond*: age., sh.435).

Bunun sebepleri hak. bkz. *Bucher, A.: Le nouvel arbitrage international en Suisse, Bâle et Francfort 1988, sh.123).*

Federal Mahkeme'ye iptal talebi ile başvurma sebepleri tahdidi olarak 5 şıkta sayılmış olup, bu sebepler dışında iptal talepleri reddedilmektedir. Aslında Federal Mahkeme'nin şimdiye kadar milletlerarası hakem kararlarının iptali talebi ile vuku bulan müracaatların pek azını kabul ettiği ve yerinde gördüğü bilinen bir gerçektir.

2- Almanya'da Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları

Alman Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun (ZPO) 1040.m.si uyarınca hakem kararları, taraflar arasında muteber bir mahkeme kararı hükmündedir.

Bu kararların kontrolünü teminen taraflara iki imkân bahşedilmiştir:

- (1) Karara karşı iptal davası açma imkânı,
- (2) Kararın infaz edilebilirliği beyanına karşı itiraz imkânı

a-) İptal Davası (Aufhebungsklage) Açma İmkânı

ZPO.'nun 1041. paragrafında yazılı 6 sebepten dolayı hakem kararlarına karşı, tahkim anlaşmasında gösterilen *Sulh veya Asliye Mahkemesi*, anlaşmada böyle bir kayıt yoksa, talep mahkemede ileri sürülmüş olsa idi, hangi Sulh veya Asliye Mahkemesi onu rüyete yetkili olacak idiyse, o mahkeme nezdinde (bkz. ZPO § 1046 ve 1045) iptal davası açılabilir.

ZPO.'nun 1040. paragrafı ile hakem kararları taraflar arasında muteber bir mahkeme kararına müsavi tutulduğu halde, teknik manada bu kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır. 1041. paragrafta ön görülen hakem kararının iptalini talep imkânı, karara karşı bir üst mahkeme olarak istinaf mahkemesi veya Federal Mahkeme'ye müracaatı tazammun eden bir kanun yolu niteliğinde değildir. Bu imkânın kullanılması, hakem kararının bir üst mahkeme değil, aynı seviyedeki bir nizamî mahkeme tarafından belli noktalardan denetlenmesini temin etmektedir. Bununla beraber bu yola başvurulması da sadece hakem kararının iptali sonucunu doğurur. Kararın, iptale yetkili mahkeme tarafından değiştirilmesine cevaz yoktur (bkz. *Stein-Jonas-Schönke-Pohle: age., § 1041, I, 4).*

Hakem Heyeti iptal sebepleri hakkında hiçbir şekilde karar veremez.

Hakem kararlarının iptalini mucip sebepler, ZPO.nun 1041. paragrafında;

- (1) Muteber bir tahkim anlaşması olmaksızın veya sair surette caiz olmayan bir usule göre karar verilmiş olması,
- (2) Hakem kararının tanınmasının ahlâk ve âdaba veya amme intizamına aykırı düşecek bulunması,
- (3) Taraf davanın o şekilde görülmesine açıkça veya zımnen muavafakat etmemiş olduğu halde, mahkemede kanun hükümlerine göre temsil edilmemiş olması,
- (4) Tarafa karşı muhakeme usulünün icaplarına riayet edilmemiş olması,
- (5) Hakem kararının gerekçesinin gösterilmemiş olması,
- (6) İadei muhakeme ile ilgili 580. paragrafın 1-6. numaralı bendlerinde yazılı sebeplerden iadei muhakeme talep edebilmek için gerekli şartların bulunması (bkz. Kalpsüz, T. (Çev.): Alman Medenî Usûl Kanunu'nun Tahkim İle İlgili Hükümleri, Yabancı Ülkelerdeki Tahkim, Ankara 1969, sh. 5 vd.).

Alman hukukunda 1041. paragrafın I.f.sında sayılan iptal sebeplerinin *tahdidî* olduğu kabul edilmektedir. Özellikle hakem kararının *maddî bakımdan doğruluğunun* 1041. paragrafın I. f.sı (2) No.lu bendinde çizilen dar sınırlar dışında *kontrol edilmesi caiz değildir* (bkz. *Schilken, E.: age., sh.457*).

Taraflar hakem kararında gerekçe gösterilmesini kararlaştırmış olmadıkları takdirde, gerekçe gösterilmemiş olmasından dolayı karar bozulamaz (ZPO. § 1041, II).

Yukardaki sebeplerden birine dayanılarak sulh veya asliye mahkemesinde açılan iptal davası sonucunda ya *talebin reddine* veya *hakem kararının iptaline* hükmolunur. Kararın *kısmen iptali* mümkündür.

İptal davasının *hangi sürede* açılabileceği, Alman Kanunu'nda tasrih edilmemiştir. Ancak ZPO.'nun 1043. paragrafına göre hakem kararının infazına hükmedilmesini müteakip, kaideten, karara karşı iptal davası açılamaz.

İptal davası hakkında mahkemece verilen karara karşı mutad kanun yollarına başvurulabilir (bkz. *Schütze/Tscherning/Wais: Handbuch des Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin-New York 1990, sh.283*). Hakem kararının iptali ile kaideten tahkim anlaşması ortadan kalkmış olur; ihtilâfın bundan böyle nizamî mahkemelerde halli gerekir (*Schwab/Walter: Schieds-*

gerichtsbarkeit, 4. Aufl., München 1990, sh.216; *Jauernig, O.*: age., sh.336 ve *Schütze/Tscherning/Wais*: age., sh.283).

Görülüyor ki, Alman hukukunda hakem kararlarına karşı doğrudan doğruya yüksek mahkemeye müracaat ile kararı temyiz etme imkânı tanınmamıştır.

b-) Hakem Kararının İcra Edilebilirliği Beyanına Karşı İtiraz İmkânı

Alman Usûl Kanunu'nun 1042. paragrafı uyarınca hakem kararının cebren icrası, ancak nizâmî mahkemelerce (ZPO.nun 1045. paragrafına göre yetkili Sulh veya Asliye Mahkemesi'nce) *icra edilebilir olduğunun beyan edilmesi* ile kabildir.

Hakem kararının icra edilebilir olduğunun beyan edilmesi bir infaz kararı değildir. Bu, usulüne göre verilmiş bir hakem kararının bulunduğunun tesbitinden ibarettir. İcra edilebilirlik beyanı mahkemeden dava açılarak değil, *müracaatta bulunularak* (durch einen Antrag) talep edilir. Mahkeme, müracaatı, duruşma açarak veya açmayarak intaç edebilir. Şu kadar ki, müracaat, duruşma açılmamış ise, bir *karar (Beschluss)*, duruşma açılmışsa bir *ilâm (nihaî karar-Endurteil)* ile sonuçlanır. Mahkemece müracaat üzerine hakem kararının icra edilebilir olduğu beyan edilmişse, kararın *muvaakkaten icrasına* hükmedilebilir (ZPO § 1042 c I). Bu suretle hakem kararı *icrası kabil bir ilâm* haline gelmiş olur.

Hakem kararının icra edilebilir olduğunun beyan edilmesi için mahkemeye yapılan müracaat üzerine duruşma açılmaksızın verilen karara (Beschluss) karşı, acele şikâyet yoluna başvurulabilir (ZPO § 1045, III). Bu imkân Alman hukukuna göre bir kanun yolu niteliğinde değildir. Zira bu suretle muhakeme daha yüksek bir adlî mercie intikal ettirilmiş (Devolutiveffekt) olmaz. Şikâyet üzerine hakem kararının icra edilebilir olup olmadığı hususu, bir nihaî kararla hallolunur (ZPO § 1042 e II 2).

Bu kararlar hakem kararının icra edilebilirliğini beyan için mahkemeye yapılan müracaat üzerine duruşma yapılarak işbu müracaatın red veya kabulüne dair verilen nihaî mahkeme kararına karşı mutad kanun yollarına başvurulabilir (*Schwab/Walter*: age., sh.235). Hakem kararının iptalini gerektiren sebeplerden birisinin mevcudiyeti halinde hakem kararı iptal olunarak, onun icra edilebilir olduğunun beyan edilmesi için yapılan müracaat reddedilir (ZPO § 1042, II).

3- Fransa'da Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları

Fransa'da hakem kararlarına karşı müracaat yolları 14 Mayıs 1980 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin maksadı hakem kararlarına karşı müracaat yollarının çokluğundan doğan mahzurların giderilmesi ve tahkimin itibarının tesisi ve artırılmasıdır (bkz. *Moreau, B.-Bernard, Th.: Droit interne et droit international de l'Arbitrage, Paris 1982, sh.77*). Bunun için yapılan reform, 3. şahıslarca karara itiraz edilmesi müstesna, karara karşı bütün müracaatların, kararın düzeltilmesini (istinaf) veya iptalini talep suretiyle olsun, icra olunması hakkındaki karara karşı olsun, *istinaf mahkemesine yapılacak olması* ile temayüz eder. Bunun dışında hakem kararının iptaline hükmeden mahkeme, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ihtilâfın esasını hükme bağlar (NCPC. Art. 1486). Bu suretle tarafların aynı ihtilâf dolayısıyla ikinci bir tahkime başvurmak külfetinden vareste tutulmaları amaçlanmıştır.

a-) İç Tahkimde

İç tahkimi 50 maddede düzenleyen 14 Mayıs 1980 tarihli Kanun Hükmünde Kararname daha sonra *Yeni Fransız Medenî Usûl Kanunu'na* ilhak edilmiştir. 12.05.1981 tarih ve 81-500 sayılı bir Kanun Hükmünde Kararname ile ise, Yeni Fransız Medenî Usûl Kanunu'na (Nouveau Code de Procedure Civil, NCPC), "*milletlerarası tahkim*" (1492-1497.m.ler) ve "*yabancı memleketlerde verilen hakem kararları ile milletlerarası hakem kararlarının tanınması, cebren icrası ve bu kararlara karşı müracaat yolları*" (1489-1507) hakkında 16 madde eklenmiştir. Bunun sonucunda halen Fransa'da milletlerarası tahkim, iç tahkimden farklı, hususî bir hukukî rejime tabi kılınmış bulunmaktadır (Bu hususta bkz. *Derains, Y.: Source et domaine d'application des droit français de l'arbitrage international, dans droit et pratique de l'arbitrage international en France, Paris 1984, sh.1 vd.*). Karakteristiğini geniş bir liberalizmin teşkil ettiği bu rejim, milletlerarası ticarete uygulayıcıların tahkime gitgide daha fazla önem vermeleri ile izah edilmektedir.

Yeni Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun "*Tahkim*" ile ilgili IV. Kitabı'nın "*Tahkimde Kanun Yolları*"na dair IV. Bab'ında yer alan 1481. m.si I.f.sına göre hakem kararına karşı ne *itiraz (opposition)*, ne *temyiz (cassation)* yoluna başvurulabilir. Hakem kararı ancak tahkime taraf olmamakla birlikte kararın haklarını ihlâl ettiği fikrinde olan 3. bir şahıs tarafından, tahkim kararlaştırılmamış olsa idi ihtilâfî rüyete yetkili olacak

mahkemeye yapılacak bir *itirazla (tierce opposition)* iptal ettirilebilir.

aa. İstinaf Yolu

Hakem kararları prensip itibariyle bidayet mahkemesi tarafından verilmiş kararlar mahiyetinde olmakla normal olarak bunlara karşı *istinaf yoluna* başvurulabilir. Yetkili mahkeme, hakem kararının verildiği yerdeki istinaf mahkemesidir. Ancak bu kaide amme intizamından olmakla taraflar hilâfını kararlaştırabilirler. Karara karşı istinafa, cebren icrası için gerekli emir (ordonance d'exequatur) istihsal edilmiş olan kararın tebliğinden itibaren 1 ay içinde başvurulabilir (NCPC. Art. 1489). Bu süre içinde yapılmayan başvurular kabul olunmaz (NCPC. Art. 1486). Bununla birlikte hakem kararının verildiği andan itibaren yapılan istinaf talepleri de kabul olunabilir. Talepte istinaf mı, yoksa iptal mi istenildiğinin belirtilmesi gerekir.

İstinafın kararın icrasını durduran bir etkisi vardır; istinafın talep edilebileceği süre içerisinde de kararın icrası durur (NCPC. Art. 1486).

İstinaf, devlet mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna müracaatla ilgili hükümler dairesinde yapılır, incelenir ve karara bağlanır. Keza devlet mahkemesi kararlarına karşı istinafın doğurduğu hüküm ve neticeleri doğurur.

Üç halde istinaf talebi reddedilmek gerekir: Bunlardan ilki, tarafların tahkim anlaşmasında veya sonradan hakem kararına karşı istinaf yoluna başvurmadan *vazgeçmiş* olmalarıdır (bkz. NCPC. Art. 1482). İkincisi, tarafların hakemlere *müslihane aracı (amiable compositeur)* olarak karar verme yetkisini tanımış bulunmalarıdır. Bu takdirde tahkim anlaşmasında sarahaten mahfuz tutmuş olmadıkça, taraflar istinaf yoluna başvurmadan sarfi nazar etmiş sayılırlar. Üçüncüsü, *meçburî tahkimde* bir kanun hükmü ile istinafın yasaklanmış olmasıdır (İş Kanunu'nun L. 761-5 m.sinde olduğu gibi).

bb. İptal Talebi

Hakem kararlarına karşı başvurulabilecek ikinci yol kararın *iptalinin* talep edilmesidir. Bu yola dahi ancak, taraflarca sarfi nazar edilmemiş olması veya hakeme müslihane aracı olarak karar verme imkânı tanınmış olduğu takdirde, iptal yoluna gitme imkânının sarahaten mahfuz tutulmuş bulunması halinde (NCPC. Art. 1482) - aksine bir anlaşma mevcut olsa dahi- başvurulabilir (NCPC. Art. 1484).

Ancak aşağıdaki hallerde hakem kararlarının *iptalini* talep etmek mümkündür:

1' Hakem bir tahkim anlaşması mevcut olmaksızın yahut batıl veya geçerliliğini yitirmiş bir tahkim anlaşmasına istinaden karar vermiş ise,

2' Hakem Heyeti usulü dairesinde teşekkül etmemiş veya tek hakem usulüne uygun olarak tayin edilmemiş ise,

3' Hakem, kendisine verilen görev dahilinde karar vermemiş ise,

4' Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarının alınması prensibine (le principe de la contradiction) uyulmamış ise,

5' Şeklen bir hakem kararının mevcudiyetini kabul için bulunması gereken şartların eksikliği sebebiyle kararın butlanını mucip hallerden biri (bkz. Art. 1480) bulunmakta ise,

6' Hakem bir amme intizamı hükmünü ihlâl etmiş ise.

Hakem kararının iptali de *istinaf mahkemesinden* talep olunur ve bu talep istinaf mahkemelerinde nizalı kaza için uygulanan usul dairesinde incelenerek karara bağlanır. Bu yola müracaatın sonucu hakem kararının iptalidir. Ancak iptal sebebi sadece kararın bir kısmına taallük ediyor ve bu kısmın diğerlerinden tefriki mümkün bulunuyorsa, hükmün kısmen iptali caizdir. Daha evvel kazaî içtihatlarla kabul edilen bu husus, Yeni Usûl Kanunu'nun 1490. m.si ile teyid edilmiştir (bkz. *Moreau, B.-Bernard, Th.: age., sh.85*).

Kararı iptal etmesi halinde mahkeme, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakemin görevinin sınırları içinde kalarak ihtilâfın esasını hükme bağlar (NCPC. Art. 1485). Dolayısıyla işin yeniden hakemlere gönderilmesi veya devlet mahkemelerinde yeniden dava ikamesi söz konusu olmaz. Bu manada kararın iptali ihtilâfın çözümlenmesini geciktirmez. Ancak iptal talebi kararın icrasını durdurur; meğer ki, kararın geçici olarak icrası tensip edilmiş olsun.

İstinaf veya iptal talebinin reddi, hakem kararı veya kararın iptal edilmeyen kısımları (hüküm fıkraları) bakımından icra talimatı (ordonance de l'exequature) mahiyetindedir.

cc. Muhakemenin İadesi Yolu

Yeni Fransız Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun 1491. m.sinde hakem kararlarına karşı, mahkeme kararları için öngörülen sebeplerden ve aynı şartlarda *muhakemenin iadesi yoluna* başvurulabileceği tasrih

edilmiştir. Hakem kararlarına karşı muhakemenin iadesi, diğer kanun yollarına başvurulması halinde yetkili olan *İstinaf Mahkemesi*'nden talep olunur (NCPC. Art. 1491, II).

Bunun sonucunda hakem kararlarına karşı, muhakemenin iadesi konusunda atıfta bulunulan Yeni Fransız Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun 593. m.sine göre, mahkeme kararlarına karşı muhakemenin iadesi, ancak :

- davayı kazanan tarafın hile ile hareket etmiş olması,
- bir tarafça saklanan hükme müessir bir delilin, kararın verilmesinden sonra ortaya çıkması,
- delillerin sahte olduğunun anlaşılması veya sahteliğine hükmedilmesi yahut
- kararın verilmesinden sonra belgelerin veya şahit ifadelerinin sahte olduğuna hükmedilmesi

hallerinde talep olunabilir (bkz. NCPC. Art. 1491, note 40 ve *Delvolvé J.L.: Arbitration in France, The French Law of National and International Arbitration, Trilingual edition, french, english, german, Deventer-Antwerp-Boston-London-Frankfurt 1982, sh.25).*

Hakem kararlarına karşı bu suretle muhakemenin iadesi talebinde bulunulabilmesi, daha önce verilmiş olan bir istinaf mahkemesi hükmünün kısmen veya tamamen değiştirilmesi, ortadan kaldırılması vs. maksadı ile yapılmasından anlaşılacağı üzere, ancak kendilerine karşı istinaf veya iptal yoluna başvurulabilecek hakem kararları hakkında söz konusu olur. Eğer istinaf mahkemesi, muhakemenin iadesi talebini yerinde görürse, *ihtilâfin esasını hükme bağlar* (NCPC. Art. 601).

Görülüyor ki, Fransız hukukunda yerli hakem kararlarına karşı hem suspansif, hem devolutif bir karakteri haiz olan hakikî manada bir *temyiz yoluna başvurma imkânı* tanınmamaktadır.

dd. İnfaz Kararlarına Karşı Müracaat

Bunun gibi hakem kararının *infazı talebini kabul eden mahkeme kararına* (ordonance qui accorde l'exequature) karşı da kanun yoluna başvurulamaz (NCPC. Art. 1488, I). Ancak karara karşı istinaf veya iptal yoluna başvurulmuş olması, kendiliğinden, başvuru sınırları içerisinde tenfiz kararına da şamil yahut tenfiz hakiminin işten el çekmesini mucip olur (NCPC. Art. 1488, II). Buna mukabil hakem kararının infazını red

eden mahkeme kararına karşı, tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde *istinaf yoluna* başvurulabilir. Bu taktirde istinaf mahkemesi, tarafların talebi üzerine hakem kararına karşı, icabı hale göre istinaf yoluna mı, iptal yoluna mı başvurabilecekleri hakkında karar verir (NCPC. Art. 1489).

b-) Milletlerarası Tahkimde

1981 tarihli Yeni Fransız Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nda "*milletlerarası tahkim*", "*milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren tahkim*" (Est international l'arbitrage, qui met en cause des intères du commerce international) olarak tarif edilmiştir (NCPC. Art. 1492). Bu tarif daha önce Fransız kazaî içtihatlarında benimsenmiş olan bir tariftir. Burada "*milletlerarası ticaret*" kavramının geniş manada anlaşılması gerektiğine 1492. m. ile ilgili 41 No.lu alt notunda ve Fransız doktrininde işaret edilmektedir (bkz. *Fouchard, Ph.: L'Arbitrage commercial international, Vol. II, Paris 1965, sh.20 vd. ve Delvolvé, J. L.: age., sh.29*).

Fransa'da milletlerarası tahkimde, hakem kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları, Yeni Usûl Kanunu'nun "*tahkim*"e mütedair IV. Kitabı'nın "*milletlerarası tahkim*" hakkındaki 4. Bab'ının "*yabancı ülkede veya milletlerarası tahkim usulü dairesinde verilen hakem kararlarına karşı kanun yolları*"na mahsus II. Bölüm'ünde hükme bağlanmıştır. Bu Bölüm, başlığından da anlaşılacağı üzere, hem *yabancı bir ülkede verilmiş, hem Fransa'da milletlerarası tahkim usulü dairesinde itihaz edilmiş* hakem kararlarına şamildir. Ancak bu manada milletlerarası hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolları bakımından bu iki kategoriye giren kararlar farklı hükümlere tabi kılınmıştır (NCPC. Art. 1501 ve 1504).

Yabancı bir ülkede veya milletlerarası tahkim usulü dairesinde Fransa'da verilmiş olan hakem kararlarına karşı iki nevi kanun yoluna başvurulabilir:

aa. İstinaf Yolu

Burada ilk üzerinde durulacak husus, gerek yabancı bir ülkede, gerek milletlerarası tahkim usulü dairesinde Fransa'da verilmiş olan hakem kararlarına karşı *istinaf yoluna başvurulamayacağıdır* (bkz. *Rapport du Garde de Sceau, Ministre de la Justice au Premier Ministre sur le Projet de Décret instituant les dispositions des Livre III et IV du Nouveau Code de Procedure Civile et modifiant certaines dispositions de ce Code*). Dolayısıyla Fransa'da milletlerarası tahkime ilişkin kararların *esas bakımından kontrolü* söz konusu değildir (bkz. *Moreau, B.-Bernard, Th.: age., sh.109*).

Yeni Fransız Usûl Kanunu'nun 1501. m.si uyarınca, bu nevi kararların Fransa'da *tanınmasını veya tenfizini red eden* mahkeme kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

Milletlerarası tahkime ilişkin bir kararın Fransa'da *tanınmasını veya tenfizini ön gören* mahkeme kararlarına karşı ise ancak, 1502. m.de zikredilen belirli hallerde istinafa başvurmak kabildir.

Bu haller iki istisna ile iç tahkimde hakem kararlarının iptalinin talep olunabileceği hallerin (bkz. NCPC. Art. 1484, I) aynıdır :

Bu istisnalardan ilki şeklen bir hakem kararında bulunması gereken unsurların eksikliği sebebiyle kararın *butlanının* talep edilebileceği hallerdir. Milletlerarası hakem kararlarına karşı başvurma sebepleri arasında bu hal ön görülmemiştir.

İkinci istisna, iç tahkimden farklı olarak milletlerarası hakem kararlarının tanınması veya tenfizi hakkındaki kararlara karşı tanınma veya tenfizin, Fransız amme intizamını değil, *milletlerarası amme intizamını* ihlâl etmesi halinde *istinaf yoluna* başvurabilecek olmasından ibarettir. Bu hüküm 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin V. m.sinde benimsenmiş olan prensipten daha yumuşaktır: Hakem kararının verildiği veya kendi hukukuna göre ittihaz edildiği ülkede geçerli olup olmaması veya hüküm ifade edip etmemesi önemli değildir. Yeni Fransız Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun 1502. m.si son f.sında Fransız amme intizamına değil, milletlerarası amme intizamına atıfta bulunulmuştur. Milletlerarası amme intizamı kavramı, milletlerarası tahkimi, dahili hukukun sert kalıplarından kurtarmak için içtihatlarla geliştirilmiştir (bkz. *Fouchard, Ph.: age., sh.526 ve Derains, Y.: Droit et pratique de l'arbitrage international en France, Paris 1984, sh.96 vd.*). Buna göre kararın dahili amme intizamına uygunluğu aranmayacaktır.

Milletlerarası tahkim usulü dairesinde verilen kararların tanınması veya tenfize karşı istinaf, tanınma ve tenfiz kararını veren hakim tabi olduğu, diğer bir ifade ile bu kararların verildiği yerdeki *istinaf mahkemesi* nezdinde yapılır (NCPC. Art. 1503). İstinafin talep olunabileceği süre iç tahkimde olduğu gibi, hakem kararının tebliğinden itibaren bir aydır (NCPC. Art. 1503).

bb. İptal Yolu

Fransa'da yabancı ülkede verilen hakem kararları ile milletlerarası tahkim usulü dairesinde verilen kararlara karşı *iptal yoluna*

başvurulabilir. Ancak iptalin şartları ve sonuçları bakımından iki karar nevi arasında bir ayırım yapmak gerekir:

(1) Milletlerarası tahkim prosedürüne uygun olarak Fransa'da verilmiş bulunan kararlar

Bu nevi kararlar hakkında 1504. m.de özel bir hüküm sevk olunmuştur: Fransada verilen hakem kararlarının usulüne uygun olarak alınmış olması, Fransız hukuk düzenini yakından alâkadar ettiği için Fransız hakimi bunları kontrole ve icabı halinde iptallerine hükmetmeye yetkili görülmüştür.

Ancak yerli hakem kararlarından farklı olarak mahkeme bu nevi kararları iptal ettiği takdirde, hakemlerin yerine kaim olarak ihtilâfin esasını hükme bağlayamaz (bkz. *Moreau, B.-Bernard, Th.: age., sh.109*). 1504. m.de, 1502. m.ye yapılan atıf sebebiyle, bu nevi kararlar, ancak 1502. m.de öngörülen hallerde iptal olunabilir. Şu kadar ki, bu kararların tanınması veya tenfizi hakkında verilen kararların kanun yoluna müracaatla iptal ettirilmesi mümkün değildir (NCPC. Art. 1504, II). Fakat hakem kararının iptali talebi, kendiliğinden mahkemeye yapılan başvuru sınırları içerisinde, tenfize hükmeden hakimin kararının da iptalini veya bu hakimin işten el çekmesini mucip olur.

Bu nevi kararlara karşı iptal talebi, hakem hükmünün verildiği yerde görevli olan *istinaf mahkemesine* yapılır. İptal, kararın tefhimi tarihinden itibaren talep olunabilir. Tenfizine hükmedilmiş olan hakem kararının tebliğini takip eden ay içinde yapılmayan iptal talebi sukut eder (NCPC. Art. 1505).

(2) Yabancı bir ülkede verilen hakem kararları

Fransız hakimi, bu kararları esas bakımından incelemeye ve iptallerine karar vermeye yetkili değildir (bkz. *Derains, Y.: age., sh.90 vd. ve Rapport sur le Projet de Dècret instituant les dispositions des Livres III et IV du Nouveau Code de Procedure Civile*). Bunlar için sadece tanınmaları veya tenfizleri hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvurma imkânı açıktır.

Fransız kanun vazı yabancı ülkelerde veya milletlerarası tahkim usulüne göre Fransa'da verilen hakem kararlarına karşı kanun yollarına müracaatın özelliğini tebarüz ettirmek maksadı ile 1507. m.de, istinaf mahkemesince uygulanacak usulü ve istinaf veya iptalin hüküm ve neticelelerini düzenleyen 1487. m.si I.f.sı ile 1490. m. hükümleri müstesna,

Tahkim Babı'nın iç tahkimde kanun yollarına ilişkin IV. Bölümü hükümlerinin burada uygulanmayacağını tasrih etmiştir.

4- Yabancı Hukuk Sistemlerinde Hakem Kararlarına Karşı Müracaat Yolları İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklamalarımızdan, tahkimi yeniden düzenleme yolunu seçmiş iki önemli sistemde de iç tahkim ile milletlerarası tahkimin birbirinden tefrik olunarak farklı hükümlere tabi kılındığı anlaşılmaktadır. Bunun sebebi, söz konusu iki alandaki ihtiyaç ve icapların birbirinden farklı olması ve ayrı devletlere ve hukuk sistemlerine mensup kimselerin karşı karşıya geldiği bir tahkimde iradenin muhtariyeti prensibine çok daha geniş ve müessir bir rol tanımının gerekmesidir. Milletlerarası ticaretin icapları, milletlerarası nitelikteki ticarî münasebetlerden doğan ihtilâflara ilişkin tahkimin, mümkün olduğu kadar millî hukuk nizamlarının dar çerçevesinden kurtulmuş olarak, çok daha liberal ve müsamahakâr bir anlayışla düzenlenmesini zarurî kılmıştır (bkz. Fouchard, Ph.: age., sh.23 ve David, R.: L'arbitrage dans le commerce international, Paris 1982, sh.113 vd.).

Bu yaklaşımın milletlerarası hakem kararlarına karşı müracaat yollarının düzenlenmesine tesiri, prensip olarak bu nevi kararların, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanununun 190.m.sinde ifade edildiği gibi, açıklandıkları andan itibaren *kesin* olduklarının (*definitive*), *hüküm ifade edeceklerinin* (*force de chose jugée*) ve *icra kabiliyetini haiz* (*force exécutoire*) bulduklarının kabul olunmasıdır. İcra kabiliyetini kazanmaları için icra kararı (*décision d'exequature*) verilmesi (NCPC. Art. 1477 ve Art. 1498) gereği müstesna, Fransız hukukunda da aynı esas benimsenmiştir (*Lalive/Poudret/Reymond: age., sh.422*).

Diğer önemli bir özellik bu nevi kararlar hakkında istinaf ve temyiz yoluna müracaatın öngörülmemiş olmasıdır. Gerek İsviçre, gerekse Fransız hukukunda bu nevi kararların sadece tahdidî olarak tesbit edilmiş belli birkaç sebepten *iptali* talep olunabilir. Hatta Fransız hukukunda milletlerarası hakem kararı kategorisine giren iki nevi karardan *yabancı bir ülkede verilenlerin* Fransız hakimi tarafından *esastan incelenmesi* ve *iptaline karar verilmesi* mümkün değildir. *Her iki hukukta da milletlerarası hakem kararlarının iptali sebepleri*, amme intizamı müstesna *sadece usule ilişkindir*. Fransa'da verilmiş bulunan milletlerarası hakem kararlarının amme intizamına aykırılık sebebi ile iptalinde dahi, millî değil, *milletlerarası amme intizamı* esas alınmıştır. İsviçre'de de iptal sebepleri arasında sayılan amme intizamına aykırılığın "*milletlerarası hususlarla*

ilgili İsviçre amme intizamı" (l' ordre public suisse en matière internationale) manasında anlaşılması gerektiği kabul olunmaktadır (bkz. JdT. 1968 I 338 ve *Lalive/Poudret/Reymond: age., sh.427 vd.*). Dolayısıyla milletlerarası hakem kararlarının *maddî hukuka uygunluk bakımından kontrolü* her iki hukukta da *söz konusu değildir*. Milletlerarası tahkimin mahiyeti ve fonksiyonu ile bu kavramın teşkilindeki maksat, milletlerarası hakem kararlarına karşı müracaat yollarının bu tarzda düzenlenmesi ile ahenk ve tutarlılık içerisindedir.

Milletlerarası mahiyet taşımayan hakem kararlarına karşı kanun yollarının düzenlenmesinde ise, her üç sistemde nazarı dikkati celbeden husus, bu nevi kararlara karşı *doğrudan doğruya temyiz yoluna müracaatın kabul edilmemiş olmasıdır*. İsviçre hukukunda millî hakem kararlarına karşı, ancak belli sebeplerin mevcudiyeti halinde *butlan itirazında* bulunulabilir. Butlan itirazının kendiliğinden kararın icrasını durduran (talikî-suspansiv) bir tesiri bulunmadığından gerçek manada "*kanun yolu*" karakterinde olduğu söylenemez. Ayrıca butlan itirazı sebeplerinden sadece biri, hakem kararının aşikâr bir suretle dosyadaki belgelere aykırı maddî tesbitlere dayanması veya hukukun yahut hakkaniyetin açıkça ihlâlini tazammun etmesi sebebiyle *keyfî olması, esasla ilgilidir*. Ancak İsviçre tatbikatında bu sebebin katiyen hakemin takdir yetkisine müdahale teşkil etmeyecek şekilde, çok istisnâf olarak, sadece fahiş-aşikâr bir keyfiliğin söz konusu olması halinde butlan itirazının kabulüne yol açacağı özellikle vurgulanmaktadır (bkz. *Wenger, W.: ageb., sh.19 ve Lalive/Poudret/Reymond: age., sh.213*).

Alman hukukunda hakem kararlarının *temyizi mümkün değildir*. Hakem kararlarına karşı sadece ZPO.nun 1041.paragrafında sayılan belli sebeplerden dolayı iptal davası açma yoluna gidilebilir. Hakem kararının maddî bakımdan doğruluğunun, kararın tanınmasının ahlâk ve adaba veya amme intizamına aykırı düşecek bulunması hali dışında kontrol edilmesi caiz değildir. 1041. paragrafın 1 No.lu bendi, hakem kararının "*sair surette caiz olmayan bir usule göre*" (sonst auf einem unzulässigen Verfahren) *verilmiş olmasını* hükme bağladığı cihetle tahkim anlaşmasında *maddî hukuka göre* karar verilmesinin öngörülmüş olduğu hallerin bu fikraya sokulması tutarlı değildir (bkz. *Schwab/Walter: age., sh.198: "Buraya (§ 1041, 1 e) sadece usulî bir eksiklik-in procedendo-girer; esasa müteallik bir eksiklik-in iudicando-girmez; bu sonuncu 1041, 2'ye girebilir"; Ayrıca bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald: age., sh.1109*).

ZPO. § 1045'e göre hakem kararının sulh veya asliye mahkemesince icra edilebilirliğinin beyan edilmesinde de mahkeme sadece usulüne göre

verilmiş bir hakem kararının mevcut olup olmadığını tesbit eder; esasa müteallik bir inceleme söz konusu olmaz.

Fransız hukukunda iç tahkimde istinaf, hakem kararlarına karşı devlet mahkemeleri kararlarına karşı olduğu gibi, kararın usul ve esas bakımından denetlenmesini öngören bir kanun yoludur. Ancak taraflar tahkim anlaşmasında veya sonradan bu yola başvurmadan sarfi nazar etmiş olabilirler. Bundan başka karara karşı gene istinaf mahkemesinde esas itibarıyla usulî sebeplerden dolayı *iptal talebinde* bulunma imkânı vardır. Esas bakımından karar, ancak amme intizamına aykırılık sebebi ile iptal edilebilir. Bunun dışında maddî hukuka aykırılık iptal sebebi değildir. Hakem kararının kesinleşmesini takiben başvurulabilecek *iadei muhakeme yolu* ise, kararın sadece hile ve sahtelik hallerinde gözden geçirilmesini temine hizmet eden bir müracaat yoludur. Fransız hukukunda hakem kararlarına karşı *itiraz* ve *temyiz* yolu kabul edilmemiştir.

B) TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARINA KARŞI MÜRACAAT YOLLARI

Türk hukukunda hakem kararlarına karşı müracaat yolları HUMK.'nun 533.m.sinde düzenlenen "*temyiz yolu*" ile 534.m.de başvurulabileceğine işaret olunan "*iadei muhakeme*" yoludur.

Bunlardan başka HUMK.'nun 519.m.sinde nizamî muhakemelere tanınan, bir nizam hakemler marifetiyle halledilip halledilemeyeceği hususunda çıkan ihtilâflar hakkında mahkemece verilen kararların temyizi ile 536.m.de düzenlenen hakem kararının tasdiki de hakem kararlarının düzenlenmesine imkân sağlayan *hukukî bazı çareler*, diğer bir ifade ile *müracaat yollarıdır*.

Bunlardan HUMK.'nun 534.m.sinde öngörülen *iadei muhakemenin* neden dolayı bir kanun yolu sayılamayacağı yukarıda teferruatı ile izah edilmiştir. Hakem kararlarına karşı bu yola, aynen mahkeme kararlarına karşı *iadei muhakeme* yoluna başvurulması ile ilgili hükümler dairesinde başvurulabilir.

1- Nizam Tahkim Yolu İle Halledilip Halledilemeyeceğine İlişkin İhtilâfın Halli İçin Mahkemeye Müracaat İmkânı

HUMK.nun 519.m.sinde yer alan hükme göre hakemler kendi yetkileri hakkında karar veremezler. Türk hukukunda bu hüküm, hiç kimse-nin kendisi ile ilgili bir ihtilâfın hakimi olamayacağı esası ile açıklanmaktadır. 519.m.nin kapsamına giren ihtilâflar başlıca:

- Çözümlemesi istenen nizamın kısmen veya tamamen tahkim anlaşmasının kapsamına girmediği,
- Tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu,
- Tahkim anlaşmasının sahteliği,
- Nizam tahkim yolu ile hallinin caiz olmadığı

hususlarına ilişkin ihtilâflardır (bkz. *Kalpsüz*, T.: *Praktische Erfahrungen und Empfehlungen zum deutsch-türkischen Rechtsverkehr*, DIS Mitteilungen, 1/91, sh.25 ve *Kuru*, B.: age., C.IV, sh.4020). 519.m. hükmü, âmir bir hükümdür (*Bilge*, N.: *Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri*, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Tahkim-Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1969, sh.88/89 ve *Kalpsüz*, T.: *Praktische Erfahrungen und Empfehlungen*, sh.25 ve *Alangoya*, Y.: agt., sh.153. Bu yazara göre, tahkim anlaşmasına 519.m. ile devlet mahkemelerine tanınmış olan kontrol yetkisini ortadan kaldıracak şekilde, hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme imkânı tanıyan bir kayıt konulması, *amme intizamına aykırı* düşer.). Dolayısıyla hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar vererek hakem tahkikatına devam etmeleri sonucunda ittihaz ettikleri karar, ihtilâfın onu halle yetkisi olmayan kimseler tarafından çözümünü havi bir belge olarak yok sayılır ve bu vasfı ile temyiz incelemesine konu teşkil edemez (bkz. *Alangoya*, Y.: age., sh.138 vd. Muhtelif ihtimallere göre yetkisiz hakemler tarafından verilen kararın niteliği hakkında bkz. *Kuru*, B.: age., C.IV, sh.4022 vd.).

Bu itibarla HUMK.'nun 533.m.si 3 Nr.lı bendinde zikredilen hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar vermelerinden ibaret olan temyiz sebebinin, 519.m.de yazılı esasa riayetsizliğin müeyyidesi sayılması tamamen hatalıdır. Zira 533.m.nin 3 Nr.lı bendinde yazılı sebepten hakem kararının bozulabilmesinin ön şartı, onun bir "karar", hatta "nihaî bir karar" olma vasfını taşımasıdır. Teknik manada bir kanun yolu olan temyize, yukarıda temas olduğu gibi ancak *nihaî kararlara* karşı başvurulabilir. Halbuki 519.m. manasında hakemlerin madde itibariyle yetkileri (sachliche Zuständigkeit), daha doğrusu görevleri içine girmeyen bir hususta verdikleri karar, bir "hakem kararı" vasfını haiz olmadığından esasen temyizi kabil değildir. Temyiz haddizatında geçerli bir hakem kararının 533.m.de yazılı temyiz sebepleri bakımından kontrolü gayesi ile açılmış bir yoldur (bkz. *Umar*, B.: *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'muzun Mehaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı*, İstanbul 1967, sh.174'de neşredilen Neuchâtel Kanton Mahkemesi'nin 10 Ocak 1947 tarihli Kararı ve *Alangoya*, Y.: agt., sh.199). Bu yüzden ileride de

açıklanacağı üzere ancak ihtilâfın hallinin hakemlerin görevine dahil olduğu ve fakat ihtilâfı çözümleyen kararda hakemlerin görevleri dışında kalan bazı hususlara da yer verilmiş bulunduğu hallerin 533.m.nin 3 Nr.lı bendine dahil olacağını kabul mecburiyeti vardır.

Mahkemece 519.m.ye göre verilen kararlar genel hükümler dairesinde temyiz olunabilir (Yargıtay 13.HD.nin 11.07.1975 ve 6859/4965 sayılı kararı, *Kuru, B.:* age., C.IV, sh.4026'da neşredilmiştir.). Ancak bunlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz (HUMK. 440, III, 4).

2- Hakem Kararının Mahkeme Başkanı veya Hakim Tarafından Denetlenmesi İmkânı

HUMK.'nun 536.m.sinde düzenlenen hakem kararının tasdiki de, keza bu kararların denetlenmesi imkânlarından birini oluşturur. Hakem kararının kabili icra olması için mahkeme başkanı tarafından tasdiki, ancak temyiz edilmemek suretiyle kesinleşen hakem kararları hakkında söz konusudur; Süresi içerisinde temyiz olunan hakem kararlarının tasdikine dair Yargıtay ilâmının kesinleşmesi, infaz için yeterli olup ayrıca mahkeme başkanı veya hakimin tasdik şerhine lüzum yoktur (bkz. Y. İİD.nin 28.2.1964 t. ve 2358/2650 s.lı kararı, Ank., Bar. Der., Y. 1964, Sa.3, sh.327'de neşredilmiştir; Aynı şekilde Y. İİD.'nin 4.11.1971 t. ve 10922/11046 s.lı kararı, RKD., Y.1972, S.3, sh.176-177'de neşredilmiştir.).

HUMK.'nun 536.m.sinde öngörülen tasdik, mahkeme başkanı veya hakim tarafından yapılacak olmakla beraber Türk ilmî ve kazaî içtihatlarında kabul edildiği üzere idarî değil, *kazaî bir tasarruftur* (bkz. *İmregün, O.:* Hakem Kararlarının İcrası ve Tekemmülü, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Tahkim, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1965, sh.167-168; *Alangoya, Y.:* agt., sh.201; *Kuru, B.:* age., C.IV, sh.4105 ve Y. 4. HD.nin 6.5.1965 t. ve 3031/2429 s.lı kararı, *Kuru, B.:* age., C.IV, sh.4106'da neşredilmiştir; keza YHGK.'nun 7.11.1951 t. ve T./126-109 s.lı kararı, Ank. Bar. Der., Y.1952, Sa.101-102, sh.58-60'da neşredilmiştir.). 536.m.ye göre kararı tasdik edecek olan mahkeme başkanı veya hakim, berveçhipeşin ortada şeklen muteber bir hakem kararının mevcut olup olmadığını araştıracaktır. Bu araştırmaya kararın 530.m.de yazılı şartları içerip içermediği ve 531.m.de yazılı usule tevfikeyen ittihaz edilip edilmediği dahildir. Bunun gibi tahkim yolu ile halledilemeyecek bir niza hakkında veya halli hakemlerin görevlerine dahil olmayan ihtilâflarla ilgili olarak verildikleri yahut gayri muteber veyahut sahte bir tahkim anlaşmasına istinaden ittihaz olundukları için butlanla

malûl veya geçersiz yahut amme intizamına aykırı kararların da tasdiki söz konusu olmayacaktır (bkz. Y. 4. HD.nin 21.5.1959 t. ve E.3889 ve K.59/3965, s.lı kararı, Ad. Der., Y. 1961, sh.611 vd. de neşredilmiştir; Y. TD.nin 17.3.1959 t. ve E.58/3159 ve K.59/801 s.lı kararı, *Doğanay*, İ.: İzahlı ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ankara 1964, sh.815'de neşredilmiştir.).

Mahkeme başkanı veya hakimin HUMK.'nun 536.m.sine göre verdiği tasdik kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Ancak HUMK.nun 440.m.si III.f.sı 4. bendi uyarınca bu kararın tasdikine veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz.

3- Hakem Kararlarının Temyizi

Hakem kararlarına karşı müracaat yolları içinde gerçek manada kanun yolu olma vasfını haiz yegâne yol *temyizdir*. HUMK.' da tanzim edildiği şekli ile hem devolutif (intikal ettirici), hem suspansif (tâlik edici) bir tesiri haiz olan temyiz, sadece kararın hukukî bakımdan denetlenmesini öngörmesi, denetlemenin hakem kararına inhisar etmesi ve denetleme sonucunda yeni bir karar verilmeyip, denetlenmesi istenen kararın bozularak tekrar hakeme gönderilmesi veya tasdikine hükmedilecek olması itibariyle teknik manada "*cassatoire*" karakteri haiz bir kanun yoludur (bkz. *Alangoya*, Y.: agt., sh.193; "Şu hale göre tahkim konusunda da Temyiz Mahkemesi'ne müracaat, teknik anlamı ile bir *kanun yolu niteliğinde* bulunmaktadır").

Türk hukukunda halen yürürlükte olan hakem kararlarının temyizi ile ilgili hükümlerin mehazı, 7 Nisan 1927 tarihli Neuchâtel Cumhuriyeti ve Kantonu Medenî Usûl Kanunu'nun (Code de Procedure Civil de la République et Canton de Neuchâtel) 488.m.sidir (bkz. Code de Procedure Civil de la République et Canton de Neuchâtel, éd. de juin 1969 ve *Dayınlarlı*, K.: Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, sh.781 vd.). HUMK.'nun 533. m.si, bazı farklarla Neuchâtel Kanunu'nun 488.m.sinin tercümesinden ibarettir. Farklı olan cihetler, 488.m.nin ilk cümlesindeki "*a moin de convention contraire*" (hilâfı kararlaştırılmadıkça) ibaresinin HUMK.'nun 533.m.sine alınmamış olması ve "peut être attaqué" (nakzolunabilir) ifadesinin, "nakzolunur" fiili ile değiştirilmiş bulunmasıdır.

a-) Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri

Aslî karakterini böylece tesbit ettiğimiz hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilecek olan hallere, daha doğrusu temyiz sebeplerine gelince;

Bilindiği üzere HUMK.'nun 533.m.sinde bu sebepler 4 madde halinde toplanmış olup, şunlardan ibarettir:

1. Tahkim müddetinin inkizasından sonra karar verilmiş olması,
2. Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
3. Hakemlerin salâhiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermemeleri,
4. Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri.

aa. Müşterek Özellikleri

Türk kanun vazınının hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulmasına imkân verdiklerini kabul ettiği temyiz sebepleri bir bütün halinde incelendiğinde şu özellikleri taşımakta oldukları görülür:

(i) *Usûle İlişkin Olmaları*

HUMK.'nun 533.m.sinde sayılan temyiz sebeplerinin hepsi *usulî bir karakter* taşır.

Bu kabilden tahkim süresinin geçmesinden sonra karar verilmesi, talep edilmeyen bir şeye hükmedilmesi, hakemlerin yetkilerini aşmaları ve talep maddelerinin her biri hakkında karar verilmemesi hep *usule ilişkin temyiz sebepleri*dir. Türk kanun vazı bu suretle kararda bulunabilecek maddî hukuka dayanan hata ve yanlışlıkları, Yargıtay denetimi dışında tutmuştur. Bu yüzden temyiz sebeplerinin maddî hukuka dayanan hataları da içine alacak şekilde genişletilmesi, Kanun'un hakem kararlarının temyizinde benimsediği sisteme aykırıdır.

Neuchâtel Usûl Kanunu ile ona tebaen Türk Usûl Kanunu hakem kararlarının temyizinde, aralarındaki mahiyet farklılığından hareketle, mahkeme kararlarının temyizinden farklı bir sistem kabul etmiştir. Bu sistem aslında özel ve istisnâî bir kaza yolu olan tahkim ile genel ve kaidevî kaza yolu olan devlet kazası arasındaki farklılıktan neş'et etmektedir.

Bilindiği gibi, tahkimin akdî bir menşei vardır. Halen hakim olan görüşe nazaran tahkim bir *maddî hukuk sözleşmesi* (ein materiellrechtlicher Vertrag) dir. Taraflar serbest iradeleri ile tahkimi istedikleri şekilde düzenleyebilirler. Taraflarca tahkimin tabi tutulduğu hukukî rejimin mutlaka belli bir hukuk nizamına dayandırılması gerekmez. Tahkim doğrudan doğruya ticarî teamüllere, genel muamele şartlarına, ticarî tatbikata, belli müesseselerin önceden hazırladıkları tip statülere dayandırılabilir. Bu arada taraflar, serbest iradeleri ile hakemlerin aralarındaki ihtilâfı hakkaniyet ve adalet prensiplerine göre halledeceklerini de kararlaştırabilirler. Dolayısıyla tahkim devlet kazasına nazaran çok daha esnek, tamamen tarafların serbest iradelerine göre şekillenebilecek, daha sür'atli, daha az formel bir kaza yoludur.

Tahkimde genel olarak birbiri ile sürekli iş ilişkisi içerisinde olan tarafların aradıkları şey, aralarındaki ihtilâfın, tıpkı devlet kazasına müracaatta olduğu gibi, uzun uzadıya incelenip, yüzde yüz merî hukuka uygun olarak halledilmesi değil, bir an evvel, karşı tarafla olan iş ilişkileri büsbütün bozulmadan, kendilerinin veya buna matuf iradelerini açıklamamış olmaları halinde, hakemlerin belli bir hukuk nizamına atıfta bulunarak veya bulunmayarak tayin edecekleri bazı esaslara göre halledilerek ortadan kalkması, normal münasebetlere avdet edilmesidir.

Tahkim yolunu seçen taraflar için önemli olan, aralarındaki ihtilâfın, şahsiyetine, ihtilâflı meseledeki bilgi ve ihtisasına güvendikleri, itimat ettikleri, tanıdıkları bir kişi veya kişiler tarafından halledilmesidir. Hukukçu olmayan kimselerin, tüccarın, esnafın, sade vatandaşın hakem olarak seçilmesine müsaade eden bir sistemin, bu kimse tarafından hukukun, yıllarca hukuk tahsil etmiş, akabinde staj yapmış, kürsü hakimliğinde bulunmuş bir hakim titizliği ile uygulanmasını ve onun verdiği kararın maddî hukuk bakımından mahkeme kararları gibi, aynı ölçüde Yargıtay'ın denetimine tabi olmasını istemiş olabileceği düşünülemez; bu hayat tecrübelerine uygun olmaz (bkz. *Rosenberg-Schwab-Gottwald*: age., sh.1102).

Ayrıca hakem kararlarının denetlenmesini kolaylaştırmak, sadeleştirmek ve çabuklaştırmak bakımından da, Usûl Kanunu'nun 533. m.sinde temyiz sebeplerinin sadece usule ilişkin hususlara hasredilmesi, modern ihtiyaçlara ve tahkimin yapısına daha uygundur.

Bu bakımdan Neuchâtel Kanunü ve ona tebaen Türk Kanunu'nun hakem kararlarında temyiz sebeplerini sadece usulî hususlara inhisar ettirmesi, tahkim yoluna başvurulmasını gerektiren ihtiyaçlara, tahkimin niteliğine ve Kanun'un tahkimi düzenlemede tercih ettiği sisteme de uy-

gundur. Neuchâtel Kanunu ile Türk HUMK'nunda temyiz (cassation) sebepleri olarak tavsif edilmiş bulunmakla beraber, 533.m.de sayılan sebepler aslında *iptal sebepleridir*. Glasson ve ona atıfla Prof. Dr. Rabi Koral tarafından haklı olarak tebarüz ettirildiği gibi, iptal yolu, temyiz yolundan farklıdır. İptal yolunda kararın mevcudiyet ve muteberiyetinin incelenmesi söz konusudur. İstinaf ve temyizde ise, kararın maddî vakıtalara ve hukuka uygunluğu, isabeti ve bunun derecesi denetlenir (bkz. Glasson, E.-Tissier-Morel: *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Vol. V, Paris 1926, sh.1843 ve Koral, R.: İç Hukukumuzda Tahkim, İst. Huk. Fak. Mec., C.XIII, S.3, sh.1076). Bizdeki nakız sebepleri, umumî temyiz sebeplerinden farklı olarak aslında *birer iptal sebebidir*. Bu husus, 533. m.nin son fıkrasında yer alan hakem hükümlerinin nakız halinde hakemlerle müddetin yeniden intihap ve tayin olunacağına dair hükümden de istihraç edilebilir (bkz. aynı şekilde Y. 11. HD.si üyesi Sn. İhsan Demirkıran'ın 28.1.1994 gün ve E.1993/4 ve K.1994/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'na muhalefet şerhi).

(ii) *Inhisarî Olarak Tesbit Edilmiş Bulunmaları*

HUMK.nun 533.m.sinde zikredilen temyiz sebeplerinin diğer bir müşterek özelliği de "*tadadî*", "*inhisarî*" olarak tesbit edilmiş bulunmalarıdır.

Filvaki 533.m.nin I.f.sı ilk cümlesinde hakem kararının a n c a k aşağıda zikredilen 4 sebepten temyizen nakzolunabileceği tasrih edilmiştir. Bu durumda kanunun sarih lâfzı icabı, temyiz sebeplerinin 533.m.de zikredilen 4 hususa inhisar ettiğinden şüphe olunamaz. Bu bakımdan 28.01.1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda temas olunan Neuchâtel Usûl Kanunu'nun 488.m.si I.f.sındaki "aksine sözleşme yoksa" ibaresinin Türkçe'ye tercümesinin unutulmuş olabileceği faraziyesine iştirak etmeye imkân yoktur. Zira Türk kanun vazı sadece bu ibareyi iktibas etmemekle kalmamış, I.f.da, sebeplerin inhisarî olduğunu göstermek üzere, "*ancak*" kelimesini de kullanmış ve bir mezuniyeti ifade eden "*nakzolunabilir*" ifadesini, kasdettiği manayı pekiştirmek üzere "*nakzolunur*"a çevirmiştir.

Bu durumda 533.m.de bir kanun boşluğu bulunduğu, onun da tefsir yolu ile doldurularak, mahkeme kararlarında olduğu gibi, hakem kararlarında da maddî hukuka aykırılığın bir temyiz sebebi sayılması gerektiği fikrine katılmak mümkün değildir. Zira önce 533.m.nin lâfzı, hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık ve kesindir. Saniyen, daha önce

de temas etmiş olduğumuz gibi, maddî hukuka ilişkin bir temyiz sebebi- nin kabûlü, Kanun'un hakem kararlarının temyizinde benimsediği sisteme aykırı düşer.

Kanun hakem kararlarına karşı yalnız usulî eksiklik veya hatalardan dolayı temyiz yoluna gidilmesini, hakemlerin kararlarında ısrar edemeyeceklerini, hakem kararlarına karşı karar düzeltilmesi yoluna başvurulamayacağını emretmek suretiyle dengelemiştir. Maddî hukuka ilişkin hataların temyiz sebebi olarak kabul edilmesi halinde bu denge de bozulacaktır.

Nihayet hakem kararlarının Yargıtay'ca maddî hukuk açısından da incelenmesi ve denetlenmesi kabul edildiği takdirde hakem kararlarının, mahkeme kararlarından hiçbir farkı kalmayacaktır. Bu durumda hakem kararlarının temyizi sebeplerinin ayrı bir hükümle düzenlenmiş olmasını izah imkânı da bulunmaz. Nitekim Yargıtay'ın 23.10.1972 tarihli İçtihadî Birleştirme Kararı'nda da "şayet kanun koyucu aksi bir düşüncede olsa idi, o zaman hakem kararları için özel bozma sebepleri tesbit etmez, mahkeme kararlarının Yargıtay'ca bozulması ile ilgili 428.m. hükmüne atıfta bulunurdu. Bu dahi hakeme intikal eden uyuşmazlıkların bir an önce kesin şekil alması amacına ön planda yer verildiğini göstermektedir." denilmek suretiyle bu hususa işaret olunmuştur. Buna karşı ileri sürülen, 428.m.deki sebeplerden bazısının tahkim yargılanmasında hiç söz konusu olmayacak, 533.m.de sayılan temyiz sebeplerinden bazısının ise, ancak tarafların iradelerine bağlı olarak bir temyiz sebebi niteliğini kazanacak bulunması itibariyle bu maddedeki temyiz sebeplerine atıf yapılmasının beklenemeyeceği mülâhazası (bkz. *Alangoya, Y.: agt., sh.214 vd.*), bana tatminkâr gözükmemektedir. Bizatihi bu mülâhaza dahi böyle bir atfın tahkiminin bünyesine uygun olmayacağını, hakemlerin maddî hukuka göre karar vermelerini ön gören bir kanun hükmü bulunmadığından, maddî hukuka aykırılığın bazen temyiz sebebi teşkil edip, bazen etmeyecek olmasının, müttehit bir hukuk tatbikatı bakımından isabetli sayılamayacağını göstermeye yeterlidir.

Hele 533.m.de 428. m.ye herhangi bir şekilde atıf yapılmadığı halde, 533.m.yi 428.m.nin I.bendinin uygulanmasını engelleyen bir kural saymanın hatalı olduğu, taraflar arasındaki sözleşmede uygulanması kararlaştırılan maddî hukukun uygulanmaması veya yanlış uygulanması halinin evleviyetle 428.m.nin I. bendi uyarınca Yargıtay'da bozma ve temyiz sebebi yapılabileceği fikrine (bkz. *Alangoya, Y.: agt., sh.213*), tahkimin bünyesine, kanunun sistemine ve 533.m.nin sarîh lâfzına nazaran iltihaka imkân olmadığı aşikârdır.

(iii) Tahkim Anlaşmasının Geçerliğine Tesir Etmemeleri

HUMK.'nun 533.m.sinde zikredilen temyiz sebeplerinin diğer bir müşterek özelliği, bizzat madde metninde tasrih edildiği gibi, ilk sebep müstesna, bu sebeplerden herhangi birinin mevcudiyetinin tahkim anlaşmasını geçerli olmaktan çıkarmayacağıdır:

Hakem kararının 533.m.nin 2, 3 ve 4 Nr.lı bendlerinde yazılı sebeplerden nakz olunması halinde hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur. Bu demektir ki, tarafların aralarındaki nizam tahkim yolu ile halledilmesine yönelik mutabakatları baki kalır. Buna istinaden hakemlerin ittihaz ettikleri karar da, bozulduğu noktalar müstesna, geçerliğini muhafaza eder. Bu manada Yargıtay, kararın bozma dışında kalan kısımlarının, lehine karar verilen taraf için usulî kazanılmış hak oluşturacağına karar vermiştir (bkz. 23.10.1972 t. ve 2/12 s.lı İçt. Bir. Kar., 18.12.1972 t. ve 14395 Sa.lı RG.'de neşredilmiştir.).

Tahkim süresinin geçmesinden sonra yapılan muameleler, 529.m. uyarınca batıl olup, münazaanın yetkili mahkemece halli gerektiğinden, bunun sonucunda tahkimin de mürtefi olacağını kabul etmek mecburiyeti vardır. Ayrıca tahkim süresi geçtikten sonra yapılan muameleleri butlan müeyyidesine tabi kılan 529.m.nin amme intizamına taallük ettiği görüşü de müdafaa edilmektedir. Esasen Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir (bkz. Y.15. HD.'nin 19.01.1995 t. ve E.94/2876 ve K.94/164 s.lı Kararı; YKD., Y.1955, C.21, S.9, sh.1433: "Anılan süre kamu düzenine ilişkin olmakla kararın süresi içinde verilip verilmediğinin doğrudan gözönünde bulundurulması zorunludur."). Her hal ü kârda hakem kararı tahkim süresi geçtikten sonra ittihaz edilmiş olması sebebiyle bozulmuşsa, artık ortada karar yoktur.

bb. Temyiz Sebeplerinin Teker Teker İncelenmesi

Yukarıda genel olarak temyiz sebepleri hakkında verilen izahata ilâveten her temyiz sebebi hakkında özel olarak şunlar söylenebilir:

(i) Tahkim Süresinin Geçmesinden Sonra Karar Verilmesi

İhtilâfın hallinin nizamî mahkemelerde olduğu gibi yıllarca sürmeyip, kısa bir sürede gerçekleşmesinin, tahkimin tercihini mucip olan başlıca faktörü teşkil etmesi itibariyle süreye riayetsizliğin, tahkimden beklenen faydanın hasıl olmaması sebebiyle tahkim anlaşmasının mürtefi olması sonucunu doğuracağına kabul edilmesi tutarlıdır. Kanunun genel olarak tahkim müddetinin "inkızası"ndan bahsetmiş olması dolayısıyla yalnız

529.m.de kanunen tayin edilen 6 aylık süreye değil, taraflarca belirtilen daha kısa sürelerle veya usulü dairesinde temdit edilen tahkim süresine ri-ayetsizliğin dahi aynı sonucu doğuracağını ve bir temyiz sebebi teşkil edeceğinin kabûlü gerekir.

(ii) *Talep Edilmemiş Bir Husus Hakkında Karar Verilmiş Olması*

Bu temyiz sebebi aslında hakimin tarafların iddia ve müdafaaları ile mukayyet olup, talep olunandan fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyeceği hakkında, HUMK.'nun 74.m.sinde ifade edilmiş bulunan prensibin bir uygulamasından ibarettir. Kazaî içtihatlarda bu temyiz sebebinin örneklerine, malın aynen tesliminin talep edilmiş olmasına mukabil bedelinin tazminine karar verilmiş olması (bkz. *Kuru*, B.: age., C.IV, sh.4416 vd.), sadece belli bir miktar alacağın tahsili talep edilmiş olduğu, faiz istenmediği halde, hakemlerin alacakla birlikte faize de hükmetmiş olmaları veya dava dilekçesinde miktarı tasrih edilen müddeabihden fazlasına hükmedilmiş bulunması hallerinde rastlanmaktadır. Bu sebepten mahkeme kararlarının temyizi ile hakem kararının temyizi arasında bir fark yoktur.

(iii) *Hakemlerin Yetkileri Dahilinde Olmayan Bir Mesele Hakkında Karar Vermiş Olmaları*

Hakem kararlarına karşı bu temyiz sebebi, en fazla hatalı anlaşılmış ve uygulanmış, tabir caiz ise, geniş yorumlama uğruna istismar edilmiş olan sebeptir.

Her şeyden önce bir kere bu sebebin hakemlerin *madde itibariyle yetkisi* (sachliche Zuständigkeit) veya Türk hukukunda yerleşmiş terimi ile "*vazifesi*", "*görevi*" ile ilgili olduğunu tesbit etmek gerekir. Hakemin görevi, ona taraflar arasında çıkan münazaayı halletmek, muhakeme etmek yetkisini veren *tahkim anlaşmasına göre* tayin edilir. Bu görev, tahkim sözleşmesi veya şartında belirtilen anlaşmazlık ile sınırlandırılmıştır. Hakemler açısından onlar sadece tahkim anlaşmasında çözmekle görevlendirildikleri ihtilâfı çözmeye yetkilidirler. Bilfarz taraflar arasında akdedilmiş bir istisna sözleşmesinden doğan anlaşmazlıkları halletmekle görevli bir Hakem Heyeti taraflardan birinin taşaronunun, karşı taraftan olan alacak talebini karara bağlamaya yetkili değildir.

Keza, tahkim anlaşmasında akdin icrasına ilişkin anlaşmazlıkların hakeme tevdi edileceği kararlaştırılmışsa, akdin muteberliği konusunda ortaya çıkan anlaşmazlık hakemin görevi dışında kalır (bkz. *Umar*, B.: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'muzun Mehoz Neuchâtel

Kantonu'ndaki Tatbikatı, sh.116, Nr.206). Bunun gibi bir şirkette, şirketle şerikler arasında çıkan anlaşmazlıkları çözmekle görevli Hakem Heyeti, şeriklerin birbirinden olan alacaklarını hükme bağlayamaz. Aksi takdirde madde itibariyle yetkisini aşmış, görevine girmeyen bir meselede karar vermiş olur.

Şimdi hakemin görevi meselesinin, ihtilâfın halline uygulanacak maddî hukuk hakkındaki anlaşmaya riayetsizlik ile hiçbir ilgisi yoktur. Maddî hukuk hakkındaki anlaşmaya riayetsizlik halinde hakemin madde itibariyle yetkisi, diğer bir tabirle, görevi dışına çıkılmış olmamaktadır. Hakemin görevine dahil olan bir anlaşmazlık, tahkim anlaşması hükümlerine aykırı bir şekilde çözümlenmiş bulunmaktadır. Zira eğer hakemin görevi dışına çıkılmış ise, onun esasen halle yetkili olmadığı bir hususta verdiği karar, "*hakem kararı*" olma vasfını taşımayacak ve hakem kararlarına karşı tanınmış bir kanun yolu olan temyize konu teşkil edemeyecektir. Binaenaleyh temyize müracaat için bir hakem kararının mevcudiyeti şartından hareketle bir kere maddî hukukun uygulanmaması veya yanlış uygulanması meselesinin 533.m.nin 3.bendinde ön görülen temyiz sebebi ile hiçbir ilgisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda maddî hukukun uygulanmaması veya yanlış uygulanmasının, 533.m.nin 3. Nr.lı bendine sokulması büyük bir hata ve talihsizlik olmuştur. Daha evvel Almanca yazılmış ve neşredilmiş bir makalemde de belirttiğim gibi, maddî hukuka aykırılığın hakemin görevi dışında kalan bir hususa karar vermesi sayılarak 533.m.nin 3 Nr.lı bendine sokulmasının, her türlü teorik endişeler dışında, kararın bu sebepten bozulması halinde hakemlerin ve sürenin yeniden tayin edileceği hükmü ile tam bir tezat halinde bulunduğu izahtan varestedir (bkz. *Kalpsüz, T.: Praktische Erfahrungen und Empfehlungen*, sh.25/26).

Burada hakemin görevine girmeyen bir hususta karar vermesinin, 519.m.de ön görülen hal ile ilişkisinin de doğru olarak tespit edilmesi gerekir. 519.m.de düzenlenen husus, a r b i t r a b i l i t é, yani tahkim yolu ile halli kararlaştırılan hususun tahkime elverişli olup olmadığı meselesidir: Bilfarz bir kimsenin kiraya verdiği gayri menkulünün tahliyesi ile ilgili ihtilâfın tahkim yolu ile halledileceğine dair kiracısı ile vardığı mutabakata göre hakem huzurunda açtığı tahliye davasının, hakem marifetiyle halledilip halledilemeyeceği hususunda çıkan bir ihtilâf, 519.m.ye göre halli gereken bir ihtilâftır. Kanun vazı böyle bir ihtilâfın daha işin başlangıcında nizamî mahkemelerce hallini ön görmüştür. Bu itibarla böyle bir ihtilâfın tahkim yolu ile halledilemeyeceğine dair itirazın, iptidai itirazlardan olduğuna dair kanunda bir sarahat bulunmadığı halde,

uygulamada tıpkı iptidai itirazlar gibi, en geç esasa itirazla birlikte yapılması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. *Postacıoğlu*, İ.: *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, B. 5, İstanbul 1970, sh.648 ve *Bilge*, N.: *agteb*, sh.89).

Bundan başka ihtilâfın hallinin hakemin görevinin dışında kaldığı, tahkim anlaşmasının geçersiz veya sahte olduğu hususunda tevellüt eden ihtilâfların da 519.m.nin kapsamına girdiği ileri sürülmektedir. 519.m.de ön görüldüğü ileri sürülen bu hususlar, varit olmaları halinde ihtilâfın hakem marifetiyle halline mani olacak bulunan hususlardır. Bu gibi hallerin mevcudiyeti, buna rağmen tahkim prosedürüne devam edilmesi sonucunda verilen kararın, hakem kararı vasfını ihrazına mani olur. Onun içindir ki, 519.m.ye girdiği ileri sürülen, hakemin madde itibariyle yetkisinden doğan ihtilâflarla, 533.m.nin 3 Nr.lı bendinde düzenlenen temyiz sebebi farklı hususlardır. Bu durumda, gene daha evvel verdiğim Almanca bir tebliğde belirttiğim gibi, HUMK.nun 533.m.sinin 3 Nr. lı bendine, ancak aslında halli hakemlerin görevine giren bir ihtilâfla ilgili olarak verilen kararda, bu görevin aşılması, dışına çıkmış olduğu haller girer (bkz. *Kalpsüz*, T.: *Praktische Erfahrungen und Empfehlungen*, sh.25). Bilfarz taraflar arasında akdedilmiş olan bir navlun mukavelesinin adem-i ifasından doğan ihtilâfları görmeye yetkili olan hakemin, taşınan yükün hasara uğramasından kaynaklanan tazminat talebi yanında, gemi adamlarından birinin kusuruyla taşıyana iras ettiği zararın da tazminine hükmetmesi halinde durum böyledir. Bu takdirde verilen hüküm, bir hakem kararı olma vasfını muhafaza eder ve fakat hakemin görevine girmeyen bazı konulara ilişkin hüküm fıkralarını havidir. İşte bu husus temyiz sebebi teşkil eder.

Buna mukabil hakem kararlarına karşı, tahkim anlaşmasının geçersiz, sahte, geçerliliğini yitirmiş olması, tahkim yolu ile halli mümkün olmayan bir ihtilâfa taallük etmesi veya HUMK.'nun 530.m.sinde yazılı unsurları içermemesi sebebiyle 533.m.nin 3 Nr.lı bendine istinaden temyiz yoluna başvurulamaz. Zira bütün bu hallerde temyiz edilen belge, "hakem kararı" vasfını haiz değildir. Bu yüzden yapılan başvurunun, "hakem kararı" vasfını haiz olmayan belgelere karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı gerekçesi ile reddedilmesi gerekir. Esasen bu hususlar temyiz değil, iptal sebebi olma karakterini haizdir. Bu sebeplerin 519. ve 536. m.lere göre ileri sürülmeleri kabildir. Gerek 519.m.ye, gerekse 536.m.de yazılı tasdik in idarî değil, kazaî bir işlem olduğunun kabulü dolayısıyla (bkz. *Umar*, B.: *age.*, sh.133, Nr. 45, *Koral*, R.: *Hususî Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası*, İstanbul 1958, sh.34 vd. ve *İmregün*, O.: *agteb.*, sh.167 vd.) bu maddeye istinaden verilen kararlara karşı ayrıca temyiz yoluna başvurulması kabildir.

Diğer yandan 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı ile Yargıtayın 23.10.1972 tarihli ve E.1972/2 ve K.1972/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında benimsenen esastan da ayrılmıştır. 1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararının metninde serahaten; *hakem kararlarının Yargıtayca maddî hukuk açısından incelenmesi halinde mahkeme kararlarından hiçbir farkı kalmayacağı, Kanun Koyucu Yargıtayca hakem kararlarının da maddî hukuk açısından incelenebileceği düşüncesinde olsa idi, hakem kararları için özel bozma sebepleri tesbit etmeyeceği, sadece 428. m. hükmüne atıfla yetineceği* belirtilmiştir. Nitekim 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararının, 1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında benimsenen esasa aykırı olduğu, karara ekli Sn. *İsmet Ocak, Cahit Keskin, Hakkı Süha Terzibaşı ve İhsan Demirkıran*'ın karşı oy yazılarında da dile getirilmiş bulunmaktadır.

1994 tarihli Kararın Sonuç bölümünden önceki paragrafında yer alan, 1972 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinin, bu kararın sonucu ile doğrudan doğruya bağlantılı olmaması sebebiyle, uyulması gereken bir kural sayılamayacağı, ancak usûl yönünden bazı değerlendirmeleri belirtme niteliğinde olduğu fikri de hatalıdır. Kurul üyelerinden Sayın *Hakkı Süha Terzibaşı*'nın 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararına karşı oy yazısında haklı olarak belirttiği gibi, *1972 tarihli Kararda, gerekçe ile hüküm tam bir sebep-sonuç ilişkisi içinde olup, gösterilen gerekçeye dayanılarak sonuca varılmış bulunmaktadır.* Bu yüzden bağlayıcı bir içtihadı birleştirme kararı varken ve bu karar geçerliğini korurken, her şeyden evvel 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunda içtihadı birleştirme talebinin reddi gerekirdi. Bu manada Sayın üye *Hakkı Süha Terzibaşı*'nın karara muhalefet şerhinde ileri sürdüğü "... Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin kendi içindeki İçtihat aykırılıklarının 18.12.1972-2/12 tarih ve sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı doğrultusunda çözümlenmesi, birleştirme talebinin reddi yolunda sonuca varılması gerekirken isim esasına geçilmesi öncelikle İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca varılan sonucu ortadan kaldırmaya niteliktedir. Oysa içtihadı birleştirmenin konusu Onbeşinci Hukuk Dairesi İçtihatları arasındaki aykırılıkların giderilmesi olarak getirilmiş 18.12.1972-2/12 tarih ve sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararından dönülmesi olarak getirilmemiştir. Bağlayıcı o içtihadı birleştirme geçerliğini korurken başkalarının (15. HD.) birleştirilmesini gündeme getirmek konunun usûle aykırı ele alınması sonucunu doğurmuştur" mülâhazasına aynen iştirak ediyorum.

Bazı incelemelerde ve Sempozyumlarda ileri sürülen görüşlerde 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile Türk tahkim hukukunda hakem kararlarına maddî hukuka uygunluk denetiminin getirilmiş olduğu fikri savunulmaktadır (bkz. *Karayalçın, Y.: Hakem Mahkemesi Kararları ve Yargıtay Denetimi* "28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, C.X, Ankara 1994, sh.41, 61, 69 vs.). Bence mezkûr kararla Türk Hukukunda Yargıtaya genel olarak hakem kararlarının maddî hukuka uygunluğu bakımından veya daha isabetli bir deyimle, esas bakımından incelenmesi ve denetlenmesi yetkisinin tanındığını söylemeye, karardaki serahate binaen, imkân yoktur. Filhakika YKD.nin Nisan 1994 tarih ve C.XX, S.4, sh.519 vd.nda neşredilen bu kararın 6. paragrafında, yapılan görüşmelerde;

"Tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uygulayacakları maddî hukuk kuralları yönünden özel bir düzenleme yoksa, hakem kararlarının temyiz incelemesinin *ıçtihadı birleştirmenin kapsamı dışında kaldığı* vurgulanmış ve görüşmelerde *hakem sözleşmesi veya şartında maddî hukuk kurallarının öngörülmesi hususu* ve bu koşula aykırı karar verilmesinin temyiz edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesinin yapıldığı"

ve kararın "Sonuç" bölümünde;

"*Taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddî hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri taktirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda olduklarına, aykırı karar vermenin temyiz sebebi oluşturacağına... karar verildiği*"

tasrih edilmiştir.

Görülüyor ki, 28.01.1994 tarihli karar, alelittlak hakem kararlarının maddî hukuka aykırılığının değil, tahkim şartı veya sözleşmesinde uyuşmazlığın Türk maddî hukukuna göre çözümleneceğinin öngörülmüş olması halinde, hakemlerin verdiği kararın maddî hukuka uygun olmasının temyiz sebebi teşkil edeceği merkezindedir.

Bundan çıkan sonuç evvelâ, bu kararla Türk Hukukunda Yargıtaya genel olarak hakem kararlarının esas bakımından incelenmesi ve denetlenmesi yetkisinin tanındığını söylemenin doğru olmadığıdır.

Bu durumda tarafların evvelâ, bu kararla Türk Hukukunda Yargıtaya genel olarak hakem kararlarının esas bakımından incelenmesi ve denetlenmesi yetkisinin tanındığını söylemenin doğru olmadığıdır.

Bu durumda tarafların ihtilâfa uygulanacak maddî hukuk hakkındaki anlaşmalarına riayetsizliğin temyiz sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini, hakem kararlarında *gerekçe denetimi* yapılmasına zaruret bulunduğu hareketle izah etmek de tutarlı değildir: Zira bizzat kararda gerekçenin isabetsizliğinin, yanlışlığının, yetersizliğinin bozma sebebi teşkil ettiği ifade olunmamakta, “*tarafların maddî hukuk hakkındaki anlaşmalarına riayetsizliğin*” bozma sebebi teşkil ettiği belirtilmektedir. Diğer bir deyimle kararın haddizatında hukuka uygun olmaması değil, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında yer alan bir kayda riayet edilmemiş bulunması temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir. Yani bu suretle kararın gerekçesi Yargıtay denetimine açılmış olmakta; sadece hakemlerin taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak karar vermiş bulunup, bulunmadıkları Yargıtay denetimine açılmış olmaktadır. Halbuki bu husus, taraflarca hakemler arasındaki ilişkinin tabi olduğu hakem sözleşmesine aykırılıktır. Bunun müeyyidesi taraflarla arasındaki vekâlet akdini ihlâl eden, kötü ifa eden veya hiç ifa etmeyen hakemlerin, akdin ademi ifasına terettüp eden sonuçlara katlanmalarıdır. Ayrıca tarafların elinde bu hususu, HUMK.nun 536. m.si dairesinde hakem kararının tasdiki prosedürü sırasında ileri sürme ve bu suretle kararın icrasına mani olma imkânı da vardır.

Fakat herhalde, tarafların ihtilâfa uygulanacak maddî hukuk hakkındaki anlaşmalarına riayetsizliğin hakemin madde itibariyle yetkisi (sachliche Zuständigkeit) ile hiçbir ilgisi olmadığından, diğer bir ifade ile bu takdirde hakemin görevine giren bir anlaşmazlık, tahkim anlaşması hükümlerine aykırı bir şekilde çözümlenmiş olduğundan, hakem kararının bu açıdan denetlenmesinin dahi, 533. m.nin I. f.sı 3 No.lu bendine sokulması isabetli değildir.

Bu noktada hakemlerin “*madde itibariyle yetki*” leri ile “*taraflarla aralarındaki anlaşmaya riayetsizlik*” leri birbirine karıştırılmaktadır. İhtilâfın hallinin hakemlerin yetkisine girip girmediği meselesinin halledileceği yer “Yargıtay” değil, HUMK.nun 519.m.si uyarınca tahkim kaydı olmasa idi, o ihtilâfı görmeye yetkili olacak mahkemedir. Bu husus o safhada ileri sürülmemişse, 536. m. uyarınca kararın tasdiki için mahkeme reisine veya hakime başvurulduğunda dermeyan olunabilir.

Gene bu içtihat kararını haklı göstermek üzere İsviçre Hukukundan mülhem olarak ileri sürülen Yargıtayca hakem kararlarında *keyfilik denetimi* yapılmasının kaçınılmaz olduğu fikri de, mevzu hukuk bakımından savunulamaz. Evvelâ İsviçre’de böyle bir denetimin kanunî bir mesnedi vardır. Saniyen İsviçre’de dahi hakem kararlarının *sınırsız* bir keyfilik

denetimine tabi olduğundan söz edilemez. İsviçre'de milletlerarası niteliği haiz olmayan hakem kararları sadece, *aşikâr olarak dosyadaki belgelere aykırı maddî tesbitlere dayanmaları* veya *hukukun yahut hakkaniyetin açıkça ihlâlini teşkil etmeleri* sebebiyle keyfî sayılabilecekleri hallerde keyfilik denetimine tabi tutulabilirler (Concordat Suisse sur l'Arbitrage 1969, Art. 36 f). Tahkim anlaşması, tamamen ferdî serbest iradelerin bir ürünüdür; dolayısıyla onun sonucunda ortaya çıkan kararın mesnedi de akdîdir; Tarafların iradelerinin birleşmesi ile husûle gelen bu sonuç, gene onların serbest iradeleri ile ortadan kaldırılabilir, yok sayılabilir, değiştirilebilir. Tamamen serbest iradelerin bir mahsûlü olan bu sonucu, millet adına adaleti tevzi görevini ifa eden bir nizamî mahkemenin kararı ile aynı denetime tabi kılmak, tahkimin iradî menşesine uygun olmadığı gibi, tahkimi kararlaştırmakla devlet kazasına müracaat yolunu kapamayı hedefleyen tarafların müşterek maksatlarına da uygun düşmez. Borçlar Kanununun 19. m.sinde yer alan "akit serbestisi" prensibi, hakem kararlarının Yargıtayca esas bakımından incelenmesini haklı gösteren değil, aksine tarafların serbest iradeleri ile kapattıkları devlet kazasına başvurma yolunun, bu kere onların iradelerine rağmen yeniden açılmamasını icap ettirdiğini savunan görüşün hareket noktasıdır; Diğre bir ifade ile 19. m., tahkimin kazaî değil, akdî nitelik taşıdığı, dolayısıyla hakem kararlarının mahkeme kararlarına değil, taraflar arasında varılan bir anlaşmaya kıyas edilmesi gerektiği görüşünün dayanağıdır. Onun için bu maddeden, hakemlerin taraflarca kararlaştırılmış olan Türk maddî hukukuna göre karar vermiş olup olmadıklarının Yargıtay tarafından denetlenmesi lüzûmunu istidlâle çalışmak tutarlı değildir ve tahkimin hukukî niteliğini açıklamak üzere ileri sürülen nazariyelerin hareket noktaları ve vardıkları sonuçlarla ahenk ve mutabakat halinde de bulunmamaktadır.

(iii) *Hakemlerin İki Tarafın İddia ve Müdafaaalarından Her Biri Hakkında Karar Vermemeleri*

Nihayet 533.m.nin 4 Nr.lı bendinde yazılı temyiz sebebine gelince, bu sebep mahkeme kararlarının da bozulmasını mucip olan, taraflarca ileri sürülen her iddia ve müdafaa maddesi (item) hakkında karar verilmemesinden ibarettir. Kazaî içtihatlarda asıl alacak yanında faiz, icra -inkâr tazminatı ve vekâlet ücreti talep edilmiş olması halinde bu kalemlerin ayrı ayrı karara bağlanmamış olması (bkz. TMTD.nin 27.11.1956 t. ve E.56/6485 ve K.56/6117 sayılı kararı, Son. İçt. Y., 1957, Sa.108, sh.3058/59'da neşredilmiştir); hakemde mukabil dava açılmış olmasına rağmen yalnız asıl davanın incelenip karara bağlanması (bkz. TMTD.'nin 28.10.1958 t. ve E.58/1917 ve K.58/2571 sayılı kararı, *Doğanay*, İ.: İzahlı

ve İctihatlı Türk Ticaret Kanunu Şerhi ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi (m.1-815), Ankara 1964, sh.810'da neşredilmiştir) 533. m.nin 4 Nr.lı bendine giren temyiz sebepleri olarak kabul edilmiştir (bkz. ayrıca *Kuru*, B.: age., C.IV, sh.4092 vd.).

III. SONUÇ VE TEKLİFLER

(1) Tahkim anlaşmasında ihtilâfa uygulanacak maddî hukukla ilgili olarak varılan mutabakata uyulmamış olmasının, 28.10.1994 tarihli İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı ile HUMK.'nun 533.m.si 3 Nr.lı bendine göre temyiz sebebi oluşturacağı kabul edilmiş bulunması, tahkimin bünyesi, hakem kararlarına karşı başvurulabilecek temyiz yolu ile ilgili Türk sistemi ve kanun yollarına mütedair nazarı esaslarla ahenk ve mutabakat halinde olmayan, son derecede mahzurlu bir içtihatır. Bu suretle anılan hüküm, Türk hukukunda boşluk olduğu zannı ile gereksiz olarak zorlanmıştır. Hakemlerin taraflar arasındaki mutabakata aykırı olarak karar veremeyecekleri fikrine istinat eden bu içtihat, ayrıca sadece *maddî hukuk hakkında varılan anlaşmaya aykırılığı* öngörmesi itibarıyla kendi mantığı içerisinde de eksik ve tutarsızdır.

Diğer yandan 519. ve 536. m.lerin taraflara bahşettiği imkânlarla taraflarla hakemler arasındaki hakem sözleşmesinin ademi ifası veya kötü ifasının âkitlere bahşettiği talep hakları bir tarafa bırakılarak hakemlerce tahkim anlaşmasının ihlâline karşı başvurulabilecek yegâne vasita zannı ile kanunun sarîh ve kesin lâfzına rağmen, temyiz yolunun zorlanması, kanunda tahdidî olarak tesbit edilmiş bulunan temyiz sebeplerinin genişletilmeye uğraşılması, modern temayüllere de aykırıdır. Bugün özellikle milletlerarası tahkimde, hakem kararlarına karşı temyiz yolu terviç edilmemektedir; Sadece *setting aside*'a yani *iptal yolu* ile kararın kaldırılmasına cevaz verilmektedir. Bu manada Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri'nde kararın verildiği anda *kesin (nihaî = final)* olduğu, tarafların bu kararı derhal ifa etmeyi kabul ettikleri ve karara karşı kanun yollarına başvurma hakkından sarfı nazar etmiş sayılacakları tasrih edilmiştir (MTOUTH. m.24).

Keza UNCITRAL Tahkimi'nde de hakem hükmünün *nihaî* olduğu ve tarafları bağladığı, tarafların, kararın icabını gecikmeksizin yerine getirmeyi üstlendikleri belirtilmiştir (bkz. Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Hükümleri, m.32. II).

Milletlerarası tahkimin düzenlendiği 1987 tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da, milletlerarası tahkime ilişkin

kararların *nihaî (endgültig-definitive)* olduğu, açıklandıkları andan itibaren *hüküm ifade edecekleri (rechtskraeftig)* ve *icra kaabiliyetini haiz (vollstreckbar)* oldukları ifade edilmiş ve bu kararlara karşı teknik manada t e m y i z değil, sadece, hakem heyetinin teşkili, görevi, taraflara eşit muamele edilmesi prensibi veya muhakeme usulünün icaplarına riayetsizlik gibi usule ilişkin bazı sebeplerden i p t a l (Aufhebung) yoluna gidilebileceği kabul olunmuştur (bkz. LDIP. Art. 190, 192 ve *Lalive/Poudret/Reymond: age., sh.422*). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yola müracaata çok kısıtlı olarak müsaade ettiği bilinmektedir.

(2) Bu durumda Türk hukukunda da bir an evvel milletlerarası tahkimin iç tahkimden farklı hükümlerle düzenlenmesi yoluna gidilmesi ve o zamana kadar, en azından başlangıcında tarafların Türk maddî hukuka tabi olmasında anlaşmış oldukları tahkimde hakem kararlarına karşı temyiz yoluna müracaatla ilgili olarak ittihaz edildiği belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararı'nın, yabancı maddî hukuka tebaen verilmesinde tarafların mutabık kaldıkları kararlarla milletlerarası hakem kararlarına teşmil edilmemesi uygun olur.

İhtilâfin esasına yabancı bir hukukun veya milletlerarası ticarî örf ve adet kaidelerinin uygulanmasını öngören tahkim anlaşmalarında her şeyden evvel Türk Yargıtayının, hakemlerin bu hukuk veya kaidelere tebaen karar vermiş olup olmadıklarını tesbit etmesi büyük güçlük arz eder. Temyiz aşamasında bilirkişi incelemesi mi yaptırılacak? Milletlerarası Sözleşmeler çerçevesinde yabancı hukuk hakkında âkit devletleri mahkemelerinden bilgi mi talep olunacak? Tarafların böyle bir inceleme veya bilgiye karşı vaziyet almaları nasıl temin edilecek? vs. İcabi hale göre halli uzun süre alacak, milletlerarası tahkimin icap ve ihtiyaçlarına uygun olmayan bu gibi inceleme ve denetlemelere girişmekten tevakki etmek için İçtihadı birleştirme kararının Türk maddî hukukuna tebaen verilmesinde mutabık kalınan kararlara inhisar edecek şekilde yorumlanması ve uygulanması gereği vardır.

(3) Bugün milletlerarası sahada benimsenmiş olan tahkimin akdî bir karakter taşımakta olduğu görüşü çerçevesinde, tarafların tahkim yoluna başvurmayı serbest iradeleri ile seçtiklerini, gene serbest iradeleri ile tahkimi istedikleri gibi şekillendirebilmek imkânına sahip olduklarını, tahkim anlaşmasının ifası sonucunda verilen hakem kararının da bu manada onların müşterek iradelerinin bir ürünü olduğunu, bu kararı iptal veya temyiz sebepleri ile muallel olsun veya olmasın-tarafların kendi rızaları ile tatbik edebileceklerini veya ortadan kaldıracabileceklerini, hakem karar-

larına karşı kanun yollarının düzenlenmesinde göz önünde bulundurmak gerekir.

Bu esaslardan hareketle tahkime, taraflar arasında ihtilâfı halleden hakem kararının, onların rızası ile icra edilmesi halinde devletin müdahale etmesini gerektiren hiçbir sebep yoktur. Böyle bir müdahale irade serbestisi prensibinin ihlâlini tazammun eder.

Tahkimin devlet tarafından denetlenmesi ancak tahkim anlaşmasının infazı sadedinde hakemlerce verilen kararın cebren icrasının talep olunması halinde haklı görülebilir ve tecviz edilebilir. Ancak o zaman tahkim yoluyla ulaşılan çözümün gerçekleşmesini temin için devletin yardımına ve katkısına ihtiyaç duyulmaktadır ve devlet bu yardımı, hangi şartlar altında yapacağını tayin yetkisini haiz olur. Bu imkân ise devlete, hakem kararlarının cebren icra edilmeleri için onları nizamî mahkemeler marifetiyle kontrol ettirme yetkisini tanımakla sağlanabilir. Bu takdirde dahi iptal yolu bana, tahkime hakim olan iradenin muhtariyeti prensibi ve hakem kararlarının akdî menşei ve niteliği itibariyle temyiz imkânının tanınmasından daha uygun görünmektedir.

**YÜKSEK YARGI KARARLARINDA
AYRIK VEYA KİŞİSEL GÖRÜŞLERİN YER ALMASI
HAKKINDA DÜŞÜNCELER**

Bildiriyi Veren
Prof. Dr. Seyfullah EDİS

Toplantı Yeri : Yargıtay Toplantı Salonu

Toplantı Başkanı : **Teoman PAMİR**

24 Mayıs 1996, Saat: 9.20 - 9.35

YÜKSEK YARGI KARARLARINDA AYRIK VEYA KİŞİSEL GÖRÜŞLERİN YER ALMASI HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Seyfullah EDİS()*

I- KONU ve ÖNEMİ

Yargı kararları, ilke olarak, hukukî uyumsuzlukları sonuçlandırır. Bu itibarla, özellikle tarafların yargı kararındaki çözümün âdil olduğuna ve hukuka uygunluğuna ve de güvenilirliğine olan inançlarını pekiştirmek açısından kararların *gerekçeli* olmaları gerekir¹.

Gerekçe, hukukun uygulanmasında da, hukukî güvenlik ilkesine riayetini zorunlu bir sonucudur. Tarafların birbirine zıt iddiaları karşısında hangi tarafın ve hangi ölçüde haklı olduğuna karar veren hâkimin keyfi hareket etmediği; kanuna ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği kararın gerekçesinden anlaşılabilir. Gerekçesiz karar, doğru da olsa, doğruluğu hakkında tereddüt uyandırır; gerekçesi olmayınca, ona genellikle şüphe ile bakılır². Bunun içindir ki, münferit yargılama usûlü veya teşkilât kanunlarındaki özel düzenlemelerle yetinilmemiş, Anayasa'da, yargı kararlarının gerekçeli olması ilkesi, ayrıca ve özenle vurgulanmıştır.

Gerçekten, Anayasa'nın 141'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, "*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*" kuralının yer aldığı görülmektedir.

Buna uygun olarak, Danıştay Kanunu'nda (m.51) "*kararların gerekçeleri*"nin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda da ise, Temyiz

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Genel olarak yargı kararlarında gerekçenin önemi hakkında bkz. *Ansay*, s.314/ 316; *Kuru*, s.496 vd.; *Aşçıoğlu*, Çetin, *Yargı Kararında Gerekçe*, IX. Ticaret Huku-ku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1992, s.47 vd.

² *Karayalçın*, Y., *Hukukta Öğretim-Kaynaklar ve Metod*, 4. Bası, Ankara, 1994, s.116/117.

Mahkemesi (Yargıtay) kararlarında (m.439) “*esbab-ı mucibe beyanı*”nın, bir başka deyişle, gerekçenin gösterileceği; Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanunda (m.53)”, *Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeli olarak*” yazılacağı belirtilmiştir.

İmdi, kararların *gerekçeli olması*” zorunluluğunun, kurul halinde çalışmanın veya çoğunlukla karar vermenin bir sonucu olarak, *karşıt oy* verenlerin *kim* olduğunun ve kararda *ayrık görüşte* olanların veya kime ait olduğu da belirtilerek, *kişisel görüşlerinin* kararda yer almasını gerektirip gerektirmediği sorulabilir. Bunun, hukukî güvenlik, mahkeme kararlarında istikrar ve onlardan dönülebilmesi, kamu yararı ve hâkim teminatı açısından irdelenmesinde yarar vardır.

Bu sebeple, şimdiye kadar, ülkemizde, üzerinde hiç tartışma yapılmamış olan bu konuyu, özellikle hâkim güvencesi ve yargı içtihatlarının güvenilirliği açısından gündeme getirmek ve deyim yerinde ise, *tartıştırmak* amacıyla bu tebliğimizde ele almış bulunuyoruz.

II. MUKAYESELİ VE ULUSLARARASI HUKUKTA BENİMSENEN SİSTEMLER VE TÜK HUKUK SİSTEMİ

Mukayeseli hukuk ve uluslararası hukuk dikkate alındığında, başlıca iki sistemin uygulandığı görülmektedir. Şöyle ki:

1.- *Anglo-Sakson (İngiliz) ve Kıt'a Hukuku sistemleri*

Anglo-sakson hukukunda olduğu üzere, hâkimin, geniş ölçüde, *yasama* işini de üstlendiği ülkelerde, mahkeme kararlarında, *karşıt oy* verenlerle onların *kişisel görüşlerinin* gösterilmesi ilkesi benimsenmiştir. Birazdan değerlendirme yaparken, açıklanacağı üzere, bu sistem, yargı yerleri kararlarının, aynı zamanda, “*kural koyması*”ndan, bir tür “*yasama işi*” niteliği taşımasından ileri gelmektedir.

Buna karşılık, yazılı hukukun egemen olduğu ve Kıt'a Hukuku sistemi dediğimiz sisteme dahil ülkelerde ise, mahkeme kararlarında, gerekçenin dışında, *karşıt oy* verenlerin ve onların kimliklerini belirtecek şekilde *görüşlerinin* mahkeme kararında açıklanmasından kaçınılmaktadır. Kıt'a hukuk sistemlerinde, müzakereler gizlidir; *kişisel görüşler* açıklanamaz. Bu da, yine (birazdan), aşağıda açıklanacağı üzere, *yargı güvencesiyle* ilgili bir uygulamadır. Örnek olarak: Federal Alman Hukuku'nda, hâkimler, müzakerelerin gizliliğini korumakla yükümlüdür.

Nitekim, *Alman Hâkimler Kanunu*, (= Deutsche Richtergesetz) § 43 uyarınca, “*Hâkim, müzakerelerde ve oylamalarda geçenler hakkında,*

hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi susmakla yükümlüdür"³. Burada da, geleneksel uygulamaya uygun olarak, *görev sırrını saklama* (= Amtsverschwiegenheit) ve *müzakerelerin gizliliği* (=Beratungsgeheimnis) söz konusudur. Müzakerelerin gizliliği, kesin ve genel bir kuraldır. Şüphesiz, Sistem, bilimsel alanda, 1968'den beri tartışılmaktadır ve fakat, sisteme yönelik eleştiriler, baskın görüş niteliğini kazanamamıştır⁴. Bu konudaki geleneksel tutum ve düzenleme hâlâ muhafaza edilmektedir. Sistemin lehinde ve aleyhinde pek çok sebep ileri sürülebilir⁵.

2.- Uluslararası Yargı Yerlerindeki Uygulama

Uluslararası yargı yerlerine gelince: etkilendiği hukuk sistemine göre, bu değindiğimiz iki uygulamanın da varlığını gözlemekteyiz:

a) Uluslararası Adalet Divanı Örneği

Nitekim, Lahey *Uluslararası Adalet Divanı*'nda, Divan kararlarında karşıt oy verenler ve katılanların ve özellikle karşıt görüşte olanların kişisel görüşleri gösterilmektedir. Bu tutumda, Uluslararası Adalet Divanı'nın kuruluşunda, siyasal güç olarak, özellikle İngiltere ve ABD'nin etkisinin olduğu söylenebilir. Bir de, görev alanına giren konularda kural yaratabilmesi ihtimalinin, çoğunlukla pek muhtemel olmasının da, bu sistemin kabulünde rol oynadığı söylenebilir.

b) Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Örneği

Buna karşılık, daha sonra kurulmasına rağmen, bölgesel bir bütünleşme amacı güden Avrupa Toplulukları'nın en temel organlarından biri olan Avrupa Toplulukları Adalet Divanında, tersi görüş benimsenmiş *karşıt oy verenlerin kimliği* ile ayrık görüşte olanların "*kişisel görüşleri*"nin açıklanması yasaklanmıştır. Hattâ, bu husus, ayrıca, müzakerelerin gizliliği ilkesi ile pekiştirilmiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı hâkimleri ve müzakerelere katılan savcılar, gizliliği ihlâl etmeyecekleri konusunda, daha göreve başlarken *ant* (yemin) içmektedirler. Müzakerelerin gizliliği, olumlu veya karşıt oy verenlerle onların olumlu veya ayrık görüşlerinin açıklanması yasağını da içermektedir.

³ "Der Richter hat über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu schweigen".

⁴ Ancak, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 5 Ağustos 1968 tarihli Der Spiegel davasından sonraki kararlarında bu ilkeden sapmıştır. Bkz. *Lamprecht*, Rolf, Richter contra Richter, Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur, Nomos Yayınevi, Baden-Baden 1992, s.106.

⁵ Fazla bilgi için bkz. *Lamprecht*, Rolf, s.25 vd.; s.107.

3. Türk Hukuk Sistemi

Türk hukuk sisteminde de, yüksek yargı yerlerinde kararların *gereçeli olması ilkesinin* yanında, bazı üst yargı yerleri için *müzakerelerin gizliliği ilkesi* getirilmiştir. Bu, iktibas ettiğimiz kanunların alındığı ülkelere dahil olduğu Kıt'a Hukuku sisteminin bir gereği ve sonucudur.

Gerçekten, Yargıtay Kanunu m.40'da, "*Daireler bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanır; işi müzakere eder ve çoğunlukla karar verirler. Müzakereler gizli cereyan eder*". Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun m.41 f.1'de "*Anayasa Mahkemesinin müzakereleri gizlidir*" denilmektedir.

Danıştay Kanunu ise, müzakerelerin gizliliği konusunda bir hüküm içermemektedir. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda da, bu konuda, bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, uygulamada, müzakerelerin gizliliği esası uygulanmaktadır. Nitekim, müzakerelere başkan ve üyelere, keza bazı görevlilerden başka kimse, örnek olarak taraflar veya vekilleri, katılmamaktadır. Öyle anlaşılmaktadır ki, müzakerelerin gizliliği "*eşyanın tabiatı*"nın veya *alenî* olmayışın bir doğal gereği sayıldığından, Danıştay Kanunu'nda ayrıca düzenleme yapılmamıştır⁶.

Gizlilik, müzakerelerde ortaya çıkan görüşlerin sahiplerinin ve olumlu veya olumsuz görüşle karara katılanların da bilinmemesini içerir. Bununla birlikte, Türk hukuk sisteminde yasal düzenlemeler buna uygun değildir.

Gerçekten, örnek vermek gerekirse, Yargıtay Kanunu m.40 f.2'ye göre "*...Karar çoğunlukla verilmişse, karşı oy yazısı, kararların asıl ve örneklerinde gösterilir*"⁷. Yine, Danıştay K.m.51'e göre, "*kararlarda... azınlıkta kalanların görüşleri... belirtilir*"⁸.

Yine, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'da, Anayasa Mahkemesi kararlarında, karşıt oy ve kişi-

⁶ Danıştay K.m.89'daki "*gizli bilgileri açıklama*" yasağı konumuzla ilgili değildir.

⁷ CMUK m.256 f.2'ye göre "*muhalefet sebeplerinin zabıtnamede gösterilmesi mecburîdir*". Yargıtay, bu hükmü, ceza davalarında, kararlarda karşıt oyun gerekçesinin yazılması ve o görüşün tartışılması gerektiği yolunda yorumlamaktadır. Bk. Yarg. 5. CD. 7.5.1978 tarihli K. (İlmî ve Kazaî İçtihatlar Der. Sayı 234, Haziran 1980, s.7681). Buna karşılık, HMUK m.386'da yargı yeri kararlarında karşıt oy ve sahiplerinin kararda gösterileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bir görüşe göre, buradaki boşluk, Anayasa ve ilgili diğer kanunlarda yer alan hükümler doğrultusunda doldurulmalıdır (Bkz. *Karayalçın*, Hukukta Öğretim... s.118, dipnot 54).

⁸ 2575 sayılı İdarî Yargılama Usulü K. m.24/h uyarınca, idare mahkemelerinin kararlarında, "*varsa karşıt oylar... belirtilir*". Yine, aynı K.m.22 b.2 uyarınca, "*azınlıkta kalanların görüşleri kararın altına yazılır*".

sel görüşlerin özellikle karşıt görüşün kararda yer alacağına ilişkin bir hüküm vardır. Nitekim, Aynı Kanun'un 53 f.1'inci maddesine göre muhalif kalanlar, kararda muhalefet sebeplerini açıklarlar. Buna uygun olarak, Anayasa Mahkemesi Kararlarında, karşı görüşte olanlar ve onların kişisel görüşleri de yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda, bir yandan, *müzakerelerin gizliliği* esası benimsenmiş iken, öte yandan, onunla bağdaşmayan bir yol izlenmiştir ve karşıt görüşte olanların kişisel görüşlerinin (gerekçelerinin) kararda yer alması esası uygulanmaktadır.

Bu uygulama, kanaatımızca, *hâkim güvencesi*yle açıkça çelişmektedir. Zira, yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesi, diğer tedbirlerin yanında ve ayrıca, ancak a) Müzakerelerin gizliliği ve b) Karşıt görüş veya kişisel görüşlerin de gizliliği ile pekiştirilebilir.

III. AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANİ ÖRNEĞİ

1.- AT Divanı'nın örnek olarak değeri

Bunu desteklemek üzere, Türk Hukuk sistemi hakkında bir değerlendirme yapmadan önce, Kıt'a Hukuk sisteminden bir örnek vermekte yarar vardır. O da, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'dır. Gerçekten, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, önce hem yeni kurulmuştur; hem de Türk hukuk sisteminin dahil olduğu Kıt'a hukuku sisteminin bir ürünüdür.

İkinci olarak, ayrıca, bu Divan'ın kararlarından, yalnız Kıt'a Hukuku sistemine dahil ülkeler değil; fakat aslında yargı içtihatlarında kişisel görüş, karşıt görüşlerin belirtilmesi bakımından farklı bir sistem benimsemiş olan İngiltere, İrlanda gibi, Avrupa Topluluğu ülkeleri de etkilenmektedir. Bu itibarla, konumuz bakımından iyi örnek olarak değerlendirilebilir.

2.- Hâkim güvencesi olarak öngörölmüş iki ilke

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nda, yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesinin sağlanması için bir dizi tedbir öngörölmüştür. Bu tedbirlerden ikisi konumuzu ilgilendirmekte ve dikkat çekicidir.

a) Müzakerelerin gizliliği ilkesi

Bizde, kurul veya daire halinde çalışan Yüksek yargı organlarında olduğu üzere, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın genel kuruluşuyla dairelerinin kararları, *kollektiftir; kollegial kararlar* (= kurul kararları) dir.

Ancak, kararlarda oybirliği esası uygulanmaz; bir başka anlatımla, kararlar, oyçokluğuyla alınır.

Bununla birlikte, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda, müzakerelere ve kararın alınmasına katılan hâkim ve/veya hâkimlerin görüşü bilinmez. Nitekim, *müzakerelerin gizliliği ve gizli kalması esastır*.

Öyle ki, AT Divanı Statüsü m.32, AAET Divanı Statüsü m.33 ve AKÇT Divanı Statüsü m.29, aynı söylemi yineleyerek, "*Adalet Divanının müzakereleri gizlidir ve gizli kalırlar*" kuralını öngörmektedir.

Bu kuralı desteklemek üzere bir başka kural daha konmuştur. Nitekim, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararının alınmasına, ya da müzakere aşamasına katılanlar, müzakerelerin gizliliğini koruyacaklarına ilişkin and da içerler⁹.

b) Karşıt görüş veya kişisel görüşlerin gizliliği

Kararın müzakere ve karar aşamasınının gizliliği ilkesi, beraberinde başka bir esası da getirmiştir. Buna göre, kararlarda, *karşıt görüş* (= opinion dissidente =dissenting opinion) ve *kişisel görüş* (= opinion individuelle= Die individuelle Meinung=) açıklanmaz.

Burada, "*kişisel görüş*"ten maksat, *kararın gerekçesiyle uyuşmayan düşüncedir*. Buna karşılık, *karşıt görüş*" ise, *kararın hüküm fıkrasına katılmayan düşüncedir*¹⁰.

Karşıt görüşler veya kişisel görüşler de, gizlidir; gizli kalırlar; bizdeki Yüksek yargı organlarının kararlarında olduğunun tersine, kararda dahi açıklanmazlar.

IV. AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANİ SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir hâkimin kişisel görüşünün veya kararın alınması sırasındaki karşıt görüşünü ya da olumlu yöndeki görüşünü yansıtan verdiği oyun bilinmemesi, onun için bir *hâkim güvencesidir*. Böylelikle, *hükümetlerin* veya *etkili çevrelerin*, hâkim üzerinde *baskı yapma fırsatı* bulması önlenmiş

⁹ Bizde ise, belki, hâkimleri, kendi vicdanlarıyla başbaşa bırakmak için müzakerelerin gizliliğinin korunması bakımından ant içme esası öngörülmemiştir. Bu itibarla, müzakerelerin gizliliği ilkesine riayet, disiplin hükümleri uygulanarak korunabilir.

¹⁰ Bkz. *Louis, J.-J., Organisations européenne, Presse Universitaire de Bruxelles, s.178* dipnot 1.

olmaktadır¹¹. Bu gizliliğin bir başka yararı da, Adalet Divanı hâkiminin kişisel prestij uğruna, *vitrine hitap etmesini güçleştirmesi veya önlemesidir*. Nitekim, aşağıda yine değinileceği üzere, hâkim kendi doğrularını değil; hukuk sisteminin doğrularını ve değer yargılarını gözönünde tutmakla yükümlüdür.

Kararda kişisel görüşün veya karşıt görüşün gizli kalması lehinde ve aleyhinde haklı gözüken gerekçeler ileri sürülebilir. Nitekim, İngiliz Mahkeme Teşkilâtının işleyişinin ve işlevinin bir gereği olan karşıt görüşün ve kişisel görüşün mahkeme kararında açıklanması yöntemini savunup, bunu Avrupa Toplulukları Adalet Divanı için de savunanlar yok değildir¹².

Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekir ki, *Kıt'a Hukukunda* yargı teşkilâtı ve onun işlevi ile *İngiliz Hukuk Sistemindeki* yargı teşkilâtı ve onun işlevi farklıdır. Bunun sonucu olarak, biri için doğru olanın, diğeri için de doğru bir yöntem olacağı iddiası yanlıcıdır. Çünkü, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda da İngiliz Yargı sisteminin benimsenmesini isteyenler, oradaki yargı yerlerinin işlevini gözden kaçırmaktadır.

Nitekim, İngiliz Hukuk Sisteminde, *dissenting opinion* gereklidir ve zorunludur. Çünkü, *stare decisis* (kural karar) ilkesi, mahkemelere kendi içtihatlarını değiştirmek için imkân bırakmaz. *Dissenting opinion*, artık zamana uymayan bir karardan kurtulmanın, bir başka hukukî yolun ve hukukî çözümün bulunmasının, kısaca, Anglo-sakson hukuk sisteminin esasını teşkil eden ünlü *icthad hukukunun* gelişmesini mümkün kılmanın, bir çıkış, bir hareket noktasıdır. Oysa, *Kıt'a Hukuku* çevresinde, yeni *hukuk kurallarını koymak*, ilke olarak, yargının işi değildir; tersine, yasama organının görevidir.

Üstelik, *Kıt'a Hukukunda*, yargı kararları, ilke olarak, *bağlayıcı* değildir; yargı kararları, ne başka yargı yerleri, ne de başka olaylarda bizzat kararı veren mahkeme için bağlayıcıdır. Bu yüzden, yargı yerleri, içtihatlarını başka olaylarda objektif olgu ve sebeplere göre değiştirebilirler. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da, daha önce benimsediği içtihadı, gerekli ise, daha sonraki olaylarda, elbette değiştirebilir. *Kıt'a Hukuku*'na dahil hukuk sistemlerinde olduğu üzere, Adalet Divanı için de, kendi yargı kararı, sonraki benzer uyuşmazlıklar için bağlayıcı değildir. Onun

¹¹ *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd.I, No.: 415, s.475; *Labouz*, M.-F., s.227; *Louis*, J.-V, s.178.

¹² Örnek olarak Bkz. *Zweigert*, K., Empfiehlt es sich, Bestimmungen über den Rechtsschutz zu ändern, Kölner Schriften zum Europarecht, 1, 578/585.

için, yargı kararlarında kişisel görüş veya karşıt görüş ya da ayrışık oy açıklanmaz. Aksi halde, görüşü belli olan hâkimin, o görüşünün değiştirilmesi, kendi otoritesini zedeleyir; kararın etkisini ve mahkemenin de mehabetini sarsar.

Bu durumda, Adalet Divanı'nda içtihadın değişebilmesi bakımından, çoğunlukla, Divan Savcısının *hukukî görüşleri* (= Hukukî mütâlaa =Schlussanträge) yeterlidir; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na, görüş değiştirmenin gerekçelerini verir; delillerini sunar¹³. Ayrıca karşıt görüşün veya kişisel görüşlerin bilinmesine ihtiyaç yoktur.

IV. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Sistemin aleyhinde düşünceler ve geçerliği

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bakımından geçerli kabul edilen bu mülâhazalar, aynı ölçüde ve değerde olmak üzere, Türk Hukukunda da geçerlidir. *Bir defa*, Türk hukukunda da, hâkim, hukuk yapmaz; hukuku söyler. Nitekim, Türk hukukunda, hâkim, pek istisnâ durumlarda, MK.m.1 uyarınca, ve ancak orada öngörülen şartlarda, kural koyabilir¹⁴. Zira, kural koyma, Anayasa uyarınca yasama organının işidir (AY m.7, 87 vd). Yargı yeri, yasama organınca veya düzenleme yetkisi olan başka makam veya kurullarca konulmuş kuralları uygulamakla görevlidir (AY. m.9, 138, 142). Böyle olunca, İngiliz sisteminde olduğu üzere, yeni bir kural yaratılması gerekip gerekmediği, kuralın değiştirilmesine ihtiyaç olup olmadığı konularında gerekli ve zorunlu olan, *kararda hâkimlerin ayrık, ya da kişisel görüşlerinin bilinmesine* de ihtiyaç yoktur.

İkinci olarak, Yargı kararları, Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu üzere siyasal alanda da yankı uyandırır; bu yankı, karşıt kişisel görüşlerin yoğunluk kazandığı kararlarda, daha belirginleşir¹⁵. Bu yüzden de, yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesi, kavram olarak, müzakerelerin gizliliğini ve bunun sonucu olarak karşıt görüş veya kişisel görüşlerin gizliliğini de içerir. Aksi halde, *hâkim, siyasal iktidarların veya etkili odakların, örnek olarak kitle iletişim araçlarının hedefi olabilir*. Hâkim, içimizden biridir; insandır ve davranışlarının, her normal insan gibi olması beklenir; bu yüzden, onu, bir "kahraman" veya "olağanüstü kişi" olarak nitelendiremeyiz. Ondan böyle olması da istenemez. O halde, normal bir

¹³ Bkz. *Constantinesco*, No. 415, s.475/477.

¹⁴ Bkz. *Edis*, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ank. 1993, s.112/154.

¹⁵ *Gönül*, Mustafa, *Türk Anayasa Yargısında Karşıoy*, Amme İdaresi Dergisi, C.28, Sayı 2, s.16.

insan sıfatıyla; dolaylı veya doğrudan vaki veya muhtemel baskılara direnebileceğini düşünmek, bir bakıma, gerçekçi değil; fakat ütöpik bir tutum olur. Kaldı ki, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi için *açıkça*, Danıştay için *örtülü olarak* görüşmelerin gizliliği kabul edildiğine göre, yargı kararlarında karşıt oy ve ayrik kişisel düşünce ve görüşlerin kararda yer alması, *kendinden çelişkili bir sistemdir*.

Üçüncü olarak, üstün kişisel nitelikleriyle dış baskılara karşı koyabileceği düşünülse bile, bir kuruldaki üyenin kişisel görüşünün belli olması, dıştan veya içten o *kurulun fethedilmesi* arzularını uyandıracakını, kurulun oluşumunun değiştirilmesi suretiyle, *yargı kararını etkileme* çabalarını ortaya çıkaracağını; bazan bu çabaların etkili olabileceğini veya etkili olduğu inancını yaygınlaştırabileceğini de gözden uzak tutmamak gerekir.

Dördüncü olarak, yüksek yargı kararlarında, karşıt görüş veya kişisel görüşlerin belirtilmesi, aslında bir bütün olarak düşünülmesi gereken “*yargı yeri*” kavramı karşısında, onu oluşturan “*üye*”yi, kişisel olarak, ön plâna çıkarır. Oysa, AY.m.9, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*” hükmüyle, hâkime değil, “*bağımsız mahkeme*”ye, yani yargı yerine öncelik vermektedir. “*Yargı yerinin prestiji*” ile üyesinin “*kişisel prestiji*” arasında tercih yapılacaksa, elbette, toplumdaki önemi ve işlevi dolayısıyla, yargı yerinin prestijine öncelik tanımak gerekir.

Beşinci olarak, kişisel görüşlerin, karşıt görüşlerin belirtilmesi durumunda; ortaya, biri “*lâzım-ül icra*” ve diğeri bu nitelikte olmayan ve fakat aynı olayla ilgili *iki tür yargı kararı* çıkar. Böylelikle, “*lâzım-ül icra*” yargı kararının *âdilliği*, hepsinden öte, *güvenilirliği* tartışma konusu olur; şüphe celbeder. Öte yandan, *yargı yerinin de yüceliği (mehabeti) zedeledir*. Bu da, uyuşmazlığının çözümünü yargı yerine götürenlerde, yargıya olan veya olması gereken güveni sarsar. Bir başka deyişle, yargı kararında kişisel ayrik görüşlerin yer alması, tatmin yetersizliğine yol açabilir ve giderek kuşkuları besler, güven duygusunu zayıflatır, kararın hukuka uygunluğunu tartışma alanına çeker¹⁶. Güven sarsılmasının sakıncaları ise, açıktır. Oysa, Yargı kararları, otoritesini, hukuka uygunluğundan, âdilliklerinden ve güvenilirliğinden, en azından ilgililerde bu yönde doğan inançtan alır. Kararda öngörülen çözüm, hukuk kuralına (hukuka) uygun olmalıdır. *Bir yargı kararında, karşıt görüşün de yer alması halinde, yargı kararındaki çözüm, kararda yer verilen karşıt görüş nedeniyle, hem hukuka uygun, hem de hukuka aykırı olduğu anlamına da gelecek*

¹⁶ Gönül, Mustafa, s.15/16.

tir. Bu da, kendinden çelişkili bir durum oluşturur. Bir başka deyişle, yargı kararındaki çözüm, bir yönüyle “*hukuk kuralına uygundur*”, ama, bir yönüyle “*doğrusu, biraz da uygun değildir*” izlenimi uyandırır. Daha doğrusu, karşıt görüş veya kişisel görüşlerin de mahkeme kararında gösterilmesi, sonucu bakımından, aynı olayda aynı yargı yerini oluşturan “*hâkimin hâkimi tekzip etmesi*” yle eş anlamlıdır.

Altıncı olarak, hukukî güvenlik ilkesi uyarınca, aynı tür ve aynı unsurları içeren olaylarda veya uyumsuzluklarda, aynı kuralın, aynı şekilde uygulanması gerekir. Kurala katılan üyenin değişmesi ile farklı kararların çıkması, hukukî güvenlik ilkesini onulmaz derecede zedeler. Bu nedenle, yargı kararlarında istikrar, kökleşmişlik aranır. Şüphesiz, Anglo-sakson *ıçtihatlar hukukundan* farklı olarak, yargı yeri *ıçtihadının* değişmesi her zaman mümkündür. Nitekim, yargı *ıçtihadı*, *ıçtihadı Birleştirme kararları* hariç, başka olaylarda, ne onu veren mahkemeyi, ne de diğerlerini bağlar. Ancak, yargı *ıçtihadında* değişiklik için, yeni bir “*objektif unsur*” un ortaya çıkması gerekir¹⁷. Oysa, kişisel görüşü veya karşıt görüşü bilinen bir üyenin değişmesi, *objektif değil, subjektif* bir unsur değişimidir.

Yedinci olarak, yalnız yargı yerinin değil, oluşumunda yer alan bir *üyenin de görüşünü değiştirmesi* mümkün ve sıkça rastlanan bir durumdur. Oysa, daha önceden karşıt görüş veya kişisel görüşü yargı kararında yer alan bir hâkimin, bazı sebeplerden, onu kolayca değiştiremeyeceği söylenebilir; değiştirirse, örnek olarak, kamuoyunda veya hiç değilse, uyumsuzluğun taraflarında uyandıracığı *yankılar*, karşılaşıcağı *tepkiler* veya, en azından, *anlamlı (!) bakışlar*, onu, aslında, artık benimsemediği, kendisini gerçekten rahatsız eden veya kendisine göre de, artık geçersiz bir görüşte, her ne pahasına olursa olsun, direnmeye sevkedecektir. Bu da, her halde, arzu edilen bir sonuç değildir.

2.- Lehteki düşüncelerin doyurucu olmaması

Son olarak, ayrık kişisel görüşlerle veya karşıt görüşlerin belirtilmesinin *yararlarından* hareketle, bu yararların, karşıt görüş veya kişisel görüşlerin mahkeme kararında gösterilmesi uygulamasının sürdürülmesini gerektirip gerektirmediği üzerinde de durulmalıdır.

a) Sistemin lehindeki mülâhazalar

Yargı kararlarında, karşıt görüşlerin ve kişisel görüşlerin açıkça belli olması lehinde olmak üzere, sistemin üç “*yarar*” ından ve bir de “*anayasal direktif*” ten söz edilebilir. Şöyle ki:

¹⁷ Bkz. *Edis, S., Medenî Hukuka Giriş... s.230.*

(a) Kişisel görüşlerin ve karşıt görüşlerin kararda belirtilmesi, *dosyanın iyi, derinlemesine ve ayrıntılarıyla incelendiğini (?)* gösterebilir¹⁸.

(b) Kişisel görüşler ve karşıt görüşler, *hâkimin kendisini geliştirmesine* imkân verir,

(c) Ayrıca, kişisel görüşler ve karşıt görüşler, *hukukun gelişmesine* katkıda bulunabilir; hukuk ve fikir hayatımız için önemli ve yararlıdır¹⁹.

(ç) AY m.138'deki, hâkimlerin, "...*vicdanî kanaatine göre karar verecekleri*" yolundaki direktif, karşıt görüşlerin veya ayrik kişisel görüşlerin kime ait olduğunun mahkeme kararında gösterilmesini tecviz eder.

b) Lehteki mülâhazaların değerlendirilmesi

İlk bakışta, doğru gözükken bu mülâhazaların, *câzip* olmasına karşılık, *kâzip* (yanıltıcı) olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Şöyle ki:

aa) Sistem, bu halde, kararların derinlemesine ve ayrıntılı bir biçimde inceleme yapılarak verildiği gerekçesiyle açıklanamaz. Zira, bu mülâhaza kişisel görüşlerin veya karşıt görüşlerin yer almadığı yargı kararlarının, iyi inceleme yapılmadan ve ayrıntılar dikkate alınmadan verildiği anlamına gelir. Bir başka deyişle, kişisel görüş veya karşıt görüşlerin gösterilmesi, üst yargı yeri hâkimlerinin görev bilinci ve sorumluluk duygusu içinde hareket etmelerinin *görünmeyen kırbaçı* işlevi taşıdığı savını içermektedir. Oysa, kişisel görüş veya karşıt görüşlerin belirtilmemesi, üyelerin, kendi görevlerini, gerekli sorumluluk bilinci içinde, yerine getirmediklerinin veya getirmeyeceklerinin ölçüsü veya karinesi olamaz. Kural, her hâkimin, AY. m.138 f.1'deki direktif uyarınca, işlevinin gerektirdiği özeni göstermesi ve görevini yerine getirmesidir. O halde, bu mülâhaza, bir "*varsayım*" a dayanmaktadır; oysa, varsayımdan hareketle çözüm üretmek; burada olduğu üzere, doğru sonuç vermez.

bb) Yine, kişisel görüş veya karşıt görüşlerin mahkeme kararında yer almasının *üst yargı yeri hâkiminin kendisini geliştirmesine* imkân vereceği düşüncesi de doyurucu sayılmaz; zira, yüksek yargı yeri hâkiminin kendisini geliştirmesinin yeri, bir yargı kararı değildir; başka yerlerde, başka araçlardan yararlanarak, yargı yeri hâkimi kendisini yetiştirebilir; geliştirebilir. Nihayet, belirtmek gerekir ki, yargı kararı, kişisel olarak, hâkimin, *kendisini kanıtlayacağı* yer veya araç değildir. Bu itibarla, kararın onu veren hâkimlerin eseri olduğu eser sahibinin bilinmesinin yatanlar ba-

¹⁸ *Gönül, Mustafa, s.16.*

¹⁹ *Karayalçın, Hukukta Öğretim..., s.118 dip not 53.*

kımından önemli ve yararlı olduğu²⁰ görüşünü bütünüyle paylaşmakta güçlük çekmekteyiz. Yargı kararı, amacı bakımından, sadece, bir hukukî uyumsuzluğun çözüm aracıdır; verilen karar, yargı yeri karardır; Hâkimi, “yargı yeri” ile özdeşleştirmek doğru olmaz; Yargı kararını, amacı dışında görmek veya ondan amacı dışında yararlanmak tecviz edilemez. Kanaatımızca, hâkimin, sırf *kişisel itibar uğruna, vitrine hitap etmesi*, bir başka deyişle, kendisini “pazarlama”sı ihtimali de, kişisel görüşlerin ya da karşıt görüşlerin kararda açıklanmamasıyla önlenebilir. Bu durum, bir anlamda, *hâkim güvencesi* kavramı içinde, dışa karşı olduğu kadar, hâkimi, *kendisine karşı, kişisel dürtü, inanç, felsefe veya tutkularına karşı korumaya da yarayacaktır*. Öte yandan, hâkim, *kendi değer yargılarını değil; fakat hukuk sisteminin değer yargılarını dikkate almak zorundadır*. O halde, yargı organlarında ne çoğunluğu oluşturan hâkimler, ne de çoğunluk dışında kalanlar, kendi kişisel değer yargılarını karara yansıtamazlar. Onlar, yargı kararında, kendi değer yargılarını bir yana bırakıp, hukuk sisteminin değer yargılarını bulmakla yükümlüdürler²¹.

cc) Yüksek mahkeme üyelerinin açıklayacakları görüşlerin hukukun gelişmesine katkıda bulunabileceği savı ilke olarak doğru gözükmektedir. Ancak, kişisel bakımdan kendisini geliştirme savı için olduğu üzere, bunun yeri yargı kararı değildir. Hâkimlerin, uygulamada edindikleri deneyimin ve engin hukuk bilgisinin ve değerli görüşlerinin hukuk ve fikir hayatının gelişmesi bakımından değeri yadsınamaz²². Ancak, burada, yüksek yargı yeri hâkiminin etkisi, “*öğreti*”nin etkisi veya işleviyle bir benzerlik gösterir. O halde, yüksek yargı yeri hâkimi, değerli görüşlerini, başka araçlardan yararlanarak, kamuoyuna sunabilir. Bu halde, yargı yeri kararında gösterilmesinden daha da etkili olabilir. Ancak, yargı yeri kararının değerini, güvenilirliğini, âdil olduğu inancını sarsacak biçimde, yargı kararının eki olarak açıklanmasının yararından çok zararı olduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu itibarla, sırf muhtemel ve dolaylı yarardan hareket edip yargı kararını tartışmalı duruma getirmek doğru değildir. Kaldı ki, öğreti için yapıldığı üzere, ama hâkimin kimliği açıklanmaksızın, kararın gerekçesinde, muhtemel görüşler, bu arada, hâkimin ayrık veya kişisel

²⁰ Bkz. Karş. *Karayalçın*, Hukukta Öğretim... s.118, dip not 53.

²¹ Bu itibarla, kararda karşıt oyun gösterilmesinin *tartışılan olay ya da konuya ilişkin çoğunluk dışı konumda bulunanların değer yargılarını yansıtan yönetsel ve demokratik mekanizma*” yahut *düşünceyi açıklama gibi anayasal ve evrensel bir temel hak ve özgürlüğün kullanım aracı* olarak algılanması (Gönül, M., s.12), yargının işlevini gözardı etmek anlamına gelir. Nitekim, yargı erkinin kullanımında, yürütme organının takdir yetkisini kullanmasında olduğu üzere, çok çözümlülük yoktur; çözüm tektir.

²² Bkz. *Karayalçın*, Hukukta Öğretim... s.118, dipnot 53; s.138, dipnot 12.

görüşü de tartışılıp, niçin olayda geçerli sayılmadığı belirtilebilir. Nitekim, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ulaşılabilen hukuk uygulamalarında, bunun güzel örnekleri de vardır.

dd) Anayasa m.138 f.1'de, "*Hâkimler,... Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlarına göre hüküm verirler*" kuralı öngörülmüştür. Dikkat edilirse, buradaki sıralamada, "*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun*" luğa önem ve öncelik verilmektedir. Demek ki, Anayasa'ya göre, hukukun uygulanmasında, *vicdanî kanaat*, ikinci plânda kalmaktadır. Nitekim, hâkimler, yine Anayasa'ya göre, *vicdanî kanaatları elvermese bile*, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun hüküm tesis etmek zorundadır. Hâkimler, sırf "*vicdanî kanaat*"tan hareketle, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka aykırı karar veremezler. Nitekim, Yargılama Usûlü hukukunda, hâkimin, vicdanî kanaatına rağmen, ona aykırı düşen karar vermekle yükümlü olduğunu gösteren birçok örnek vardır²³. O halde, bu da, üst yargı kararlarında, kişisel görüşlerin ve karşıt görüşün kime ait olduğunun belirtilmesine ihtiyaç olmadığını, bir başka açıdan, açık ve seçik olarak göstermektedir.

SONUÇ

Bütün bu sakıncalar ve düşünceler dikkate alındığında, sistemimiz yargı bağımsızlığını, hâkim güvencesi ilkesini zedelemektedir. Sistem, mensubu olduğumuz hukuk sistemiyle de çelişmektedir. Bu itibarla, bu çelişkinin giderilmesinde yarar vardır. Bu da, kişisel görüşlerin ve karşıt görüşlerin kime ait olduğunun kararda belirtilmemesi suretiyle olur. Bu yüzden, hiç değilse, gelecekte, sistemle ilgili yasal düzenlemelerin değiştirilmesi, yargı bağımsızlığını gölgeleyen ve hâkim güvencesini zedeleyen, ayrıca yargı yerinin yüceliğini ve kararın güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyen bu sistemin düzeltilmesi gerektiği sonucuna vardık.

Bu tebliğde yapılan açıklamalar ve değerlendirmeler, umarım, en azından, sistemin elveriş olup olmadığı konusunda, ilgilileri, ve özellikle de, yargı reformu çalışmaları çerçevesinde, yasama organını düşünmeye yöneltecektir.

²³ Israr kararının bozulması halinde ilk mahkeme hâkiminin bozmaya uygun karar verme zorunda oluşu, usûlî kazanılmış hak, def'ilerin tarafça ileri sürülmemesi hal-lerinde olduğu gibi.

MER'A DAVALARI
VE
MER'ALARIN ÖZEL MÜLKİYETE DÖNÜŞÜMÜNÜ ÖNGÖREN
DÜZENLEMELER

Bildiriyi Veren
Mehmet Handan SURLU

Toplantı Yeri : Yargıtay Toplantı Salonu

Toplantı Başkanı : **Teoman PAMİR**

24 Mayıs 1996, Saat: 9.40 - 9.55

MER'A DAVALARI
VE
MER'ALARIN ÖZEL MÜLKİYETE DÖNÜŞÜMÜNÜ ÖNGÖREN
DÜZENLEMELER

Mehmet Handan SURLU()*

I- GİRİŞ:

Sanayileşme çabasını sürdüren ülkemizin ekonomik yapısının iki temel ögesini tarım ve hayvancılığın oluşturduğunu söylemek sanırım yanlış olmaz. Hayvan yetiştiriciliği de büyük ölçüde mer'a hayvancılığı şeklinde gerçekleşmektedir¹.

İşte bu nedenlerledir ki, mer'alar ekonomik yaşamımızda önemli bir yer tuttuğu gibi, bunun doğal sonucu olarak hukuk alanında da üzerinde titizlikle durulması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir başka anlatımla mer'alar Türk Hukukunda düzenlemesi ve uygulanması yönlerinden sık sık gündeme gelen bir husustur.

II- DEVLET MALLARI (İDARE MALLARI) VE TÜRLERİ :

Devletin taşınır ve taşınmaz malları olabilir. Bu mallara en geniş anlamıyla "İdare malları" denir². İdare malları da kendi içlerinde "özel mallar" ve "kamu malları" olmak üzere ikiye ayrılır. Bir başka ifadeyle "özel mülkiyete konu olan mallar" ve "özel mülkiyete konu olmayan mallar" diye de sınıflandırabilecek olan bu mallardan, özel mülkiyete konu olmayanlarla çoğunlukla "kamu malları" denilmektedir; ancak bu deyim yerine "devlet malları", "hazine malları", "menfaati umuma ait mallar", "amme emlaki" veya "hazine malları", "menfaati umuma ait

(*) Yargıtay 14. Hukuk Dairesi Üyesi.

1 Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'nce hazırlanmış bulunan Mer'a Kanunu tasarıları genel gerekçesi.

2 *Düren*, Akın: İdare Malları, Ankara 1975, sh.39, 57, 65, 75.

mallar”, “amme emlaki” veya “milli emlak” şeklinde ifadeler kullanıldığına da rastlanılmaktadır. Medeni Yasamızın 641. maddesi ilk cümlesinde, “sahipsiz şeyler ile menfati umuma ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.” hükmünün koyduktan sonra, son cümlesi ile bir tür malların işletilmesi ve kullanılması hakkında özel kurallar konacağını öngörmüş ise de, bugüne değin böyle bir düzenleme yapılmamıştır.

Kamu mallarını 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın 16. maddesinden yararlanarak, kamunun ortak kullanımına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerler ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler, diye tanımlamak mümkündür. Anılan maddenin (B) bendi; mer'alara, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi” kamu orta malları” arasında yer vermiştir.

Konumuz dışında kaldığından idare mallarının ikincisini oluşturan “özel mallar”ın Medeni Kanun hükümlerine tabi olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

Kamu malları devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Hüküm ve tasarruftan amaç, devletin bu mallar üzerinde sebep olduğu hakimiyet (egemenlik) yetkisidir³.

III- TOPRAKLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELERDE MER'ALARA İLİŞKİN KURALLAR

1. Eski Hukukumuzda Toprak Düzenlemesi ve Mer'alar

Eski Hukukumuzda toprak düzenlemelerini incelerken İslam Hukuku dönemi, Selçuklular dönemi ve Osmanlı İmparatorluğu dönemi ayrımına girmek ve bunları ayrı ayrı incelemek gerekir ise de; biz zaman darlığı nedeniyle burada sadece Osmanlı İmparatorluğu dönemine değinmekle yetineceğiz.

Osmanlı İmparatorluğu dönemini de, Arazi Kanunununnamesi öncesi ve sonrası olmak üzere iki başlıkta değerlendirmek uygun olur.

Sadece İslam Hukuku'nda mer'a, yaylak ve kışlakların “arazi-i mahmiyye” adını alan topraklardan olduğunu belirtmekte yarar görüyoruz. Yani mer'alar korunmuş topraklardır.

³ Eren, Fikret: Toprak Hukuku, 1991, sh.284-285.

A- Arazi Kanunnamesi'nden Önceki Dönem

Tanzimat devrine kadar Osmanlı Hukukunda arazi yani toprak hakkında bağımsız bir düzenleme bulunmuyordu. Bu konudaki kurallar eyaletler için çıkarılmış bulunan kanunnamelerin baş kısmına bir mukademe (giriş) şeklinde konuluyordu.

Tazminat öncesi Osmanlı Hukukunda toprak; mülk, miri ve vakıf arazi olmak üzere üç çeşitti⁴.

B- Arazi Kanunnamesi Dönemi

Tanzimat ile başlayan yenilikler arasında kanunlaşma hareketleri de önemli yer tutar. İşte bu yasalışmanın toprak hukuku alanındaki meyvesi 12.4.1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'dir⁵.

Yüzotuziki maddeden oluşan bu Kanunname ile topraklar :

- Arazi-yi memluke,
- Arazi-yi emiriyye,
- Arazi-yi mevkufe,
- Arazi-yi metruke,
- Arazi-yi mevat.

olmak üzere beş kısma ayrılmıştır ki, konumuz bakımından bizi ilgilendiren Arazi-yi metruke'ye ilişkin hükümlerdir.

Kanunnamenin 5. maddesinde "Metruk Arazi" şöyle tanımlanmıştır :

"Arazi-yi metruke iki kısımdır. Biri umum-i nas için terk olunmuş olan yerlerdir ki tarik-i amme bu kabildendir. Diğeri bir karye ve kasaba olunan yerlerdir ki, ahali-i kura ve kasabaya tahsis kılınmış olan mer'alar bu kabildendir."

Görüldüğü üzere Kanunname metruk araziye de iki türde değerlendirilmiştir :

a) Umumi nas için terk olunmuş yerler;

⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bak. *Cin*, Halil: Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, Diyarbakır 1983, sh.25 vd.

⁵ Arazi Kanunnamesi'nin metni için bak. *Özmen*, İhsan; Eski-Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Ankara 1986, sh.201 vd.; *Çeker*, Osman; Arazi Kanunnamesi, Ebru yayınları, Osmanlı Kanunları Serisi : 2, İstanbul 1985.

Bunlar menfaatleri umuma ait olan topraklardır ki, genel yollar, namazgahlar, mesire yerleri, pazar ve panayır yerleri bu kabil yerlerdendir.

b) Belli bir veya birkaç köy ve kasaba halkının yararına terk ve tahsis olunan yerler :

Mer'a, yaylâk ve kışlaklar ile baltalıklar bu türdendir (Arazi Kanunu madde 91-102).

"Metruk arazi deyiminde yer alan (metruk) kelimesi sözlükte terk edilmiş anlamına gelir. Ancak, burada terk edilen, arazinin mülkiyeti değildir. Bu nedenle, metruk arazi, mülkiyeti terk edilmiş, sahipsiz hale gelmiş arazi anlamında olmayıp, toplumun tamamının veya belirli bir kısmının ortak yararlanma ve kullanılmasına terk ve tahsis edilmiş arazi anlamındadır⁶.

"Metruk arazi, diğer arazi nevilerinde olduğu gibi, bir mülkiyet yahut tasarruf hakkına mevzu olamaz. Sadece kamunun veya metruk arazi'nin tahsis edildiği köy veya kasaba ahâlisinin istifade hakkı vardır"⁷.

Mer'a hukukunun değerlendirilmesi ve davalarının çözümü için metruk arazi'nin özelliklerine, kısacada olsa değinmekte kanımızca zorunluluk vardır. Şöyle ki⁸ :

- Metruk topraklar mülkiyet ve tasarruf hakkına konu olamaz,
- Metruk arazide temlik söz konusu olamaz,
- Metruk topraklara ilişkin davalarda sulh yapılamaz,
- Metruk arazi kaideten rüsuma tabi değildir,
- Metruk arazi bağışlanamayacağı gibi, bağışlanan arazi de metruk arazi niteliğini kazanamaz,
- Metruk topraklarda tapu senedi yoktur,
- Metruk topraklar iyiniyetle temellük edilip kazanılamaz,
- Metruk arazide sınır değişikliği caiz değildir⁹,
- Metruk arazide haksız inşaat hükümleri uygulanmaz¹⁰,

⁶ Eren, sh.47.

⁷ Cin, sh.30.

⁸ Eren, sh.49 vd.

⁹ Cin, sh.33.

¹⁰ Cin, sh.34.

- Metruk arazide müşterek tasarruf iddiası, müstakil tasarruf iddiasına tercih edilir¹¹.

2- Cumhuriyet Döneminde Toprak Düzenlemesi ve Mer'alar

Arazi Kanunnamesi ve Mecelle kurallarına göre değerlendirilip yürütülen toprak düzenlemesi, Medeni Kanunumuzun kabulü ile son bulmuş; böylece 4 Ekim 1926'dan itibaren bu Yasa ve daha sonra çıkarılan özel yasalara ilişkin kurallar geçerli olmuştur.

A- Medeni Yasa

a- Medeni Yasamızdaki Kurallar

Medeni Yasamızdaki kurallara değinmeden önce şu hususu belirtmekte yarar vardır: Türk Medeni Kanununda mer'alarla ilgili yeterli hüküm bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla, Medeni Yasadaki hükümler mer'a konusunda yetersizdir¹².

- Medeni Yasanın konuya ilişkin ilk kuralı 641. maddede yer almıştır. sözü edilen bu madde ilk cümlesinde" sahihsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır; "hükümünü içermekte olup, böylece devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan malları da :

- Sahibi olmayan şeyler,
- Menfaati umuma ait olan mallar,

olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmuştur.

Medeni Yasamızın mer'alarla ilgili bir diğer kuralı da, "Kanunen men edilmedikçe örf ve adete göre herkes başkasının orman ve mer'asına girebilir ve mantar ve ufak tefek yabancı meyveleri toplayıp temellük edebilir" hükmünü içeren 675. maddesidir. Arazi Kanununun, mer'alardan sadece ilgili köy veya kasaba halkının yararlanabileceğini kabul etmiş bulunması karşısında, "Kanunen men edilmedikçe" sözleriyle bu hususun öngörüldüğü ve bir çatışmanın söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır¹³.

¹¹ *Cin*, sh. 34.

¹² *Arcak, Ali/İmsel, Tefrik: Mer'a ve Yaylak Davaları-Köy Arsa Malları-İdaresinin Anlaşmazlıkları*, Ankara, 1970, sh.1.

¹³ *Arcak-İmsel*, age. sh.19; *Cin*, age. sh.88; *Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Eşya Hukuku Cilt 1, 1991, sh.380/III-I*.

Medeni Kanunun kamu mallarına ilişkin son hükmü de 912. maddede yer almış olup “Kimsenin hususi mülkiyetinde bulunmayan ve ammenin kullanmasına tahsis edilen gayrimenkuller, onlara müteallik ve tescili muktazi aynı hak olmadıkça tescile tabi değildir. Sicile mukayyet bir gayrimenkul, kaydı lazım gelmeyen bir gayrimenkule tahavvül ettikten kaydı sicilden çıkarılır.” kuralını içermektedir ve doğrudan doğruya mer’a yaylak ve kışlaklara ait bir hüküm de koymuş sayılamaz. Dolaylı bir maddedir ve konuya özellikler bölümünde ayrıca değinilecektir.

b- Medeni Yasa karşısında Arazi Kanunnamesi'nin yürürlükte olup olmadığı sorunu

Kanunu Medeni'nin Sureti-i Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 43. maddesinde “Kanunu Medeniye, Borçlar Kanununa ve bu Tatbikat Kanununa muhalif olan hükümler ile Mecelle mülgadır.” denildiğinden Mecelle'nin ve aykırı hüküm içeren Osmanlı Mevzuatının yürürlükten kalktığı kesindir¹⁴.

Bir kısım görüş sahipleri bu nedenle Arazi Kanunu'nun da tamamen yürürlükten kalktığını ifade etmektedirler¹⁵.

Buna karşın bazı görüşler sahipleri ise, Arazi Kanunu'nun Medenî Yasaya aykırı olmayan hükümlerinin halen yürürlükte olduğunu kabul etmektedirler ve Medenî Kanun mer’a, yaylak ve kışlakları düzenlediği için, Arazi Kanunun mer’a, yaylak ve kışlaklarla metruk araziye ilişkin hükümleri de Medeni Yasaya aykırı olmadığından, anılan bu Kanunun 91, 92, 96, 97, 98, 99, 100 ve 101. maddelerinin yürürlükte olduğunu öne sürmektedir¹⁶.

1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu'nun çıkmasından sonra, bu Yasanın 252 ve 134. maddeleri hükmü karşısında sorun bir başka boyutuyla tekrar gündeme gelmiş ve Arazi Kanunu'nun metruk topraklar ile mer’a, yaylak ve kışlaklarla ilgili yukarıdaki maddelerini yürürlükte sayan bir kısım yazarlar, bu Yasa ile Arazi Kanununun bu maddelerinin de yürürlüğünü yitirdiğini ifade etmişlerdir¹⁷. Bu Yasa'nın

¹⁴ *Cin*, sh.1 ve 84 vd.; *Akgün*, Zerrin, sh.20; *Karahasan*, sh.374; *Arcaklımsel*, sh.15 vd.; *Özmen*, İhsan/Çorbali, Halim; 3402 sayılı Kadastro Kanunu, sh.576; *Özmen*, sh.46.; *Onar*, S. Sami, Amme Emlaki Teorisi Kanunu, sh.576; *Özmen*, sh.46.; *Onar*, S. Sami, Amme Emlaki Teorisi sh.667-672.

¹⁵ Bkz., *Cin*, sh.85; *Arcaklımsel*, sh.15 vd.; *Karahasan*, sh.374.

¹⁶ Bkz., *Cin*, sh.56; *Arcaklımsel*, sh.15 vd.; *Karahasan*, sh.374.

¹⁷ *Bertan*, Suat, sh.107.

Anayasa Mahkemesince iptali üzerine tartışması bir başka açıdan da sorun yaratmıştır.

Tartışmalardan en kalın çizgileriyle ulaşılan sonuçları şöyle özetleyebiliriz :

Eğer mer'a, yaylak ve kışlakların 1757 sayılı kanuna göre tesbiti yapılmışsa bu yerlerde Arazi Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama kabiliyetini yitirmiştir¹⁸. Kanunun iptali ile ise, bu konuda yasal boşluk doğmuş demektir. Bunun da yine Arazi Kanunu hükümleri ile doldurulmasının uygun olacağı düşünülmektedir¹⁹.

Özmen ve Çorbalı, "3402 sayılı Kadastro Kanunu Şerhi" isimli eserlerinde bu hususlarla ilgili olarak, "... Tarım ve Toprak Reformu Kanunu ile Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun ek ve tadilleri yürürlükten kaldırıldığına göre, reform alanı içinde ve dışında tesbiti yapılmış olan mer'a, yaylak ve kışlaklar hakkında... Medeni Kanunumuzun 1. maddesinden yararlanılarak yeni bir kanun çıkıncaya kadar, örfi hukuk kuralları, dolayısıyla yine Arazi Kanunu ile ilgili hükümlerini uygulamaktan başka çıkar yol bulunmamaktadır²⁰ demektedirler.

Dördüncü Hukuk Dairesi'de, 1987 tarihli bir kararında, Arazi Kanunun mer'alarla ilgili 97 ila 100. maddelerinin çözümde kaynak olacağını belirtmek suretiyle, bu hükümlerin geçerliliğini koruduğunu vurgulamıştır²¹. Bu konuda son olarak Sayın Halil Cin'in de belirttiği gibi, "Yargıtay İçtihatları, Mer'a yaylak ve kışlak ve diğer kamu malları konusunda müstakar bir içtihat hukuku tesis etmiştir"²².

B- Diğer Yasalar

Mer'alara ilişkin hükümler içeren diğer yasalarımızı satır başlarıyla şöylece sıralamak mümkündür.

a) 442 Sayılı Köy Kanunu ve 3367 sayılı Yasa

Bu yasayla ilgili olarak konumuz açısından önemle belirtilmesi gereken hususu, "Tek başına bir köye ait bulunan mer'a, yaylak ve kışlakların tümünün veya bir parçasının diğer bir köy sınırı içine alınmış olması halinde dahi, ilk köyün, bu yerlerden, eskisi gibi, tek başına yararlanaca-

18 Cin, sh.114 vd.

19 Cin, sh.115 vd.

20 Özmen-Çorbalı, sh.5677.

21 4. HD. 16.2.1987-7221-926 sayılı ilâm.

22 Cin, sh.115.

ğını” öngören 31.5.1965 tarih ve 1960/4-1965/2 sayılı İçtihadları Birleştirme karardır.

Köy Kanunu’na 20.5.1987 tarih ve 3367 sayılı Yasa ile eklenen Ek.12 madde ile de, mer’alarla yaylakların belirlenen koşulların gerçekleşmesi halinde niteliklerini kendiliğinden kaybedeceği kuralı getirilmiştir ki, *bu konu ilerde ayrıca ele alınacaktır.*

b- 474 Sayılı Yasa

8.11.1988’de 3488 sayılı kanunla kaldırılmış bulunan bu Yasa uygulandığı yerlerde mer’alarını kasaba ve köylere idari mercilerce tahdit ve tahsis edilmesini şart koştuğundan, bu konuda kadim teamülden ve eskisi gibi yararlanmadan söz edilmezdi²³.

c- 2502 Sayılı Yasa

Bu Yasanın 5606 sayılı Yasa ile değişik 6. maddesinde “uyuşmazlıkların halinde, mer’a, yaylak ve kışlak durumlarının tahsis belgesi ile kanıtlanması gerektiği” kurala bağlanmıştır.

d- 2510 Sayılı Yasa

Bu yasa ile kadim mer’alara ve bunlar üzerindeki haklara dokunmamak şartıyla yeniden kurulan ve canlandırılan köyler için mer’a özgülemesi mümkündür²⁴.

e- 1580 Sayılı Belediye Yasası

Bu Yasanın 159. maddesinde, belediye sınırları içerisinde bulunan “seyrangah, harman yeri, çayır, mer’a, koruluk ve benzeri yerlerin” tasarruf, idare ve nezareti belediyelere devrolunur denilmiştir.

Aynı yasanın 70/11 maddesi ile de Belediye meclislerine mer’anın niteliğini değiştirme ve kaldırma yetkisi tanınmıştır. Böyle bir karar idari bir tasarruf olduğundan idari yargıya gitme olanağı vardır.

f- 2613 Sayılı Yasa

Yürürlükten kalkmış bulunan bu yasanın 16. maddesi “iki veya daha ziyade şehir ve kasaba veya köy ahalisine müştereken terk ve tahsis edilmiş mer’a, koru ve baltalıkların taksimi kabil olur ve belediye ve ihti-

²³ HGK. 3.5.1967-8/242-228 sayılı karar.

²⁴ Arcaklımsel, sh.121.

yar meclisleri de razı olursa, taksim olunup o suretle zaptı yapılır" hükmünü amirdi ve ilerde değineceğimiz, mer'aların bölünemiyeceği ilkesinin bir istisnasıydı.

g- 2644 Sayılı Yasa

Bu yasanın 25. maddesi mer'alarla ilgili olup özel bir düzenleme getirileceğinden söz etmektedir.

h- 4753 Sayılı Yasa

Bu yasa ve buna 5618 sayılı Kanunla eklenen 3 ve 4. maddeleri ile müşterek mer'adan yararlanmayı düzenleyen Ek 5. maddesi ve geçici 3. maddesinde; mer'a, yaylak ve kışlaklarla ilgili hükümler bulunmaktaydı. Fakat bu Kanun 1757 Kanunla 1973 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

ı- 1757 Sayılı Yasa

İlgili hükümlerine gereken yerlerde değindiğimiz ve mer'alar hakkında Prof. Dr. Halil Cin'in deyimiyle "ilk esaslı düzenleme"yi gerçekleştiren²⁵ Toprak ve Tarım Reformu Yasası Anayasa Mahkemesince 10.10.1076 tarih ve 1973/426 ve 1976/48 s. kararla şekil yönünden iptal edilmiştir.

i- 766 sayılı Yasa

3402 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış bulunan 766 sayılı Tapulama Kanununun 35. maddesi sınırlandırmayı öngörüyordu.

j- 3402 Sayılı Yasa

Kadastro Kanunu, 16/B maddesi ile mer'a ve diğer orta mal taşınmazların sınırlandırılacağını ve parsel numarası verilerek yüzölçümünün hesaplanacağını öngördükten sonra bunların özel bir sicile yazılacağını da hükme bağlamıştır.

k- 3038 Sayılı Yasa

Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanunu 15. maddesi ile çayır, mer'a ve benzeri arazilerin tesbit ve tahsi-

²⁵ Cin, sh.111.

sine ve tahsisli olanların tahsis amacını değiştirmeye ya da yenilemeye olanak tanımıştır ki *bu hususa da ileride değinilecektir.*

1- 3202 Sayılı Yasa

Köy Hizmetli Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 2/p ve 9/d maddeleri mer'alarla ilgili olup, tesbit, tahdit ve tahsisi ile tahsisli olanların tahsis amacını değiştirmek veya yenilemek konusunda hüküm içermektedir. *Bu hususa da yine ileride değinilecektir.*

m- 3194 Sayılı Yasa

Yürürlükteki İmar Yasası'nın 11. maddesi son fıkrasında, "...hazırlanan imar planı sınırları içindeki... mer'aların, imar planının onayı ile bu vasıflarını kendiliğinden kaybederek, onaylanmış imar planı kararı ile gösterilen kullanma amacına konu ve tabi olurlar. "Hükümü yer almış olup, *bu madde de dönüşüm bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.*

IV- MER'ANIN TANIMI, ÖZELLİK VE NİTELİKLERİ, İLE REJİMİ

1- Tanımı

Eski ve yeni hukukumuzdaki yasalarda tam bir tanımı yapılmayan mer'ayı özelliklerinden hareketle Prof. Cin şöyle tanımlamaktadır :

"Mer'a, bir veya birden fazla köy veya kasaba ahalisine müstakilen veya müştereken kullanılmak üzere yetkili makam tarafından tahsis edilmiş olan veya böyle bir tahsis bulunmamasına rağmen kadimden beri ilgili köy veya kasabalar tarafından mer'a olarak kullanılagelen ve hak sahiplerinin, mevcut intifa dışında üzerinde fiili ve hukukî tasarruflarda bulunamadıkları arazidir."²⁶.

Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nca hazırlanmış bulunan Mer'a tasarısı ise, Mer'ayı "Hayvanların otlaması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yer" diye tarif etmiştir²⁷.

2- Unsurları

²⁶ Cin, sh.36.

²⁷ Tasarı madde 30.

Bir yerin mer'a olarak nitelenebilmesi için Prof. Eren'in sınıflandırmasına göre şu üç unsuru bünyesinde taşıması gereklidir²⁸.

a- Tabii Unsur

Bu yer öncelikle hayvan otlatmaya elverişli olmalıdır. Üzerinde ot olmayan veya gelişmeyen yer mer'a niteliğini kazanamaz.

Burada her otlığın mer'a sayılamayacağını da kısaca belirtmek isteriz.

b- Sosyal Unsur

Otlatmaya elverişli yerin mer'a niteliğini kazanabilmesi için gereken ikinci hususta buranın kullanımının ve yararlanımının köy veya kasaba halkına bırakılmasıdır.

c- Hukukî Unsur

Bir yeri mer'a olarak niteliyebilmek için aran üçüncü husus ise; buranın ya yetkili bir makamca tahsis edilmesi (özülenmesi) ya da kadimden beri bu amaçla eylemli olarak kullanılmakta olması zorunludur. Yani ya tahsis kararı bulunacak veyahutta kadim kullanma söz konusu olacaktır.

Tahsis ve kadim kullanmaya ilerde özel bölümünde değineceğiz.

3- Özellikleri

Eski hukukumuzda göre Arazi-yi metruke sayılan mer'aların özelliklerini satır başlarıyla şöylece sıralayabiliriz :Bu yerin mer'a sayılabilmesi için;

- Bu amaçla bir kişi veya kasabaya tahsis edilmesi (özülenmesi) şarttır,

- Tahsis yoksa, kadimden beri o yerin mer'a olarak kullanılmış olması gerekir ve bu kadimliğe değer verilir,

- Bir mer'a hangi köy veya kasabaya tashis edilmiş veyahutta kadimden beri o yeri hangi köy veya kasaba kullanıyorsa, ancak o köy ve kasabanın halkı yararlanabilir. Başka köy ve kasabaların yararlanmaları mümkün olamaz,

28 Eren, sh.287 vd.

- Mer'aların üzerine bina yapılamayacağı gibi, ağaç dikilemez, bağ ve bahçeye dönüştürülemez,

- Mer'alar kazandırıcı zamanışımla ile özel mülkiyete konu edilemez,

- Mer'alar tescil edilemez, tapuya bağlanamaz,

- Mer'alarla ilgili çekişmelerde sulh olunamaz. Temsilcisi davadan vazgeçemez,

- Mer'alar, özel mülkiyete konu olamaz. Bu nedenle alınıp satılamaz, trampa edilemez. Bağışlanamaz, Hacedilemez, Temellüke ve M.K. 650 maddesine konu olamaz. Üzerinde şahsî hak kurulamaz,

- Kural olarak mer'aların niteliği değiştirilemez. Ziraat toprağına dönüştürülemez. Ancak bazı özel yasalarda bu kurala ayrık düzenlemelere rastlanılmaktadır ki, bunların neler olduğunu ilerde ayrıca inceleyeceğiz.

- Mer'alar yine kural olarak kiraya verilemez. Ancak Yargıtay İhtiyaç fazlasının kiraya verilebileceğine Köy Kanunu'nun 17. maddesinden hareketle olanak tanımaktadır.

- Mer'alardan yararlanma bir vergi ve ücrete tabi tutulamaz,

- Kural olarak mer'alar kamulaştırılmaz." Ancak, devlet başka ve daha önemli bir kamu hizmetinin ifası için belirli bir mer'a arazisine ihtiyaç duymaktaysa, tahsis kararını kaldırmak, a o arazi mer'a niteliğini kaybeder"²⁹ görüşü mevcut ise de bu konu tartışılmaya muhtaçtır. Özellikle koşulların neler olması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Kamulaştırma konusu Belediyeler ve köyler açısından da yine ayrı ayrı değerlendirmeye tabidir³⁰.

4- Kullanma ve Yararlanma Hakkının Niteliği

Mer'aları kullanma ve yararlanma hakkının niteliği de tartışmalı bir konudur. Sonuçta genellikle ulaşılan, bu yararlanma ve kullanmanın "Kendine özgü bir hak" olduğudur³¹.

Burada şu hususlara da yer vermek gerekir :

Mer'a, yaylak ve kışlak gibi metruk yerlerden ancak eskiden beri hak sahibi olanlar yararlanabilirler. O köy veya kasabaya sonradan gelerek yer edinen bu kimseler ancak köy veya kasabaya sonradan gelerek yer

²⁹ Eren, sh.293.

³⁰ Arcak/İmsel, sh.81.

³¹ Arcak/İmsel, sh.87.

edinen bu kimseler ancak köy halkının yararlanmasını sıkıntıya sokmadıkları ölçüde yararlanabileceklerdir. Ancak, köy ve kasabadan birinin yurdunu satın almak suretiyle yerleşen kişi, yararlanma konusunda satın aldığı kişinin halefi olarak o ölçülerde istifade edebilir.

Yararlanma ve kullanma hakkı, bu yararlanmaya haksız el atanlara ve bu hakka karşı gelenlere karşı dava hakkını da içerir³². Bu dava hakkı Hazineye, tüzel kişilere ve gerçek kişilere karşı kullanılır. Tazminat isteme hakkı da kapsamındadır³³.

5- Mer'aların Hukukî Rejimi

“Mer'anın hakuki rejiminden maksat, mer'a sayılan yerin mülkiyet, tasarruf, intifa ve intikal gibi konularda hangi esaslara tabi olacağıdır”³⁴.

İlke olarak metruk arazi rejiminin geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür.

Mer'aların mülkiyeti kime aittir sorusunun cevabı çok kolay verilemez. Mer'alar kamu malı olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdendir. Kadastro Kanunu'nun 16. maddesinin belirlemesine göre kamu mallarından (orta malı) oluşturur ve “... Özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla mer'a, yaylak ve kışlaklar özel mülkiyete konu teşkil etmezler” (3402 S.K.16/B-2 M.).

Öğreti bu açıklamaların ışığında, Yargıtay'ın, mer'aların rekabesinin yani kuru mülkiyetinin Devlete, intifanın köye veya kasabaya ait olduğuna değinen nitelemesini eleştirmektedir³⁵.

Mer'alar, mülkiyet hakkına konu olamayacaklarından; istifade edenlerin, mer'a üzerinde malike ilişkin hukuki ve eylemli tasarruflarda bulunamayacakları sonucuna ulaşmak mümkündür³⁶.

Yapılamayacak bu hukuki tasarrufları da Sayın Prof. Halil Cin'in sınıflandırmasına göre şöyle sıralayabiliriz³⁷ :

Mer'alar; alınıp satılamaz; bağışlanamaz; prensip olarak kiraya verilemez; iktisabı zamanaşımıyla özel mülkiyete geçirilemez; tescile tabi

32 *Arcak/İmsel*, sh.92.

33 *Arcak/İmsel*, sh.94.

34 *Cin*, sh.45 vd.

35 *Cin*, sh. 45 vd.; *Eren*, sh.290 vd.

36 *Cin*, sh.47 vd.; *Eren*, sh.291 vd.

37 *Cin*, sh.47 vd.

değildir; taksim edilemez; cebri icraya konu olamaz; anlaşmazlıklarında sulh geçerli değildir.

Fili tasarruflara gelince; mer'anın üzerine bina yapılamaz; ağaç dikilemez; mer'a tarla haline getirilemez, büyütülüp küçültülemez; yararlanmada inhisarilik kuralı işler ve yararlanma ücretsizdir.

V. MER'ANIN KANITLANMASI SORUNU

1- Tahsis (Özgüleme) :

Tahsis (özüleme), bir devlet malının umumun faydalanmasına veya herhangi bir kamu hizmetine bağlamak demektir. Mer'alarda tahsis ise, devletin bir arazisini bir köy veya kasabaya ihtiyaçları için koşulsuz ve süresiz olarak terk etmesi olarak tanımlanabilir³⁸.

Devlet bir yeri mer'a olarak tahsis ettiğinde artık o yer üzerinde mülkiyet ve tasarruf hakkını kullanamaz; sadece muhafaza ve kontrol yetkisi vardır.

İşte bu nedenlerdir ki, mer'alık iddiasında ilk başvurulacak kanıt "tahsis (özüleme) belgesi"dir³⁹.

Tahsis belgelerinin neler olacağını incelerken Cumhuriyetten önceki ve sonraki dönemler olarak ikili ayrıma başvurmakta yarar vardır.

A- Cumhuriyet öncesi tahsis belgeleri

Eski tahsis belgelerini, fermanlar, temliknameler, mahkeme ilam ve hüccetleri ile vakfiyeler oluşturur.

B- Cumhuriyet Sonrası Tahsis Belgeleri

Bu dönemde çıkartılan bazı yasalarla çeşitli tarihlerde mer'a yaylak ve kışlak tahsisleri yapılmıştır ki, bunları şöyle sıralayabiliriz :

a- 474 Sayılı Yasa

Bu yasanın kapsamına giren yerlerde bir arazinin mer'a olarak kabulü için belgeye dayalı tahsis şarttır. Böyle bir belge yosa iddia dinlenmez.

³⁸ *Cin*, sh.37.

³⁹ 14. HD. 8.11.1993 tarih, 5352-6819 sk.

Bu yasa 27 Ekim 1988'de 3488 sayılı Kanunla kaldırılmıştır.

b- 885 Sayılı Yasa

Bu yasanın 8. maddesi de özel bir tahsis öngörüyordu. 2510 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

c- 2502 Sayılı Yasa

Bu kanun da, kapsamındaki yerler için özel özgüllemeyi öngörüyordu.

d- 2510 Sayılı Yasa

2510 sayılı İskan Kanunu'da 19 ve 21. maddelerinde özgüllemeye yer vermiştir.

e- 4753 Sayılı Yasa

Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun Ek 3, 4 ve 5. maddeleri özgüllemeye yer vermekteydi; 1973 yılında 1757 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

f- 1757 Sayılı Yasa

Mer'a, yaylak ve kışlaklarla ilgili olarak en kapsamlı düzenlemeye yer vermişti; ancak Anayasa Mahkemesince 1973/42-1976/48 sayılı 19.10.1976 tarihli kararlar şekil yönünden iptal edilmiştir. İptal kararı 10.5.1977 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Tanınan bir yıllık sürede yenisi de çıkartılmamıştır.

g- 3038 Sayılı Yasa

Bu yasa, 15. maddesi ve ilgili yönetmeliğin 51-55 maddeleri ile mer'a tahsisleri yapmaya olanak vermektedir.

h- 3201 Sayılı Yasa

Bu yasa da 2/P maddesiyle mer'a tahsisi konusunda yetkili kılınmıştır.

ı- 422 Sayılı Yasa

Köy Kanunu'na 20.5.1987 tarih ve 3367 sayılı yasayla eklenen Ek. 12. madde de, bu konuda hüküm vardır.

2- Kadim Kullanma

Bir yerin mer'a olduğuna ilişkin usulünce verilmiş tahsis belgesi bulunmazsa, bu durumda kadim kullanmaya dayanılabilir. "Çünkü bu yerin kadimden beri nizasız ve fazılasız mer'a olarak kullanılması tahsis anlamına gelir"⁴⁰.

Kadimin, öncesi bulunmayan demek olduğu bilinen bir gerçektir. Kadimliğin koşulları da şöylece sıralanabilir :

- Kullanma süresinin öncesi belli değildir. (Kadimlik)
- Kullanma hakkı olanlar bellidir. (Muhassas olma)
- Hak sahibi tüzel kişilerin kuruluş günü bilinmemelidir⁴¹.

Bir köy yeni kurulmuş olmakla birlikte, eski bir köyün yerine konuşsa, halefiyet yoluyla eski köyün haklarına sahip olur⁴².

Kadimlik tanık sözleriyle kanıtlanabilir.

Tahsis belgesi ve kadimliğe dayanılmaması halinde ihtilafın zilyetlik hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir⁴³.

VI- AÇILACAK DAVALAR

Mer'alarla ilgili olarak açılacak davalara da çok kısa değinmek gerekirse, bunlar;

- Elatmanın ve çekişmenin önlenmesi davaları,
- Tapu iptali davaları,
- Yıkma ve sökme davaları,
- Tazminat ve ecrimisil davaları,
- Kamulaştırmadan doğan davalar, olmak üzere beş türdedir.

VII- MER'A DAVALARINDA USUL KONULARI

1- Görev

Mer'a uyuşmazlıklarında görev sorunu kendisine özgü bir önem arzeder.

⁴⁰ *Cin*, sh.39.

⁴¹ *Arcak*, sh.135.

⁴² *Arcak*, sh.137.

⁴³ HGK., 4.5.1960, 32 sayılı karar, *Arcak*, sh.142'den naklen.

Öncelikle bu tür davalara adli ve idari yargı yerlerinden hangisinin bakacağı hususu üzerinde durulmalıdır.

A- İdari Yargının Bakacağı İşler

İdarenin bir işlemine karşı yapılacak başvurularla, özellikle tahsise (özülemeye) yönelik çekişmelere idari yargı yerinde bakılır. Bir başka anlatımla, kamu orta malı olan mer'anın mülkiyet, kullanma ve yararlanma hakkına ilişkin olmayan, sınır belirlemesinin ve tahsis işleminin yasa, tüzük ve yönetmeliklere aykırı bulunduğuna dair davalar da idari yargı mercileri görevlidir.

B- Adli Yargılama Bakacağı İşler

a- Genel Kural

Mer'alarda mülkiyet ve yararlanma hakkına ilişkin çekişmelere ise adli yargı organlarında bakılır ve görev çekişmeli yerin değerine göre belirlenir. Şu an için 2 milyon liraya kadar (2 milyon dahil) uyuşmazlıklar Sulh Hukuk, bunu aşan uyuşmazlıklar ise Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür.

b- İstisnalar

ba-) Kadastro Yasası'nın uygulandığı bir yerde taşınmazın niteliğine yönelik çekişmelere Kadastro Mahkemelerinde bakılır. Yani bir yerin mer'a olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkarsa, bunun çözüm yeri Kadastro Mahkemesidir. Bu itibarla bir yerin mer'a olup olmadığına ilişkin tesbite itiraz davası Kadastro mahkemesinde görülüp sonuçlandırılır. Böyle bir dava sonunda "Taşınmazın mer'a olduğu belirlendiğinde 3402 sayılı yasanın 16/B maddesi hükmü uyarınca taşınmazın mer'a olarak sınırlandırılmasına karar verilecektir."

Ayrıca yenilik doğurucu bir hüküm almayı gerektiren durumlarda, özellikle aidiyet uyuşmazlıklarına, yıkım, tazminat ve ecrimisil istemlerine genel mahkemelerde bakılır. Tesbitten sonra doğan uyuşmazlıklarla ilişkin davalar da kadastro mahkemesinde görülemez (3402 S.K. 25/son).

bb-) Haziren ile Belediye arasında, bir yerin mer'a olup olmadığı konusunda çıkacak uyuşmazlıklarında 3533 sayılı yasa uyarınca zorunlu tahkim kuralı uygulanacaktır. Bu nedenle bu davaları o yerdeki en kıdemli hukuk hakimi (hakem) sıfatıyla çözecektir. Köy tüzel kişiliklerinin

taraf olduu uyuşmazlıklarda, köy bu yasanın kapsadığı kurumlardan olmadığı için, 3533 sayılı yasa uygulanamaz.

2- Yetki

HUMK. 13. maddesi bu tür davalar içinde geçerli olup, mer'a hangi ilçe sınırı içinde ise davaya o yer mahkemesinde bakılır. Bu kamu düzenini ilgilendirdiğinden kesin yetkidir.

Çekişmeli mer'anın bir kısmı bir ilçenin, diğer bir kısmı da bir başka ilçenin sınırları içerisinde kalıyorsa; bir görüşe göre büyük kısmının bulunduğu ilçe mahkemesini yetkili kabul etmek gerekecektir. Bazı yazarlar ise her iki ilçenin de yetkili olduğunu düşünmektedirler⁴⁴.

Davanın görülmesi sırasında çekişmeli yer başka bir ilçe sınırları içersine alınacak olursa, yani idari kuruluşta bu değişiklik yapılırsa, bağlanılan yeni ilçe mahkemesi yetkili olur.

Yetki uyuşmazlıklarının, köy sınır kağıtlarının bilirkişiler aracılığıyla yerine uygulanması yoluyla halli gerekir.

3- Davanın Tarafları

a- Davacı Olmak

a- Hazinesinin davacı olması

Mer'aların devletin hüküm ve tasarrufu altında menfaati umuma ait yerlerden olması karşısında tapu iptali ve el atmanın önlenmesi davasını Hazine açabilir.

Köy sınırları içerisindeki mer'alar için tam bir kesinlik arz eden bu durum, belediye sınırları içersinde bulunan mer'alar yönünden de HGK ve 14 HD kararlarına göre yine Hazinesinin dava hakkı olduğu doğrultusundadır.

b- Belediyenin davası olması

Sınırları içerisinde kalan mer'alar için, yararlanan tüzel kişi olarak belediyelerin dava açabilecekleri tartışmasız bir olgudur.

Belediyeyi temsil yetkisi başkana veya atayacağı vekile aittir.

c- Köyün davacı olması

⁴⁴ Karahasan, sh.393; Arcak, sh.205; Cin, sh.140.

Köyü Kanununa göre köyü temsil yetkisi köy muhtarına aittir. Bu nedenle köy muhtarı ya da usulünce atayacağı vekili tarafından bu tür davalar açılır.

Köy muhtarlarına karşı köy derneğinin seçeceği geçici temsilci dava açıp izleyecektir.

B- Davalı olmak

Dava hak iddia eden veya elatan gerçek veya tüzel kişiliğe karşı açılmalıdır.

C- Halefîyet (Ardalık)

Bir hakkın özüne halef olabilen kimselerin, mevcut bir davadaki dava ve husumet yetenekleri bakımından da halef olabilecekleri kabul edilmelidir.

Belediye sınırları içerisinde alınan köyün davasında, Belediye halef olur. Önceden var olupta sonradan kaldırılmış bir köy yerine kurulan yeni bir köyün halef olacağı yargıda kabul edilmiştir⁴⁵.

4- Kanıt Değerlendirmesinin Usuli Özellikleri

a- Keşif ve Bilirkişi

Mer'a uyuşmazlıklarında, öncelikle çekişmeli yerin usulünce fennen saptanması ve ilerde infaza olanak verecek kroki düzenletirilmesi için, yerinde keşif yapılması gerekir. Bunun yanı sıra bir tahsis belgesi veya daha önce sonuçlanmış bir mahkeme ilamına dayanılması halinde çekişmeli yerin bu belgeler kapsamında kalıp kalmadığını saptamak için de keşif icrası zorunludur.

Keşifte dinlenilecek yerel bilirkişilerin, usul yasasının aradığı genel koşulların yanı sıra tarafsız, yani dava edilen yerde herhangi bir yararı bulunmayan başka köylerden seçilmesine dikkat edilmelidir. Bilirkişilerin kadimlik konusundaki sözleri davanın kanıtlanmış sayılmasında yeterli sayılamaz. Bu konunun tanıklardan dinlenilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, bir yerin mer'a olup olmadığı bilirkişi aracılığıyla saptanmalıdır; ancak mer'adan yararlanma şekline veya yararlanma hakkının aidiyetine ilişkin çekişmelerde bilirkişi anlatımına dayanılarak davayı çözümlenmek mümkün değildir.

⁴⁵ 1. HD. 23.5.1969/110-3208 (Arcak, sh.212).

B- Tapuya Dayanma

Tapuya dayanılması ve tapununda çekişmeli yeri kapsamı halinde, tapunun iktisap nedenine bakmak gerekir. Eğer tapu doğru ve gerçek bir temele dayanıyorsa, tanzimi tarihinde çekişmeli yerin özel mülkiyete konu olabilecek vasıfta bir yer olup olmadığı önem kazanır. "Tarihi ne kadar eski olursa olsun tapu nizalı yerin mer'a vafını kazanmasından sonra alınmış ise hükmü yoktur⁴⁶.

C- Eski Tahsis Belgelerine Dayanma

Eski tahsis belgelerinin özellikle fermanların kapsamı veya gerçekliğine itiraz halinde öncelikle bu konuların değerlendirilmesi gerekir.

D- Tanıklar

Mer'adan yararlanma ve bu yararlanma hakkının aidiyetine ilişkin konularda, tahsise dayanılmaması durumunda kadimliğin tanıkla kanıtlanması gerekeceğinden, bunların tarafsız ve nizalı yerle ilgileri olmayan çevre köylerden olması aranır.

Tanıkların tarafsız olması yeterli sayılmamalı, bildirimlerinin de aydınlatıcı, inandırıcı ve davayı çözümlenmeye yeter nitelikte olması üzerinde durulmalıdır. Tanıkların taşınmazın başında dinlenilmesi gerektiği ilkesi de unutulmamalıdır.

5- Diğer Konular

Mer'a davalarında tarafların kendilerini bir vekille temsil ettirmeleri olurludur.

Asıl müdahale ve fer'i müdahalede bulunabilmesine bir engel yoktur.

Daha önce de vurgulandığı üzere, köyün ve beldenin sulh, kabul ve feragate hakları yoktur.

Mer'a davalarında Kadastro Kanununun öngördüğü hak düşürücü süreden söz edilemez.

Yargılama gideri ve vekalet ücreti genel usul kuralları içerisinde çözümlenmelidir. Temyiz ve karar düzeltme istem ve incelemeleri de yine genel usul hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken hususlardır. Kanun yolu isteminden de vazgeçilemez.

⁴⁶ *Cin*, sh.167.

Yargılamanın yenilenmesi de hükmü veren mahkemeden istenecektir. İdari sınır değişikliği söz konusu ise, istem taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine yapılmalıdır.

VIII- MER'ALARDA NİTELİK DEĞİŞİMİNİ VEYA ÖZEL MÜLKİYETE DÖNÜŞÜMÜ ÖNGÖREN YASAL DÜZENLEMELER

Kural olarak mer'aların niteliğinin değiştirilemeyeceğini yukarıda özel bölümünde ifade etmiştik. Ancak çıkarılan özel yasalarla bu kurala ayrıklı hükümler getirilmiştir. Şimdi bu ayrıklı bölümlere değinmek istiyoruz :

1- 1580 Sayılı Belediye Yasası

Anılan Yasanın 70/11. maddesi Belediye Meclislerine "menafü umuma mahsus belediye gayrimenkul emsalinin bir hizmete tahsisi, ciheti tahsisinin tebdil veya akar haline ifrağı "yetkisini vermiştir." Bu nedenle Belediye Meclisinin mer'anın niteliğini değiştirebileceğini kabulü gerekir⁴⁷. Aynı Kanununun 159. maddesine göre mer'aların tasarruf, idare ve denetimi tüm hukuk ve borçları ve gelirleri ile birlikte belediyelere devrolunmuştur. Ancak HGK'nun 26.3.1976 tarih 1975/14-19 esas, 117 sayılı kararına göre "Belediye Meclisleri, mülkiyeti Devlete ait olan Belediye sınırları içerisindeki mer'aların sadece yararlanma ve kullanma şekillerini değiştirebilir. Mesela mer'anın tümünü veya bir bölümünü mezbaha, pazaryeri veya dükkan olarak kullanılmasına karar verebilir. Hiçbir şekilde mer'ayı özel mülkiyete çevirip satamaz. "Ondördüncü Hukuk Dairesinin 10.12.1974 tarih 3379/3599 sayılı kararı da aynı doğrultudadır⁴⁸. Anılan HGK. mer'aların mülkiyetini Devlete ait kabul ettiğinden bunlarla ilgili uyuşmazlıklarda Maliye Hazinesinin dava hakkının bulunduğunu da öngörmüştür.

2- 3083 Sayılı Yasa

Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanununun 15. maddesinde, "uygulama bölgelerinde... tarım arazisinden... uygun görülenler, bu kanun ve kanuna göre çıkarılacak yönetmelik hükümlerine göre mer'a, yaylak, kışlak, çayır ve benzeri arazi olarak tesbit ve tahsis etmeye, tahsisli olanların tahsisi amacını değiştirmeye veya yenilemeye" imkan tanınmıştır.

⁴⁷ Karahasan, sh.378.

⁴⁸ Özmen-Çorbacı, sh.571.

Görüldüğü üzere burada tespit ve tahsisin yanısıra mer'aların tahsis amacının değiştirilmesine de olanak tanınmıştır.

3- 3202 Sayılı Yasa

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 2/p maddesinde, "... mer'a, yaylak ve kışlakların tespit, tahdit ve taksimini yapmak, ayrıca lüzumlu hallerde bunlardan ihtiyaç fazlasının tesbiti ile Hazine adına tescilini sağlamak" konusunda Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü görevli bulunmuştur. 9/d maddesiyle de Arazi ve İskan Dairesi Başkanlığı, mer'a olarak tesbit, tahdit ve tahsis etmek, tahsisli olanların tahsis amacını değiştirmek veya yenilemekle ilgili işleri yürütmek" üzere Genel Müdürlüğün ilgili ana birimi olarak vazifelendirilmiştir.

Burada da tahsis amacını değiştirmekten açıkça söz edilmiştir.

4- 442 Sayılı Yasaya 3367 sayılı Kanunla Getirilen Ek Madde: 14

Bu Yasa ile Köy Kanununa getirilen Ek Madde 14. Köy yerleştirme planında konut alanı ve köy genel ihtiyaçlarına hükmüne ayrılan yerler Devletin hüküm ve Tasarrufu altında bulunan mer'a, yaylak, seyrangah, yol, harman ve panayır yerleri gibi alanlar ve Hazinenin mülkiyetinde olup kamu hizmetine tahsis edilmemiş taşınmaz mallar köy yerlerine planın onayı ile bu vasıflarını kendiliklerinden kaybeder ve valiliğin talebi üzerine köy tüzelkişiliği adına re'sen tapuya tescil edilir "hükmünü içermektedir ve sayılan yerlerle birlikte mer'a ve yaylakların da nitelik kaybına imkan vermektedir.

Anılan Yasanın Ek Madde: 15 hükmü ile de, mer'a niteliğini kaybeden ve köy tüzel kişiliği adına tapuya yazılan yerlerin ihtiyaç sahiplerine ihtiyar meclisi kararı ile veya bedel üzerinden satılacağı kabul edilmiştir ki, böylece mer'aların özel mülkiyete dönüştürülmesi imkanı yaratılmıştır.

5- 3194 Sayılı İmar Yasası

Bu yasanın 11/son maddesi, "Hazırlanan imar planı sınırları içindeki kadastro yollar, meydanlar ile mer'alar, imar planının onayı ile bu vasıflarını kendiliğinden kaybeder, onaylanmış imar planı kararı ile getirilen kullanım amacına konu ve tabi olurlar." hükmünü amirdir. Dairemizin, "..... bu kuralın Danıştay 1. Dairesinin 10.2.1989 tarih ve 1989/3026 esas 1989/19 sayılı mütalaaalarında da vurgulandığı üzere,

(imar planı sınırları içinde mer'aların, planın onayı ile birlikte hukuki bakımdan mer'alık niteliğini yitireceği, bu yerlerden genel hizmetlere ayrılanların belediye ve özel idareye bedelsiz terkininin gerekeceği, genel hizmetler dışında özel mülkiyete konu olabilecek bir amaca ayrılan yerlerin onaylanmış imar planı ile getirilen kullanma amacına konu ve tabi olacakları, ancak bu durumda mer'alardan elde edilen yerlerin belediyeler adına tescilini gerektirmeyeceği) biçiminde anlaşılması gerektiği... Bir başka anlatımla mer'aların onaylanmış imar planında genel hizmetler dışında bir amaca ayrılmışsa, belediyelere terkininin söz konusu olamayacağı... çıplak mülkiyeti Hazineye ait mer'aların özel mülk olarak belediyelere geçmesinin mümkün bulunmadığı "... görüşündedir⁴⁹.

6- 4753 Sayılı Yasa

Yürürlükten kalkmış bulunan 4753 sayılı Yasanın 8. maddesi B fıkrasında "Bir veya birkaç köy, kasaba ve şahsın *orta mal* olan arazinin ihtiyaçtan fazla olduğu Tarım Bakanlığınca belirtilen parçası'nın dağıtımına olanak vermekteydi.

7- Sair Yasaların Değerlendirilmesi

3290 Sayılı Yasa ile değişik 2981 sayılı İmar Affı Kanunu sadece Devletin hüküm ve tasarruf altındaki yerleri dağıtımına tabi tutmuş olup, mer'aları yapılaşmaya açmamıştır⁵⁰.

IX- MER'A KANUNU TASARISI VE GETİRDİKLERİ

Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nca hazırlanan Mer'a Kanununun Tasarısı 5 Bölüm ve 35 asıl 1 geçici maddeden oluşmaktadır.

Genel gerekçesinde "sonuç olarak, hayvancılıkta verimin artırılması, fertlerin ve toplumun mer'a yaylak ve kışlaklardan tabii yararlanma haklarının düzenlenmesi ve konu ile ilgili anlaşmazlıkların önlenmesi, mer'a topraklarının ıslahı, bakımı ve korunması, adalet ilkelerine uygun yararlanmanın sağlanması gibi hukuki, teknik, ekonomik ve sosyal faydalar getireceği"nden söz edilerek bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir.

Tasarı mer'a, yaylak ve kışlakların hukuki durumu başlıklı 4. maddesi ile, mer'a, yaylak ve kışlakların mülkiyetinin Hazine'ye kullanma hakkının ise bir veya birden çok kişi veya belediyeye ait olduğunu ve bu yer-

⁴⁹ 14. HD. 18.3.1993 tarihli kararı.

⁵⁰ 14. HD. 18.12.1992 tarih 1991/10989-1992/11106 s. kararı.

lerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu öngörmektedir. Beşinci maddesi ile de tahsis edilecek yerleri dört bent halinde düzenlemiştir.

Altınca madde de ise, mer'a yaylak ve kışlakların tespit ve tahsinini Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nca kuruluşu açıklanan komisyonca yapılacağı öngörülmüştür.

Onbirinci maddesinde, mer'a yaylak ve kışlakların tespit ve tahsinini Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nca kuruluşu açıklanan komisyonca yapılacağı öngörülmüştür.

Onbirinci maddesinde, mer'a, yaylak ve kışlak olarak tesbit ve tahdit edilen yerin haritalarının bir örneğinin Tapu Sicil Müdürlüğüne gönderileceği ve kadastro görev yerlerinde 3402 Sayılı Kanunun 16. maddesinin B bendine göre düzenlenen özel sicile kaydedileceği yazılıdır.

Tahsis amacının değiştirilmesine 15. tahsis kararında değişikliğine de 16. maddede yer verilmiştir.

Tasarı 27. maddesi ile yararlananların yükümlülüklerini belirlemiştir.

**BASIN - YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI VE
HUKUKÎ SORUMLULUK**

**Bildiriyi Veren
Dr. Bilal KARTAL**

Toplantı Yeri : Yargıtay Toplantı Salonu

Toplantı Başkanı : Teoman PAMİR

24 Mayıs 1996, Saat: 10.00 - 10.15

BASIN - YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI VE HUKUKİ SORUMLULUK

Dr. Bilal KARTAL()*

I- YAYIN

Bir toplumun demokratik bir nitelik kazanabilmesinin önemli unsurlarından biri, ferdin temel hak ve özgürlüklerini serbestçe kullanmasıdır. Bu hakların en önemlisi düşünme ve düşündüğünü ve bildiğini serbestçe yaymadır. Diğer bir anlatımla, elektronik iletişimin egemen olduğu çağımızda, bir yandan her çeşit haberi yayma hakkı öte yandan her türlü sansürün ve baskının kaldırılması zorunluluğu önem taşımaktadır. Böylece habere ulaşabilme hakkı, güvence altına alındığı ölçüde, o ülkede demokratik düzen gerçekleşmiş olacaktır. Doğal olarak yayının özgür olması, o toplumun niteliğini yansıtır. Haberleşmede demokratikleşmenin anlamı, var olan iletişim araçlarına toplumun genel olarak daha geniş biçimde girmesidir. Bu, demokratikleşmenin bir parçasıdır. Ülkede olup-bitenlere, etkinliklere, okuyucu, izleyici ve dinleyicilerin daha fazla katılımı sağlanmadıkça gerçek demokratikleşmenin anlamı, var olan iletişim araçlarına toplumun genel olarak daha geniş biçimde girmesidir. Bu demokratikleşmenin bir parçasıdır. Ülkede olup-bitenlere, etkinliklere, okuyucu, izleyici ve dinleyicilerin daha fazla katılımı sağlanmadıkça gerçek demokratikleşmeden söz edilemez.

Özgür bir toplumun oluşabilmesi için, fertlerin siyasi kararlara en fazla sayıda katılımının sağlanması, bunu engelleyecek olguların ortadan kaldırılması ve bu engel teşkil eden vasıtaların tek elde toplanmasına olanak tanımamak gerekir. Çünkü, şu bir gerçek ki, haberin yayımını sağlayan araçların üzerinde devletçe ya da özel girişimlerce kurulacak bir denetim, demokratik bir toplumun can damarı olan söz söyleme özgürlü-

(*) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi.

ğüne karşı ciddi bir tehlike oluşturacaktır. Böylece yayın, ya yapılmayacak, ya da gerçek gizlenerek yapılacak. Bu durumda da toplumun gerçeği bilmesi ve görmesi engellenecektir.

Özellikle içinde bulunduğumuz toplumların gelişmesinde etken olan hakların başında, habere ulaşma hakkının önemli insan haklarından biri olduğu kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak da, bu haklar ülkelerin Anayasalarında güvence altına alındığı gibi, uluslararası bir güç ve işlerlik kazanması için de, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kabul edilmiş ve bu sözleşmenin 10. maddesinde, her ferdin düşüncesini ifade ve açıklama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yine 19 Aralık 1996 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen vatandaşlık ve siyasal haklar için Uluslararası Sözleşme ve UNESCO'nun 1978 tarihli Kitle İletişim Araçlarına İlişkin Temel İlkeler Bildirgesi ile de aynen, "Kamunun bilgi edinebilmesini güvence altına almak, kamunun kullanabileceği bilgi kaynak ve araçlarının çeşitliliği ile olur. Böylece, her bireyin gerçeklerin doğruluğunu araştırabilmesi ve olayları yansız olarak değerlendirebilmesi sağlanır. Bu yüzden gazetecilerin haber verme özgürlüğü ve bilgi toplayabilmek için her türlü olanakları bulunmalıdır" biçiminde açıklama yapılmıştır. Bundan sonra da UNESCO, 1980 yılında bir genel kurul toplantısı yapmış, bu toplantıda, "İletişim ve Toplum-Bugün ve Yarın" adı altında hazırlanan Sean Mac Bride raporu tartışılmış ve önemli sonuçlara varılmıştır (*UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Yayını, Ankara/1993*).

Tüm bunlar da açıkça gösteriyor ki, bir toplumun sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel yapısı, benimsediği iletişim sistemi ile yakından ilgilidir. Buna göre denilebilir ki, "*iyi haber alamayan kişi, ömrü boyunca tebaa kalır; iyi haber alabilen kişi ise gerçek vatandaş olur*" (*Prof. Dr. Nermin Abadan Unat; SBF Anayasa Semineri (22 Ağustos 1982)*).

Şu duruma göre kişi, duyarlı, mutlu ve sorumlu bir yurttaş olarak yaşayabilmesi, hak ve yetkilerini yerinde ve zamanında kullanabilmesi için, olanaklar elverdiği ölçüde, olup-bitenlerden haberdar olması gerekir. Aldığı ve edindiği bilgiler tam ve gerçek olmalıdır. Ancak bu şekilde sağlıklı ve geleceğe yönelik kararlar verebilecektir. Her zaman güvenilir kaynaklardan gelen haberlere gereksinme duyacaktır ve bu ona sağlanmalıdır. Çağımız insanı, şimdiki yaşamında karmaşık sorunlarla karşı karşıyadır. Bunların çözümü için kavrama düzeyi yüksek ve yetenekli yurttaşlara gereksinme vardır. Eğer İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Uluslararası Vatandaşlık Hakları ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde yer alan haklar gereğince iç hukukta yapılan düzenlemelerin sonucu olarak sağ-

lanan ve kamuyu ilgilendiren sorunların çözümüne katılmak bir yurttaşlık hakkı olduğu kabul edilip bu hak ve ilkeler yaşama geçirilmek isteniyorsa ,herkesin tam ve doğru olan haberden bilgilendirilmesi olanağı sağlanmalıdır. Aksi halde, tam veya yarı otoriter siyasal ve demokratik olmayan bir iletişim yapısı ortaya çıkar.

İç Hukukumuzda, başta Anayasa olmak üzere yasalarla kişinin hakları güvence altına alınmıştır. Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler başlığı altında ve 12-16. maddelerinde düzenlenen haklar ile, Kişinin Hakları ve Ödevlerini belirleyen ve 17-40. maddelerinde yer alan haklara tam olarak sahip olunabilmesi ve bunların özüne uygun biçimde kullanılabilmesi için, haber alma hakkının sağlanması zorunludur. Bunun içinde Anayasanın 26. maddesinde herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına yahut toplu halde açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Düşüncenin, basın ve yayın yoluyla açıklanmasında ortaya çıkacak tüm engeller, Anayasanın 28. maddesinde yer alan basının özgür olduğu, sansür edilemeyeceği ilkesi ile önlenmek istenmiştir. Demek oluyor ki, tüm temel hak ve özgürlüklerin serbestçe kullanılması için, kişinin, önce bilinçlendirilmesi, olup-bitenleri öğrenmesi, bunu da ancak özgür bir yayın aracılığı ile edinmesi ile mümkün olacaktır. Bu da ancak, basına sansür konulmaması ve önündeki her türlü engelin kaldırılması ile sağlanacaktır.

İç Hukukumuzdaki düzenlemede, basın özgürlüğünün özellikle yazılı yayınlar için geçerli olduğunu, görsel ve sözlü yayınlarda bu ölçüde bir özgürlüğün bulunmadığını görmekteyiz. Çünkü yazılı yayınlarla ilgili olan basın özgürlüğü Anayasanın 28. maddesinde güvence altına alındığı halde, görsel ve sözlü basın için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim yazılı basın özgürlüğü Anayasanın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde yer almasına karşın, Radyo Televizyon ve haber ajanslarına Anayasanın yürütme ile ilgili kısmında yer verilmiştir. Ne var ki, son yıllarda özellikle özel televizyon kanallarının yasallaşması ile, görsel ve sözlü yayınında, yazılı basındaki gibi yetki ve sorumluluklarının bulunduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Diğer bir anlatımla, yazılı yayınların özgürce hareket etmelerinin yasal hakları olduğu, aynı hakkın görsel ve sözlü yayınlar için bulunmadığı sonucu çıkarılamaz. Görsel ve sözlü basında, yazılı basın gibi objektif biçimde yayın yapmak, mesleki kurallara saygılı ve kişilik haklarına karşı duyarlı biçimde yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir.

Basına bu özgürlüğün tanınmasının nedeni, kamu yararı gereksinmesinden doğmuştur. Kamu yararının bulunduğu yerde bu yarardan kişi de

yansıma yoluyla yararlanacaktır. Bu görev de, ancak bağımlı olmayan, özellikle siyasi iktidara karşı kendini yükümlü hissetmeyen, salt toplumun yararını düşünen tarafsız ve özgür bir yayıncıya mümkün olabilecektir. Basın, yetkisini kötüye kullanmadığı, kendi ahlak kurallarına bağlı kaldığı, kişi ve kişilerin kişilik haklarına saygı gösterdiği ölçü ve kapsamda bu haklardan yararlanabilir.

Açıklamaya çalıştığımız bu ilkeler hem görsel ve hem de yazılı yayın için geçerlidir. Son yıllarda, görsel yayının, yazılı yayından daha fazla önem taşıdığı, kişileri etkilemede öne geçtiği görülmektedir. Bunun nedenleri arasında, okumanın daha fazla bir zaman ve çalışmayı gerektirdiği, görsel yayında bu tür külfetler olmadan habere kavuşulduğu görülmektedir. Diğer bir neden de, görsel yayının o anda ve canlı olarak tüm yönleri ile görüntüyü yansımasıdır.

Görsel yayındaki haberler görüntü olarak verildiğinden bunun doğru veya yanlış olması, o an için artık tartışma konusu olamamaktadır. Olay ne ise, olduğu biçimi ile görüntülenmektedir. Görüntü tam olarak verildiğinde, ayrıca bir yorum getirilmesi de gerekmez. Ancak bir olay veya konu hakkında yorum yapılırken yazılı yayında olduğu gibi, bu yorumun yansız ve baskısız yapılması gerekir. Bu halde, görsel yayının da özgürlüğünden söz edilir.

Gerek yazılı ve gerekse görsel yayın, kamu yararı amacı ile kendisine tanınan özgürlüğe hem haber vermede ve hem de o olay hakkında eleştiri hakkını kullanırken sahip bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, gerek haberin verilmesi gerekse eleştiri ve yorum yapılması, bir hak olduğu kadar bir yükümlülüktür de. Yazılı ve görsel yayın yapanlar, haberi vermede kaçınmayacakları gibi, onun eleştiri ve yorumundada suskun kalmazlar. Kalmamaları gerekmektedir. Aksi halde o konuda yayın yapmamakla görevi de savaştıkları olur ve böylece o konuda toplumu bilgilendirmemiş bulunurlar. Bunun sonucunda da yayın kurumlarına tanınan hak, zayıflamış olur. Bu bakımdan, yayın kuruluşları, haberi doğru vermek hakkına sahip oldukları kadar, onu vermemek yetkisine sahip değildir. Haber hiç verilmediği durumlarda, şüphesiz yapılacak yasal bir yaptırım bulunmamaktadır. Ne var ki, kamuoyu, o yayın kuruluşunu bu savaştıkları yüzünden dışlayacaktır. Diğer bir anlatımla bu tür bir savaştıklarının yaptırımı, kamuoyunun açık veya gizli tepkisi olacaktır. Basın, uygun gördüğünü gördüğü biçimde yazmak ve açıklamakla, kendisine tanınan ayrıcalığın yarattığı sorumluluğunu yerine getirmiş olmaz. Onun görevi objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle hareket etmektir. O an için, o olay veya konu ile ilgili olan, görünen, bilinen herşeyi araştırmak, ince-

lemek ve olmaları gereken biçimi ile yayınlamak zorundadır. Bundan kaçınmaz ve bu konuda zıyılık gösteremez. Araştırmak, bilgi toplamak ve sonuçlarını kamuoyuna açıklamakla yükümlüdür. Aksi halde, kendisine tanınan ayrıcalığı hak etmemiş ve bu konudaki görevlerini yapmamış olur. Yani basın, olanı tam doğru ve tarafsız biçimde vermekle yükümlü olduğu kadar bunu vermektan de kaçınmaz.

II- KİŞİLİK HAKLARI

Yapılan yayımla, kişilik haklarına saldırı olup-olmadığının tesbiti için öncelikle kişilik haklarının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Kişilik haklarının sınır ve kapsamı bilinmeden, yayın yoluyla yapılan açıklamanın, bu sınır ve kapsama ne ölçüde tecavüz ettiğinin saptanması mümkün olamaz. Bundan dolayıdır ki, kişilik haklarının belirlenmesinde zorunluluk vardır.

Kişilik hakları pozitif hukukumuzda tanımlanmamıştır. Zaten bu nitelikteki hakların yasada bir tanımlanmasını yapmak, onların sınırlandırılması sonucunu doğurur ki, bir tanımlamanın yapılmamış olmasını biz de yerinde ve uygun bir sonuç olarak görmekteyiz. Medeni Kanunda, herkesin bu haklara sahip olduğu belirtildikten başka, bir tanım verilmeden anılan yasanın 24. maddesinde "kişilik hakkı"ndan söz etmiş ve bu hakkın saldırıya uğraması halinde yaptırımları belirtilmiştir. Aynı zamanda bu hakka saldırının yaptırımları, BK.nunda ve bazı özel yasalarda da düzenlenmiştir. İleride bu durumları belirteceğim.

Kişilik hakkının bir tanımı yasalarda ye almamakla birlikte gerek te-oride ve gerekse yargısal kararlarda bunun tanımları yapılmıştır. Yapılan tanımlar birbiri ile benzerlik ve uyum sağladıkları gibi, birbirini de tamamlamaktadırlar. Aslında, bu haklar sayılı ve sınırlı olmadıkları için bunları saymak da mümkün olamamaktadır. Bu hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olarak tanımlıyabiliriz. Diğer bir anlatımla bu haklar kişiye var olmak, yaşamak, gelişmek, özgür olmak, saygı ve hürmet görmeyi sağlarlar (*Prof. Dr. Aytekin Ataay, Şahıslar Hukuku, İst.1978, s.122-123*).

Kişilik hakları, özel bir nitelik taşıyıp mali bir değere sahip olmamaları nedeniyle, şahıs varlığı hakları içinde yer alırlar. Bu özelliği gözönünde tutulduğunda, bu hakların saldırıya uğramaları halinde, tazminatı gerektirmeyeceği sonucu çıkarılamaz. Hükmolunan tazminat, saldırıya uğrayan kişilik hakkının karşılanması amacını değil, saldırı sonunda uğranılan zararın giderilmesini öngörmektedir.

Kişilik hakkını oluşturan değerleri, fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olarak üçe ayırmak mümkündür (*Doç. Dr. Hasan İlgüzar; Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1990/6*).

1- Fiziki Kişilik Değerleri: Kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklarını oluşturur. Kişinin ruhsal sağlığı da fiziki değerler içinde yer alabilir. Bu değerlerin hukuka aykırı bir eylemle saldırıya uğraması durumunda yaptırımını, BK.nun 47. maddesinde belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla, kişinin fiziki kişilik değerlerinin zarar görmesi durumunda talep edilen manevî tazminat da olsa, uygulanacak hüküm, BK. 49 veya MK.nun 24. maddesi olmayıp, BK.nun 47. maddesi olacaktır.

2- Duygusal Kişilik Değerleri: Kişinin toplum içindeki yeri ve birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar, kişinin bizzat kendi şahsına bağlı olmayıp, özellikle aile hukuku kapsamı içinde yer alan değerlerdir. Örneğin, kişinin ailesi, nişanlısı, çocukları ile olan ilişkileri, duygusal kişilik değerlerdir. Bir kişinin duygusal değerleri alanı içinde yer alan konularla ilgili olarak yayın yapılması, o kişinin kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Ailenin sahip olduğu değerlere karşı yapılan hukuka aykırı bir eylem, ailenin bir ferdine karşı da işlenmiş olsa, diğer aile fertlerinde kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Bir kimsenin çocuğuna karşı yapılan bir cinsel taciz veya buna ilişkin yanlış veya sınıırı aşan bir yayın, tüm aile fertlerinin kişilik haklarına zarar vermiş olur. Eşin zina yapması, diğer eşe tazminat isteme hakkı sağlar. Bu konuda Yargıtay'ın uygulaması yerleşmiş durumdadır. Ancak zina yapan kişinin çocuğunun, zina yapanlara karşı tazminat isteme hakkının olup-olamayacağı hususu uygulamada görülmemekle birlikte, benim karşılaştığım ve ilk defa öğrendiğim bir Yargıtay kararında (*Yargıtay 4. HD. 9.5.1996 gün ve 1996/3538-E.1996/3787 karar sayılı yayınlanmamıştır*) çocukların da manevî tazminat istemeleri kabul edilmiştir ki, bize göre, bu son derece yerinde bir karardır. Çünkü aile bütünlüğü içinde yer alan çocuğun, ailenin bir ferdi olarak, toplumun bugünkü değer hükümleri gözetilerek kişilik değerlerinin zarar gördüğü düşünölmeli ve manevî tazminat istemi kabul edilmelidir.

3- Sosyal Kişilik Değerleri: Gerek görsel ve sözlü, gerekse yazılı yayın karşısında en çok saldırı ile karşı karşıya gelen haklar bu grup içinde yer almaktadırlar. Nedeni, bu grup hakların özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, kişilik haklarının en karmaşık ve özellik arzeden hakları

bu grup içinde yer almakta ve aynı zamanda, bu tür haklar, kişideki manevî değerlerin toplamını ifade ederler.

Sosyal kişilik değerleri taşıyan haklar da, kendi içinde gruplara ayrılırlar. Bunların bir kısmı kişide doğuştan var olan haklar olduğu gibi, diğer bir kısmı da, sonradan kişinin kendi davranış ve çalışmaları ile kazanılan haklardır. O halde bu hakları, kişinin doğuştan sahip olduğu haklar ve sonradan kazandığı haklar olarak ikiye ayırabiliriz.

a) Doğuştan Sahip Olduğu Sosyal Kişilik Değerleri Taşıyan Haklar

aa) **Şeref ve Haysiyet** : Bir kimsenin toplum içindeki değeridir, yeridir. Bu değerlere saldırı, o kişinin toplum içindeki konumunu sarsar.

Şeref ve Haysiyeti, Hukuksal ve Ahlaksal şeref ve haysiyet olarak da ayırabiliriz. Kişinin, hukuk kuralları karşısındaki davranışları hukuksal yerini (katillikle, dolandırıcılıkla, kaçakçılıkla vs. ile suçlamak gibi); Ahlaksal şeref ve haysiyet ise, topluma karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu ahlaksal görevlerine ilişkin değerlerini oluştururlar. Bu değerlere bağlı kalmamanın yasal bir yaptırımı olmamakla birlikte, uygun davranmadığı konusunda yayın yapılması (ikiyüzlü, yalancı, utanmaz, uşak vs. gibi) o kişinin ahlaksal değerlerine bir saldırı teşkil eder.

bb) **Kişinin özel yaşamı** : Kişinin ve çok yakınlarının içinde yaşadığı alandır. *Jäggi* bu alanı, özel açıklamalara olduğu kadar basın açıklamalarına da açık olan ortak yaşam alanı ve özel açıklamalara açık, basına kapalı olan ortak yaşam alanı olarak ikiye ayırmaktadır (*Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu; Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ank. 1993, Sayfa 90/91*).

Diğer bir ayırımında, gizli alan, özel alan ve ortak alan olarak üçe ayrılmaktadır (*Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. C.II, s.399, Ankara 1989; Prof. Dr. Bilge Öztan, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, s.125 vd., 3. bası Ank. 1990, Prof. Dr. Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, s.126. İst. 1979, Prof. Dr. Aydın Zevkliler, Medenî Hukuk, s.431, Ank. 1989, Prof. Dr. Mustafa Dural, Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, s.143, 3. bası, İst. 1987*).

Kişinin özel yaşama alanını, bu denli ayırma tâbi tutmak, somut olayla karşılaştığımızda, farklılık gösterebilir. Hangi olayın veya şeyin gizli, özel veya ortak alana girdiğinin belirlenmesi, zamana, yere ve kişiye göre yer yer farklılıklar gösterebilir. Örneğin bir kimsenin aile resimleri,

mektupları gibi şeyler gizli alan içine girdiği için, kişinin rızası dışında hiç bir zaman açıklanmaması gerekir. Ancak kamu yararı ve o kişinin o anda içinde bulunduğu özel durum itibariyle açıklanması, kişilik haklarına saldırı teşkil etmez. Anonim kişiler için, bu tür şeylerin hep gizli kalması gerekli iken, tanınmış politikacılar, sanatçılar için aynı şeyi söylemek olası değildir. Diğer yandan, alalâde bir kişi için ortak alanın (ismi, mesleği vs.) hiçbir gizliliği olmamakla beraber, bazı durumlarda, o kişinin mesleği hakkında açıklama yapılması, uygun görülmeyebilir. Hatta böyle bir açıklama zaman itibariyle de yerinde olmayabilir. İleride de açıklıyacağımız üzere, kişinin özel yaşamı ile ilgili açıklamaların uygunluğu yararların tartılması ilkesi gözönünde tutularak değerlendirilecektir. Örneğin, kişinin banka hesapları onun gizlilik alanına girer. Ancak bu hesabın açıklanmasında, yararlar dengesi itibariyle, kamu yararı varsa, gizlilik koşulu ortadan kalkar. Ayrıca, koşullar ne olursa olsun, kişinin sır alanına hiçbir şekilde girilemez. Kişinin cinsel yaşamı bu türdendir.

cc) İlmî ve Mesleki Kimlik : Kişinin bilimsel çalışmaları, mesleği ve kimliği de, sosyal kişilik değerleri arasında yer alır. Bu konuda, gerçeği yansıtmayan söylentiler çıkarılması, yetersizliğinden söz edilmesi, ünvanın yetenekleri sonucu değil, başka yollardan sağlandığı gibi açıklamalar, bu alandaki kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Hatta kişinin yazdığı bir yazının veya bir konuşmanın, kişiyi küçük düşürecek biçimde yanlış ve eksik yayınlanması da, onun kişilik haklarına saldırıdır.

dd) Özgürlükler : Kişinin kişi olması nedeniyle, hukuk düzeni tarafından kendisine tanınan sosyal kişilik değerlerin başında, kişinin özgürlüğü gelmektedir. Bunlar kişinin, kişisel özgürlüğü, ekonomik, politik ile duygu ve düşünce özgürlüğü gibi özgürlüklerdir.

ee) Resim (Fotoğraf) : Kişinin resim üzerindeki hakkı da, sosyal kişilik değerleri içinde yer alır. Kişiler, resimleri üzerinde mutlak bir hakka (kişilik hakkına) sahiptirler. Kişinin izni olmadan, başkaları tarafından basılması ve yayını, kişilik hakkını ihlal eder. Özel ve olağanüstü bir olayı görüntüleyen fotoğrafta kişinin resminin yer alması veya tanınmış kişilerin fotoğraflarının yayını, kural olarak kişilik haklarına saldırı teşkil etmez. Ancak buna karşın, yayınlanan resmin, kişiyi küçük düşürmeyecek bir görünüm taşıması, alay konusu olmayı da gerektirmemesi, özellikle gizli yaşamı ile de ilgili olmaması gerekir.

III- YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI

Yukarıda, I ve II no'lu başlıklar altında, kısaca yayın ve kişilik haklarının kapsam ve önemini belirtmeye çalıştım. Açıklandığı üzere, gerek görsel ve sözlü ve gerekse yazılı yayının (basın), toplum yararına bir işlevi olduğunu, bundan dolayı da özgürce hareket etmesi gerektiği özgür basının aynı zamanda, kişileri de özgür kıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Kişilik haklarına gelince, kişinin doğuştan ve sonradan bu haklara sahip olduğu, bu hakların vazgeçilmez ve kısıtlanamaz haklar olduğu, Anayasa ve Yasal güvenceler altında bulunduğu anlaşılmıştır.

Şu duruma göre, bir taraftan Anayasanın 28. maddesinde, basının özgür olduğu, sansür konulamıyacağı güvence altına alınmış, 5680 sayılı Basın Yasasının 1. maddesinde de, basının serbest olduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler bölümünde yer alan, Temel Hak ve Özgürlükler (ki bunların en önemlilerini kişilik hakları oluşturur) güvence altına alınmış, bu hakların saldırıya uğraması halinde, yaptırımları bazı özel yasalar dışında, özellikle MK.nun 24, 24/a ve BK.nun 49 ncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere basının temel görevi, toplumun çıkarını ilgilendiren konu ve olaylar hakkında toplumu bilgilendirmek, daha doğru ve güzel olanı için kamuoyu oluşturmaktır. İşte basın bu görevini yerine giterken, bazı kişi ve kişileri, kurumları eleştirmek zorunda kalabilir. Zaten genellikle de durum böyle olmaktadır. Bunun sonucunda, basın özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerleri karşı karşıya gelmektedir. İşte sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan basın, özgürce yayın yapmakla görevli ve yetkili kılınırken, hatta bunu yapmak zorunda iken, diğer yandan, yapılan bir açıklama ve yorumla, kişinin kişilik haklarının zarara uğraması karşı karşıya gelmektedir. Böylece, karşı karşıya bulunan ve birbiri ile uyuşmayan ve hukuk düzenince koruma altına alınan yararlar, çatışma içine girmiş gibi bir görünüm ortaya çıkmaktadır.

Halbuki hukuk düzeninin, çatışan iki yararı aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, konu biraz yakından incelendiğinde, her iki yararın aynı anda ve birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda, birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, böyle bir sonucun da yine hukukun vazgeçilmez ve temel ilkelerinden kaynaklandığı görülecektir. Bu da her somut olayda, birinin diğerine üstün tutulması, üstün tutulmanın da objektif olarak hukuka uygunluğu nedenine dayandığı anlaşılacaktır. Hukuka

aykırılığın özünü, hukukun koruduğu yararların saldırıya uğraması oluşturduğuna göre, hukuka uygunluğu nedenine dayandığı anlaşılacaktır. Hukuka aykırılığın özünü, hukukun koruduğu yararların saldırıya uğraması oluşturduğuna göre, hukuka uygunluk nedenleride bu bakış açısına göre saptanabilir (*Prof. Dr. Selim Kaneti; Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk, s.147*). Hukuka uygunluk nedenlerin de, korunan kişinin korunmakta ya bir çıkarı yoktur ya da korunan çıkar karşısında yer alan ve onunla çatışan değer daha üstünlük taşımaktadır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün olanı karşısında, hukuk düzenince çiğnenmesi uygun görülmektedir. Böylece, ya "çıkart eksikliği veya yokluğuna dayanan hukuka uygunluk" ya da "çıkart üstünlüğüne dayanan hukuka uygunluk" söz konusu olmaktadır (*S. Kaneti, agm. s.148*). Burada, teorik olarak düşünce ayrılığına yol açan tartışmalarda ileri sürülen bir görüşe göre; Hukuk kuralının çiğnenmesi ile, soyut olarak hukuka aykırılık gerçekleşmektedir. Ne var ki, somut olaydaki özel olgular nedeniyle hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır (*S. Kaneti, agm. s.144-145*). Bu düşünce biçimine göre, eylemin ortaya konması ile, soyut olarak ve önceden hukuka aykırılık gerçekleşmektedir. Ancak, somut olgular itibariyle, bu hukuka aykırı olan durum ortadan kalkmakta ve saldırı gerçekleşmemiş sayılmaktadır.

Öteki görüşe göre ise, önce hukuka aykırı olduğu kabul edilen olayın, özel olgular nedeniyle sonradan hukuka uygun hale getirilmesi olanağı yoktur. Burada, eylemin hukuka aykırı sayılmasını engelliyen nedenlerin varlığından dolayı, eylem baştan itibaren hukuka uygundur. Diğer bir anlatımla, önce hukuka aykırılık, sonra uygunluk söz konusu değildir. Baştan beri eylem hukuka uygun durumdadır (*S. Kaneti; agm s.245*).

Tartışma son derece teorik olmakla birlikte, doğru bir sonuca varılabilmesi bakımından da üzerinde durulmayı zorunlu kılmaktadır. Uygulamada, basın tarafından yapılan bir açıklama üzerine, soyut olarak kişilik haklarına saldırı gerçekleşmiş olmaktadır. Şimdi bu saldırının hukuka uygun olduğunun kabulü için, yapılan saldırıda, üstün bir yararın bulunması gerekmektedir. Açıklanan şu sıralama itibariyle sanki üstün yararın varlığı sonradan anlaşıldığı kanaatini uyandırmakta ise de, aslında yapılan açıklama sırasında hatta ondan önce o üstün yarar mevcut bulunmaktadır. O halde, yapılan eylemden önce hukuka uygunluğun bulunması nedeniyle eylem saldırı teşkil etmemektedir. Yapılan yargılama ile ortaya çıkan bu sonuç, sadece bir açıklama bir tespit niteliğini taşımakta olup, yenilik doğuran bir özellikte değildir.

IV- BASIN YOLUYLA GERÇEKLEŞEN SALDIRININ BAŞLICALI TÜRLERİ

Konu, ağırlıklı olarak yazılı yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıya ilişkin bulunması nedeniyle, biz de basın açıklamaları üzerinde duracağız. Basın açıklamaları, yapılan açıklamanın sayısına, niteliğine ve kullanılan araca göre sınıflandırılabilir. Basında yer alan açıklama, bazan bir haber olur, bazan bir makale veya yorum biçiminde açıklanabilir. Bunun için farklı araçlar da kullanılabilir. Buna göre bir gruplandırma yapılabilir.

1- Olay Açıklamaları (Haber)

Olay açıklamaları denince akla haberler gelir. Kural olarak haberlerin, diğer tüm yayınlarda olduğu gibi objektif ve tarafsız biçimde verilmesi gerekir. Bu nitelikteki açıklamaların doğruluk ölçülerinin denetimi kısmen mümkün olduğundan, hukuka uygunluğunun tesbiti daha kolay olabilir. Bu yolla verilen haberin gerçekliği verilisindeki güncellik ve kamu yararının olup-olmadığı hususunu ileride inceleyeceğiz.

2- Kişi veya Kişiler Hakkında Değerlendirme Yapılması (Makale Yazılması, Yorum Yapılması)

Olay açıklamaları bir olayın objektif olarak yansıtılması olduğu halde, değerlendirme bir kişi hakkındaki subjektif bir düşünceyi içerir. Değer yargısının doğruluğunun kanıtlanması daha da güçlük taşır. Bazen, hakkında değerlendirme yapılan kişi, somut bir olayın muhatabı olarak da gösterilebilir. Böyle bir değerlendirmenin kanıtlanması mümkün ise de, soyut bir takım değer yargılarının kanıtı daha da güçlükler taşıyabilir. Örneğin bir kişi için ikiyüzlüdür, karakteri zayıftır, dengesizdir gibi yapılan bir değerlendirmenin doğruluğunu kanıtlamak son derece güçtür. Aslında değerlendirme biçimindeki yayınlar, toplumdaki aksaklıkları, çözüm yollarını ve daha iyi bir yaşam tarzı için yol gösterici bir özellik taşırlar. Bu bakımdan basının bu yöndeki açıklamaları daha da önemlidir.

3- Açıklamada Kullanılan Araç

Açıklama, bir olayın haber olarak verilmesi şeklinde olabileceği gibi, başka yollar ve vasıtalarla da yapılabilir. Bunları şu şekilde gruplandırabiliriz.

a) **Resim** : Kişinin kendisi ve aile çevresi üzerinde, sosyal kişilik değerleri içerikli hakları bulunmaktadır. Kişinin izni bulunmadan resminin yayını, kişilik haklarına saldırıdır. Ancak bu yargı her olay için aynı so-

nucu doğurmaz. Bir toplumsal olayda hareket ve görünüm itibariyle özellik arzeden bir resmin yayını kişilik haklarına saldırıyı oluşturmaz. Aynı durum topluma mal olmuş kişilerin normal görünümdeki resimlerinin yayını da, kural olarak hukuka aykırılık teşkil etmez. Bu durum Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan maddede, yayının uygun olduğu hallerin saldırı teşkil etmeyeceği belirtildikten başka, MK.nun 24. maddesindeki kuralın da saklı olduğu ifade edilmiştir. Topluma mal olmuş da olsa o kişinin resmi, işgal ettiği yer ve taşıdığı ünvana, onun mesleki itibarını küçük düşürücü bir biçimde yapılan bir yayın özel yaşamına ilişkin olan resimler izinsiz yayınlanmışsa, orada saldırının varlığı kabul edilmelidir. Diğer bir anlatımla, yayınlanan resim, o andaki haber ve yoruma uygun olmalıdır. Örneğin topluma mal olmuş kişidir diye, onun resmini, izinsiz olarak bir reklamda kullanmak kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Her somut olaya göre, bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

b) Karikatür: Karikatür, belli bir olay ve konu hakkında, önemli anlamlar taşıyan bir düşünce yansıtılmasıdır denebilir. Sayfalar tutan bir yazı ile açıklanacak konular bir karikatürle verilebilir. Hatta anlatımı ve veriliş biçimi zaman almadan konu hakkında kısa yoldan bilgi vermesi nedeniyle de, yazıdan daha etkili sonuçlar doğurabilir. İşlevi itibariyle, yazıdan ve resimden daha abartılı olarak konuyu yansıtır. Karikatür, resimden farklı olarak, sadece olay açıklaması için değil, aynı zamanda diğer yargılarını da yansıtır.

Karikatürün bu özelliği itibariyle daha çok olay açıklaması veya diğer yargıları biçiminde yapılan bir yayın türü olarak işlevini yerine getirir. Karikatür zaman zaman veya komik bir etki yaratacak şekilde de bir görünüm taşıyabilir.

V- YAYINDAN DOLAYI HUKUKİ SORUMLULUK

Başlık, "yayın"dan kaynaklanan hukukî sorumluluğa ilişkin ise de, bu başlık altında, özellikle basın hukukî sorumluluğunu işleyeceğim. Sorumluluk ve bunun koşulları yönünden görsel ve sözlü yayın ile (Radyo-Televizyon) yazılı yayın (basın) arasında fazlaca bir ayırım bulunmamaktadır. Fark, kanıtların değerlendirilmesindedir.

1- Basının Sorumluluğunun Hukukî Şartları

Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler bölümünde, kişinin hakları belirtilmiş ve güvence altına alınmıştır. Özellikle Anayasanın 17. maddesinde

kişinin yaşama ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 20. maddesinde ise, özel yaşamın gizliliğinin korunmasından söz edilmiştir. MK.nun 24 ve 24/a maddeleri ile BK.nun 49. maddesi, kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde, uygulanacak yaptırımlar düzenleme altına alınmıştır. İşte güvence ve koruma altına alınan haklara saldırı halinde, diğer haklarda olduğu gib, uğranılan zararın giderileceği anlaşılmaktadır. Bunun için de şu koşulların bulunması gerekmektedir.

a) Basın yoluyla yapılan açıklama ile, şahsın kişilik hakkı saldırıya uğramış olmalıdır : Hangi hallerde ihlalin gerçekleşmiş olduğunu veya olmadığını biraz ileride açıklayacağım. Diğer bir anlatımla, yayının hukuka aykırı olup-olmadığını belirteceğim. Hiç şüphesiz sorumluluk için, öncelikle, yayının hukuka aykırı olduğunun sabit olması gerekir.

b) Bir zarar meydana gelmelidir : Sorumluluk Hukukunun genel ilkesi, burada da geçerlidir. Zarar yoksa, sorumlu da yoktur. Bu zarar, maddî olabileceği gibi, manevî de olabilir. Ancak, yayın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırıda genellikle, zarar gören kişinin manevî değerleridir. Bunun sonucu olarak da istenecek tazminat manevî bir nitelik taşımaktadır.

c) Saldırı ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır :

Bu da, sorumluluk için gereken koşullardan biridir. Bu koşuldan amaç, meydana gelen zararın uygun nedeni, zorunlu şartla, sonuç arasındaki bağıdır. Tazminat talep edebilmek için olayların olağan akışına ve genel yaşam deneylerine göre kişilik hakkını ihlal eden davranış, somut olayda ortaya çıkan zararın gerçekleşmesine elverişli olmalıdır.

Uygulamada, uygun illiyet bağı, kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde başka bir açıdan karşımıza çıkmaktadır. O da yansıma yoluyla kişilerin, kişilik haklarının saldırıya uğramalarının kabul edilip edilmeyeceğidir. Örneğin belli bir kimseyi hedef almadan, o meslektekiler için saldırı teşkil edebilecek sözler kullanılması halinde, o meslek mensupları kendilerine saldırı olduğundan bahisle tek tek dava açabilecekler midir? Bu husus yargı kararlarında tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11.2.1992 tarih ve Esas 1990/12650, Karar 1992/1742 sayılı kararında bu yön kabul edilmediği halde, aynı dairenin 23.5.1995 gün ve Esas 1994/6361, Karar 1995/4352 sayılı kararı ile kabul edildiğini görmekteyiz.

Tarafımızdan, dairenin 11.2.1992 gün ve 1990/12650, 1992/1742 sayılı kararına karşı yazılan karşı oy yazısında; "somut olayda, davalı gazetenin 13.12.1988 günlü sayısındaki bulmacada, (Ehli sünnet dışı sapık bir mezhep)in ne olduğu sorulmuş, takip eden 14.12.1988 günündeki sayıda verilen cevapta ise bunun, (Alevilik) olduğu belirtilmiştir... Eldeki dava ile davacı, Alevi olduğunu, belirtilen yayından dolayı dini inançlarına, dolayısıyla kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek manevî tazminat isteminde bulunmuştur.

Yerel mahkemece ... istem reddedilmiş. Dairenin onama kararına karşı tarafımızdan aşağıdaki değerlendirme yapılarak yerel mahkeme kararının bozulması ileri sürülmüştür. "... kişi gücünü toplum içinde sahip olduğu değerlerden alır. Bunlar onun yaşamında elde ettiği başarıları ve bağlı olduğu ve sahibi bulunduğu manevî değerlerdir. Manevî değerlerin içine kişinin onuru ve dini inançları da girer. Benimsediği inancın başkaları tarafından küçük görülmesi, horlanması, yanlış ve iyi bir inanç olmadığının açıklanıp söylenmesi o kişiyi doğrudan doğruya incitir. Toplum içinde o kişi hakkında yanlış kanaat ve sonuçların yerleşmesi sonucunu doğurur. O kişilerin gittiği yolun eğri, sapık olduğunu söylemek o kişilerin de normal olmadığını belirtmekle eş anlamlıdır" şeklinde açıklamada bulunmuş ve saldırının gerçekleştiğini belirterek düşüncemi aktarmışım.

Bu tür olaylarda diğer bir önerimiz de şudur. Yayınla belli bir kişinin mesleği, inancı ve düşüncesi hedef alınmayıp, o meslek, o inanç ve düşünce olanlar hedef alındığında, o meslek veya düşünce ile inanç sahiplerinin tek tek dava açmaları (ki açabilirler), zarar vereni büyük tazminatla sorumlu tutma sonucunu doğuracaktır. Aslında burada dava sahiplerinin istemi tazminat olmayıp, zarar verenin eyleminin hukuka aykırı olduğunun tesbiti ve kınanmasıdır. Kaldı ki, bu tür davalarda, zarar gördüğünü iddia edenin, mamelekinde bir azalmanın olduğu da zayıf bir varsayımdır. Bu yön de gözetilerek özellikle tazminat yerine BK.nun 49 ncu maddesinin son fıkrasında öngörülen önlemlerden birine karar verilmesinin, somut olayın özelliğine daha uygun düşeceği kanaatindeyim. Çünkü, hem yayının hukuka aykırı olduğu saptanmış olacak, hem de, davalının sorumlu tutulacağı manevî tazminatın çokluğu nedeniyle, hüküm altına alınan miktarların infazındaki zorluklarla karşılaşmayacak ve kararın etkisizliği önlenmiş olacaktır. Böylece yansıma yoluyla dava açma talebinin güçlüğü ortadan kalkacaktır (*Yargıtay 4. H.D.nin 23.5.1995 gün ve Esas 1994/6361, Karar 1996/4352 sayılı karara karşı yazdığımız karşı oy*).

VI- YAYININ HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Basın, açıklama ve değerlendirme yapmak görevi ile karşı karşıyadır. Bu görevini yerine getirirken, Anayasa ve yasaların tanıdığı yetkisini kullanırken, hukuk kuralları içinde kalmak, kişilerin kişilik haklarına saldırıda bulunmamakla da yükümlüdür. Aksi halde cezai ve hukukî sorumluluğuna gidilir.

Görüldüğü üzere basın, yaptığı yayından dolayı özgür olduğu halde, bu özgürlüğünü kişinin kişilik haklarına saldırı yönünde kullanamaz. Bir taraftan basının özgürlüğü, öte yandan kişilik hakları karşı karşıya geldiğinde, birine üstünlük tanımak zorundayız. Kişi hakları, zaten kişinin varlığı nedeniyle mevcut olan ve vazgeçilmeyen haklardır. Yayının da özgürce yapılma hakkına sahip olmasına rağmen, bunun hukuka uygun olması için, somut olay nedeniyle bazı koşulların bulunması gerekmektedir.

1- Zarar Görenin Rızası

Medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olan ve temyiz kudreti bulunan kimse, rızaen zarara neden olmuşsa, zarar verenin eylemi rıza nedeniyle hukuka aykırı sayılmaz. Ancak bu rıza, MK.nun 23. maddesinde de belirtildiği üzere medenî haklardan veya onları kullanmaktan vazgeçme anlamında olmamalıdır. Kişilik haklarına karşı yapılan saldırıda gösterilen rıza, aynı maddenin son fıkrasında belirtildiği üzere ancak insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına ilişkin olabilir. Resminin basılıp yayımlanması ile ilgili bulunabilir. Kendi yaşamı hakkında bir yazı yazılmasına rıza gösterebilir. Bunun sonucunda yapılan yayınlar, kişinin rızasına dayandığı için hukuka aykırılık ortadan kalkmış olur.

Şahsın kişilik hakları ile ilgili olarak yapılacak yayında, rızanın sonuca etkili olması için, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması (her konuda ve sürekli bir rızanın olamayacağı gibi), rızanın saldırıdan önce verilmiş bulunması, açıklamanın rıza gösterilen kısım ile ilgili olması ve rıza gösteren kişinin bu hakları kullanma ehliyetine sahip bulunması gerekir.

2- Yayının Yapılmasında Kamu Yararı Bulunmalıdır

Basına tanınan özgürlüğün temel dayanağı kamu yararadır. Kamu yararının ne olduğu konusunda, açık ve sınırları bilinen bir tanım yapmak mümkün olmamakla birlikte, *kamu yararını, ferdin kişisel çıkarları değil, toplumun çıkarlarının üstün tutulması olarak tanımlıyabiliriz.* Bunun nedeni de, hukuk düzenince güvence altına alınan ferdin ve toplumun ya-

rarlarıdır. Bu iki yarar şu veya bu nedenle karşı karşıya geldiğinde, ikisini birden korumak mümkün olmadığına göre, birinin diğerine feda edilmesi gerekmektedir. Hangisi daha üstünse o korunmalıdır. Somut olayda, bireyin mi, yoksa toplumun yararının mı daha üstün tutulacağını hâkim saptıyacaktır. Hukukun ana amacı, çıkar çatışmalarını dengelemek olduğuna göre, bu çatışmayı çözüme götüren bir yasa kuralının bulunmaması bir yasa boşluğu olarak görülebilir. Ancak, öyle bir boşluk için düzenleme getirilmesi durumunda, çözümden öte çözümsüzlük doğar. Diğer bir anlatımla, adalete uygun olmayan şekli bir çözüm getirilmiş olur. Bu bakımdan, böyle bir sorunla karşılaşıldığında, hâkimin MK.nun 1. maddesi gereğince, hukuk yaratma yetkisini aynı yasanın 4. maddesi uyarınca da, takdir yetkisini kullanarak sorunu çözmelidir.

İşte kamu yararı da toplumun kendini ilgilendiren konularda bilgilendirilmesini gerekli görmektedir. Ancak bu halde toplum olup-bitenlerden bilgilendirilmiş olacak ve buna göre davranışlarında tercihini koyacaktır. Hatta öyle ki, zaman zaman yol da gösterecektir. Ancak bu şekilde basın işlevini yerine getirmiş olacaktır. İşte bu açıklamalar sonucu yetkisini kullanan basın, bazı kişi ve kişilerin kişilik haklarına saldırmış olabilir.

Eğer somut olayda, kamu yararının üstün tutulması gerekiyorsa, üstün yarar ilkesi nedeniyle yapılan yayının hukuka uygun olduğu kabul edilecektir. Değilse, saldırının gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılacaktır.

3- Yayın Güncel Olmalıdır

Haberin güncel olması, somut olayın açıklandığı tarihlerde kamu yararının bulunması esasına dayanır. Açıklama, anında yapılmamış olabilir. Olay unutulup üzerinden zaman geçmiş ve artık hatırlatılmasında kamu yararı yoksa, yapılan açıklamanın sırf o kişinin kişilik haklarına saldırı nedeniyle yapıldığı kabul edilmelidir. Kişinin, yakın geçmişteki bir suçu ile ilgili olarak açıklama yapılırken, geçmişte işlediği ve üzerinden uzun zaman geçen başka bir suçunun açıklanması, güncel kabul edilebilir. Ayrıca, belli görevlere talip olan kişilerin geçmişi ile ilgili açıklama yapılması gerçek olmak koşulu ile geçmişlerinin eleştirilmesinde, hukuka aykırı bir yön olmamak gerekir. Çünkü bu ve benzeri kişilerin sade vatandaştan daha fazla eleştirilmeye muhatap olmaları işin doğasından kaynaklanmaktadır. Kişiyle ilgili olan geçmişteki olayın güncelliğini kaybettiği kabul edilse dahi, kişinin yeniden toplumsal olayların muhatabı olmasının güncel olmasından dolayı, geçmişteki olay gündeme gelebilir. Diğer bir anlatımla, geçmişe ait olup güncelliği kaybolan olay, kişinin

şimdi güncellik kazanan ortamda eskiden karıştığı olayın da açıklanmasını gerekli kılabilir.

4- Yayın Gerçek Olmalıdır

Basının görevi, gerçek olanı açıklamak ve o konuda halkı bilgilendirmektir. Gerçek olan bir olgunun açıklanması hiçbir zaman kişilik haklarına saldırı teşkil etmez. Gerçek olanın aynı zamanda güncel de olması gerekir. Gerçeklik, orta düzeydeki bir dinleyici veya okuyucunun bundan edineceği kaniya göre belirlenir. Açıklamanın gerçek olduğunu kanıtlamak açıklamayı yapana düşer. Tersine kanıtlama yükümlülüğü, saldırıya uğrayana düşmez.

Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırının en çok olduğu durumlardan biri de, açıklamanın gerçek olup-olmamasından kaynaklanmaktadır. Yahut, haber kısmen gerçek kısmen değilse o halde de saldırının varlığı kabul edilmelidir. Açıklama yapılırken ana açıklama dışında bazı detaylar da verilmektedir. Bazı durumlarda ana noktada bazı durumlarda ise detayda aşma yanlış değerlendirme biçiminde oluşmaktadır. Yan noktadaki yanlışlık, saldırıyı oluşturmamış olabilir. Ancak bu yanlışlık ana olguyu değiştirmemeli ve başka anlama gelecek bir kanı uyandırmamalıdır (*Ahmet Kılıçoğlu, age, s.166-167*).

Yayın doğru olmakla beraber abartılı olabilir. Eğer abartı orta düzeydeki okuyucu üzerinde, gerçek olan olaydan başka bir anlam çıkarmak sonucunu doğuruyorsa hukuka aykırılığın varlığı kabul edilmelidir.

Yayın kuruluşları veya haberi veren kişiler, yayıncılık ve özellikle gazetecilik mesleğinin bir gereği olarak olayı en ince noktasına kadar araştırmalı, incelemeli, tüm gerçekleri saptadıktan sonra yazmalıdır. Gazetecilik mesleğinin kuralları, yazılı olanlardan daha geniştir. Gazeteci hiçbir ticari, kişisel ya da toplum çıkarına aykırı olan konularda gerçekleri saptırma yoluna gitmemelidir.

5- Yayında Özle Biçim Arasında Biçimsel Bir Bağ Bulunmalıdır

Bir olayın açıklanmasında, kullanılan dil ve sözcükler, orta düzeydeki bir okuyucu üzerinde, başka bir anlama gelecek şekilde yer almamalıdır. Hiç şüphesiz yayın ve haber bütünü ile ele alınmalı, yazı içinde bazı sözcüklere göre yorum yapılmamalıdır. Ayrıca, yazının bütünü ile yorumunda, gerçek olmayan bir sonuç çıkarılmamalıdır. Kullanılan sözcükler kişiyi incitici, iğneleyici, aşağılayıcı ve kafalarda başka soru yaratacak biçimde olmamalıdır. Bir kimsenin hırsızlıktan hüküm giydiği belirtildikten

sonra, “meğer adam hırsızmış” şeklindeki bir ifade biçimi, o kişinin san-ki doğuştan hırsız olan biriymiş gibi bir anlam doğuracağından, özle biçim arasında denge bozulacağından, bu da kişilik haklarına saldırı oluş-turur.

Yayın, uygun olan amaç için veya uygun olan amaca varabilmek için uygun bir araç olarak kullanılmalıdır. Verilen haberde, kullanılan sözcük-ler yerine, incitici ve somut olaydaki gibi anlama gelmiyecek sözcük ve ifadeler kullanılarak verme olanağı varsa, buna rağmen uygun olan söz-cükler kullanılmamışsa, saldırının varlığı kabul edilmelidir.

Açıklama, kamu yararını gözetme yerine, kişisel bazı amaçlara yöne-likse, aracın yerinde kullanılmadığı sonucuna varılabilir. Örneğin fazla sü-rüm, sansasyon, kin ve küçük düşürme amacı güdülebilir (*A. Kılıçoğlu, age, s.170*). Verilen haber gerçek olmakla birlikte, haberin verilisinde sözcükler özenle seçilmelidir. Olaydaki açıklamanın başka bir anlama gelmesi önlenmelidir.

Bir olayla ilgili olarak verilen haberin dışında, bir değerlendirme ya-yını yapıldığı zaman da, aynı özen gösterilmelidir. Kişi veya kişiler eleştiri-rilirken, yine objektif değerlendirmeler yapılmalıdır. Eleştiri, herhangi bir konuda değer hükmü verme demektir. O değer hükmü yine gerçeğe da-yanmalıdır. Yapılan değerlendirmede varılan sonucun kanıtlanması çok güç ise veya olanaksız bulunuyorsa, o sonuç yayınlanmamalıdır. Aksi halde, araçla amaç arasında uygunsuzluk doğuracağından kişilik hakla-rına yapılan saldırı gerçekleşmiş olur. Her somut olayda, o günün koşul-ları, toplumun olaya karşı olan ilgisi, olayın açıklamasında ve değerlendirilmesindeki kamu yararı tümüyle gözönünde tutularak, saldırının olup-olmadığı, ne ölçüde olduğu mahkeme tarafından takdir ve tayin edilme-lidir. Bu konuda önceden kesin ve sayılı biçimde kurallar koymak, bizi yanlış sonuçlara götürebilir.

6- Yasadan Doğan Bir Yetkinin Kullanılması

Yasadan doğan bir yetkinin kullanılması sonucu, kişinin kişilik hakları sınırlanabiliyor veya zarar görüyorsa, bu saldırı yasadan kaynaklandığı için eylem hukuka aykırı olmayacaktır. Bu yetki, kamu hukukundan do-ğabileceği gibi özel hukuktan da doğabilir. Bir kişinin tutuklama emri gereğince cezaevine konulması, ana-babaya çocuk üzerinde tanınan hak-lar, zilyedin kuvvet kullanması, meşru savunma halleri buna örnek teşkil edebilir (*H. İşgüzar, agm, s.870*). Ancak yasadan doğan bu yetkinin, hu-kuka uygun sayılabilmesi için de, yasal sınırlara tecavüz edilmemeli ve

özellikle yasa ile tanınan yetki, amacına uygun biçimde kullanılmalıdır. Kişiyi küçük düşürücü, ezici bir nitelik taşımamalıdır.

VII- KUSUR

Kusur, sorumluluk hukukunun temel öğelerinden birisidir. Kusurun olmadığı yerde, sorumluluktan da söz edilemez. Ancak bazı özel durumlarda ve yasada gösterilen hallerde kusur olmadan da zararlı eylem arasında uygun illiyet bağının bulunması koşulu ile sorumluluğun kabul edildiğini görmekteyiz.

Kişilik haklarına karşı yapılan saldırının yaptırımları, özellikle BK.nun 49., MK.nun 24 ve 24/a maddelerinde belirtilmiştir. BK.nun 49. maddesinde, 3444 sayılı yasa ile, 4.5.1988 tarihinde bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikten önce, kişilik haklarına yapılan saldırının gerçekleşmiş olması için, “zararın ve kusurun özel ağırlığı” koşulu aranmakta idi. Anılan maddede yasa koyucu tarafından yapılan bu değişikliğe karşın, sorumluluğun “kusursuz sorumluluk” olduğu düşünülemez. Çünkü, BK.nun 49. maddesinin ilk fıkrası “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan...” hükmünü getirmiştir. Ayrıca, maddenin meclise sevinde yer alan ve “Ancak bu zararı doğuran tecavüz basın ve yayın yoluyla vuku bulduğu takdirde dava açılması için kusur şartı aranmaz” biçimindeki fıkranın da maddeden çıkarılması ile sorumluluğun kusursuz sorumluluk olmadığı anlaşılmaktadır. O halde yayından dolayı sorumluluk için kusurun varlığı zorunludur. Bu kusurun ağır veya hafif olması, ihmâl derecesinde bulunması, sonuca etkili değildir. Sadece bu ölçütler tazminat kapsamının belirlenmesinde önem taşırlar.

VIII- MANEVÎ TAZMİNAT

Kişilik haklarına yapılan saldırı sonucu, doğan zararın tazmininin istenebileceği, gerek MK.nun 24/a gerekse BK.nun 49. maddesinde ifade edilmiştir. Ancak, MK. 24/a maddesinde “maddî ve manevî tazminat” davalarının açılacağı ifade edildiği halde, BK.nun 49. maddesinde sadece “manevî tazminattan” söz edilmiştir. Saldırının özellikle maddî değerlerle ölçülemeyen kişilik haklarına yönelik olması nedeniyle, genellikle manevî tazminatı gerektirmektedir. Maddî bir zarar oluşmuşsa, onun da istenebileceği doğaldır.

Sorun, yayın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırıda, manevî tazminat miktarının düzeyi ve bu ölçünün hangi ölçütlere göre belirlenmesi gerektiğidir. Yasalarda bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır. Sadece, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları hak-

kındaki kanunun 28. maddesinin son fıkrasında tazminat miktarının yüz milyon liradan az olamayacağı hükme bağlanmıştır. Tazminat miktarının bu şekilde saptanmasının doğru olmadığını düşünmekle birlikte, bir ölçü verilmek istendiği kanaatini taşımaktayım. Böyle bir belirlemeye katılmamamın nedeni, hâkimin her somut olaya göre yapacağı takdir yetkisini ortadan kaldıracığıdır. Diğer yönden, çok hafif bir saldırının var olduğu durumlarda, bu miktarda bir tazminat gerekmiyebilir. Ayrıca yasa böyle bir sınır koymakla, uygulamada bu miktarın üzerine çıkarak hüküm kurulması da önlenmiş olabilir. Zaman içinde para değerindeki düşmeler sonucu, yasada yer alan bu miktar çok düşük kalabilir.

BK.nun 49. maddesinde, hüküm altına alınacak manevî tazminat miktarının belirlenmesi bakımından, 3444 sayılı yasa ile yeni ölçütler getirilmiştir. Buna göre hâkim, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı, sosyal ve ekonomik durumlarını gözönünde tutmak suretiyle tazminat miktarını belirleyecektir. Ayrıca gerekirse tazminattan ayrı başka bir yaptırıma da davalıyı mahkum edebilir. Diğer yaptırımların ne olduğu maddenin son fıkrasında yer almış olup, tazminata ilave olunacağı gibi tek başına da hüküm altına alınabilir. Bunların neler olabileceği örnek kabilinden sayılmıştır. Maddede yer alan ve tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin hususlar, eşitsizliğe neden oldukları düşüncesi ile eleştirilebilirler. Kişinin sıfat ve ünvanına, ekonomik ve sosyal durumuna göre tazminat miktarının belirlenmesinin Anayasanın eşitlik ve genellik ilkesine aykırı bulunduğu ileri sürülebilir.

Biz, maddenin şu düzenleniş biçimindeki ölçütlerin eşitliği bozduğu kanısında değiliz. Çünkü manevî tazminat, kişinin kişilik haklarında, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi amacını taşır. Yayın yoluyla yapılan bir saldırı sonucu, toplumun daha çok kesimi tarafından bilinen kişiler, daha fazla sayıdaki kişi katında kendi itibarını yitirmektedirler. Ayrıca mevki sahibi de, saldırı ile birlikte onun sahip olduğu otorite ve yetki de zaafa uğratılmış bulunmaktadır. Öyle bir kişinin bundan böyle öyle bir yere getirilmemesi, gelmemesi gibi bir sonucun doğmasına neden olmaktadır.

Zarar veren görsel sözlü ve yazılı yayın kurumunun durumu, konumu ve açıklamayı yapan gerçek kişinin isim ve mevkii de, tazminat miktarının belirlenmesinde etken olmalıdır. Çünkü yayını yapan gazete vs. ile açıklamayı yapan kişi, ne kadar güvenilir ve ciddi birisi ise, o ölçüde yayının doğru olduğu kabul edilecek ve zarar da buna göre artmış olacaktır. Yayının daha fazla trajedi olan bir gazetede yapılması ile, az trajedi bir gazetede yapılması da tazminat miktarını etkileyecektir. Gazete yazılı bir bel-

gedir ve kalıcıdır. Yıllar sonrasında, onu her an okumak olasıdır. Bundan dolayı da görsel ve sözlü basından daha etkindir.

Tazminat miktarının tesbitinde, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının da gözönünde tutulmasını öngören ölçüt yerindedir. Aksi halde, tazminatı ödemekle yükümlü olan kişiye, ekonomik gücünün çok üstünde bir tazminata hükmedilmesi, onun ödetilmesini imkansızlaştıracığından, hükmün etkisiz kalması sonucunu doğurabilir. Ayrıca tazminat miktarının belirlenmesinde saldırının ağırlığı da önem taşır. Ağır bir saldırı için hükmedilen tazminat, hafif saldırı için hükmedilenden mutlaka fazla olmalıdır. Kusurun ağırlığına göre, tazminat miktarı belirlenmelidir.

Saldırının yayınlı yapılması halinde, yayının kapsadığı alan da tazminat miktarının takdirinde etken olmalıdır. Tüm yurt düzeyinde, hatta yurt dışında da yayın ve dağıtımı olan yayın ile, küçük bir bölgeyi kapsayan yayın için tazminat miktarı aynı olmamalıdır.

Tazminat miktarı bir ceza değildir. Ancak bu tazminatın zarar vereni caydırma amacı gütmeyeceği anlamına gelmemelidir. Hukuk, bozulan dengeyi düzeltmek işlevi yanında, aynı zamanda o dengenin korunmasını ve bozulmamasını da amaçlar. Tazminatın, az takdir edilmesi durumunda, zarar verenin o eylemi sürdürmesini önlemede etkin bir rol oynamaz. Takdir edilen tazminat miktarı, özellikle yayın yoluyla yapılan saldırının etkinliği gözetilerek, onun bir daha aynı eylemi yapmasını engelliyecek ve caydıracak düzeyde olmalıdır. Çünkü yayınlı, bazı durumlarda çok büyük yararlar sağlanmaktadır. Yayınlı izleme ve satışı artmaktadır. Böylece yayınlı haksız kazanç elde edilmektedir. İşte, hüküm altına alınacak tazminat miktarının yüksek tutulmasında, hem haksız kazancın miktarı aşağı çekilmekte ve hem de aynı saldırının bir daha işlenmesinde, daha çekingen ve dikkatli hareket etme sonucunu sağlamaktadır.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse, tazminatı almakla, kaybolan itibarını sağlamamaktadır. Yayın, büyük bir kitle tarafından öğrenilmekte, toplumda o kanının doğru olduğu kabul edilmektedir. Açılan dava ile, haksızlığın kanıtlanması, çok az sayıda ve ancak davacının dar çevresi tarafından bilinmektedir. Saldırının haksızlığı yayınlı olmuş olsa dahi, artık olay üzerinden uzun süre geçtiği için toplumun edindiği yargıları değiştirmede, beklenen sonucu sağlamamaktadır. Bazen öyle haksız ve yersiz yayınlı yapılmakta ki, o kişinin tüm toplumsal yaşamı ve itibar bir daha eski durumuna ulaşamamaktadır.

IX- KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI HALİNDE AÇILACAK DAVALAR

Kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda, açılacak davalar, özellikle MK.nun 24, 24/a ve BK.nun 49. maddelerinde belirtilmiştir. Bu davaların isimlerini ve yerin darlığı nedeniyle de niteliklerini kısaca belirteceğim.

1- İhtiyati Tedbir İstenmesi

Kişilik haklarının saldırıya uğraması ihtimali olan veya uğradığı halde bunun devam edeceği anlaşılan durumlarda kişi, bu saldırının durdurulmasını tedbiren hâkimden isteyebilir. Örneğin, ilk yayında, bir saldırı gerçekleşmiş ve devam edeceği anlaşılmışsa, bunun tedbiren durdurulması istenebilir. Böyle bir talep, Anayasanın 28/b fıkrasında yer alan, hâkimin olaylar hakkında yayın yasağı koyamayacağı kuralına aykırı düşmez. Çünkü aynı fıkra, "kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere..." ilkesi de yer almıştır. Kaldı ki, kişilik hakkı saldırıya uğrayanın, bu saldırı basın yoluyla da olsa, durdurulmasını istemesi, en doğal hakkıdır. Durdurmanın gerekli olup olmadığının takdiri hakime aittir. Böylece zararın artması da önlenmiş olur. Hakim, yayının gerçek olduğu kanaatine yarırırsa, tedbire itiraz halinde HUMK.nundaki ilkeler gereğince kaldırma yetkisine de sahiptir.

2- Tesbit Davası

MK.nun 3444 sayılı yasa ile yapılan değişikliğinden önce, tesbit davası sadece kişinin ismi üzerindeki hakkı için kabul edilmişti (MK. 25). Ne var ki, uygulamada, kişinin diğer kişilik haklarının zarar görmesi halinde de, tesbit davası açılmakta ve genel ilkeler uyarınca dinlenebilmekte idi. Sonradan 3444 sayılı yasa ile MK.nun 24/a maddesinin 1. fıkrası ile tesbit, davasının açılacağı, bir yasa kuralı haline de getirilmiştir.

Bu dava ile saldırıya uğrayan kişi, saldırının hukuka aykırılığının tesbitini ve gerektiğinde bu aykırılığı saptayan yargı kararının yayınlanmasını hakimden isteyebilecektir. Tesbit davasının dinlenebilmesi için, eda davası açma olanağının bulunmaması gerekir. Çünkü, her eda davasının kabulü için, eylemin hukuka aykırılığının da tesbiti zorunludur. Bunun içindir ki, önce bir tesbit, sonra bir eda davasının açılması gereken hallerde, davacının tesbit davasını açmada hukukî yararı bulunmamaktadır.

3- Saldırının Önlenmesi Davası

Bu dava, maddî ve usul hukukunda yer alan “meni müdahale” “haksız el atmanın önlenmesi” davaları ile aynı anlama gelmemektedir. Buradaki “önleme”, yapılan saldırı sonuçlarına ilişkin olmayıp saldırı fiiline ilişkin bulunmaktadır (A. Kılıçoğlu, age, s.198).

Böyle bir ayırım son derece teorik gibi görünse de, bize doğru gelmektedir. Çünkü, alelade önleme davasında, gerçekleşmiş bulunan bir tecavüzün önlenmesi, ortadan kaldırılması istenmektedir. Davanın kabulü ile de, bu eski haline dönüşmüş olmaktadır. Halbuki, basın yoluyla kişilik haklarına bir saldırı olmuşsa, artık bunun önlenmesine karar verilmesinin sonuca hiçbir etkisi olamaz. Ancak henüz saldırı gerçekleşmemişse, yapılacak saldırının önlenmesi için böyle bir dava açılarak, saldırı yapılmadan önlenmiş olur. Bundan dolayıdır ki, bu dava sonunda verilecek kararla davalı, bir eylemi yapmaya değil, yapmamaya mahkum edilmektedir. O da saldırı fiiline başlamadan durdurulmasıdır.

Böyle bir dava sonunda verilen karara uymayan davalı, özellikle İİK.nun 343. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Kararda ayrıca bu maddenin yazılmasına hiç gerek yoktur (A. Kılıçoğlu, age, s.204, *Aksi görüşle*). Çünkü, mahkeme kararlarına uymamanın yaptırımı zaten bellidir. Ayrıca bunu karara yazmak fazla bir tekrardan ibaret olacağı gibi karar tekniğine de uygundur.

4- Durdurma Davası

MK.nun 3444 sayılı yasa ile yapılan değişikliğinden önce, bu isimde bir dava yer almamış olmasına rağmen, kişilik hakları, bir zaman dilimi içinde yapılan periyodik yayınlarla saldırıya uğrayan kişi, bu yayının durdurulmasını isteyebilmekte idi. Böyle bir uygulama, kişilik haklarının özelliğinden ve hukukun genel ilkelere dayanmaktadır. Ne var ki, 3444 sayılı yasa ile, MK.nunda yapılan değişikliklerle, bu isimde bir davanın açılacağı aynı yasanın 24/a maddesi ile hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Bu dava, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak saldırıya uğraması ve bu saldırının devam etmesi durumunda, bunun durdurulmasına karşı açılan bir davadır. Bu dava ile davadan önceki yayınlar değil de, sonraki yayınların durdurulması amaçlanmaktadır. Zaten önceki yayınlar yapıp sonuçlarını doğurduklarından, durdurma da artık söz konusu olmaz. Ancak, tazminat davasına konu olabilirler.

5- Nedensiz Zenginleşme Davası

Bu isimde bir dava türü, MK.nun 24 ve 24/a maddesinde yer almaktadır. Bu davadan amaç, kişilik haklarına yapılan saldırı sonucu zarar verenin malvarlığında, zarar görenin aleyhine bir çoğalma olmuşsa, bu yüzden oluşan zenginleşme haklı bir nedene dayanmadığından, bunun zarar görene iadesi gerekmektedir. Bu isimdeki davanın yasal dayanağı BK.nun 61. maddesidir. Ancak, yayın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırıda hüküm altına alınan paranın, bir tazminat olduğu, uğranılan zararın karşılığını teşkil ettiği düşüncesindeyiz. Bundan dolayı, zarar verenin BK. 63. maddesi gereğince, ancak elinde kalan miktarı ödeyeceğinin doğru olmadığını tamamının istenebileceği görüşünü taşımaktayız.

6- Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Dava

Kişilik haklarına karşı yapılan saldırıdan dolayı açılacak davalar arasında, bu isimde bir davanın ilk defa MK.nun 24/a maddesinde yer almış olduğunu görmekteyiz. Hukuki nedeni, zarar verenin, sanki zarar gören adına hareket etmiş ve bunun sonucuda sağladığı haksız kazancın zarar görene iadesi esasına dayanmaktadır. Böyle bir dava türünün, kişilik haklarına karşı yapılan saldırıda uğranılan zararın tazmininin talebi için yasada yer alması, bize uygun düşmemiştir. Çünkü, vekâletsiz iş gören, işin başından beri, vekil edilenin yararına hareket etmektedir veya öyle olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, vekil eden vekile vekâleti verseydi, vekil nasıl hareket edecek ise, vekil burada da bilerek onun zararına hareket etmiyecektir. Halbuki somut olayda “vekil” olarak kabul edilen kişi, davacının zararına hareket etmektedir. Aslında, böyle bir dava, maddî tazminat davası içinde ve somut olayın özelliğine göre, tazminatın kapsamı belirlenerek çözümlenebilir. Ayrıca, bir isim ve hukukî bir nitelendirmeye gerek bulunmamaktadır. Zaten bu güne kadar da, böyle bir düzenleme olmadığı halde aynı sonuçları doğuracak davalar açılıp sonuçlandırılmıştır.

7. Maddî Tazminat Davası

Kişilik haklarına yapılan saldırıda, maddî tazminat davasının açılacağı tabiidir. Miktarın belirlenmesinde uygulanacak yöntem diğer maddî tazminat davalarından farklı değildir. Davacının aktifindeki azalma, pasifindeki çoğalmanın toplamı, onun maddî zararını oluşturur.

Maddî tazminat davalarında aranan ilkeler, aynen buradaki dava türü için de geçerlidir. Diğer bir anlatımla, hukuka aykırı eylem olacak, zarar olacak, zararlı eylem arasında uygun illiyet bağı bulunacak ve davacı bu

zararını kanıtlamış olacaktır. Bu tür davalar, özellikle saldırıya uğrayanın elde etmek istediği kazançtan yoksun kalması ve cismani zararlar karşılığını oluşturan tazminatları kapsar.

9- Manevî Tazminat Davası

Bu dava ile ilgili olarak daha önce geniş açıklamalarda bulundum. Şunu hemen belirteyim ki, kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda, ilk akla gelen dava manevî tazminat davasıdır.

X- DAVANIN TARAFLARI

1- Davacı : Davacı, kişilik hakkı hukukta aykırı biçimde saldırıya uğrayan kişidir. Bunların kimler olabileceğini daha önceki açıklamalarımda belirttiğim için yeniden tekrar etmiyeceğim.

2- Davalı : Yazılı yayının süreli ve süreli olmamasına göre, davalılar da değişiklik arz etmektedir. Süreli yayınlarda (gazete, dergi gibi) haberi veya değerlendirme yazısını yazan kişi, yayının sahibi ile sorumlu yazı işleri müdürü aleyhine açılacaktır (*Basın Kanunu, mad. 16/1 ve 17*). Ayrıca, saldırı teşkil eden olay bunların dışında başka kişilerin açıklamasına dayanılarak verilmişse, o da aynı şekilde ve hepsi birlikte zincirleme olarak sorumludurlar. Zarar gören, bunlardan biri veya bir kaç aleyhine dava açabileceği gibi, tamamı aleyhine de açabilir. Yayın, başkasının açıklamasına dayandığı ileri sürülerek, yayının sahibi, yazıyı yazan ve sorumlu yazı işleri müdürü sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü, hukuka aykırı olan eylemi yazıp yayınlamakla, haksız eyleme onlar da katılmış bulunmaktadırlar.

Süreli olmayan yayınlarda ise, yine Basın Yasasının 17. maddesindeki yollama karşısında, eser sahibi (yazarı, çevireni ve çizeni) yayınlıyan, basım evi sahibi, satan ve dağıtım yapanlar sorumludurlar.

Görsel ve sözlü yayına gelince, yayını yapan kurumun kendisi, sorumlu haber müdürü ve haberi veren, yorumu yapanlar birlikte sorumludurlar. Bu şekildeki bir yayının yapılmasında katkıları olan başkaları da varsa, onlar da aynı şekilde sorumlu tutulurlar. Bu konuda, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınlar Hakkındaki Kanunda, özel bir düzenleme yer almış değildir. Ancak, anılan yasanın 28/son maddesinde, genel hükümler uyarınca dava açılabilmesi hükmü bağlanmıştır. Genel hükümlere yollama yapıldığına göre, haksız eyleme katılan herkes aleyhine dava açılabilmesi anlaşılmalıdır.

XI- YETKİLİ MAHKEME

Kişilik haklarına saldırı, mahiyeti itibariyle bir haksız eylemdir (BK. 41). Haksız eylemden doğan davaların, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde açılacağı HUMK.nun 21. maddesinde genel bir kural olarak belirtilmiştir. Burada “haksız fiilin işlendiği yer”den amaç, “zararın gerçekleştiği ve böylece haksız eylemin tamamlandığı yer” olarak anlamak gerekir.

Haksız eylemden doğan dava, yalnız haksız eylemi işleyene değil, aynı zamanda bu eyleme katılanlar aleyhine de açılabilir. Böylece haksız eylem birden fazla kişi tarafından işlenmişse, bu kişilere karşı açılacak tazminat davası, ortak yetkili mahkeme olan zararın gerçekleştiği yer mahkemesidir.

Açıklanan bu kuralları, yayın yoluyla kişilik haklarına karşı yapılan saldırı nedeniyle doğan zararın tazmini için açılacak davada yetkili mahkemenin tesbitine uyarladığımızda, yayının ve dağıtımın yapıldığı her yerde zararın gerçekleştiği sonucuna varılmalıdır. Bu duruma göre, gerek görsel ve sözlü ve gerekse yazılı yayın hangi alan içinde yayın ve satışı ve dağıtımını yapmışsa, zararda o yerde gerçekleşmiş olduğundan, tüm bu yerlerin ortak yetkili mahkemeler olduğu kabul edilmeli ve bunlardan herhangi birinde dava açılabilir. Bu yer gerek davacının (zarar gören) ve gerekse davalının veya davalılardan birinin ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi olabileceği gibi, bize göre bunların dışında yayın yapılan yerler olmak koşulu ile başka bir yer mahkemesi de olabilir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin yeni bir kararında, (18.3.1996 gün ve 1996/697-1999 sayılı) görsel ve sözlü yayın ile yazılı basın yoluyla kişilik haklarına karşı yapılan bir saldırı olayında davacının, gerek kendisinin ve gerekse zarar verenin ikametgâhı dışındaki yer mahkemesinde açılan davaya mahkemenin bakmaya yetkili olmadığına karar vermiştir. Bu karara karşı yazdığımız karşı oy yazısında, eylemin TRT’de “Gündem” programında yayımlandığı, bu yayının Türkiye’nin ve hatta dış ülkelerde de gösterime girdiği belirtilerek, zararın bu yerlerde gerçekleşmesi nedeniyle, Türkiye’nin herhangi bir yerindeki mahkemesinde de dava açılacağı, davacı İzmir’de oturmasına karşın davayı Bursa’daki mahkemede açmış olmasının yasaya ve genel hukuk ilkelerine aykırı bir yönün bulunmadığı açıklanmıştır. Somut olayda davalıların yetki itirazının dinlenmesinde, hukukî bir yararı olmadığı da ifade edilmiştir. Ayrıca, zarar görenin, zararın gerçekleştiği her yerde dava açabilme hakkına sahip olması, onun karşı tarafı zor durumda bıraktığı, tabii hakim dışında başka bir yere taşıdığı, böylece hakkını kötüye kullandığıda savunulamaz. Çünkü, yasa-

dan doğan bir hakkın kullanılması, kötü niyetle hareket etme sonucunu doğurmaz. Ayrıca aynı külfete davayı ikametgâhında açmamakla davacının kendisi de katlanmış bulunmaktadır.

XII- ZAMANAŞIMI

Yayın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılara karşı açılacak davalar da, belli bir zamanaşımı süresine tabidirler.

5680 sayılı Basın Yasasının 35. maddesinde, süreli yayınlarda üç, süreli olmayan yayınlarda ise altı aylık süre içinde ceza davasının açılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Maddenin düzenleniş biçiminden de anlaşılacağı üzere, bu sadece açılacak ceza davaları içindir. Hukuk davaları için genel kurallar dışında, özel bir düzenleme anılan yasada yer almamıştır. O halde, yayın yoluyla açılacak davaların (ki bunlar nitelikleri itibariyle maddî-manevî tazminat, nedensiz zenginleşme, vekaletsiz işgörme gibi) BK.nun 60. ve 66.maddelerinde yer alan zamanaşımı sürelerine tabi olduğunu görmekteyiz. Buna göre, zararın ve failin öğrenildiği günden itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.

Yayın yoluyla kişilik haklarına karşı yapılan saldırı, yayının yapıldığı anda zarar gerçekleşmiş olur. Olağanüstü bir durum yoksa yayının kendi niteliğinden dolayı, yayın tarihinde zarar görenin, zararı öğrendiği kabul edilmelidir. Fail için de öğrenme tarihi başlangıç olarak kabul edilmelidir. Ancak bazı karmaşık durumlarda, sağlıklı bir tesbit için makul bir araştırma süresi tanınabilir. Eğer yayın, yazılı basın yoluyla yapılmışsa orada sorumlu kişiler açıkça belirtilmiş olduğundan (sahibi, sorumlu yazı işleri müdürü) bu kişilere karşı dava açma süresi de o andan itibaren başlayacaktır.

Süreli olmayan yayının zarar gören tarafından öğrenilmesi sorun olabilir. Diğer bir anlatımla, kitabın yayınlandığı günden itibaren zarar görenin bunu öğrenmemiş olması ihtimali daha kuvvetlidir. Bunun aksini savunan davalı kanıtlamalıdır. Öğrenme her türlü delille kanıtlanabilir.

Basın yoluyla kişilik haklarına karşı yapılan saldırı sonucu açılacak davalarda ceza zamanaşımının da uygulanabilip uygulanmayacağı tartışmalıdır. BK.nun 60. maddesinin 1 fıkrasının 2. cümlesinde yer alan ceza zamanaşımının yayın yoluyla gerçekleşen haksız eylemden doğan tazminat davalarında uygulanmayacağını savunan düşünceye göre (*Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İst. 1978, s.713 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, age, s.194 vd.*). BK.nun 60. f II.deki ceza zamanaşımına ilişkin kuralın, Basın Yasasının 35. maddesi karşısında uygulanamayacağı yönündedir. Gerekçe

olarak da, yayının sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürünün çalıştıran durumunda olması nedeniyle, anılan hükmün bunlar hakkında uygulanmayacağıdır. Ayrıca, ceza zamaşımı için daha kısa süre öngörülmüşken hukuk davası için daha uzun bir sürenin kabul edilmesi, uygun düşmez. Yasa koyucunun, Basın Yasasının 35. maddesindeki düzenleme ile TCK.nun 102. maddesinde öngörülen zamaşımı sürelerinden ayrıldığı ifade edilmiştir. Böylece, yayın yoluyla kişilik haklarına karşı yapılan saldırı sonucu açılacak hukuk davalarının, bir ve on yıllık zamaşımı süresine tabi olacağı ifade edilerek, bu davalarda TCK.nun 102. maddesinde belirtilen sürelerin zamaşımı yönünden gözönünde tutulamıyacağı sonucuna varılmıştır.

Yargıtay ise, yerleşmiş kararlarında, (örnek, 4. HD.nin 20.9.1979 gün ve 1979/4725-9975 sayılı kararı YKD 1980/Sayı 8, Sayfa: 1082/1085). Basın Yasasının 35. maddesinde kabul edilen üç ve altı aylık sürelerin ceza davasının açılması için öngörülen en fazla süreler olduğu yönündedir. Bu sürelerin, basın yoluyla işlenen suçun ceza hukukunda (TCK. 102. mad) belirtilen zamaşımı süreleri ile bir ilgisi olmadığı ifade edilmiştir.

Bize göre, Yargıtayın vardığı sonuç, yasa maddesinin düzenleniş biçimine, zamaşımının mahiyetine uygundur. Saldırı teşkil eden eylem, aynı zamanda suç teşkil edip cezayı gerektiriyorsa, o ceza davasının devam edeceği süre kadar, hukuk davasının açılmasını kabul etmek gerekir. Çünkü, kural olarak suç teşkil eden olayın gerçekleştiği tarihten itibaren o eylem için öngörülen ceza miktarı esas alınarak, kovuşturulmaya tabi tutulacağı süreler, TCK.nun 102. maddesinde belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla, kamu davasının açılacağı süreler anılan yasa maddesinde ayrı bentler halinde yer almıştır. Basın kanununun 35. maddesinde yer alan süreler ise, maddede de belirtildiği üzere, kamu davasının açılması için öngörülen sürelerdir. Olaydan itibaren süreli yayında üç ay, diğer eserlerde ise altı ay içinde bir ceza davası açılmamışsa, ondan sonra artık açılmaz. Açılmış ise dinlenemez. Dava bu süreler içinde açılmışsa, artık TCK.nun 102. maddesinde yer alan kendine özgü süre kadar devam edebilecektir. TCK.nunda öngörülen sürede, ceza mahkemesi henüz nihai bir sonuca varmamışsa, artık işin esası hakkında değil de, TCK.nun 102. maddesi uyarınca davanın ortadan kaldırılmasına karar verilecektir. İşte bu süre doluncaya kadar hukuk davası açılabilir. Hulbuki, öteki düşüncüyü kabul ettiğimiz takdirde, TCK.nun 102. maddesinde yer alan sürelerin hukuk davasında gözönünde tutulmaması gerekecektir.

Sonuç olarak, açılacak tazminat davaları, kural olarak bir ve on yıllık zamaşımı süresine tabidir. Eğer eylem suç teşkil edip cezayı da gerek-

tiriyorsa, BK.nun 60. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, ceza zamaşımı süresi de gözönünde tutulacaktır. Yani ceza zamaşımı süresi kadar, hukuk davası zamaşımına uğramış olacaktır.

XIII- SONUÇ: İncelememizde basın ve yayının önemini belirttik. Bu o denli önemlidir ki, özgür ve bilinçli bir basın bulunmayan ulusların da, özgür olmadığı sonucuna varılabilir. O gibi durumlarda, yöneten veya egemen güçler, topluma neyin ulaşmasını istiyorlarsa, ancak onun bilinmesini isterler. Tam demokrasinin olmadığı bu tür ülkelerde, yöneticilerin bu şekilde davarandıkları, hatta haberlerin iktidar ve egemen güçlerin emrindeki yayın kuruluşları vasıtasıyla verildiği görülmüş ve bilinmektedir. Onlar da ancak kendilerine zarar vermeyecek, kendilerini halka karşı güçlü ve olumlu yönlerini gösterecek bilgileri yayınlamakta, hiçbir hatalı yönlerinin yayınına izin verilmemektedir. Toplum ancak fısıltı haberlerle merakını giderebilmektedir.

Böyle bir toplumun demokratik bir yönetime kavuşması ve fertlerinin mutlu olması olanaksızdır. Çünkü, bilgiden yoksun bırakıldığı için, karşılaştırma yapamayacaktır veya yaptırılmıyacaktır. Bunu yapamayınca da iyi yöneticiyi seçmeyecektir. Olaylardan tam olarak bilgilendirilmediği için iyiyi kötüden ayırt edemeyecektir. Düşünme ve doğruyu bulma düzeyine ulaşamayacaktır. Böylece mutlu ve çağdaş bir düzeyde yaşayamayacaktır. Bunun için bilgilendirilme ön koşuldur.

Bu bilgilendirme, basın ve yayın yoluyla yapılacaktır. Yayın kuruluşları, yayının var oluş amacına uygun ve onun ilkelerine bağlı kalarak yayın yapmaları gerekir. Bu ona tanınan özgürlüğün karşıtı olan sorumluluğun bir gereğidir. Yetki ne kadar geniş ve etkin ise sorumluluk da o ölçüde ağır bir yükümlülüğü gerektirir. Bunun için de, basın yayın kuruluşları ve çalışanları son derece duyarlı, yansız ve araştırmacı davranmak zorundadırlar. Onların amacı, doğruyu araştırmak, bulmak ve onu topluma tarafsız biçimde ve tam olarak uygun ve olması gereken bir dille aktarmaktır.

Ayrıca, çağın ulaştığı bu günkü iletişim düzeyi itibariyle, basın ve yayın, toplumları yönlendirmede, bilgilendirmede önemli ölçüde etkinlik kazanmıştır. Toplum, doğru ve yansız bilgilendirildiği ölçüde sorunlara karşı ilgisi artacak, çözüm üretecek ve bilinen, önüne getirilen şablon kalıplara itibar etmeyecektir.

Bundan dolayıdır ki, özellikle yazılı basının bugün içinde bulunduğu durumu, zaman geçirmeden terketmesi, gerçek işlevine uygun davran-

ması gerekmektedir. Hiç kuşkusuz bu öneri her kişi ve kurum için geçerlidir. Ancak, bu basının sorumluluğunun ve önderlik görevinin bir gereği olarak öncelik taşımaktadır.

Özellikle yazılı basın, basın yayasında ve yazılı olmayan ahlaksal basın kuralları ile, ona tamınan özgürlüğün amacına uygun biçimde yayın yapılmalıdır. Onun satışı, gazete dışında verdiği hediyelere değil, içinde taşıdığı fikirler olmalıdır. Gazete artık haber için alınmıyor. Çünkü haberler gün boyu televizyon ve radyolardan enine boyuna verilmektedir. Haber o kadar özgün ki, gazeteyi ertesi gün "dün ne olmuş" diye öğrenmek için almak yerine "bu gün ne olacak", "yarın ne yazarlar" diye almaya yönlendirmek gerekir. Bunun için de gazetelerin satışına, o gazetenin ürettiği düşünceler neden olmalıdır. Diğer bir anlatımla gazeteyi, düşünce sattırmalıdır. Ülkemizin içinde bulunduğu şu dönemde, özellikle buna önemli ölçüde gereksinme vardır.

Basın önemlilik arzeden ve vazgeçilemeyen bu görevini yerine getirirken, kişilerin haklarına kesinlikle saldırmamalıdır. Onların hukuk düzeni ve toplumun değer hükümleri uyarınca koruma altına alınan kişilik haklarını yaralamamalıdır. Eğer kamunun üstün yararı gerektiriyorsa, gerektiği ölçü ve kapsamda sınır aşılmadan kişinin, o alan içindeki hakları o olaya özgü olarak saldırıya uğramış olabilir. Bu da ancak gerçek olan ve kamu yararını gerektiren bir olayın yayını için uygun görülebilir. Bunun tersi olan her yayın, kişilik haklarına saldırı teşkil eder.

Basının haberi veya değerlendirme yazısını yayınlamadan önce konu hakkında ciddi araştırmalar yapması, topladığı bilgileri başka yönlerden denetlemesi, böylece doğru olduğuna dair elinde kanıtlar olduğu takdirde yayınlanması gerekir. Aksi halde büyük yaptırımlarla karşılaşabilir. Bu gün için Türk Hukukunda uygulanan tazminat miktarları dünya standartlarına göre çok düşüktür. Ancak, bunun hep bu düzeyde kalacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Heyecan yaratmak, böylece traji arttırmak amacı ile flaş haberlerden kaçınılmalıdır. Özellikle, haberin başlığı (*Manşet*) ile içerik birbiri ile uyum sağlamalıdır.

Haber, kişilik haklarına saldırı teşkil etmese de, zaman zaman heyecan verici bir başlık atılmakta, alt kısımlarda ise, başlıkla bağdaşmayan ve doyurucu olmayan bilgiler yer almaktadır. Böyle bir yöntem gerçek basının uygulayacağı bir uygulama değildir.

Sonuç olarak basın olmalı, özgür olmalı, ama kişilik haklarına saldırmadan düşünce üretmeli toplumu gerektiği ölçüde bilgilendirmeli ve aydınlatmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- Ahmet Kılıçoğlu : Şeref ve Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993.
- Birçok Ses Tek Bir Dünya : UNESCO Türkiye Millî Komisyonu Yayını, Ankara 1993.
- Nermin Abadan Unat : SBF Anayasa Semineri, 22 Ağustos 1982.
- Hasan İşgüzar : Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1990/6).
- Fikret Eren : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, I. Bası, Ankara 1989.
- Fikret Eren : Basında Hukukî Sorumluluk (Aynı Bası).
- Bilge Öztan : Şahsın Hukuku, Hakikî Durumu, İstanbul 1990.
- Ergun Özsunay : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979.
- Aydın Zevkliler : Medenî Hukuk, Ankara 1989.
- Mustafa Dural : Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul 1989.
- Selim Kaneti : Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk.
- Aytekin Atay : Şahıslar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978.