



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 14, SIRA SAYI : 55

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 14

TEMMUZ 1988

SAYI : 3

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce yılda dört kez (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) aylarında yayımlanır.

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **AHMET COŞAR**

Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **ALİ RIZA GENİŞ**.

- Dergide yayımlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.

Derginin sayısı KDV. içinde **864,— TL.** yıllık abone bedeli **3456,— TL.** dir. Abone işleri için, Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

Tel : 125 16 32

125 16 49

117 53 80 (20 hat)

117 90 36 (4 hat)

2385, 2484, 2486

YAYIN KURULU :

- | | | |
|----------|---------------------------|-------------------------------|
| Başkan : | İ. Teoman OZANOĞLU | (10. Hukuk Dairesi Üyesi) |
| Üye : | Yavuz İsmet AYER | (3. Ceza Dairesi Başkanı) |
| Üye : | İhsan ÖZMEN | (16. Hukuk Dairesi Başkanı) |
| Üye : | Hakkı YAŞAR | (4. Hukuk Dairesi Üyesi) |
| Üye : | S. Necip DEDA | (2. Ceza Dairesi Üyesi) |
-

İ Ç İ N D E K İ L E R

Sayfa

1 — MEDENİ HUKUK

- a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Karşılaştırmalı Hukukta Taşınmaz Mal Mülkiyetinin Devrini Konu Alan Akitlerde Şekil Noksanlığı ve Hakkın Kötüye Kullanılması 213 - 221

2 — BORÇLAR HUKUKU

- a) Doç. Dr. Teoman AKÜNAL : Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması 222 - 237

3 — TİCARET HUKUKU

- a) Mustafa GÜVEN : Kusurlu Karşılıksız Çek ve Karşılıksız Çek Suçu 238 - 262

4 — İCRA VE İFLAS HUKUKU

- a) Talih UYAR : «Kira Süresinin Bitmesi Nedeniyle» Yapılan İlâmsız Tahliye Takiplerinde İtirazın Tetkik Mercinde İncelenmesi 263 - 270

5 — ÖZEL HUKUK

- a) A. Nusret OZANALP : 3402 Sayılı Kadastro Kanununda Yer Alan Hak Düşürücü Süreyle İlgili Düşünceler 271 - 282
- b) Nihat YAVUZ : Kira Parasının Saptanmasına İlişkin Yargıtay Kararlarındaki Gelişmenin Sistematiik Açıklaması (II) 283 - 311
- c) Mehmet Semih GEMALMAZ : Çevre Koruma Sorunu, Çevre Hakkı - Çevre Yasası ve Düşündürdükleri 312 - 346

6 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

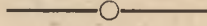
- a) **Kemal DAYINLARLI** : Bir Gayrimenkulü Satın Alan-
lar Arasındaki Adi Şirket 347 - 351

**7 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI
MAHKEMELERCE UYGULANMASI**

- a) **Doç. Dr. Şeref ÜNAL** : Evlenmenin Umumi Hükümleri 352 - 355

9 — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) **Ali Rıza GENİŞ** : Yeni Seçilenler, Emeklilik Ne-
deniyle Aramızdan Ayrılanlar;
Yasalar, Kanun Hükmünde Ka-
rarnameler, Tüzükler, Yönet-
melikler; Yargıtay Yayınları ... 356 - 372



**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAŞINMAZ MAL MÜLKİYETİNİN
DEVİRİNİ KONU ALAN AKİTLERDE ŞEKİL NOKSANLIĞI VE HAKKIN
KÖTÜYE KULLANILMASI**

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** I — Konu. II — Türk uygulaması. III — İsviçre uygulaması. A — Kefalet. B — Taşınmaz satış vaadi. C — Taşınmaz mal satış akdi. D — Alacağın temliki. IV — Alman uygulaması. V — S o n u ç.

I. KONU

BK. nun 213. maddesi «Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır» hükmünü ihtiva etmektedir. Aynı şekilde, MK. nun 634. maddesinde de, «mülkiyeti nakleden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar» hükmü yer almıştır.

Taşınmaz mal satımını konu alan akitler, Tapu Kanununun 26. maddesi uyarınca tapu memuru huzurunda yapılmakta ve bu konudaki resmî senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından düzenlenerek MK. nun 633. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilerek taşınmaz mal mülkiyeti alıcıya intikâl ettirilmektedir.

Ancak uygulamada özellikle yap - sat şeklindeki apartman dairesi alım satımını veya arsa karşılığı kat verilmesini konu alan akitlerde, kanunun öngördüğü resmî şekle riayet edilmemekte, ya sözlü ya da adi yazılı şekilde yetinilmektedir. Yukarıdaki özel hükümler ve BK. nun 11. maddesinin kanunun emrettiği şekle riayet olunmadıkça akdin sahih olmayacağı hükmü muvacehesinde, bu tür akitler geçerli olmadıklarından, böyle geçersiz bir akde dayanarak taşınmaz mal iktisap etmek isteyenler mağdur olmaktadır.

Bu tür akitlerde satıcılar genellikle müteahhit sıfatını taşıyan işadamları, alıcılar da bir ev sahibi olmak isteyen vatandaşlardır. TTK. nun 20. maddesinin 2. fıkrasında da öngörüldüğü üzere, «ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadama gibi hareket etmek» zorunda olan müteahhidin, bu tür akitlerin resmî şekilde yapılmadıkça geçerli olmadığını bilebilecek durumda olması şart olmakla beraber, alıcıların tümünden bu hususu bilmelerini beklemek mümkün değildir. Bununla beraber muhtelif saiklerle, örneğin noter veya tapu harç ve masraflarından kaçınmak

(*) **Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü.**

için müteahhitler akdin resmî şekilde yapılmasına yanaşmamakta ve alıcılar da onun uyandırdığı güven duygusuyla ve akdin gelecekte nasıl olsa ifa edileceği düşüncesiyle, sözlü veya adi yazılı şekilde yetinmektedirler.

Bu gibi durumlarda, alıcının kendi borçlarını ifa etmesine rağmen satıcının ifaya yanaşmaması halinde, satıcının sorumluluğu ne olacaktır? MK. nun 2. maddesine göre, «herkes haklarını kullanmakta ve borçların ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez» hükmü karşısında, satıcı durumundaki müteahhidin bu davranışı nasıl yorumlanmalı, hangi taraf himaye edilmelidir?

Konu, Türk Yargıtayı ve Alman ve İsviçre Federal Mahkeme kararları incelenerek her üç ülkede bu tür davaların nasıl bir seyir takip ettiği, ne şekilde sonuçlandığı ve ortak noktalar bulunup bulunmadığı açılarından değerlendirilecektir.

II. TÜRK UYGULAMASI

Türk hukukunda yeknesak bir uygulama mevcut olmayıp konuya ilişkin Yargıtay İçtihatları arasında gelişmeler bulunmaktadır. Gerçekten, bir binadan adi yazılı şekilde akit yapmak suretiyle daire satın alarak bedelini ödeyen ve inşaatın bitiminden sonra da dairelerine yerleşen alıcıların MK. nun 650. maddesine dayanarak açmış oldukları cebri tescil davalarında, satıcıların şekil noksanına dayanmalarını, Birinci Hukuk Dairesi, MK. nun 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması şeklinde niteleyerek reddederken (1.HD., 25.12.1981 tarih ve 81/13206 - 14956; 19.4.1984 tarih ve 84/4128), Ondördüncü Hukuk Dairesi, bu tür davaların reddi gerektiği doğrultusunda kararlar vermiştir (14.HD., 8.2.1983 tarih ve 7434/957).

Aynı şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları arasında da içtihat aykırılıkları bulunmaktadır, şöyleki :

1) HGK. nun 6.6.1979 tarih ve 14/190-799 sayılı kararında;

«Bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmenin ifa olunacağı hususunda o güne kadar süregelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendisine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu savunma yasal himayeden yoksun kalır, olayda davalının şekle aykırılık nedenine dayanan savunması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmaktadır. O halde davalı artık sözleşmenin geçersizliğine dayanarak akdin icrasından kaçınamaz» gibi gerekçelerle haklı olarak davalının itirazını kabul etmemiştir.

2) HGK. nun 21.3.86 tarih ve 14/541-257 sayılı kararında ise, kanımızca çok isabetli olan bir önceki içtihadından ayrılmış ve tam aksi bir görüşle, şekil noksanıyla malûl olan akdi geçersiz saymış ve buna dayanmayı da hakkın kötüye kullanılması şeklinde nitelendirmemiştir. Karara göre :

«Geçersiz bir akdin ifası istenememekle beraber... taraflar akdi ifa ettikten sonra, satıcının akdin aşında geçersiz olduğunu ileri sürmesi halinde dikkate alınacak MK. nun 2. maddesinin olayımızla ilgisi yoktur. Zira tapulu taşınmaz için yapılan sözleşmenin ifası tapuda olur. Taşınmazın mücerret teslimi ifa olarak kabul edilemez... MK. nun 2. maddesi hak ve borcun var olduğu hallerde bunların kullanılması ve yerine getirilmesinde uygulanacak kuralı göstermiştir. Öncelikle davacı isteminde haklı olmalıdır ki, iyi niyet ve kötü niyet tartışma konusu edilebilsin».

MK. nun 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, «herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir» hükmü karşısında, Genel Kurulun son derece hakkaniyete aykırı sonuç doğuran bu kararında ileri sürdüğü görüş ve gerekçelere katılmak mümkün değildir.

III. İSVİÇRE UYGULAMASI

1. İsviçre MK. nun, TMK. nun 634. maddesine tekabül eden, 657. maddesi de, gayrimenkullerde mülkiyeti nakleden akitlerin resmi şekilde yapılmasını öngörmektedir. Ancak İsviçre'de halk çok bilinçli olduğundan, konusu bir taşınmaz mal devri olan bir akdin, resmi makamların iştiraki olmaksızın yapılması halleri çok enderdir.

Gerçi, tanıklık yapması yasak olan bir kimsenin tanık olarak gösterilmesi, noterin işlem sırasında hazır bulunmaması, tercümanın senedi imzalamamış olması gibi, resmi işlemlerde bir takım eksiklikler vuku bulmaktaysa da, tapu memuru bu gibi senetleri reddettiği ve bunlara dayanarak tescil işlemini tamamlamadığı için, şekil noksanlığı çok ender hallerde ortaya çıkmaktadır (Spiro, Karl. Die Bedeutung der Beurkundung, 5. Semain Juridique Turco - Suisse, İst. 1976, S. 190 vd.).

2. İsviçre uygulamasında da konu, şekle bağlı olan akdin akdedilmekle beraber, ifa edilip edilmemesi hallerine göre ele alınmaktadır. Şekle bağlı olan akit ifa edilerek akit şartları gerçekleştirilmiş olmakla beraber, örneğin bir taşınmaz mal satışında taraflar sonradan, ayıba karşı tekeffül, satılan malın iadesi gibi hususlarda uyuşmazlığa düşebilirler ve böylece, akdin şekil yönünden geçersizliği sonradan bir önmelele olarak ortaya çıkabilir (Bucher, Eugen. Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, 5. Semain Juridique Turco - Suisse, İst. 1976, S. 123).

3. İsviçre Federal Mahkemesi aşağıdaki hallerde, şekle bağlı bir akitte, akdin ifası veya ademi ifası dolayısıyla tazminat taleplerine karşı, diğer tarafın BK. nun 11/2. maddesine dayanarak, akdin şekle bağlı olduğu hususundaki savunmasını haklı görmüş ve bunu hakkın kötüye kullanılması olarak telakki etmemiştir.

A. Kefalet

BK. 493'e göre, kefalet akdinde kefalet miktarının belirtilmemiş olması. Burada akdin şekle bağlı olduğu hususundaki kefilin itirazı iyi niyet kurallarına aykırı bulunmamıştır. Çünkü kefilin, kanunun sırf kendisini himaye için vazettiği bir kurala dayandığı kabul edilmiştir (Bucher, E. age., s. 124).

B. Taşınmaz mal satış vaadi

Bir taşınmaz mal satış vaadi akdi kanunun öngördüğü şekle uygun olarak resmi şekle göre yapılmış olmakla beraber, Basel Kanton hukukunun öngördüğü ilave şekil şartları yerine getirilmemiştir. Akdin ifa edilmemesi üzerine satış vaadi hakkı sahibi tazminat davası açmış ve davalı da şekil noksanına dayanmıştır. Federal Mahkeme, davalının şekil eksikliğini başlangıçta bilmediğini gözönüne alarak olayda hakkın kötüye kullanılması hali bulunmadığını kabul etmiştir (BGE 68 II 236).

C. Taşınmaz mal satış akdi

Resmi şekilde yapılmış olan bir taşınmaz mal hakdinde, akit konusu taşınmaz mal yeterince belirlenmemiştir. Akit şekil noksanlığı sebebiyle batıl addedilmiştir. Federal mahkeme, davalının şekil noksanlığına dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak telakki etmemiştir. Mahkemeye göre davalı, şekil noksanlığına dayanabilmek için korunmaya değer bir menfaati olduğunu isbat etmek zorunda değildir. Hakkın kötüye kullanılması ancak, şekil noksanlığını bilen veya bunu hile ile yaratan taraf bakımından söz konusu olabilir (BGE 90 II 24).

D. Alacağın temliki

Federal Mahkeme, henüz ifa edilmemiş akitler bakımından, yalnızca tek bir kararında, şekil noksanlığına dayanmasının hakkın kötüye kullanılması halini teşkil edeceğini kararlaştırmış ve akdi geçerli saymıştır (77 II 164). İsviçre hukukuna göre hayat sigortasından doğan alacağın temliki için yazılı temlik sözleşmesi yapılması ve sigorta poliçesinin de teslim edilmesi geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. Olayda yazılı şekle riayet edilmiş olmakla beraber, poliçe teslim edilmemiştir. Federal Mahkeme temlikin ivazlı olduğu gerekçesiyle, temlik edenin akdin geçersizliğine dayanmasını MK. nun 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelemiştir.

4. Şekil noksanına dayanmanın hakkın kötüye kullanılması halini teşkil etmesi aşağıdaki durumlarda düşünülebilir (Bucher, E. age., s. 129 vd).

A — Akit zahiren şekle riayet edilmek suretiyle düzenlenmiş görünmekte ve taraflar da şekil şartlarına riayet ettiklerini sanmaktadırlar.

B — Şekil noksanlığına buna dayanan tarafca kasten sebebiyet verilmiştir veya hiç değilse kendisi akdin yapılması sırasında bu noksanlığı bilmektedir.

C — Şekil noksanlığına dayanan taraf, akdin inikadı sırasında diğer akitle birlikte aktin geçerli bir şekilde yapılması için, bildikleri şekil şartlarına riayet etmiştir. Ancak sonradan, tesadüfen ortaya çıkan bir şekil noksanlığından yararlanarak, yükümlülükten kurtulmak için buna dayanmaktadır.

D — Aynı haklarda, özellikle geçit hakkı gibi istifade haklarında, ortada geçerli bir akit bulunmamakla beraber, irtifak hakkından yararlanan kendi borcunu ifa etmiş ve yıllardan beri geçit hakkını kullanmaktadır; ancak diğer taraf şekil noksanına dayanarak bu hakkı tapuya tescile yaşımamaktadır.

5. Bu şekilde, şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz sayılan bir akit dolayısıyla zarara uğrayan kimse, BK. nun 41. maddesi uyarınca tazminat talep edebilir. Bu gibi hallerde «culpa in contrahendo» (akdin inikadı sırasında kusur) prensibi gereğince zarara uğrayan taraf, şerefli bir insan saydığı diğer akide inanmış ve akdi yapmıştır. Bu durumda diğer tarafın tutum ve davranışı, müstakil bir sorumluluk hali teşkil edebileceği gibi, BK. nun 41. maddesi anlamında hukuka veya ahlaka aykırı bir davranış olarak telakki edilebilir (Bucher, E. age., s. 131).

6. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, taşınmaz mal satışlarında resmi şekil, yalnız tarafların aşırı acele etmelerini engellemek için değil; ispatı kolaylaştırmak ve taraflar arasındaki hukukî güvenliği sağlamak maksadıyla öngörülmüştür. Bu son hususda aynı zamanda kamu yararı da söz konusudur. Bu bakımdan, her kim akdedilirken muhteva ve şumulünü bildiği bir akdin, BK. nun 216. maddesi gereğince geçersiz olduğunu iddia ederse, sırf bu yüzden, bu hükmün amacına aykırı bir şekilde hakkı kötüye kullanmış sayılamaz (BGE 84 II 642; 78 II 224; 68 II 234; 39 II 226). Çünkü bu hükmün ana amaçlarından birisi, tarafların düşünmeden acele karar vermelerini önlemektir (BGE 78 II 229; 54 II 332; 54 II 166). Bu bakımdan şekil noksanına rağmen tarafların akdin hükümlerini yerine getirmelerinin çok büyük önemi vardır. Dolayısıyla, taraflar şekil noksanıyla malûl bir akdi ifa etmişlerse, artık kendilerinin himaye-

ye ihtiyaçları kalmaz. Bu halde şekil noksanına dayanmak hakkın kötüye kullanılması halini teşkil eder (BGE 78 II 229; 53 II 166; 50 II 148; 72 II 43; 54 II 332) (Merz, Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bern Şerhi - A.2. N.469) ve taraflar gerçek iradelerine uygun bir şekilde ifade bulunmuşlarsa, artık şekil noksasına dayanamazlar (BGE 78 II 227, 84 II 376).

7. Hakkın kötüye kullanıldığı itirazı ancak akdi ifa etmesine rağmen şekil noksanına dayanan tarafa karşı ileri sürülebilir. Bununla beraber kendi borcunu ifade direnen bir kimse, hakkın kötüye kullanıldığı iddiasında bulunamaz (BGE 84 II 376).

8. Federal Mahkeme, 53 II 162 sayılı kararında, bir aile yurdu alım satımı olayında, tapuda mülkiyet henüz intikal etmediği halde, alıcının şekil noksanına dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelemiş ve satıcının tek taraflı olarak, alıcının itirazına rağmen tapuda mülkiyetin devri işlemlerini yapmasını kararlaştırmıştır. Olayda alıcı, şekil noksanını akde konu olan taşınmazın satış bedelini ödemiş ve taşınmazı da işletmeye başlamıştı. Mahkeme artık kendisinin şekil noksanına dayanmasını kabul etmemiş ve tescil işleminin tek taraflı olarak yapılmasını emretmiştir. Keza Argau Kanton Mahkemesi aynı gerekçelerle, satış akdinde geçtiği halde tapuya tescili yapılmamış bulunan bir taşınmaz mal hakkında satıcının şekil noksanına dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelemiş ve alıcı adına kaydedilmesi için tapuya talimat vermiştir (Merz, Hans, age., N. 478, 489).

9. Henüz ifade edilmemiş olan bir akitte şekil noksanına dayanılmasına karşı hakkın kötüye kullanıldığı itirazı reddedildiği takdirde, artık yalnız akdin ifası talebi değil, tazminat talebi de kabul edilemez. Akdin ifasını haklı olarak reddeden bir kimseye karşı, artık aynı hukukî sebebe dayanarak tazminat talebinde bulunulamaz. Bununla beraber, diğer akidin itimadını kazanarak şekil noksanıyla malûl akdi ifa edeceği hususunda onu inandırmak suretiyle kendisini akdi yapmaya sevkeden kişi MK. nun 2. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Ayrıca kendisinin bu tutumu, BK. nun 41/1 ve 2 öngörülen haksız fiil şartlarını da gerçekleştirmiş olabilir (BGE 54 II 82; Merz, Hans, age., N. 490).

10. Federal Mahkeme, akdin inikadı sırasında şekil noksanını bilecek veya bunu kendi menfatine kullanma düşüncesiyle isteyerek akdi yapan kimsenin sonradan şekil noksanına dayanmasını özellikle iyi niyet kurallarına aykırı bir davranış saymakta ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelemektedir (BGE 84 II 642; 78 II 228; 72 II 43; 50 II 148).

11. Şekil noksanına taraflarca hukukî sonuçlarını düşünmeden, bilinerek ve istenerek de sebebiyet verilmiş olunabilir. Nitekim Federal Mah-

keme 72 II 45 sayılı kararında, tanıklık yapması yasak olan bir kimseyi bilerek kendine menfaat sağlamak maksadıyla tanık olarak göstermek suretiyle akdin geçersizliğine sebebiyet veren ve sonradan şekil noksanına dayanan satıcının bu tutumunu hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Keza sırf rahata düşkünlük veya muamele masraflarından tasarruf maksadıyla resmi şekle tabi bir akdi adi yazılı şekilde yapan bir kimse de, başka ve çok önemli sebepler haklı göstermedikçe, şekil noksanına dayanamaz (Merz, Hans, age., N. 484).

12. Federal Mahkeme içtihatlarında, şekil noksanlığına dayanmanın iyi niyet kurallarına aykırı telakki edilip edilmeyeceği, sıkı kurallara bağlanmadan hâkimin takdirine bırakılmaktadır ki, bu husus kararlarda ısrarla vurgulanmaktadır (BGE 86 II 232; 84 II 375; 78 II 227; 72 II 44).

13. İsviçre doktrinindeki hâkim görüşe göre konusu taşınmaz mal olan bir akit resmi şekilde yapılmamışsa, mutlak butlanla malûldür. Ancak aynı haklara ilişkin şerhlerde bu görüşe karşı çıkılmakta (Haab, N. 34; Meier - Hayoz, M. 657, N. 130) ve sadece akdin geçersiz sayılacağı ve bu geçersizliğinde re'sen değil, taraflardan girisince öne sürülmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır (Merz, Hans, age., N. 510).

14. Sonuç olarak, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre, henüz ifa edilmemiş olan akitlerde şekil noksanlığına dayanmak genelde hakkın kötüye kullanılması halini teşkil etmediği halde, ifa edilmiş akitlerde şekli noksanlığına dayanmak kural olarak hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir. Federal Mahkeme 50 II 147 ve 53 II 165 sayılı kararlarında, tarafların şekil noksanlığını bilmelerine rağmen rızai olarak borçlarını ifa etmelerinin şekil noksanlığını gidererek akdi geçerli hale getireceğini kabulle, buna rağmen sonradan şekil noksanlığına dayanılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Mahkeme sonraki içtihadında da bu görüşünü teyit eden kararlar vermiştir (Bucher, Eugen, age., S. 133 vd).

IV. ALMAN UYGULAMASI

6. Alman MK. nun (BGB) 313. maddesine göre de, bir taşınmaz mal mülkiyetinin devrini konu alan akdin noterlikçe resmen yapılması zorunludur. Aynı şekilde, BGB'nin 242. maddesinde, borçlunun borcunu iyiniyet kurallarına göre ve iş ahlâkının gereklerine riayet suretiyle ifa etmek zorunda olduğu öngörülmüştür.

2. Alman Federal Mahkemesine göre, iyiniyet kuralları, şekil noksanıyla malûl ve bâtil olan bir akdin belirli şartlar altında geçerli sayılmasını zorunlu kılabilir. Nitekim Federal Mahkeme bir yerleşim sitesi kuran bir şirketle site sakinleri arasındaki adi yazılı şekilde yapılan bir akdi ge-

gerli saymıştır. Mahkemeye göre, akdin şekle tabi olduğu hususunda yeterli hukukî bilgiden yoksun olan site sakinleri, şirketin borçlarını yerine getirerek evlerini kendilerine teslim edeceğine inanmış ve güvenmişlerdir. Dolayısıyla kendilerini bu inançlarında korumak gerekir (E. 16, 334, 337). Keza bir çiftlikteki miras payının devrini konu alan şekle bağlı bir akitte, şekil noksanına rağmen çiftlik sahibinin iyi niyet kurallarına göre akitle bağlı kalması gerektiği, aksi sonucun hakkaniyetle bağdaşmayacağı kararlaştırılmıştır (E. 12, 286).

3. BGB'nin 276. maddesinde, «kanunda başka türlü öngörülmüş olmadıkça, borçlu kasıt veya ihmalden sorumludur. İş hayatının gerektirdiği özeni göstermeyen borçlu ihmalle davranmış sayılır» hükmü yer almaktadır.

Alman Federal Mahkemesi bu hükme dayanarak, bir taşınmaz mal satımında kusur ve ihmali yüzünden akdin şekil noksanıyla yapılmasına sebebiyet vermiş olan satıcıyı bu yüzden sorumlu tutmuş ve akdin hükümsüz olması sebebiyle alıcıya tazminat ödemesini kararlaştırmıştır (NJW), 65, 812). Aynı şekilde, akdin inikadı sırasında karşı tarafa itimat telkin ederek onun güvenliğini kazandıktan sonra akdin yapılmasını sağlayan bir kimse, sonradan akdin hükümsüz sayılması sebebiyle neden olduğu zararları karşı tarafa ödemekle yükümlü tutulmuştur (E. 56, 81; E. 63, 382).

4. Sonuç olarak, keza Alman Federal Mahkemesi içtihatlarına göre de, tarafların beyanları, sözleri ve vaadlerinden ve akdin inikadından sonra aralarında gelişen münasebetlerin derecesinden, ancak tarafların akitle bağlı sayılmaları halinde olumlu ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşabiliyorsa, şekil noksanına dayanmak iyi niyet kurallarına aykırı bulunmakta ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir (Merz, Hans, age., N. 508). Ancak hemen işaret edilmelidir ki, bu konuda Alman kanun koyucusu bizzat daha esnek ve akılcı bir çözüm şekli öngörmüştür. Zira BGB'nin 313. maddesine göre, taşınmaz mal mülkiyetinin naklini konu olan akitler şekle bağlı olmakla beraber, «bu şekil şartına riayet edilmeyerek yapılan bir akit, ifa edilmiş ve tapuya tescil edilmişse, bütün muhtevasıyla geçerlidir».

V. SONUÇ

«Kanun kanundur» düşüncesiyle hukuk kurallarının aşırı pozitivist bir yaklaşımla uygulanması, yukarıdaki örneklerde ve özellikle Türk Yargıtayının bazı kararlarında görüldüğü üzere hakkaniyete çok aykırı ve ağır sonuçlar verebilmektedir. Türk hâkiminin elinde MK. nun 2. maddesi hükmü gibi çok iyi bir imkân bulunmaktadır. Hâkimin bu imkândan yararlanarak, hakkaniyete ve tarafların menfaat dengelerine aykırı sonuç-

lar verecek olaylarda duruma müdahale etmesi ve şekil uğruna hakkı defa etmemesi zorunludur. Nitekim yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi, İsviçre hâkimi, bu imkânı iyi değerlendirerek hakkın tahakkuku için yoğun bir çaba göstermiş ve sonraki ifanın, şekil noksanlığıyla malûl ve geçersiz olan bir akdi geçerli hale getireceğini kabul etmiştir.

Kanımızca şekil noksanlığına dayanmanın hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi ve akdin geçerli sayılması için, ifanın tam ve eksiksiz olması da şart olmamalıdır. Tarafların şekil noksanı bulunan bir akitle bağlı kalma niyetlerini açığa vuran kısmî ifa veya ifa yerine geçen bazı edimler de akdin geçerli sayılması hususunda ölçü olarak kabul edilebilir. Esasen BK. nun 82. maddesinin karşılıklı taahhütleri havi akitlerde akdin ifasını talep eden kimsenin kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olması hükmü karşısında, bazı hallerde şekil noksanına dayanan tarafın değil, bizzat akdin geçerliliğini savunarak ifasını talep eden tarafın hakkı kötüye kullanması söz konusu olabilir. Bu konudaki ölçü, Alman Federal Mahkemesinin de belirttiği şekilde, «tarafların beyanları, söz ve vaadleri ve akdin inikadından sonra aralarında gelişen münasebetlerin derecesi» olmalıdır.

Şekil noksanlığına dayanmanın hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması halini teşkil edeceğini kategorik olarak tesbit etmek ve hâkime bazı tutanak noktaları vermek mümkün olmakla beraber, MK. nun 2. maddesi hükmünün sevk amacına da uygun olarak bundan kaçınmak ve hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanımak maksada daha uygun olacaktır. Böylece hâkim, somut olayın özelliğine ve menfaat dengelerine göre takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete en uygun düşecek sonuca ulaşabilecektir. Ancak burada, hakkın kötüye kullanıldığının kabulünde hiçbir tereddüt bulunmayan bir hal özellikle vurgulanmalıdır. Tembelik, işlem masraflarından tasarruf veya diğer saiklerle akdin inikadı sırasında şekil noksanlığını bilerek ve gelecekte bunu kendi menfaatine kullanma düşüncesiyle isteyerek akdi yapan bir kimsenin, sonradan yükümlülüklerinden kurtulmak maksadıyla buna dayanmasını MK. nun 2. maddesi anlamında iyiniyet kurallarıyla bağdaştırmak hiçbir şekilde mümkün değildir.

Her halde bu konuda, bidayet mahkemeleri kararları ve Yargıtay içtihatları arasındaki aykırılıkların giderilmesi ve Türk hukukunda yeknesak bir uygulamaya zemin hazırlamak açısından içtihat birliği sağlanması, zorunlu hale gelmiştir.

SORUMLULUK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN NİSBİLİĞİ PRENSİBİNİN AŞILMASI (*)

Doç. Dr. Teoman AKÜNAL (**)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — Sözleşmenin (Borç ilişkisinin) nisbiliği prensibi. 1 — Genel olarak. 2 — Nisbilik prensibinin geliştirilmesine yönelik çabalar. 3 — Nisbilik prensibinin aşılmasına yönelik çabalar. II — Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme. 1 — Genel olarak. 2 — Uygulamalardan örnekler. 3 — Üçüncü kişilere sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilme imkânı tanınmasının hukuki dayanağı. a — «Üçüncü kişi lehine sözleşme»den yararlanma çabaları. b — Borçlunun «özen yükümünün» edinme yakınlığı dolayısıyla bazı «üçüncü kişilere» karşı da etkili olması görüşü. c — Üçüncü kişiyi etkili sözleşmenin yerleşik mahkeme kararları ile oluşan örf ve adet hukukuna dayandığını ileri süren görüş. d — «Üçüncü kişiyi koruyucu etkinin» edim yükümünden bağımsız, sadece koruma yükümlerini içeren bir borç ilişkisine dayandığı ve alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden soyut olduğu görüşü. III — Borçlu ile alacaklı arasında yapılan sorumluluk anlaşmasının ifa yardımcılarının etkisi (Sorumluluk anlaşmalarının üçüncü kişiyi koruyucu etkisi).

GİRİŞ

Kara Avrupası hukuk sistemlerinin pek çoğunda olduğu gibi, İsviçre/ Türk Borçlar Hukukunda da s o r u m l u l u k «haksız fiilden» ve «sözleşmeye aykırılıktan» doğan sorumluluk olmak üzere iyi ayrı temele dayandırılmıştır. Borçlar Kanununun 41 vd. maddeleri haksız fiilden doğan sorumluluğu; 96 vd. maddeleri ise sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Somut bir olayda sorumluluğun bu iki temelden bir veya diğerine dayanması arasında önemli bir takım farklar mevcuttur :

Prensip olarak haksız fiil sorumluluğunda, davacı failin kusurunu ispata mecbur olduğu halde (BK. md. 41), borca aykırılıkta, sorumluluktan kurtulmak için borçlu kusursuzluğunu ispat zorundadır (BK. md. 96).

Eğer her iki tip sorumluluğa yol açan zarar borçlunun müstahdemi sayılan bir yardımcı tarafından meydana getirilmiş ise, istihdam eden BK. md. 55'e dayanan sorumluluktan «böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu» veya

(*) 17-18 Nisan 1987 tarihlerinde Yargıtay'da yapılan 9. Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu'nda sunulan tebliğ.

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

«dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağı» ispat ederek kurtulabilir. Oysa, BK. md. 100'e dayanan sorumlulukta böyle bir kurtuluş kanıtı getirebilme imkânı tanınmamıştır.

Borca aykırılık halinde tazminat davası, kural olarak 10 senelik zamanaşımına tabi iken (BK. md. 125); haksız fiil sorumluluğunda tazminat davası zarar ve faile ittiladan itibaren bir senede zamanaşımına uğramaktadır (BK. md. 60).

Haksız fiil sorumluluğunda davacının durumunun sözleşmeye aykırılık hallerinden daha ağır olması; diğer bir ifade ile haksız fiil failinin, sözleşmeye aykırı davranan borçluya oranla adetâ himaye edilmiş bulunması, Roma Hukukunun ilk dönemlerinden beri geçerli olan «**casum sentit dominus**» kuralı ile açıklanabilir. Bu kurala göre zarara prensip olarak malik (=dominus) katlanmalıdır. Bu kuralın aksi sözkonusu olacaksa, yani zarara malik katlanmayacak ve bir üçüncü şahıs onu ödemekle yükümlü olacaksa, bunu gerektiren özel bir nedenin varlığı şarttır. Bu neden, üçüncü kişinin hukuken takbihini gerektiren hukuka aykırı ve kusurlu bir davranıştır. İşte bu sebepten dolayı malik (=dominus), normal durumdan farklı olarak zarara kendisi katlanmayıp, üçüncü bir kişinin zararı tazmin etmesini talep edecek olursa, bu kişinin **k u s u r u n u** ispat ile yükümlü olur.

Borca aykırılık halinde ise durum bunun tersinedir. Bir borç ilişkisi çerçevesinde alacaklı, borçlunun üzerine düşen her türlü gayreti gösterip ifayı gerçekleştireceğinden emin olmalıdır. Alacaklının bu beklentisi sonuçsuz kalmışsa, borçlu bu konuda kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının ifa menfaatini tazmin etmekle yükümlü olmalıdır.

Temelinde yatan nedenler ne olursa olsun, somut bir olayda davalının sorumluluğunun «sözleşmeye aykırılık» hükümlerine altlanması, davacıya haksız fiilden doğan sorumluluğa oranla çok daha elverişli bir imkân sağlayacaktır. Bu neden, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun etki alanını genişletmek hususunda doktrin ve uygulamada gözlenen gayretlerin temel hareket noktasıdır. Bu tebliğin konusunu, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu daha geniş bir alana yaymak üzere Alman doktrin ve uygulamasının öncülüğünde sözleşmenin nisbiliği prensibini aşmaya yönelik çabalar oluşturmaktadır.

I — SÖZLEŞMENİN (=BORÇ İLİŞKİSİNİN) NİSBİLİĞİ PRENSİBİ

1 — Genel Olarak

Sözleşmenin (borç ilişkisinin) nisbiliği prensibi, bir borç ilişkisinden kural olarak yalnız bu borç ilişkisinin tarafları için hak ve borçların doğma-

sını ifade eder. Bu prensip uyarınca bir borç ilişkisinden doğan mükellefiyetin, yani dar anlamda borcun ifası yalnız borçludan talep edilebilir ve bu mükellefiyet yalnız borçlu tarafından ihlâl edilebilir. Bu nedenle nisbilik prensibi, akdî mesuliyete tazminat talebinde bulunmaya yetkili kişileri olduğu kadar, tazminat borçlusunu da sınırlar.

Borç ilişkisinin alacaklı ile borçlu arasında bir bağ (iurus vinculum) teşkil ettiği fikri, üçüncü kişilerin uğradığı zararın tazmininin borçludan istenmesi engel teşkil eder. Meğer ki, üçüncü şahıs lehine bir akit söz konusu olsun (BK. md. 111) veya bunu mümkün kılan özel bir yasal dayanak bulunsun (1).

2 — Nisbilik prensibinin geliştirilmesine yönelik çabalar

Roma Hukukundan devir alınan klâsik görüş uyarınca borç ilişkisi, alacaklıya borçludan belli bir edimi isteme yetkisi veren; borçluyu da bu edimi ifa ile yükümlü kılan hukukî ilişki olarak tanımlanmaktadır.

Bu klâsik tanımda borçlunun alacaklı karşısındaki aslî yükümlülüğü «edim yükümlülüğü» olarak ele alınmıştır : Bir borç ilişkisinde borçlu herşeyden önce borçlandığı edimi sözleşmenin amacına uygun bir biçimde yerine getirmek, böylece alacaklının «ifa menfaatini» (Erfüllungsinteresse) tam olarak gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğüne aykırı davranır ise, yani ifayı gerçekleştirmezse, «sözleşmeye aykırı davranmış» olur ve alacaklının «ifa menfaatini» tazmini etmekle yükümlü olur (=ademi ifadan doğan tazminat).

BK. nun 96. maddesinin temelinde yatan ana düşünce de budur!

Zamanla, bir borç ilişkisinin muhtevasının sadece «edim yükümü»nden ibaret olmadığı; edim yükümü yanında diğer bazı y a n y ü k ü m l e r i (Nebenpflichten) de içerdiği anlaşılmıştır. Bu yan yükümlerin önemli bir kısmı «aslî edimin» tam ve doğru olarak ifasına yardım ederler; yani alacaklının «ifa menfaatinin» tam olarak gerçekleşmesini sağlarlar. Diğer bir kısmının ise ifa ile doğrudan bir ilgisi bulunmayıp, asıl fonksiyonları alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs

(1) Nitekim BK. nun 332. maddesine 1956 yılında 6763 sayılı Kanunla eklenen 2. fıkra hükmü böyle bir yasal dayanak oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca hizmet akdinde işverenin gerekli emniyet tedbirlerini almaması neticesinde «işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminat dahi a k d e a y k ı r ı h a r e k e t t e n doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur.»

TTK. nun 806/II ve 1130/I maddeleri de taşıma sözleşmeleri alanında akdî sorumluluktan üçüncü kişilerin de yararlanmasına olanak tanımaktadır.

varlığı değerlerinin ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla bir zarara uğraması amacına yöneliktir.

Borçlar Hukuku alanında akitten doğan bir borç ilişkisinin muhtevasının «edim yükümleri» ve bunların ifası ile sağlanacak olan alacaklının «ifa menfaati»nden ibaret olmayıp; hattâ «aslî edimin» tam ve doğru gerçekleşmesine hizmet eden «yan yükümlerin» de dışında; ifa menfaati ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi bulunmayan, fakat en az onlar kadar önemli başkaca bir menfaatin de bulunduğu tesbit ve kabul edilmesi ileri bir aşamadır. Bu menfaat «k o r u n m a m e n f a a t i»dir (Erhaltungszinteresse).

Korunma menfaati, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan menfaatlerin bütününe verilen addır. Buna «bütünlük menfaati» (Integritätsinteresse) de denilmektedir.

Taraflar bir akdî ilişkiye girerken belli hedeflere ulaşmak, bazı gereksinimleri karşılamayı amaçlarlar. Bu amacın gerçekleşmesi prensip olarak edim yükününün yerine getirilmesi, yani alacaklının ifa menfaatinin gerçekleşmesi ile sağlanır.

Bir akdî ilişki içinde alacaklının ifa menfaati önemli ve ön plânda yer almakla beraber, edimin ifasıyla elde edilecek menfaatin dışında, başkaca mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan bir menfaat çevresi daha mevcuttur. Edimin ifası, hatta ifa hazırlıkları alacaklının ifa menfaati dışında kalan bu mal ve şahıs varlığı değerlerini tehlikeye düşürmemelidir. Bunun için de borçlu, ifa hazırlıkları döneminde başlayarak ifanın gerçekleştirilmesinde ve hattâ ifanın gerçekleştirilmesinden sonra alacaklının «bütünlük menfaatin» zarar görmemesine özen göstermeli, bu menfaat k o r u m a l ı d ır (=koruma yükü).

Bu konuda atılan bir diğer ileri adım da, borçlunun «koruma yükümlülüğünün» henüz akit kurulmadan önce, daha akdin müzakeresi safhasında başladığının kabul edilmesidir : Akit yapmak amacıyla karşı karşıya gelen kişiler arasında sosyal temasın başlaması ile birlikte, yani henüz akit kurulmadan önce ve özellikle akit görüşmeleri sırasında karşı tarafa yanlış bilgi vermeme, karşı tarafın şahıs ve mal varlığı değerlerinin zarara uğramaması için gerekli tüm önlemleri alma hususlarında birtakim «koruma yükümlülükleri» doğar. Bu yükümlülükler ihlâl edilir ve bundan bir zarar doğarsa, ihlâl eden taraf bu zararı tazmin zorunda kalır (=culpa in contrahendo). Culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğun borca aykırılık esasına tabi olacağı ve akdin müzakeresi sırasında ve henüz akdî ilişki kurulmadan önce taraflardan birisinin koruma yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle karşı tarafı zarara uğratması halinde sözleşmeye aykırılığı dayanan bir tazminat davasına muhatap olması kabul edilmektedir.

Bu suretle, taraflar arasında henüz bir akit kurulmadan önce, yani edim yükümü doğmadan önce, bir borç ilişkisinin mevcudiyeti kabul edilmiş ve «edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi» kavramı yaratılmış olmaktadır (2).

«Alacaklı» ile «borçlu» arasında «ana edim borcu» çerçevesinde ele alınıp geliştirilen ve alacaklının «ifa menfaatini» sağlamaya yönelik olan «a k d î s o r u m l u l u k», alacaklı - borçlu ilişkisi ilişkisinde kalmakla beraber biraz geliştirilerek «ifa menfaati» dışında kalan menfaat çevresini de (=bütünlük menfaati) içine alacak şekilde genişletilmiş ve giderek «akdî ilişki»den soyutlanarak «edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi»ne dönüşüp, culpa in contrahendo kuramı içinde henüz bir borç ilişkisinin mevcut dahi olmadığı, yani gerçek anlamda «alacaklı» ve «borçlu» sıfatlarının oluşmadığı bir aşamada «akdî sorumluluğun» elverişli imkânından «muhtemel alacaklının» da yararlanabilmesi çizgisine ulaşmıştır. Bu suretle, «nisbilik prensibi» görünürde muhafaza edilmekle beraber, akdî sorumluluk «alacaklı» - «borçlu» ilişkisinde düşünülebilecek en yaygın uygulama alanına kavuşturulmuştur. Bu nedenle, buraya kadar olan aşamayı «nisbilik prensibini g e l i ş t i r m e y e yönelik çabalar» olarak nitelemek mümkündür.

3 — Nisbilik prensibinin a ş ı l m a s ı n a yönelik çabalar

Adî sorumluluğun davacıya sağladığı elverişli ortam, aslî edim yükümlerini içeren dar ve klâsik anlamdaki borç ilişkisinden başlayarak, dalga dalga genişletilip, «aslî edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi» kuramı ile henüz gerçek anlamda bir akdî ilişkinin kurulmadığı bir safhaya kadar yayılmış olsa dahi, yine de «alacaklı» ve «borçlu» ikilisi çerçevesinde kalmaktadır. Bu suretle «nisbilik prensibi» görünüşte muhafaza edilmiş ve akdî sorumluluk «alacaklının» dışında kalan «üçüncü kişilere» sirayet ettirilmemiştir.

İşte bu noktada nisbilik prensibini a ş m a ç a b a l a r ı devreye girmiştir. Günümüzde «nisbilik prensibini» aşmaya yönelik çabalar iki ayrı istikamette gelişmektedir :

a) Özellikle Alman doktrin ve uygulamasının öncülüğünde giderek daha fazla taraftar bulan «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kuramı çerçevesinde akdî sorumluluğun elverişli ortamını «ü ç ü n c ü k i ş i - l e r e» de yayma çabaları (aşağıda II altında ele alınacaktır);

- (2) Bu konularda bkz. **LARENZ** Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 (8. Aufl), sh. 4 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** N., Borçlar Hukuku Dersleri sh 11 vd.; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt 1, sh. 32 vd.; **AKYOL**, Tam Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme sh. 51 vd.

b) Borçlu ile alacaklı arasında yapılan «sorumsuzluk anlaşmaları»nın, bu anlaşmaya taraf olmayan ifa yardımcılarında da etkili kılınmasına ilişkin çabalar (aşağıda III altında ele alınacaktır).

II — ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİLİ SÖZLEŞME

1 — Genel olarak

«Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme», en basit bir değerlendirme ile, borçlunun «koruma yükümlülüklerini» alacaklıya karşı olduğu kadar, onun (alacaklının) koruma alanı içinde bulunan ve edime yakınlıkları dolayısı ile en az alacaklı kadar tehlikeye maruz olan ü ç ü n c ü k i ş i l e r e de yaymayı ifade eder. Bu suretle, borçlunun edim borcuna veya koruma yükümlerine aykırı davranışı sonucunda zarar gören üçüncü kişilerin de genel haksız fiil kurallarına göre değil, doğrudan doğruya «sözleşmeye aykırılık» hükümlerine dayanarak tazminat isteyebilmesinin nazarı imkânı yaratılmaktadır.

Sorun, önceleri uygulamada bu alanda ortaya çıkan somut adaletsizliklere engel olabilmek amacıyla Alman Mahkeme kararlarıyla ortaya atılıp, çeşitli hukukî formüller altında geliştirilmiş; daha sonraki aşamada da özellikle L a r e n z tarafından «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kavramı altında tatmin edici nazarî temellere oturtulmuştur. Günümüzde «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» Alman doktrin ve uygulaması dışında Avusturya ve İsviçre doktrin ve uygulamasını da etkilemekte ve Türk doktrininde de giderek daha fazla taraftar bulmaktadır (3).

2 — Uygulamadan örnekler

İsviçre/Türk Borçlar Hukuku açısından sözkonusu sorunun varlığına v. T u h r ilginç bir örnekle değinmiştir : v. Tuhr'a göre, bir kliniğe satılan elektrikli bir cihazın bir kablusunun iyi yalıtımlanmaması sebebiyle onu kullanan doktor bedensel bir zarara uğramışsa, alıcıya BK. md. 205/II uyarınca tanınan ve satıcıyı ayıbın doğrudan neticesi olan zarardan bir kusuru olmasa dahi sorumlu tutan imkânı, âkit sıfatını taşımayan doktora da (edime yakınlığı dolayısıyla) tanımak gerekir (4).

Alman Federal Mahkemesi benzer bir olayda satılan şey dolayısıyla zarar gören 3. kişiye (alıcı = âkit sıfatı taşımamasına rağmen) sözleşme-

- (3) Avusturya Hukuku için bkz. **BYDLİNSKİ**, *Vertrafliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter*, JB1 1960, 359; **KOZİOL**, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Brand II, sh. 70; Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, sh. 164; **EREN** Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, cilt. 1, sh. 44.
- (4) v. **TUHR/ESCHER**, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, §68 Not 118.

ye dayanmak suretiyle tazminat isteyebilme hakkı tanımakta tereddüt duymamıştır. Yüksek Mahkemenin 15.5.1959 tarihli bir kararına konu teşkil eden somut olayda, bir fabrikanın satın aldığı pasa karşı koruyucu maddenin kolay tutuşur nitelikte olduğu konusunda satıcının gerekli uyarıda bulunmaması yüzünden alıcının bir müstahdemi bedensel bir zarara uğramış ve açtığı tazminat davasında (haksız fiile dayanan tazminat davası için zamanaşımı süresi dolmuş olmasına rağmen) satıcının sorumluluğu stış sözleşmesine dayanmak suretiyle tesis edilmiştir (5).

Bir başka olayda, Alman İmparatorluk Mahkemesi ev sahibinin eve tamir için gönderdiği ustanın taktığı gaz saatinden sızan gazın infilâki neticesinde evde çalışan hizmetçi kızın yaralanması örneğinde, kiracının hizmetçisi ve hattâ kiracı «alacaklı» sıfatını taşımamasına rağmen, kendilerine akdî sorumluluğa dayanarak tazminat talep edebilme olanağı tanımıştır (6). İsviçre doktrininde B e c k e r, Alman İmparatorluk Mahkemesinin bu kararının İsviçre hukuku açısından da geçerli olması gerektiğini savunmakta ve ev sahibinin binada tamirat için yaptığı istisna akdine dayanarak kiracının ve onunla birlikte devamlı oturan aile fertlerinin müstahdemlerin dahi müteahhitten sözleşmeye aykırılığa dayanarak tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmektedir (7).

Esasen uygulamada bu soruna ilişkin örneklerle k i r a s ö z l e ş m e l e r i dolayısıyla oldukça sık rastlanmakta; hattâ bu konuya ilişkin Alman Mahkeme kararlarının ilk örneklerine de bu alanda rastlanmaktadır :

M e s k e n k i r a l a r ı n d a binanın ayıplı olması nedeniyle kiracı ile birlikte yaşayan aile fertleri, akraba ve hizmetkârları, hattâ o meskende oturmamakla beraber devamlı olarak temizliğe gelen gündelikçi işçiler dahi, bizzat kiracı kadar tehlikeye maruzdur. Alman İmparatorluk Mahkemesi oldukça eski tarihlerden beri, kiracı ile birlikte yaşayan bu kişilere de meskenin gerekli vasıflara sahip olmaması yüzünden uğradıkları zararlar için, kiralayana karşı kira sözleşmesine dayanarak tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanımıştır (8).

(5) Karar için bkz. JZ 1960, sh. 124; kararın çeşitli açılardan değerlendirilmesi için bkz. **HEISEKE**, Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, sh. 77; **LARENZ**, NJW 1960, sh. 78 (80); **LORENZ**, Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse, JZ 1960, sh. 108.

(6) RGZ 127, 218

(7) **BECKER**, Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. VI Obligationenrecht, Art. 112 Nr. 17

(8) GRZ 91, 21; 102, 231 (232); 127, 218 (223) 152, 175 (177); BGHZ 2, 94 (96). Bu konu ile ilgili olarak özellikle bkz. **SÖLLNER**, Mietverträfliche Sach-

Aynı şekilde, bir toplantıda kullanılmak üzere dernek tarafından kiralanılan salonda, toplantıya katılan üyelerin binanın ayıplı olması yüzünden zarara uğraması örneğinde de, kira sözleşmesi dernek adına yapılmış olmasına rağmen tüm üyelerin kira sözleşmesine dayanarak tazminat talep edebilmeleri kabul edilmiştir (9).

İşyeri kiralarda ise uygulama daha çekingен davranmaktadır (10). Buna rağmen, üçüncü kişilerin mallarını muhafaza için bir deponun (ar-diye) kiralınması örneğinde, üçüncü kişilerin uğradıkları zararları kirala-yandan kira sözleşmesine dayanarak talep edebilmelerine imkân tanın-mıştır (11).

Taşıma sözleşmeleri alanında da sözleşmeden doğan sorumluluğun üçüncü kişilere karşı da tanınması hususunda oldukça zengin bir içtihat geliştirilmiştir. Bu suretle, sözleşmede taraf olmamalarına rağmen, işveren-in tuttuğu vasıta ile taşınan işçilere; bir derneğin düzenlediği geziye ka-tılanlara; vasıta gönderilip hastaya çağırılan doktora, edime olan yakın-lıkları gözönünde tutularak, taşıyana karşı taşıma sözleşmesine dayanarak tazminat talep edebilme imkânı tanınmıştır (12).

Aynı şekilde, kocanın eşini; babanın çocuğunu; işverenin işçisini te-davî ettirmek üzere doktor, hastane vesair tedavî kurumları ile akdettik-leri sözleşmelerde, karşı akid sıfatını taşımamasına rağmen hastanın uğ-radığı zararı sözleşmeye dayanarak talep edebileceğinde tereddüt duyul-mamıştır (13).

3 — Üçüncü kişilere sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilme imkânı tanınmasının hukukî dayanağı

a) «Üçüncü kişi lehine sözleşme»den yararlanma çabaları

Alman mahkemeleri, somut adaleti sağlamak için geliştirdikleri bu uygulamada, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinden yararlanabilmesinin nazari temellerini ilk dö-

meangelhaftung des Grundstückserwerbers gegenüber Dritten, JuS 1970, 159; WEYER, Mietvertrag und Schutzwirkungen zugunsten Dritter in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BB 1972, 339; ZUNFT, Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht, AcP 153, 373.

(9) GRZ 160, 153 (155).

(10) LORENZ, JZ 1960, 108 (109); WEYER, 341.

(11) EMMEFICH, Grundlagen des Vertrags - und Schuldrechts (in Athenaeum Zivilecht I), sh. 313, dip not 40'dan naklen.

(12) Bu konuda bkz. GERNHUBER, Drittwirkung im Schuldverhaeltnis kraft Leistungsnähe, Festschrift für Arthur Nikisch, sh. 249 (253).

(13) GERNHUBER, Festschrift, sh. 254/255

nemlerde «üçüncü kişi lehine sözleşme» kavramı ile açıklamaya özen göstermiştir. Bu suretle, edaya yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeye maruz bulunan üçüncü kişilerin korunması konusunda yasada mevcut boşluk, yasanın genel sistemini ve özellikle «sözleşmenin nisbiliği prensibini» zedelemeksizin doldurulmaya çalışılmıştır. Bu alanda en sık başvuru olan yol, zarar gören üçüncü şahıs lehine zımî bir şartın varlığının kabul edilmesidir. Bu zımî şart, çok defa yorum yolu ile akdin gayesinden çıkarılmıştır. Şayet somut olayda zarar gören üçüncü kişi lehine zımî bir şartın varlığı bu yoldan dahi ileri sürülemiyorsa, bu takdirde akdin «tamamlayıcı yorum» yolu ile ve hüsnüniyet kuralına göre (BGB 157 ve 242) tamamlanması suretiyle, böyle bir şartın varlığı tanınmaktaydı (14).

Bugün, yukarıda sayılan örneklerin hemen hemen tamamına yakın bir bölümünde «üçüncü kişi lehine sözleşmenin» söz konusu olmadığı; bu konuda dayanılmak istenen nazarî ve hukukî temelin bir varsayımdan ileri gidemeyeceği genellikle kabul ve itiraf edilmektedir (15).

Esasen, üçüncü kişi lehine sözleşmenin varlığını kabul edebilmek için borçlunun ifayı alacaklıya değil de üçüncü bir kişiye karşı yerine getirmekle yükümlü olması gerekir. Oysa, üçüncü kişiye uğradığı zararı sözleşmeye dayanarak talep edebilme imkânının tanındığı somut olayların büyük bir kısmında borçlu söz konusu üçüncü kişiye ifada bulunmakla yükümlü değildir. Diğer bir ifade ile, asli edim yükümü üçüncü kişiye karşı borçlanılmış değildir. Bu nedenle de ister tam, isterse eksik nitelikte bir «üçüncü kişi lehine sözleşmenin» varlığından söz edilemez (16).

b) Borçlunun «özen yükümlü», edime yakınlığı dolayısıyla bazı «üçüncü kişiler» karşı da etkili olması görüşü

Larenz'in isabetle teşhis ettiği gibi, bir borç ilişkisinde borçlunun üçüncü kişiye karşı aslî edim borcu altına girmemiş olmamasına rağmen, ona karşı sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutulduğu durumların hemen hemen tamamında, borçlunun alacaklıya karşı olan «koruma yükümlülükleri» (yoksa «aslî edim yükümlülüğü» değil!) üçüncü kişiye karşı da söz konusu olmaktadır. Yani «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme», borçlu ile üçüncü kişi arasında aslî edim yükümüne yol açmayan ve sadece «koruma yükümlerine» yer veren; bu koruma yükümlerine uyulmaması halinde de üçüncü kişiye sözleşmeye aykırılık hükümler-

(14) GERNHUBER, Festschrift, sh. 251

(14) GERNHUBER, Festschrift, sh. 251; AKYOL, sh. 55

(16) Bkz. AKYOL, sh. 9 vd.

rine dayanmak suretiyle tazminat talep edebilme imkânı sağlayan bir ilişkidir (17).

Bu görüşün kabulü ile, «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» gerçek hukukî temeline kavuşmuş olmaktadır.

Gerçekten, bir borç ilişkisinin borçlu için sadece «edim yükümü» doğurmakla kalmadığı; aynı zamanda alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan menfaatler bütününe de özen göstermek ve bunlara zarar vermemek hususunda bir «özen yükümü» de yüklediği uzun zamandan beri tereddütsüz kabul edilmekteydi (18). L a r e n z, uygulamanın edaya yakınlığı dolayısıyla üçüncü kişiyi koruma ihtiyacını duyduğu durumlarda, borçlunun ifayı gerçekleştirirken alacaklı kadar sözkonusu üçüncü kişilerin de zarara uğramaması için ihtimam göstermekle yükümlü olduğunu; bu ihtimamın gösterilmemiş olması halinde de borçlunun bu yüzden zarar gören üçüncü kişiye karşı bir y ü k ü m l ü l ü ğ e a y k ı r ı l ı k t a n d o ğ a n tazminat ödemekle yükümlü olacağını; bu niteliği dolayısıyla da sözkonusu hallerin «üçüncü kişi lehine sözleşme» değil, «üçüncü kişi lehine koruyucu etkiler doğuran sözleşme (Vertraege mit Schutzwirkung für Dritte) niteliği taşıdığını ortaya koymuştur.

Ancak L a r e n z de, bir sözleşmenin ne zaman üçüncü kişi lehine koruyucu etkiler yaratacağı sorusunun cevabını, (eğer bu hususta sözleşmede açık bir hüküm mevcut değilse), alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin y o r u m u n d a aramıştır : Bu hususta sözleşmenin tamamlayıcı yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına dayanarak yapılacak y o r u m u esas alınmalıdır. Bu suretle, tarafların üçüncü kişiyi sözleşmenin koruyucu etkilerinden yararlandırmak hususundaki açık veya örtülü iradeleri değil; bu yönde gerçek bir iradenin bulunmaması halinde dahi, sözleşmenin amacı gözönünde tutularak dürüstlük kuralına göre yorumlanıp t a m a m l a n m a s ı suretiyle bulunacak f a r a z î iradeleri esas alınacaktır (19).

L a r e n z'e göre, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilecek olan üçüncü kişilerin tayin ve tesbitinde de aynı kriterden yararlanmak mümkündür : Alacaklı borçlusunun sadece kendisine karşı değil, kendisi vasıtası ile ifa ile yakın ilişkide bulunan ve kendisinin de koruma ile yükümlü olduğu üçüncü kişilere karşı da gerekli özeni göstereceğini, diğer bir ifade ile «koruma yükümlerinin bu gibi şahıslara karşı da bulunmasını beklemekte haklıdır. Bu kriter uyarınca, üçüncü kişilerin sözleşmenin

(17) LARENZ, NJW 1956, sh. 1193; ayrıca bkz. NJW 1960, sh. 78

(18) Bkz. yukarıda sh. 224. vd.

(19) LARENZ, NJW 1956, 1193

koruyucu etkisinden yararlanabilmeleri için alacaklının kendilerine karşı akdî veya kanunî bir koruma yükümü altında bulunması gerekir. Ancak bu takdirde, bu üçüncü kişilerin de borçlunun koruma yükümünün sınırları içinde bulunduğuna ilişkin (tamamlayıcı) yorum, sözleşmenin amacına ve dürüstlük kuralına uygun düşebilir. Sözleşmeden doğan sorumluluğun bu şekilde üçüncü kişileri içine alacak şekilde genişletilmesi borçlu açısından da adaletsiz sayılamaz. Zira alacaklı, kendisine karşı gösterilmesi gereken özenin bu üçüncü kişilere karşı da gösterilmesini beklemekte haklıdır ve bu kişiler sınırlı sayıda ve borçlu tarafından önceden görülebilir kişilerden oluşmaktadır (20).

c) Üçüncü kişiyi etkili sözleşmenin, yerleşik mahkeme kararları ile oluşan örf ve âdet hukukuna dayandığını ileri süren görüş

Larenz tarafından savunulan ve bir borç ilişkisinde borçlunun koruma yükümlülüğünü tamamlayıcı yorum yolu ile üçüncü kişilere karşı da tanıyan görüş, Alman doktrininde özellikle Gernhuber tarafından çeşitli açılardan eleştirilmiştir.

Gernhuber'e göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin varlığını tamamlayıcı yorum yolu ile tarafların farazî iradesine dayandırmak, aslında sözleşmedeki bir boşluğun değil, yasadaki bir boşluğun doldurulmasıdır ve Alman mahkeme kararlarının ilk döneminde rastlanan «üçüncü kişi lehine sözleşme» görüşü (21) kadar gerçeklere aykırıdır (22). Kaldı ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin varlığı hususunda alacaklı ile borçlu arasındaki akdî ilişkinin yorumundan hareket edilmesi, sözleşmeye dayanmayan (kanunî) borç ilişkilerinde dahi edime yakınlığı dolayısıyla zarara uğrayabilecek üçüncü kişileri kapsam dışı bırakır. Oysa, sözleşmeye dayanmayan borç ilişkilerinde de üçüncü kişinin ifaya yakınlığı dolayısıyla zarara uğrama tehlikesi içinde bulunması pekâlâ mümkündür (22).

Gernhuber tarafından Larenz'e yöneltilen bir diğer eleştiri de, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanacak olan üçüncü kişilerin «alacaklının kendisine karşı koruma yükümü altında olduğu» kişilerle sınırlı tutulmasının yetersizliği noktasında toplanmaktadır. Gernhuber, böyle bir sınırlama olmaksızın, bir borç ilişkisinde edimin niteliği icabı en az alacaklı kadar tehlikeye maruz kalan veya alacaklının etki alanında (Gläubigershare) bulundukları için edimden etkilenecek olan tüm üçüncü kişilere, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine dayanarak tazminat talep etme hakkının tanınması gerek-

(20) **LARENZ**, NJW 1956, sh. 1194

(21) Bkz. yukarıda sh. 229-230 vd.

(22) **GERNHUBER**, Festschrift, sh. 269

tiğini savunmaktadır (23). G e r n h u b e r, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin hukukî dayanağını alacaklı ile borçlunun gerçekte mevcut olmayan, fakat tamamlayıcı yorum yolu ile farzedilen «taraf iradesine» dayandırılmasını da eleştirmektedir. G e r n h u b e r'e göre «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme», yerleşmiş mahkeme kararları iler, yasaya rağmen (contra legem) oluşan bir ö r f ve â d e t h u k u k u kuralına dayanmaktadır ve «a k d î» değil «k a n u n î» bir temele sahiptir (24).

d) «Üçüncü kişiyi koruyucu etkinin» edim yükümünden bağımsız, sadece koruma yükümlerini içeren bir borç ilişkisine dayandığı ve alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden soyut olduğu görüşü

L a r e n z tarafından ilk defa doğru olarak teşhis edilen ve bir borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya karşı olan koruma yükümlerinin, alacaklı sıfatını taşımayan (belli nitelikteki) üçüncü kişilere karşı da sözkonusu olması şeklinde nitelenen «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kuramı, özellikle G e r n h u b e r tarafından yönetilen eleştirilerin ışığı altında C a n a r i s tarafından geliştirilip tamamlanmıştır (25).

C a n a r i s, borçlunun alacaklıya karşı olan koruma yükümlerinden hareket ederek, bunlar bakımından geçerli olan şu üç ortak hususu isabetle saptamıştır :

- 1) Koruma yükümleri edim borcundan bağımsız olarak mevcuttur;
- 2) Bu yükümler, sözleşmenin müzakeresi safhasında, yani henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmadan önce de mevcuttur: Bu nedenle bu yükümlerin hukuk dayanağını taraf iradelerinde aramak (bu iradenin yorum ve tamamlayıcı yorum suretiyle araştırılması hallerinde dahi) yanlıştır.
- 3) Koruma yükümlerinin varlığı, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisinin geçerli olup olmamasına bağlı kılınamaz! Sözleşmenin geçersizliği borçlunun «edim yükümünü» etkiler, ama «koruma yükümünü» etkilemez. Aksi takdirde, bir antika heykelciği satın almak niyetiyle mağazaya giren ve personelin dikkatsizliği yüzünden yaralanan (muhtemel) alıcıya culpa in contrahendo kuramı ile tanınan «akde aykırılığa dayanarak» tazminat talep edebilme olanağını; sözkonusu heykelciği, bir gün önce satıcının da haberi olmaksızın depoda yanmış olduktan sonra,

(23) GERNHUBER, Festschrift, sh. 270

(24) GERNHUBER, Festschrift, sh. 260

(25) CANARİS, Glaebiger, Schuldner und Dritte, JZ 1965, sh. 475

telefonla akdedilen satış sözleşmesi uyarınca satın alan ve teslim almak üzere mağazaya girdiği sırada personelin dikkatsizliği yüzünden yaralanan alıcıdan esirgemek gerekirdi. Zira bu ihtimalde, sözleşme imkânsızlık sebebiyle BK. md. 20 uyarınca geçersiz olacaktı!

C a n a r i s, borçlunun alacaklıya karşı olan koruma yükümleri konusunda tesbit edilen bu genel prensipleri, borçlunun «üçüncü kişilere» karşı «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kuramı çerçevesinde söz konusu olacak koruma yükümlerine de uygulamak suretiyle, bu yükümlerin «alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden tamamen bağımsız olarak mevcut olacağı» sonucuna ulaşmıştır. Bu suretle, borçlunun üçüncü kişiye karşı olan koruma yükümleri aslî edim yükümünden bağımsız, (k a n u n î) bir borç ilişkisine dayanmakta ve BGB 242 (=MK. md. 2) de ifadesini bulan dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır (26).

C a n a r i s, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin uygulamada bugüne kadar sadece «şahıs varlığı zararlarının» tazmini bakımından tanınmış olmasını da haklı olarak eleştirmekte ve üçüncü kişinin şahıs varlığı zararı ile malvarlığı zararı arasında bir ayırım yapılmaksızın, her iki tür zararın da sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde tazmini gerektiğini belirtmektedir (27).

C a n a r i s'e göre, koruma yükümünün kapsamına giren üçüncü kişilerin tesbitinde de, bu kişilerin «alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin g ü v e n o r t a m ı n a (Vertrauensverhaeltnis) dahil olup olmadığının araştırılması gerekir; bunun için alacaklının da kendi açısından bu kişilere karşı bir koruma yükümü altında olması şart değildir! (28).

Borçlunun alacaklıya veya üçüncü kişilere karşı olan koruma yükümlülüklerinin ortak ve genel prensipleri bulunduğunu savunan C a n a r i s, bu görüşünün bir sonucu olarak, culpa in contrahendo sorumluluğuna paralel şekilde, yani «akdin müzakeresi safhasındaki kusura» dayanan bir sorumluluğun ü ç ü n c ü k i ş i l e r e karşı da söz konusu olması gerektiği inancındadır (29). Bu suretle, «nisbilik prensibi» bakımından «alacaklı» ile «borçlu» arasında varılan noktaya, «üçüncü kişiler»in korunmasında da ulaşılmış ve henüz «alacaklı» ile «borçlu» ara-

(26) CANARİS, JZ 1965, 477/478

(27) CANARİS, JZ 1965, sh 478, aynı kanaatte KOZİOL, sh. 72, KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, sh. 27; TANDOĞAN, sh. 160/161.

(28) CANARİS, JZ 1965, sh. 478

(29) CANARİS, JZ 1965, sh. 482

sında gerçek anlamda bir borç ilişkisi (sözleşme) kurulmamış olmasına rağmen, bu «muhtemel» ilişkinin «koruyucu etkileri» ü ç ü n c ü k i ş i y i de içine alacak şekilde genişletilmiş ve «nisbilik prensibi» bu noktada da aşılıp, sözleşmeye aykırılığa dayanan sorumluluğun uygulama alanı biraz daha genişletilmiş olmaktadır.

III — BORÇLU İLE ALACAKLI ARASINDA YAPILAN SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ İFA YARDIMCILARINA ETKİSİ (SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KORUYUCU ETKİSİ)

Alman doktrin ve uygulamasında, sözleşmeye konan sorumluluktan kurtulma şartının, taraflardan birinin ifa yardımcısına da etkili olması konusunda giderek güçlenen bir eğilim gözlenmektedir. Bu suretle üçüncü kişi durumundaki ifa yardımcısı korunmak istenmektedir.

Sözleşmede yer alan bir hükmün, sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişiyi de etkilemesi noktasından, bu eğilim de «nisbilik prensibinin a ş ı l m a s ı n ı » ifade eder. Zira «nisbilik prensibi» çerçevesinde kalırsa, ifa yardımcısının fiil ve davranışı sonucu zarar gören alacaklı, sorumsuzluk anlaşmasının varlığı nedeniyle borçluya başvuramayacak; fakat ifa yardımcısından haksız fiil hükümleri gereğince (zira aralarında bir sözleşme yoktur!), kusur şartına bağlı olarak tazminat talep edebilecektir (30).

Alman Mahkeme kararlarında, sosyal düşüncelerden hareket edilerek borçlu (= işveren ile zarar gören kişi arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasının, böyle bir zarara sebep olan ifa yardımcısı (= işçi) tarafından da ileri sürülmesi gerekeceği hususunda bir eğilim mevcuttur. Alman Federal Mahkemesi bu içtihadını, aynen «üçüncü kişiyi» koruyucu etkili sözleşme ile ilgili ilk örneklerde olduğu gibi (31) «üçüncü kişi lehine sözleşme» kavramına başvurarak tesis etmiştir.

Örneğin, Yüksek Mahkemenin bu konuya ilişkin ilk kararlarından olan 1960 tarihli bir kararında, alacaklı (taşıtan) ile borçlu (taşıyan) arasında, taşıyanın müstahdem ve yardımcılarının fiillerinden sorumlu olmayacağı hususunda bir sorumsuzluk anlaşması akdedilmiş ve müstahdem (kaptanın) kusuru sebebiyle malların hasara uğraması üzerine sorumsuzluk anlaşması nedeniyle borçluya (taşıyan) başvuramayan alacaklı, haksız fiil hükümleri uyarınca müstahdem (kaptan) sorumluluğu-

(30) Nitekim Türk/İsviçre doktrinindeki hakim görüş bu istikamettir. Bkz. v. **TUHR/ESCHER**, § 70, not 53, **BECKER**, Art. 101, Nr. 24; karş. **AKMAN**, sh. 80; **AKYOL**, sh. 58

(31) Bkz. yukarıda sh. 224 vd.

na gitmiştir. Alman Federal Mahkemesi, taşıyan ile taşıtan arasındaki sorumsuzluk anlaşmasını «üçüncü kişi lehine» olarak yorumlamak suretiyle, kaptan hakkında açılan haksız fiile dayanan tazminat davasını red etmiştir (32).

Benzer bir olayda, Alman Federal Mahkemesi bir yolcunun şoföre karşı açtığı haksız fiil davasını, yolcu ile taksi işletmesi arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının «üçüncü kişi (=şoför) yararına» da yapıldığını varsayarak red etmiştir (33).

Bir başka örnekte, Yüksek Mahkeme davacının bir bekçilik firması ile akdettiği sözleşmede müstahdemlerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması imzalandığını gözönünde tutarak, ihmali ile depo ve malların yanmasına sebep olan müstahdeme (olayda 71 yaşındaki bir gece bekçisi) karşı açılan haksız fiile dayalı tazminat davasını red etmekte tereddüt duymamıştır (34).

Alman Yüksek Mahkemesinin bu içtihadı Alman doktrininde giderek daha fazla taraftar bulmakta (35) ve bir sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılan sorumluluktan kurtulma şartının, bu sözleşmeye taraf olmayan üçüncü şahıs durumundaki müstahdemi de sorumluluktan kurtarıcı etkisi gözönünde tutularak, «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme» kuramı paralelinde «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesi» (Haftungsausschluss mit Wirkung für Dritte) kavramına nisbilik prensibinin bir diğer istisnası olarak yer verilmektedir (36).



BİBLİYOGRAFYA

- | | |
|---------------------------|--|
| AKMAN Galip Sermet | : Sorumsuzluk Anlaşması, Doktora Tezi, İstanbul 1976 |
| AKYOL Şener | : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976 |
| BECKER, H. | : Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. VI : Obligationenrecht, Zürich 1946 |
| BERG Hans | : Drittschadensliquidation und Vertraf mit Schutzwirkung für Dritte, MDR 1969, sh. 613 |

(32) BGH VRS 1960, sh. 251

(33) BGH 22, 109

(34) Karar için bkz. NJW 1962, sh. 388 veya JZ 1962, sh. 570

(35) **GERNHUBER**, JZ 1962, 553; **LARENZ**, Schuldrecht, Bd. I, sh 169; **EMMERICH**, sh. 315.

(36) **GERNHUBER**, JZ 1962,554

- BUCHER** Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979
- BYDLINSKI** : Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBI 1960, sh. 359
- CANARIS** Claus - Wilhelm : Ansprüche wegen positiver Cetratsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, sh. 475
- EMMERICH** Volker : Grundlagen des Vertrags - und Schuldrechts, in Athenaeum - Zivilrecht I
- EREN** Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler cilt 1, Ankara 1985
- FLUME** Werner : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 : Das Rechtsgeschaeft, 3. Aufl. 1979
- GERNHUBER** Joachim : Drittwirkungen im Schuldverhaeltnis kraft Leistungsnähe, Festschrift für Arthur Nikisch, sh. 249
- GERNHUBER** Joachim : Gläubiger, Schuldner und Dritte, JZ 1962, sh. 53
- HEISEKE** Jürgen : Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, sh. 77
- HÜBNER** Heinz : Allgemeiner Teil des BGB 1985
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip : Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler) 1978
- KOZIOL** Helmut : Österreichisches Haftpflichtrecht Bd. II Wien 1975
- LARENZ** : Karar tahlili (Anmerkung) NJW 1956, sh. 1193
- LARENZ** : Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, sh. 78
- LORENZ WERNER** : Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, sh. 108
- LORENZ WERNER** : Karar tahlili (Anmerkung), JZ 1966, sh. 143
- SÖLLNER** Alfred : Mietvertragsliche Sachmangelhaftung des Grundstückserwerbers gegenüber Dritten, JuS 1970, sh. 159
- TANDOĞAN** Haluk : Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963
- v. TUHR/ESCHER** : Allgemeiner Teil des Schweiz. OR Bd. II, Zürich 1974
- WEYER** Friedhelm : Mietvertrag und Schutzwirkungen zugunsten Dritter in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BB 197
- ZUNFT** Fritz : Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht, AcP 153, sh. 373.

**KUSURLU KARŞILIKSIZ ÇEK
VE
KARŞILIKSIZ ÇEK SUÇU**

Mustafa GÜVEN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** Giriş. **BİRİNCİ BÖLÜM :** Çekin Unsurları. I — Genel olarak çek. II — Çekin kurucu unsurları. A — Türk Ticaret Kanununda gösterilen şekil şartları a — Çek kelimesi. b — Belirli meblağ. c — Ödeyecek kimsenin adı ve soyadı. d — Keşide günü ve yeri. e — Çek çekenin imzası. f — Ödeme yeri. B — 3167 sayılı Kanunun getirdiği şekil şartları. III — Kurucu unsurları eksik olan çekin hukukî durumu. **İKİNCİ BÖLÜM :** 3167 sayılı Kanun ve karşılıksız çek. I — 3167 sayılı Kanunun özellikleri. A — 3167 sayılı Kanunun kabul ediliş nedenleri. B — 3167 sayılı Kanuna göre çekin basım ve kullanımı. a — Çekin basımı. b — Çekin kullanımı. II — 3167 sayılı Kanuna göre karşılıksız çek suçu. A — Hukukî konu. B — Maddî unsur. C — Manevî unsur. **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM :** Kusurlu karşılıksız çekin 3167 sayılı Kanuna göre değerlendirilmesi. I — Kusurlu karşılıksız çekte 3167 sayılı Kanunun uygulanacağını kabul eden görüş. II — Kusurlu karşılıksız çekte 3167 sayılı Kanunun uygulanamayacağını kabul eden görüş. III — Mukayeseli hukuk ve uygulamadaki durum. IV — Yargıtay'ın görüşü. V — Görüşümüz. VI — Sonuç.

GİRİŞ

Karşılıksız çek keşide edenler hakkında, 3167 sayılı Kanunla yeni bir uygulama getirilmiştir.

Eskiden TCK. nun 503. maddesine göre dolandırıcılık suçu olarak değerlendirilen karşılıksız çek, bundan böyle, apayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bu kanunda, kusurlu çek hususunda suskun kalmıştır.

Çalışmamızda öğeleri eksik olan ve bu yüzden «kusurlu çek» (1) olarak isimlendirilen çeklerin, karşılıksız çıkması halinde, 3167 sayılı Kanun 16/1. maddesindeki suçun oluşup oluşmayacağı araştırılacaktır.

Konuya yalnız bu açıdan bakıldığından, önce çek hakkında kısaca bilgi verilmiş, bundan sonra 3167 sayılı Kanuna göre karşılıksız çek suçu-nun özellikleri ortaya konmuştur. Daha sonra da, kusurlu çekin 3167 sayılı

(*) **Çerkeş C. Savcı Yardımcısı.**

(1) «Kusurlu çek» tabirini sayın Prof. Dr. Faruk **EREM** kullanmıştır. Bkz. Çek Kanunu ve Karşılıksız Çek, YD, Ekim - 1986, Sayı : 4, sy : 414

Kanun karşısındaki durumu değerlendirilmiş ve planda buna göre yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM ÇEKİN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK ÇEK

Çek, bir ödeme aracıdır (2). Para da ödeme aracıdır, ama, aynı zamanda para hem bir birikim aracı, hem de dolaşım aracıdır (3). Paranın bu üçlü özelliği onu, iktisadi alanda başköşeye çıkarır.

Ticari yaşamda alış-veriş her zaman peşin parayla olmaz. Borçlanma yoluyla ve paranın üstte taşınmasının verdiği zorluklardan ötürü geç ödemelerle de olabilir. Borçlanma yoluyla satışlara, kredili satışlar (alıcı yönünden kredili satın alma) denirki, bunun vasıtaları genellikle polişe ve bonodur (4).

Para taşınmasını zorlaştıran olaylarda da çek kullanılır. Bunun için çek, ödeme vasıtası olarak görülür. Fakat iktisatçılar çeki para sayarlar. Çünkü mal satın alınırken hesabı karşılık göstererek çek ile ödeme yapılabilir. Çek için yatırılan vadesiz mevduat diğer bütün mübadele (dolaşım) vasıtalarından farksızdır. Paranın temel vasıflarına sahip olduğu için bankalardaki çek karşılıkları para gibi sayılabilir ve sayılmalıdır (5). İktisatçılar bu kabulü şu açıdan önemlidir : Çek artık yalnız bir ödeme aracı değildir. O aynı zamanda bir değişim aracıdır. Ticarî hayatta para kadar bir pratik kullanımı yoksa da, ondan daha güvenli ve onun kadar ticaret hacmine etki eden bir araçtır. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler çeki, artık para olarak görmek zorundadırlar.

Çekin bizce en önemli vasfı mal dolaşımını hızlandırması, paranın da bankalar sisteminde kalarak yatırımlar için nakit yaratmasıdır.

Bilindiği gibi çekte muhatap devamlı bir bankadır. Zaten çekin dünyada ilk olarak kullanılması da, İngiltere'de, İngiltere Bankasının kurulması (1694) yıllarına rastlar. Yani çek, banka sisteminin bir ürünüdür.

(2) Prof. Dr. Reha **POROY**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Beşinci Bası Fakülteler Matbaası, İstanbul - 1973, sy : 219

(3) Orhan **HANÇERLİOĞLU**, Ekonomi Sözlüğü, Remzi Kitabevi, Birinci Bası, İstanbul - 1972, sy : 226

(4) **POROY**, age., sy : 219

(5) Paul A. **SAMUELSON**, İktisat, Çev. Prof. Dr. Demir **DEMİRGİL**, Menteş Kitapevi, İstanbul - 1973, sy : 308 v.d.

(6) **POROY**, age., sy : 219

Görüldüğü gibi çekin hem banka sistemi, hem de para kadar geçerli olması açısından önemi çok büyüktür.

II. ÇEKİN KURUCU UNSURLARI

Çekin kurucu unsurları ile anlatmak istediğimiz, olmaması halinde onun çek olarak kabul edilmesine, engel olan şekil şartlarıdır. Bu şekil şartları TTK. nun 692 ve 693. maddelerinde düzenlenmiştir. Fakat 3167 sayılı Kanunla da bunlara bazı eklemeler yapılmıştır.

A) Türk Ticaret Kanununda Gösterilen Şekil Şartları

a) Çek Kelimesi

Senet Türkçe yazılmış ise «Çek» kelimesi, başka bir dilde yazılmış ise, o dilde çek karşılığı olarak kullanılan kelimeyi ihtiva etmelidir. En önemli şart budur. Ancak bu kelimenin senet metninin için de mi, yoksa senedin üstünde bir yerde mi, yazılı olacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bazı yazarlar çek kelimesinin metin içinde bulunmasını zorunlu görmezken (7), bazıları çek kelimesinin metin içinde olmasını, aksi halde senedin «emre yazılı havale» olarak kabul edileceğini ileri sürmektedirler (8). Çek kelimesinin metin içinde bulunmasını zorunlu görenlerden bir kısmı da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 298. maddesi gereğince senet metni dışında yazılı olan çek kelimesinin, altı ayrıca imzalanırsa, senedin çek niteliğini kazanacağını kabul etmektedirler (9). Bununla beraber konu fazla da bir önem taşımamaktadır. Çünkü uygulamada çek kelimesi hep senet metninin içindedir. Hatta 3167 sayılı Kanunla çeklerin basım şekli konusunda bankalar birliği ve Merkez Bankası'na görev verilmiştir ki (madde 3/3) bu kuruluşların tamimlerine göre bankalar tarafından basılacak çeklerde, çek kelimesinin senet metninde veya üstünde olmasının, artık bizce pek önemi kalmamıştır. Yeterki basımı yapılan çekler Merkez Bankası'nın tamimlerine uygun olsun.

b) Belirli Meblağ

Çekin, belirli bir paranın ödenmesi için bağımsız ve koşulsuz havaleyi içermesi zorunludur (10). Çekte karşılık misli şeylerin (Çarşı ve pazarda

(7) **DOMANIÇ** ve **KALPSÜZ, POROY**'dan naklen bkz. age., sy : 223, dip not : 5a

(8) **AKGÜN, POROY**'dan naklen, age., sy : 223, dip not : 5a; **POROY**'da «çek» kelimesinin metin içinde bulunmasını belirtmekle beraber, bulunmaması halinde senedin nasıl değerlendirileceğine değinmemiştir. (age., sy : 223)

(9) A. Tahir **ÖĞÜTÇÜ** - Mehmet **ALTIN**, Ticari Senetler ve Özel Takip Yolları, - Ulucan Matbaası, Ankara - 1979, sy : 280

(10) **POROY**, age., sy : 223; **ÖĞÜTÇÜ** - **ALTIN**, age, sy : 280

benzeri bulunan) aksine her zaman belirli bir paradır (11). Çekte belirtilmiş olsa dahi, faiz şartı yazılmamış sayılır (12).

c) Ödeyecek Kimsenin Adı ve Soyadı

Türkiye'de ödenecek çeklerde muhakkak olarak ancak bir banka gösterilebilir. Türkiye diye belirtilmesinin nedeni, çekin ödenmesinin ödeme yeri kanunlarına göre yapılması ve bazı ülkelerde çekin bir gerçek kişi üzerine de çekilebilmesidir (13).

d) Keşide Günü ve Yeri

Çekte keşide gününün yazılması gerekir. Bu ibraz süresinin başlangıcını tesbite yarar (14). Ancak çeklerdeki tarih hakiki düzenleme tarihi olmayabilir. Sonraki bir tarih konarak çekin bir kredi aracı olarak kullanılmak istenmesi mümkündür. Bu gibi çekler geçerli olup, ancak kredi aracı olarak kullanılmasını önlemek için, ibraz günü ödeneceği TTK. nun 707/2 maddesi ile hükme bağlanmıştır (15).

Çekte keşide yerinin de gösterilmesi gerekir. Bu yazılmamışsa keşidecinin ad ve soyadı yanında bulunan yer keşide yeri sayılır (16).

e) Çek Çekenin İmzası

Çek çeken kimsenin (keşidecinin) imzasının bulunması zorunlu şekil koşullarındandır. Zira imzasız her senet geçersizdir (17). İmza el yazısı ile olmalıdır (TTK. Md. 668). Usûl Kanunundaki imza ile ilgili hükümler burada uygulanmaz (18).

f) Ödeme Yeri

TTK. nun 692. maddesinde ödeme yeri çekin unsurlarından biri olarak gösterilmiş ise de, bu zorunlu bir unsur değildir. Ödeme yeri gösterilmemişse muhatabın ad ve soyadı yanında gösterilen yer, birden fazla yer gösterilmişse ilk gösterilen yer, bu da yoksa çek muhatabının iş merkezinin bulunduğu yer ödeme yeri olarak kabul edilir (TTK. md.693).

(11) ÖGÜTÇÜ - ALTIN, age., sy : 280

(12) POROY, age., sy : 223 - 224

(13) POROY, age., sy : 224; İsviçre'de gerçek kişiler üzerine çek keşidesi mümkündür. Almanya'da banka veya banker üzerine çekilebilir. Bkz. Doç. Dr. Ünal TEKİNALP, Doç. Dr. Ersin ÇAMOĞLU, Türk Ticaret Kanunu ve Kooperatifler Kanunu, genişletilmiş ikinci basım, Filiz Kitapevi, İstanbul - 1969, sy : 317

(14) POROY, age., sy : 226

(15) ÖGÜTÇÜ - ALTIN, age, sy : 282

(16) POROY, age., sy : 226; ÖGÜTÇÜ - ALTIN, age, sy : 281

(17) ÖGÜTÇÜ - ALTIN, age., sy : 282

(18) ÖGÜTÇÜ - ALTIN, age, sy : 25

B) 3167 Sayılı Kanunun Getirdiği Şekil Şartları

Kanunun 3. maddesiyle iki şekil şartı getirilmiştir. Bunlar (çek karnelerinin her yaprağına çekle işleyen hesabın bulunduğu şubelerinin adını ve keşidecinin hesap numarasını) yazmaktadır. Kanun yazma yükümlülüğünü bankalara vermiş, cezai müeyyidesini de 15. maddede göstermiştir.

Hal böyle olmakla beraber bu iki unsur TTK. nun 692. maddesinde öngörülen çekin unsurlarına ilâve olarak mı getirilmiştir? diye sorulmaktadır.

Bu konuda **DONAY**, 3167 sayılı Kanunla getirilen şartların TTK. nun 692. maddesini tamamladığını ve bir evrakın çek sayılabilmesi için bu koşulların bulunmasının da zorunlu olduğunu ileri sürmektedir (19). **GÜCÜK** ise, çekle ödemelerin düzenlenmesi hakkında 3167 sayılı Yasanın TTK. nun çekle ilgili hükümleri ile birleştirilerek temel kanun içinde düzenlenmesi Yasa bütünlüğünü sağlaması bakımından yararlı olacağını söylemektedir (20).

Bizce soru, 3167 sayılı Yasanın getirdiği unsurların bulunmaması çekin, «çek» olma vasfını ortadan kaldıracak mıdır? diye sorulmalıdır.

TTK. nun hükümleri karşısında kaldırmayacaktır. Bir senedin, senet olarak kabulü başka, onun kullanılması daha başka şeydir. Bu ek unsurlar 3167 sayılı Kanunun uygulanması açısından önemlidir. Yani bu unsurlar yoksa, 3167 sayılı Kanun uygulanmayacak, fakat hamil kambyo senetlerine has özel takip yollarından faydalanacaktır. Ayrıca bu iki unsur yazmayan bankaya da 3167 sayılı Kanunun 2. maddesine göre husumette tevcih edilebilecektir.

III. KURUCU UNSURLARI EKSİK OLAN ÇEKİN HUKUKÎ DURUMU

Zorunlu unsurlar olarak gösterilen TTK. nun 692 ve 693. maddelerindeki şekil unsurlarını taşımayan senetler adi senet hükmündedir. Örneğin keşide günü ve yerini taşımayan çeki keşideci ödemek istemezse bankadaki karşılığı yok edip, lehtar zor durumda bırakabilir. En azından çekin ne denli verildiğini, yani bir alt borç ilişkisine dayandığını ileri sürebilir. O zaman hamil veya lehtar muhtemelen bir takım ispat külfetlerini yüklenecektir. Ve tabi, haklarını elde etmek için, önce, genel mahkemelere başvuracaktır (21).

(19) Prof. Süheyl **DONAY**, Son Değişiklikler Açısından Çek, Beta Basım, Yayın, Dağıtım A.Ş. Birinci bası, Ocak 1986 - İstanbul, sy : 13

(20) Turgut **GÜCÜK**, Türk Ticaret Kanunu Değişikliği Üzerine Düşünceler, Bkz. YD, Ocak - Nisan 1987, Sayı : 1 - 2, sy : 101

(21) İİK. nun 170/a maddesinin ikinci fıkrası gereğince tetkik mercii müddetinde yapılan şikâyet ve itiraz dolayısıyla kendisine gelen işlerde takibin

İKİNCİ BÖLÜM

3167 SAYILI KANUN VE KARŞILIKSIZ ÇEK

I. 3167 SAYILI KANUNUN ÖZELLİKLERİ

A) 3167 Sayılı Kanunun Kabul Ediliş Nedenleri

Daha önceleri karşılıksız çek verenler, TBMM. nin çok eski bir yorum kararına göre, dolandırıcılık suçundan yağılanıyorlardı. Böylece çek çifte güvenceli bir hale geldi. Bu da uygulamada bono ile çekin yer değıştirmesine neden oldu. Çünkü aynen bono gibi kambiyo senetlerine mahsus takip yolu ile alacağın tahsiline gidilirken, aynı zamanda «karşılıksız çek keşidesi» suçundan cezayı kovuşturma yapılması için savcılıkların tahrik edilmesi, ödemelerin çabuklaştırılmasında baskı aracı olarak kullanılıyordu (22).

Çekin alacaklı açısından bu avantajı, borçlu açısından da ona, küçümsenmeyecek bir olanak tanıyordu. Bilindiğı üzere bononun süresi içinde ödenmemesi, bono borçlusunun protesto olmasına ve de bu protesto nedeniyle bankalardan sağlayacağı kredilerden aksamalara neden oluyordu (23).

Çeklerde ise böyle bir tehlike mevcut değildi. Çeki zamanında (uygulamadaki değimle vadesinde) ödemeyen, protesto olma tehlikesi ile

dayanağı olan senedin bu niteliğı kapsayıp kapsamadığını ve alacaklının kambiyo hukuku gereğince takip hakkına malik bulunup bulunmadığı hususlarının kendiliğinden gözönüne alarak bu fasla göre yapılan takip-leri iptal edebilir.

TTK. nun 692 ve 193. maddeleri hükümlerine göre incelendikte belgede (çek) kelimesi ile koşulsuz bir meblağın ödenmesi için havaleyi muhatabın olması nedeniyle ünvanı, keşide gününü, keşide edenin imzasının yazılı bulunduğu görülmekle beraber bu maddenin 4. bendinde yazılı ödeme yerini ve keşide yerini kapsamamaktadır. 693. maddeye göre açıklık bulunmakla beraber muhatabın yeri (Karşıyaka Çarşı Şubesi) gösterildiğinden ödemenin bu yer olarak kabulü gerekir. Bu maddenin 5. bendinde yazılı olduğu üzere, keşide yeri ve keşidecinin ad ve soyadı yanında bir yer yazılmadığından bu belge bu unsurları kapsamaması nedeniyle 693. maddenin birinci fıkrasına göre (çek) sayılamaz. Ve bu halde İİK. nun 170/a maddesinin ikinci fıkrasına göre kendiliğinden gözönüne alınması gerekeceğinden kambiyo senetlerine özgü bu yolla yapılan takibin iptaline karar verilmesi gerekirken bu yön gözönünde tutulmadan itiraz ve şikâyetin reddine ve takibin devamına karar verilmesi isabetsizdir. (Yg. 12.HD., 8.6.1976 gün ve 5485/7184 sy. kararı. Bkz. ÖGÜTÇÜ . ALTIN, age., sy : 284 - 285

(22) DONAY, age., sy : 1

(23) DONAY, age., sy : 2

karşı karşıya kalmıyordu. Böylece sadece çekin karşılıksız olduğu muhatap istihbaratında kalarak olumsuz bir puan alıyor ve fakat diğer bankalardaki itibarı zedelenmediği için, belkide haklı olmadığı krediye kavuşabiliyordu (24).

Yargıtayımız karşılıksız çek suçu için bir zaman «karşılıksız» şartını yeterli gördü. Bir zaman, çekin bütün öğeleri ile tamam olmasını, eksiklik varsa, ortada hukuken geçerli bir çek olmadığından, suçun da oluşmayacağını ileri sürdü. Daha sonra da karşılıksız çeki sania olarak benimsedi. Bundan ötürü öğe eksikliğinin suçun oluşumunu etkilemeyeceğini vurguladı ve özellikle son yıllarda bu görüş yerleşti (25).

Seksenli yıllarda ortaya çıkan bankerlik olayı da işin içine karışınca, çekin ülkemizde kullanılış şekli araştırılmaya başlandı. Ve görüşüldü ki, çek, ne hukukî düzenlemedeki amaca ve ne de ekonomik gerçeklere göre kullanılmaktadır. Fiilen meydana gelen sistem de hep çek hamillerinin aleyhine işlemektedir.

İşte bütün bu olgular yeni bir düzenlemeyi gerektirir. Bilindiği gibi 3167 sayılı «Çekle Ödemelerin Düzenlemesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanun» çıkarıldı.

Bu kanunla bankalar sistemi bütün olarak gözönüne alınıp yeni yetkiler ve sorumluluklar yaratıldı. Merkez Bankası ve Bankalar Birliği devreye sokuldu. Bankalara cezaî sorumluluklar yüklendi. Karşılıksız çek keşide edenin cezası artırıldı. Hamile şikâyet ve şikâyetten vazgeçme gibi yetkiler tanındı.

Yasa bütününüyle gözönüne alınırsa, çek kullanımını belirli bir disipline sokacağı benzetilmektedir. Çünkü hem ekonomik şartlar gözönüne alınmış, hem de var olan sorunların bir çoğuna çözüm üretilebilmiştir. Ancak uygulamada muhakkak ki yeni sorunlar çıkacaktır. 3167 sayılı Yasaya göre, öğeleri eksik olan çekin sorun olabileceğini ise, şimdiden söylemek mümkündür. Bu kanun hakkında kaleme alınan yazılardaki görüş farklılıkları da bunun kanıtıdır (26).

B) 3167 Sayılı Kanuna Göre Çekin Basım ve Kullanımı

a) Çekin Basımı

3167 sayılı Kanunun 3/2. maddesine göre, bundan böyle çek karneleri, bankalar tarafından basılacak veya bastırılacaktır. Yanılmıyorsa, es-

(24) DONAY, age., sy : 2

(25) Dr. Sami SELÇUK, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayırımı, Ankara - 1986, sy : 123

(26) Bkz. EREM, agm., DONAY, age., SELÇUK, age.

kiden de bankalar tarafından basılmaktaydı. Fiilen oluşturulan bu uygulama hukukî bir kılıf içine alınmıştır. Fakat yalnız basım yükümlülüğü getirilmekle yetinilmemiştir. Baskı şeklinde tek düzeliğin sağlanması için Merkez Bankası'na da görev verilmiştir. Merkez Bankası artık, Bankalar Birliğinin de görüşünü alarak, çek karnelerinin baskı şekline dair esasları tespit edecektir. Merkez Bankası konuyla ilgili tebliğini yayınlamıştır (27).

Tebliğ, 2. maddesiyle çekin ebadı ve kullanılacak kâğıdın niteliğine kadar çekin bir çok özelliğine açıklık getirmiştir. Bu şekil özelliklerinin dışında tebliğ ayrıca, «Çeklerin basımından, 3167 sayılı Kanun ile bu tebliğde belirtilen hususlar dışında, çekin keşide yeri ve keşide tarihi dahil TTK. nunda yer alan çekin şekline ilişkin diğer unsurlarında gözönünde bulundurulacağı» da belirtilmiştir. Görülüyor ki, Merkez Bankası baskı şekline dair» sözünü haklı olarak geniş manasıyla ele almış, yani çekin, görünüşteki şekliyle yetinmemiştir.

b) Çekin Kullanımı

Çekin kullanımı hususunda da yeni düzenlemelere gidilmiştir. Belirli bir sıra takip ederek, konuya açıklık getirmek istersek, herhangi bir kimsenin çekle işleyen hesap açtırmak için bir banka şubesine başvurmasından başlamamız gerekecektir. Müracaatı alan banka, kendi istihbarat kaynaklarından müracaatçıyı araştıracaktır. Bu araştırma eskiye oranla daha titiz yapılacaktır. Çünkü 3167 sayılı Kanunun 10. maddesine göre ileride hesap sahibinin çeki karşılıksız çıkarsa bunun yirmi bin liralık bölümünden banka sorumlu tutulmuştur. Ayrıca 3167 sayılı Kanunun 2. maddesiyle bankalara genel bir sorumluluk da yüklenmiştir. Bu maddeye göre bankalar, çekle işleyecek hesap açarken, çek karnesi verirken ve bu kanunla kendilerine verilen görev ve mükellefiyetleri yerine getirirken bu işlemlerin gerektirdiği basiret ve itinaı göstermeye mecbur tutulmuşlardır. Maddeyle bankalara, bir takım hukukî sorumluluklarda yüklenecektir kanımızca. Örneğin, iflas etmek üzere olan bir tacire, bu durumu kısa bir araştırmayla öğrenmesi mümkün iken, yeteri kadar araştırmadan çek karnesi veren banka, zarara uğrayanlara karşı sorumlu olabilmelidir.

Banka, müracaat eden bir şahsı araştırıp çek karnesi vermeye karar verirse, aralarında muhakkak bir anlaşma yapacaktır. Bu kendi iç düzeniyle ilgilidir. Fakat çek karnesi verir vermez, 3167 sayılı Kanunun 3/4. maddesine göre, karne sahibinin açık kimliğini Merkez Bankası'na bildirecektir. Bildirme süresi kanunda belirtilmemiş, boşluk, bir nolu tebliğin 3. maddesiyle doldurulmuştur. Buna göre banka şubelerince düzenlenecek listeler, ilgili bankaların genel müdürlüklerince birleşik hale getirilerek, çeklerin hesap sahiplerine verildiği aylık dönemler itibariyle

düzenlenecek ve aylık dönemleri takip eden, ay sonuna kadar mektup ekinde T.C. Merkez Bankası'na gönderilecektir. Örneğin, Mart ayının içinde çek karnesi verilen kişinin kimliği en geç Nisan ayının sonuna kadar gönderilecektir.

Bu şekilde çek karnesi alan ve kullanmaya başlayan kişinin, çektiği çeklerin karşılığı bulunursa, herhangi bir sorun olmayacaktır.

Şayet bu kişinin çeki kısmen veya tamamen karşılıksız çıkarsa, işlemlere devam olunacaktır. Önce muhatap banka 3167 sayılı Kanunun 10. maddesine göre şimdilik yirmi bin liralık kısmı hamile isteği halinde ödeyecektir. Şimdilik ödeyecektir dedik ,çünkü 10. maddenin 2. fıkrasına göre bu miktar Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından, yayımlanan toplam eşya fiyatları yıllık indeksindeki atışlar gözönünde tutularak Merkez Bankasınca artırılabilir.

Bu şekilde kısmen veya tamamen karşılıksız kaldığı tesbit edilen çek sahibine, banka, kendisinin veya vekil temsilcilerinin elinde bulunan bütün çek karnelerini aldığı bankalara geri vermesini, 8. madde hükümleri gereğince düzeltme işlemlerini yerine getirmeden 1 yıl müddet ile çek keşide edemeyeceğini ve aksine davranışların cezai müeyyideleri gerektireceğini, ibraz tarihini izleyen on iş günü içinde iadeli taahhütlü bir mektupla tebliğ edecektir. Ancak bununla bankaların işi bitmeyecek, ayrıca karşılıksız kalan çek sahibinin kayıtlarını inceleyerek ve eğer o şahıs 3167 sayılı Kanunun 8. maddesine göre düzeltme hakkını koruyorsa, mektupla tebligatın yapılmasını bekleyecektir. Bu bekleme mektupla tebligatın 3167 sayılı Kanunun 12. maddesine göre yapılmış sayıldığı tarihten itibaren yedi iş günüdür.

Mektubu alan çek sahibi 3167 sayılı Kanunun 8. maddesine göre belirlenen yedi iş günü içinde çek tutarını veya karşılıksız kalan bölümünü % 10 tazminat ve gecikme faizi ile birlikte, muhatap bankaya yatırdığı takdirde, işlem burada bitecektir. Çek sahibi düzeltme hakkını kullandığında aynı maddeye göre, çek keşide hakkını yeniden kazanacaktır. Ancak düzeltme hakkı, ibraz tarihini takip eden bir yıl içinde en fazla iki kez kullanılabilir. Örneğin, 25 Mart 1987 günü ibraz edilen ve kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan çekin sahibi (keşidecisi), 25 Mart 1988 tarihine kadar ancak iki kez düzeltme hakkını kullanabilir. Bu tarihten sonra iki düzeltme hakkını yeniden kazanabilecektir. Fakat bu hakkı kullanmanın başlangıcı 25 Mart 1988 olmayacaktır. Bu tarihten sonra ne zaman karşılıksızlık ortaya çıkmışsa bir yıllık süre o zaman başlayacaktır.

Şayet çek sahibi ihtar mektubuna rağmen düzeltme hakkını kullanmazsa, yedi iş gününden sonra başlamak üzere veya hesap sahibi yapı-

lan incelemeye göre, zaten bu hakkı kullanamayacak durumda ise hiç beklemeden banka çekin ödenmediğini ve hesap sahibi hakkında gereken bilgileri on gün içinde Merkez Bankasına bildirecektir. Merkez Bankası da otuz gün içinde bunu bütün bankalara duyuracaktır (Md.9/1).

Bu duyuruyu alan bankalarda, duyuru tarihini takip eden 15. günün bitiminden itibaren 1 yıl süre ile sahibine veya vekil ve temsilcilerine çek karnesi vermeyecek ve çekle işleyecek hesap açamayacaktır (Md. 9/2).

II. 3167 SAYILI KANUNA GÖRE KARŞILIKSIZ ÇEK SUÇU

A) Hukukî Konu

3167 sayılı Kanunla karşılıksız çek keşide etme dolandırıcılık kapsamından çıkarılmış bulunmaktadır (28).

DONAY, bu suçla korunan hukukî yararı -ekonomik yaşamın ayrılmaz bir parçası olan çeklere karşı güven duygusunda görmektedir (29).

SELÇUK, 3167 sayılı Yasanın ortak hukukî konusunun bir ödeme aracı olan çekin kolay dolaşımını sağlamadaki kamusal güven ve yarar olduğunu (30) belirttikten sonra, karşılıksız çek suçunun da aynı hukukî konuyu korumak için düzenlendiğini, karşılıksız çek keşide etme cürümünün işlenmesi ile, çekte olan kamusal güvenin ihlâl edilmiş olacağını söylemektedir (31).

Sayın **EREN**, korunan hukukî yararın ammenin itimadı (güveni) olduğuna dolayısıyla da olsa işaret etmektedir (32).

Görüldüğü gibi **DONAY**, çeklere karşı güvende; **SELÇUK** ve **EREN** de kamusal güvenden söz etmektedirler. O zaman güven (itimad) nasıl ortaya çıkmıştır ve kamu güveni ile anlatılmak istenen nedir? sorularına açıklık getirilmelidir.

Bilindiği gibi güven, inanmaktır. Bir kişisel yönü bir de toplumsal yönü vardır. Kişisel güven, fertlerin birbirlerini tanıyıp, tanımamaları ile ilgilidir. Ve tamamıyla subjektiftir. İnsanlar toplumsal ilişkilerinin sınırı oranında birbirini tanımak zorundadırlar. Bu tanıma onları, birbirine karşı güven duyma veya duymama hususunda serbest kılar. Bununla beraber, toplumsal yaşamın zorunlu kıldığı ilişkiler, insanları bazı şeylere

(28) **DONAY**, age., : 98

(29) **DONAY**, age., sy : 99

(30) **SELÇUK**, age., sy : 116

(31) **SELÇUK**, age., sy : 121

(32) **EREM**, agm., sy : 412

karşı güven duymaya iter. Çünkü insanların, her konuda her şeyi bilmelerine ve bunu sağlamak için de her şeyi araştırmalarına olanak yoktur. Aksi halde toplumsal yaşamdaki sürat ve süreklilik yok olur. Bunun için fertlerin bazı şeyleri ferden araştırma zorunda kalmaksızın inanmak durumunda olmaları bir ihtiyacı karşılar (33). Bunlar objektif yapıdadır ve toplumsaldır. Örf ve adetler olarak belirlirler önce Örf ve adetle suç yaratılamazsa da toplumsal bir fayda görülürse kanun bunlara hukukî neticeler tanıyabilir (34). Bunun en iyi örneği umumun tekeffülü altındaki eşyayı çalmak cürümünde (TCK. 491, b. 2) görülür. Hırsızlığın şiddet sebebini teşkil eden güvenin ihlâlinden ortak veya sosyal güvenin (müştereken itimatın) kendisi söz konusudur (35).

Zaman ilerledikçe ferdî ve ortak (veya sosyal) güvenin yeterli olmadığı da ortaya çıkmıştır. Çünkü toplumsal yaşam, - ihtiyaçları; ihtiyaçlar, icad; icadlar, ihtiyacı karşılayacak şeyleri yaratmış, şeylerin üretimi ve bölüşümü de ferdî ve toplumsal ilişkileri olağanüstü arttırmıştır. İlişkilerdeki bu çoğulculuk, belirli bir disiplini gerektirmiştir. Disiplin başlı başına zor kullanma değildir. O öncelikle düzendir, sistemdir. Düzen ve sistem de, en soylu anlamı ile hukuktur. Uygur toplum hayatı bu şekilde geliştikçe, hukuku koruyacak bir örgüt (devle) meydana gelip kuvvetlenmiş, bu da, **iktisadî münasebetlerin** daha güvenilir, daha çabuk ve daha serbest bir surette gelişimini mümkün kılmak için, bazı alâmet ve şekiller yaratmak zorunluluğu ile karşılaşmıştır. Aynı toplumsal örgüt bu dış alâmet ve şekilleri, riayet ve itibarı zorunlu, belirli bir anlam ve değer tanımış ve ancak bu anlam ve değerleri ile dir ki, sözü geçen şekil ve alâmetler hukukî bir önem kazanmıştır, hukuk aleminde kendilerine özgü, zorlayıcı bir kuvvetle yaşamaya başlamışlardır (36). İşte Devlet bizzat yarattığı bazı şekil ve alâmetlerin doğruluk ve gerçekliğine güvenilmesini fertlere yükleyince, bu güven, hem zorunlu, hem de genel bir nitelik kazanmıştır. Böylece bütün fertlerin güven zorunluluğu bulununca, bütün fertlerin de, bu genel güvene saygı gösterilmesini isteme hakkı doğmuştur. Bu şekilde ortaya çıkan genel güvene de kamu güveni (ammemin itimatı) denmiştir (37).

Devlet tarafından yaratılıp da, fertlerin gerçekliğine ve doğruluğuna

-
- (33) **EREM**, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Seçkin Kitapevi Ankara - 3. Basım, Cilt : 4, sy : 2
 (34) **EREM**, age., sy : 771
 (35) **EREM**, age., sy : 7
 (36) Prof. Dr. Sahir **ERMAN**, Sahtekârlık Suçları - Ticarî Ceza Hukuku III, 4. Basım, İstanbul 1981, sy : 4
 (37) **ERMAN**, age., sy : 6-7
 (38) **ERMAN**, age., sy : 5

inanmaları gereken bu alâmetlerin başında para gelmiştir. Sonra bazı mühür ve damgalara, resmî memurların görevleri sebebiyle düzenledikleri evraka güvenilmeye başlanmıştır (38). Fakat bu da yeterli olmamıştır. Çünkü uygarlığımız yazı üzerine kurulmuş - ve bu yüzden yazı söze üstün sayılmıştır. Yazılar da doğru ve gerçek olmalıdır. Devlet bunların kanıt (isbat) değerini gözeterek yazılı yalanın cezalandırılmasını istemiştir. Bunda kamusal bir yarar görmüştür (39). Böylece hukuk düzeninin isbat kuvveti tanıdığı bütün şey ve şekiller - kamu güveninin konusuna girmişlerdir. Öyle ki özel şahısların rıza beyanlarını yansıtan yazılar da hi katılmıştır bunlara.

Kamu güvenine karşı suçlar genellikle sahtekârlık olarak isimlendirilmiştir. Sahte hakikî olanın taklididir (40). Yani sahte aldatandır (41). Dolayısıyla ferdin aldatılmama hakkında yöneliktir. Aldatılmama ise inanmak ve güven içindir. İnanmak, doğru ve gerçeği kabul etmektir. Bu kabul, onun isbat vasıtası olmasından da ileri gelir. Ancak, kamu güvenine karşı işlenen suçların hepsinde isbat vasıtası olmak ortak bir unsur değildir. Toplum hayatında öyle bir takım alâmetler vardır ki, bunlar kendi dışlarında bulunan veya cereyan etmiş olan hiç bir olayı isbat etmedikleri halde, bunlara ilişkin sahtekârlık fiilleri yine kamunun güvenliğini sarsar. Örneğin para, kendi dışında bulunan hiç bir olayın delilini teşkil etmez; keza pullar, damga ve mühür aletleri de herhangi bir isbat kabiliyetinden yoksundurlar bununla beraber para, pul, damga ve mühürlerin sahtelikten korunmalarında, bunların doğru ve gerçek olduklarına inanılmasında herkesin menfaati vardır. Bu itibarla kamunun güveni isbat kuvvetini haiz olmayan şekil ve alâmetler hakkında da söz konusu olabilir, yeterki şekil ve alâmetlerin gerçekliğine inanmak zorunluluğu kamuya yüklenmiş olsun (42).

Bu genel açıklamalara göre karşılıksız çek suçu ile korunmak istenen kamu güvenidir demek bizce yeterli görülmemektedir. Çünkü çek, öncelikle bir senettir ve dolayısıyla bir isbat vasıtasıdır. Çekin bu özelliği göz önüne alınarak sahtelikten masum kalması için Türk Ceza Kanununun 349. maddesi ile korunmuştur. Yani bir isbat vasıtası olarak doğruluğuna kamunun güvenmesini sağlamak için hüküm getirilmiştir. Ayrıca 3167 sayılı Kanunun 14. maddesi ile «Bu kanuna göre çek bastırabilecek kuruluşlar dışında çek karnesi basan veya bastırılan hakkında TCK. nun 323. maddesi»nin uygulanacağını hüküm altına alınması, böylece çekin «itibarı amme kâğıdı» sayılması ve fîliğranlı olmasının da şart

(39) **SELÇUK**, age., sy : 72

(40) **EREM**, age., sy : 3

(41) **EREM**, age., sy : 40

(42) **ERMAN**, age., sy : 9

koşulmaması (43) kimseyi şaşırtmamalıdır. İtibarı amme kâğıtları Hükümetler tarafından çıkarılır ve keşidecisi de hükümetlerdir. Çek, kâğıt olarak sırf basım açısından «itibarı amme kâğıdı» sayılmıştır. Belge olarak resmî evraktır ve bu özelliği de demin söylediğimiz gibi TCK. nun 349. maddesi ile koruma altına alınmıştır.

Hal böyle olunca karşılıksız çek suçu ile kamu güveninin iyice sağlamlaştırılması için ikinci kez gözönüne alındığından herhalde bahsedemeyiz. Fakat şunu söyleyebiliriz, ticarî hayatın gelişimi nedeniyle isbat vasıtası olarak kabul edilen belgelerden yalnız çekin bu özelliğinden ve bu özelliği için korunması ihtiyaçlara cevap veremez olmuştur. Çünkü, çeki yalnız bir senet olarak kabul, onun asıl fonksiyonunu görmemek demektir. Bu fonksiyon ekonomiktir ve çekin ödeme aracı olması halidir. Uzun zaman devam eden uygulama göstermiştir ki, çeke ödeme aracı olabilme kabiliyeti yalnız isbat vasıtası olmasından ileri gelen koruma ile kazandırılmamaktadır. Etkin bir ödeme aracı olması için çeke güven duygusunun yaratılması, 3167 sayılı Kanunun genel Hukukî konusudur. Bu amacı sağlamak için de Devlet devreye girmiştir. Çekin basımında bir kuruluşunu etkin hale getirmiştir. Basımı bankalara vermiş ve bankaların bir sürü sorumluluklarla donatmıştır. Ve Devlet şunu söylemiştir : Bu işe ben dolayısıyla da olsa girdim. Ona (çeke) bir takım şekil ve emareler vererek basım ve kullanımını gerek bankalar nezdinde, gerekse çek karnesi kullanan kişiler nezdinde sıkı kontrollere aldım. Karşılığın bir kısmını da garantiledim. Geri kalan kısmı için de zorlayıcı etkin tedbirler aldım. Bunun için çeki kabul etmekten çekinmeyin, güvenin demıştır. Kime demıştır? Bunu, çeki kabul edecek kişilere, yani lehtarlara veya hamillere demıştır. İşte konunun mihenk taşı burdadır. Bu nedenle karşılıksız çek suçu ile korunmak istenen bilinen genel bir kamu güveni değildir. Burada korunan etkin bir ödeme aracı olması istenilen çeki kabul eden hamilin karşılığa olan güvenidir. Biz buna özel bir kamu güveni demekle herhangi bir mahsur görmemekteyiz. Özeldir, çünkü hamilin karşılığa olan güveni korunmuştur. Kamu güvenidir, çünkü hamile verilen güven, devletin etkin bir katılımı ile sağlanmıştır. Diğer yönden genel bir kullanım zorunluluğu da yoktur. Alış-veriş yaşamında çekle ödeme yapılmasını kabul etmeme hakkı her zaman mevcuttur. Zaten bütün ilişkilerin çekle yapılmasını zorunlu bir hale getirmek, ekonomik gerçekleri görmezlikten gelmektir. Böyle bir halde çek, çek olmaktan çıkar, para olur. Bunu bilen ve gören kanun koyucu karşılıksız çek suçu ile çeki para haline getirmemiş, fakat yalnız bir senet gibi kullanılmasını da yeterli görmemiştir. Çünkü çekin bütün ilişkilerde paranın yerine kullanılmasının bir amacı olmadığı gibi çok az kullanılmasının da ekono-

mik bir faydası yoktur. Bunun için para kadar güçlü bir hale getirilmemiş, fakat kabul edilmesi, bilinen bütün ticarî senetlerden çok daha fazla güvenilir hale getirilmiştir.

Konuya bir de hamil açısından, yani suçun mağduru açısından barksak bu güveni sağlayan unsurların çekin karşılığı olduğunu apaçık görürüz. **SELÇUK**, karşılıksız çek keşide cürümünde, adından da anlaşılacağı üzere, karşılığın olmaması nedeniyle eylem suç olarak benimsenmiştir; bu da zararın ta kendisidir, karşılık yoksa mağdurun mal varlığında doğan zarar nedeniyle mal varlığına ilişkin varlık ve menfaatlerde ihlâl edilmiş olur. **Çekin, sahte belgeden ayrıldığı nokta, bu ikincisinde somut zararın zorunlu olmamasıdır.** Bütün bunlar karşılıksız çek keşidesini iki konulu bir suç olduğunu ortaya koymaktadır. Bunlar da kamu güveni ve mal varlığına ilişkin varlık ve menfaatlerdir (44). demektedir. Bu evrakta sahtecilik için ileri sürülen ve Antolisei tarafından geliştirilen bir görüştür (45).

Gerçekçi bir bakış bu görüşü yabana atmayacaktır elbette. Fakat karşılıksız çek keşide etmek suçu ile, karşılık o kadar fazla korunmuştur ki hiç bir senet bu kadar karşılık yönünden güvenceye kavuşmamıştır. Hatta çeke artık senet diyesi dahi gelmiyor insanın. Hamilin karşılığı olan özel güvenliğini hukukî konu olarak gösterdiğimiz gözönüne alınırsa, karşılığı da içine aldığı anlaşılacaktır. Çünkü çekin ödeme vasıtası olma vasfı güçlendirilirken, en önce karşılığın elde edilmesi bir çok yönü ile adeta garanti edilmiştir. Özel güvenden bahsedişimizin diğer bir sebebi de işte budur.

Netice olarak çeke karşı kamu güveninin, 3167 sayılı Kanunun genel hukukî konusunu; karşılıksız çek suçu ile korumanın da, genel hukukî konuyu sağlamak için, çekin karşılığına olan hamilin özel güvenliğini kabul etmekteyiz.

B) Maddî Unsur

Karşılıksız çek keşide etmek, suçun maddî unsuru olarak gösterilmekte, fakat eylemin ne zaman tamamlandığı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır.

SELÇUK, çekin yazılıp düzenlenmesini yeterli görmemekte, bunun lehtara verilmesini, yani dolaşıma konulmasını da aramaktadır. Böylece suçun, çekin dolaşıma bulunduğu yerde ve o anda oluşacağını, bu yüzden ani ve tek hareketle işlendiğinden eksik ve tam kalkışmaya (teşebbüs) elverişli olmadığını ifade etmektedir (46).

(44) **SELÇUK**, age., sy : 121 - 122

(45) **ERMAN**'dan naklen, bkz. age., sy : 10; **SELÇUK**, age., sy : 72

(46) **SELÇUK**, age., sy : 124

DONAY, karşılıksız çek keşide suçunun oluşabilmesi için kısmen veya tamamen karşılığı bulunmayan bir çekin ibraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, hesabın bulunduğu banka şubesine veya bu şube dışındaki başka bir şubeye ibrazının gerekeceğini, yani ibraz anında, çekin karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması ile suçun oluşacağını, bundan ötürü de tam teşebbüse değilse de, eksik teşebbüse müsait olduğunu belirtmektedir (47).

EREM, bu konuda yeterli bir açıklamada bulunmamakta, fakat suçun oluşum zamanını bir Yargıtay Ceza Genel Kurul kararından yaptığı alıntı ile belirtip «karşılıksız çek keşidesinde hamilin bankaya müracaatında karşılığın olmadığına tespiti ile» suçun teşekkül edeceğini söylemektedir (48).

Yüksek Yargıtay, bir yetki yeri belirleme kararı ile görüşünü kısmen de olsa belirtmiş ve suç yeri olarak, çekin tahsili için bankaya verilip, karşılığının çıkmadığı yeri göstermiştir (49).

Yararcı bir yorumla konuya yaklaşacak olursak suçun ibraz anında oluşturduğunu kabul, en mantıklısıdır. Çünkü suç, karşılık bulunmadığının ibraz sırasında tespiti ile ortaya çıkmaktadır. Keşide sırasında karşılığın bulunması, fakat ibraz anında karşılığın bulundurulmamış olması suçu ortadan kaldırmayacağı gibi; keşide sırasında karşılığın olmaması, fakat ibraz sırasında karşılığın bulundurulması da eyleme suç vasfı vermeyecek veya daha doğru bir tâbirle eylemin suç vasfı ortaya çıkmayacaktır. Takibi şikâyetle bağlı olan bu suçta karşılığı temin eden hamilin şikâyet edeceğini var sayarak ince bir takım hukukî tahlillere girmek eşyanın tabiatına ters düşer.

Aslında bu suça karşılıksız çek keşide etme demekten ziyade, karşılıksız çıkan çek keşide etme demek daha doğrudur. Madde «ibraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce 4. maddeye göre ibraz

(47) **DONAY**, age., sy : 105

(48) **EREM**, agm., sy : 425

(49) «İncelenen dosya içeriğine sanığın üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine, dava konusu çekin İstanbul'da tahsile konup karşılığı çıkmadığının ileri sürülmesine, bu kabil ahvalde dairemizce evvelce suç yeri olarak çekin düzenlendiği yer kabul edilmekte ise de, bilâhare Yargıtay Yüksek 6. Ceza Dairesi'nce suç yerinin çekin tahsil için bankaya tevdi olunup karşılığının çıkmadığı yer olduğu kabul edilmekte bulunmasına, Kadıköy Asliye Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre; yerinde görülmeyen İstanbul 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 6.11.1986 gün ve 433/412 sayılı yetkisizlik kararının kaldırılmasına, ... oybirliğiyle karar verildi» (Yg. 3.CD., 4.12.1986 gün ve 13335/13220 sayılı kararı. Bkz. **YKD.**, Mart - 1987, sy : 468 - 469).

edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler»den bahsetmektedir. Bu duruma göre maddî unsur karşılığının **bulundurulmamasıdır**. İbraz anını suçun oluşum zamanı olarak gördüğümüze göre, neticesi harekete bitişik bir suç türü ile karşı karşıyayız aynı zamanda. Eylem bu haliyle teşebbüse de müsait değildir. Bilindiği gibi neticesi hareket bitişik olan suçlarda tam teşebbüs mümkün değildir. Eksik teşebbüs ise bazı hallerde, o da, şayet hareket parçalara bölünebiliyorsa mümkündür (50). Karşılıksızlığın tespiti ile suç ortaya çıktığına göre hareketin bölünebilmesinden bahsedemeyiz. Bu konuda **DONAY**, eksik teşebbüsün gerçekleşebileceğini ileri sürerek iki örnek vermektedir. Önce hamilin çeki bankaya ibraz etmeden karşılığın olmadığını öğrenip, çekin bankaya verilmeyerek şikâyetle bulunulması halini göstermektedir (51). Sayın **DONAY**'ın, karşılıksız çek keşide etme suçunun zaman bakımından oluşumunu, çekin keşideci tarafından hamile verilmesiyle TTK. nun 708. maddesinde öngörülen ibraz süresinin bitimine kadar devam etmesinde gören fikrine (52) hiçbir eleştiri getirmeden, verdiği örneğin olağan yaşam koşullarına hiç de uymayacağını söylemek isteriz. Hamil çekini ibraz etmeden, hangi banka yetkilisinden bu bilgiyi alabilecektir? Müşteri sırrı saklamakla mükellef olan banka buna nasıl cesaret edecektir?

İkinci örnek de, hamilin çeki ciro etmesi ve cirantanın da çeki kaybetmesi, çekin ibraz edilmemesi nedeniyle eksik teşebbüsün gerçekleşmesi halidir (53). Çekin kaybolması halinde başvurulacak yer banka değil, mahkemedir. Bunun prosedörü ve yargılama usulü de TTK. nda gösterilmiştir. Çek ortada yoksa eylem nasıl tespit edilecektir? Bu örnekle, olmayan bir suça teşebbüs hali düşünülmüştür adeta. Mahkemeden karar almadan, neye göre işlem yapılacaktır ki, bunun eksik teşebbüs derecesinde kalmış bir suç olduğu tespit edilebilsin.

Bu konuda eksik ve tam teşebbüsü mümkün görmeden Selçuk'un görüşü bizce en doğru olanıdır. Ancak o da, suçun oluşum anını, ibraz zamanında değil, çekin tanzim edilip, hamile veya lehtara verilerek tedavüle konduğu anda gördüğünden (54) düşüncemizle gelişmektedir. Bizce suç çekin bankaya ibrazı anında oluşur ve eksik veya tam teşebbüse de elverişli değildir. Suçun maddî unsuru da karşılığın bulundurulmamasıdır.

(50) **DÖNMEZER - ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım, cilt 1, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul - 1961, sy : 437, No : 587

(51) **DONAY**, age., sy : 106

(52) **DONAY**, age., sy : 107

(53) **DONAY**, age., sy : 106

(54) **SELÇUK**, age., sy : 124. Ayrıca Sayın **SELÇUK**, ibrazı cezalandırabilme şartı olarak görmektedir. sy : 124 - 125

C) Manevî Unsur

Karşılıksız çek keşide etme suçunda, manevî unsur olarak kastı görenler olduğu gibi (55), objektif sorumluluğu kabul edenlerde bulunmak-
tadır (56).

Suçun kastla işleneceği kabul edilecek olursa, karşılığın olmadığını bilmesine karşın, failin çek keşide etme bilinç ve iradesiyle davranıp davranmadığı araştırılacaktır (57).

Objektif sorumluluğu kabul eden görüş ise, 3167 sayılı Kanunun 16. madde gerekçesindeki «...ibraz edildiğinde ödenmeyen her türlü çek keşidecisi...» sözüne dayanmaktadır (58).

Gerçekten kanunun genel gerekçesi ve 16. maddenin özel gerekçesi birlikte gözönüne alınırsa, objektif sorumluluğu kabul edenlerin haksız sayılamayacakları görülecektir.

Genel gerekçede, çek kullanımının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve çek hamillerinin korunması yönünden özellikle son yıllarda kendisini gösteren kanunî yetersizlikten bahsedilmekte; 16. maddenin özel gerekçesinde de, karşılıksız çek keşide edenlerin daha önce TCK. nun 503. maddesine göre cezalandırıldıkları, ancak dolandırıcılık suçunun unsurlarının karşılıksız çıkan her çek yönünden tespiti mümkün olmadığından, bu şekilde çek keşide edenlerin bir kısmının cezasız kalması gibi durumların ortaya çıktığını, bu durumun da çekerle olan güveni sarstığını, bu sebepten karşılıksız çek keşide eden kişilere müstakil bir müeyyide getirilerek, muhatap bankaya süresi içinde ibraz edildiğinde ödenmeyen her türlü çek keşidecisinin cezalandırılması yoluna gidildiği belirtilmektedir (59).

Madde metni de bu gerekçelere göre düzenlenmiştir. Hatta bu düzenleme ile sonraki tarihli veya kısmen karşılığı olmayan çekleri keşide edenlerde kastın olmayacağını ileri süren görüşlerde bertaraf edilmiştir (60).

(55) **SELÇUK**, age., sy : 126; **EREM**, agm., sy : 420

(59) **DONAY**, age., sy : 110

(57) **SELÇUK**, age., sy : 126

(58) **DONAY**, age., sy : 107

(59) Bkz. **DONAY**, age., sy : 146 ve 150 - 151

(60) «Sanığın bankadaki hesabının, ibraz tarihinden önce ve sonra suça konu çek bedelinin ödenmesine müsait bulunup hareketlilik arzemesi ve çek bedelinin üzerinde büyük miktarlara baliğ olması ve sanığın cüzi miktarda eksikliği olan çek bedelini, ibrazından beşgün sonra ve henüz müsteki idarece şikâyet vaki olmadan derhal ödemiş bulunması karşısında, sanığın dolandırıcılık kastıyla hareket ettiğini gösterir kesin ve inandırıcı delillerin neden ibaret olduğu belirtilip açıklanmadan yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesi, ... bozmayı gerektirmiştir» Yg. 6.CD.25.9.1984, 4397/6462 sayılı kararı. Yayınlanmamıştır.

Medeniyetsizliğin bir artığı (61) olarak nitelenen objektif sorumluluk çeke kazandırılmak istenen konuma göre, medeniyetsizliğin değil, belki medeniyetin bir artığıdır. Çünkü suçun kasten işlenebilmesini kabul eden sistemler dahi, bunun sorunu çözmemesi karşısında zorlanmışlardır. Örneğin bazı sistemlerde karşılığın olmaması (veya yetersizliği) kastın kabulü için «kanuni karine» kabul edilmiştir (62). Hatta büyük bir ihmâl içinde karşılıksız çek veren keşidecinin sorumsuz kalmaması için, İtalyan Yargıtay'ı, adeta taksirin kasta eşit olduğu neticesine vararak soruna çözüm bulmaya çalışmıştır (63).

3167 sayılı Kanuna göre, karşılıksız çek suçunun manevî unsuru olarak objektif sorumluluğu ileri sürenlere biz de iştirak ediyoruz. Objektif sorumlulukta da hareketin iradi olup olmadığı araştırılacaktır. Araştırılmayacak olan, iradi hareket varsa, kast veya taksirin olup olmadığıdır. Ancak biz suçun maddî unsuru olarak ibraz anında karşılığın bulunmamasını kabul ettiğimizden, hareketin iradiliği konusunda verilen örneklerle iştirak etmiyoruz. Örneğin, bazı evrakları imzalarken, bunların arasına karışmış çeki de imzalayanın bu çek karşılıksız çıktığında iradi bir hareketi olmadığından sorumluluğunun da bulunmayacağından (64) bahsedilmektedir. Çeki tanzim etmek bizce suçun ön şartıdır. Ön şartlar da suçun unsurlarından sayılır ve esaslı hata halinde sanık mesul olmaz (65). Verilen örnek buna uymaktadır. Karşılığın bulunmaması bankanın verdiği yanlış bilgiye dayanıyorsa, örneğin kullanılabilecek karşılığı yanlışlıkla fazla bildirmiş ve sanık da hızlı hareket eden bir hesabın sahibi ise, bu yanlış bilgilendirmeye inanarak çek tanzim etmiş ve bu sebepten karşılığı bulundurmamışsa iradi hareketten bahsedilemeyecek ve bu hatası esaslı vasıfta görülecek olursa kastı kalkacak dolayısıyla cezalandırılmayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KUSURLU KARŞILIKSIZ ÇEKİN 3167 SAYILI KANUNA GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. KUSURLU KARŞILIKSIZ ÇEKTE 3167 SAYILI KANUNUN UYGULANACAĞINI KABUL EDEN GÖRÜŞ

Doktrinde en açık tavrını koyan Dr. Sami **SELÇUK**, Fransız öğreti ve Yargıtay'ının görüşü benimsediğini söylemektedir. Fransa'da baskın

(61) **DÖNMEZER - ERMAN**, Age, c. 2; 5. bası, İstanbul - 1971, sy : 318, No : 1012

(62) **EREM**, agm., sy : 420

(63) **EREM**, agm., sy : 421

(64) **DONAY**, age., sy : 108

(65) **DÖNMEZER - ERMAN**, age., c. 2, sy : 349

görüş Ceza Hukukunun örekliğinden, caydırıcı rolünü iyi oynaması gerektiğinden ve çeklere güven yaratma zorluluğundan yola çıkarak, keşidecinin bilgisiz, kasıtlı, aceleci ya da savsayıcı davranışı nedeniyle çekin eksik düzenlenmesinin, karşılıksız çek keşidesi suçunu etkilemeyeceğini savunmuş, yararcı bir değerlendirmeye senedin çek görünümünü sergilemesini yeterli görmüştür. Fransız Yargıtayının görüşü de bu doğrultudadır. Sözelimi, Fransa'da «çek» sözcüğü, tarihi bulunmayan senet, çek görünümünde ise bu suç için yeterli sayılmıştır (66).

«Esasında çekte herhangi bir kusurun mevcut olmasının, keşideciyi karşılıksız çek suçunun cezasından kurtarabilmesini izah mümkün olmaz», diyen sayın **EREM**'in de (67) aynı görüşte olduğunu kabul edebiliriz.

II. KUSURLU KARŞILIKSIZ ÇEKTE, 3167 SAYILI KANUNUN UYGULANMAYACAĞINI KABUL EDEN GÖRÜŞ

Bu fikri savunan Sayın **DONAY**, yalnız TTK. hükümlerine uygun bir çeki de yeterli görmemekte, ayrıca 3167 sayılı Kanunla eklenmiş koşullarında çekte bulunmasını aramaktadır (68). Bu şekil şartlarını taşımayan çekten dolayı 16. maddeye aykırılıktan söz edilemeyeceği gibi diğer tedbir ve cezalara da başvurulamayacak, örneğin çek hesabı açma yasağı tedbirine hükmolünamayacaktır. Bu kişi hakkında olsa, olsa diğer koşulları da varsa, dolandırıcılık suçunun ihlâlinden cezalandırma yoluna gidilecektir (69).

III. MUKAYESELİ HUKUK VE UYGULAMADAKİ DURUM

21 Aralık 1933 gün ve 1736 sayılı İtalyan Ceza Kararnamesinin 116. maddesi, öğeleri eksik çek keşidesini ayrıca suç saymıştır (70).

Fransız doktrin ve uygulamasının senedin çek görünümünü sergilemesini yeterli gördüğünü öğeleri eksik çeki suçun oluşumunu etkilemeyeceğini yukarıda açıklamıştık (71).

Belçika Mahkeme İctihadına göre de, karşılığı olmayan tarihsiz bir çekten dolayı keşideci cezalandırılacaktır (72).

(66) **SELÇUK**, age., sy : 123

(67) **EREM**, agm., sy : 414

(68) **DONAY**, age., sy : 99

(69) **DONAY**, age., sy : 100

(70) **SELÇUK**, age., sy : 123

(71) Bkz. Yukarıda dipnot 66 ile ilgili olan bölüm.

(72) Bkz. **EREM**, agm., sy : 416

IV. YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

Yargıtay kusurlu çekte 3176 sayılı kanunun uygulanmayacağına karar vermiştir. Keşide yeri bulunmayan karşılıksız çekten dolayı mahkûmiyet kararı veren mahallî mahkeme hükmünü bozmuştur. Karar aynen şöyledir :

«3167 sayılı Yasaya aykırı eylemden sanık ve tutuk (H.M.K.) hakkında yapılan yargılama sonucunda; hükümlülüğüne dair (N.), Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 2.12.1986 günlü hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından süresinde istenilerek dava evrakı C. Başsavcılığı'nın bozma isteyen 12.1.1987 günlü tebliğnamesi ile daireye verilmekle, dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dosyada mevcut çek olarak düzenlenen belgede keşide yeri belirtilmemiş bulunduğundan bu belgelerin TTK. nun 692 ve 693. maddeleri âmir hükmüne göre çek olarak kabulü mümkün olmadığı cihetle, çek unsurlarını ihtiva etmeyen ve karşılığı bulunmayan daha konusu belgeyi lehdar müştekiye ödeme vasıta olarak vermek şeklinde tezahür eden eylemin dolandırıcılık niteliğinde suç teşkil edip etmediği karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması,

Yasaya aykırı»dır (73).

Görüldüğü gibi Yüksek Yargıtay ile Sayın **DONAY**'ın görüşleri kısmen de olsa uyuşmaktadır. Bilindiği gibi **DONAY**'da çekin TTK. na göre düzenlenmesini aramakta, kusurlu çekte şartları varsa, dolandırıcılık suçunun uygulanmasını ileri sürmektedir. Fakat Sayın **DONAY**, çekte ayrıca 3167 sayılı Kanunla getirilen şekil şartlarını da aramaktadır ki, bu konuda Yüksek Yargıtay'ın görüşünü tespit edemediğimizden bilememekteyiz.

V. GÖRÜŞÜMÜZ

Öncelikle 3167 sayılı Kanundan sonra karşılaşılabilecek kusurlu çek çeşitlerinin neler olabileceğini meydana çıkarmak, sanırız sorunun önemlilik derecesini ortaya koyacaktır.

3167 sayılı Kanunla çekin basımı kontrol altına alındığından, bu unsurlardan bir kısmı artık basım ile birlikte senette bulunacaktır. Kanunun 3. maddesine göre, çek karnelerinin her yaprağına çek ile işleyen hesabın bulunduğu şubelerin adı yazılacaktır. Bu, aynı zamanda muhatabın ta kendisidir. Yine basım sırasında «çek» kelimesi de yazılmaktadır. Geriye ödenecek paranın miktarı, keşidecinin imzası, keşide günü ve yeri kalmaktadır.

(73) Yg. 7.CD., 21.1.1987 gün ve 1987/2 sayılı kararı. Yayınlanmamıştır.

İmzasız ve meblağı yazılmamış bir belgenin değer taşımayacağı herkesçe malûmdur. Çünkü imza belgenin aidiyetini ortaya koyar. Meblağ da kambiyo senedinin varlık sebebidir.

Eğer imza keşideciye ait değilse zaten TCK. nun 349. maddesini (veya 509. maddesini) ilgilendiren bir sahtecilikten bahsedilebilir.

Çek belirli bir meblağı içermiyorsa bu defa bankaya müracaat söz konusu olmayacaktır. Olsa bile banka ödeme yapmayacaktır. Meblağ başka bir elle yazılmışsa, o zaman açığa atılan imzanın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır ki, (TCK. md. 509/1) bu da konumuz dışıdır.

Bunları da çıkardıktan sonra, kurucu unsurlardan keşide günü ve yeri yazılmamış çek kalıyor ki, büyük bir olasılıkla 3167 sayılı Kanunun 16. maddesi uygulamasında tamamıyla demesek de, tama yaklaşacak bir şekilde en fazla karşılaşıcağımız kusurlu çek çeşitleri bu iki eksikliği taşıyan çekler olacaktır.

Muhtemelen bu durumun farkında olan Merkez Bankası da, yayınladığı tebliğde «çeklerin basımında, 3167 sayılı Kanun ile bu tebliğde belirtilen hususlar dışında **çekin keşide yeri ve tarihi dahil**, TTK. nda yer alan çekin şekline ilişkin diğer unsurları da gözönünde bulundurulacağı»nı belirtmiştir.

Yaptığımız araştırmada bazı bankalarca, keşide yeri ve tarihi için bölüm ayrılmadan çek karnesi bastırıldığı gibi; bazı bankalarca da, halâ eski çek karnelerinin kullanıldığını tespit ettik. Bu eksikliklerin, kusurlu çek tanziminin artmasına etken olacağı kuşkusuz izahın dışındadır.

Uygulamadaki durumları gözönüne alırsak, keşide tarihi eksik olan çeke, keşideci yeri yazılmamış çekten daha az raslamamız muhtemeldir. Çünkü tanzim tarihi eksik olduğundan ötürü ödeme yapılmazsa bunun hamil tarafından doldurulmayacağını garanti edemeyiz. Hatta hamil bu ayıbını kapatmak için bankanın başka bir şubesinden provizyon almak suretiyle çeki tahsile koyma yoluna da gidebilir.

Böylece karşımıza en fazla çıkacak kusurlu çek olarak keşide yeri yazılmamış çekleri gösterebiliriz.

Kusurlu çek, yalnız bizim ülkemizde ortaya çıkmamaktadır. Hemen hemen her ülkenin sorunudur. Bizde de çok uzun senelerden beri kusursuz çek tanzimi yerleştirememiştir (74). Kusurlu çek tanziminden de yer zaman kazançlı çıkan bizzat tanzim edenler olmuştur. Kanun koyucu da bunun bilincinde olduğundan çekle ödemeleri bir düzene alma yolu-

(74) Bkz. **POROY**, age., sy : 93 vd.

na gitmiştir. Kanun çekle ödemeleri düzenlemiştir. Çekin tanzim edilişi ile pek ilgilenmemiştir. Basımını kontrol altına almış ve tedavüle konulabilmesi için de iki şart koşturmuştur. Bunlarda her çek yaprağına hesabın bulunduğu bankanın adının ve karne sahibi hesap numarasının yazılmasıdır. Yani çeki para gibi bir alâmet haline getirmiştir. Bu alâmetin kime ait olduğunun ve ne kadar meblağı ifade ettiğinin anlaşılabilmesini bu kanunun uygulanması için yeterli görmüştür. Çekin, kanunun 14. maddesiyle kısmen itibari amme kâğıdı haline getirilmesi anlamsız olamaz. Bu iki şartın bulunmaması yani 3167 sayılı Kanunla getirilen bu şartların çek karnesinde olmaması çekin, çek olma vasfını ortadan kaldırmayacak, ancak, 3167 sayılı Kanunun uygulanmasına engel olacaktır. Bilindiği gibi bu unsurların çek karnelerine yazılması görevi bankalara verilmiştir. Görevin yerine getirilmemesinin cezası aynı kanunda gösterilmiştir. Yani banka ister ihmal, ister dikkatsiz, isterse kasten hareket etsin, bu iki unsur yazmamanın cezasını çekecektir. Çünkü burada da objektif mesuliyet hali benimsenmiştir. Çekin para gibi bir alâmet haline getirilmesinin en büyük dayanağı olarak biz, çekin devletin zorlamasıyla bankalar tarafından basılması ve iki unsurun yine bankalar tarafından yazılmasında görmekteyiz.

Kanunun 16. maddesinde «... kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişilerden» bahsedilmiştir. Yani çeki tanzim etme keşideciye verilmiştir. Maddenin gerekçesiyle de, «...muhatap bankaya süresi içerisinde ibraz edildiğinde ödenmeyen her türlü çek keşidecisinin cezalandırılması» öngörülmüştür. Bu gerekçeyle biz, yalnız sonraki veya önceki tarihli çeklerin kastedilmiş olduğunu kabul etmiyoruz. Aslına bakılacak olursa, önceki tarihli veya sonraki tarihli diye bir çek ayırımı da yoktur. Bunlar çekin kullanılmasıyla ilgili sorunlardır. Gerek madde metni, gerekse gerekçesi, 3167 sayılı Kanuna göre basılıp yine bu Kanuna göre bankanın yazması gereken şartları taşıması koşulu ile karneyi kullanan kişi tarafından (keşideci) tanzim edilen çek, ister TTK. na göre eksiksiz, isterse eksik doldursun, karşılıksız çıkması kaydıyla 16. madde uygulanacaktır.

Diğer taraftan çeki, Kanuna göre uygun tanzim etmekle yükümlü olan kişi keşidecidir. Uygun tanzimle yükümlü olan kişinin, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyip çeki eksik tanzim etmekle sorumluluktan kurtulmasını izah etmek mümkün değildir (75). Herkesin kendi yaptığından mesul olması bir mantık kuralıdır. Hiçbir kanun lehtar veya hamile çekin doğru tanzim edilip edilmediğini kontrol etme görevini vermemiştir. Ülkemizin şartları gözönüne alınırsa bunun pek uygun bir yol olma-

(75) Aynı mahiyette **EREM**, bkz. agm., sy : 414

yacağını da belirtmek isteriz. Bu kadar çok şekil şartını bilmeyi, yaşamı boyunca bir iki kez çek kabul etmiş kişilerden beklemek haksızlık olur.

Konuya korunan hukukî yarar ile maddî ve manevî unsur açısından bakınca da aynı sonucu varırız. 16. madde ile çeke senet olarak güven verilmek istenmemiştir. Karşılığa güven verilmiştir. Çekin tanzimi, sahtelikten masun olması veya keşidecinin iradesini yansıtmaması diğer kanunlarla düzenlenmiştir. Burada çek kullanımını teşvik etmek amacıyla karşılık güvenceye alınmıştır. Bu güvenceyi sağlamak için de, çekin basım ve kullanımı kontrol altına alınmıştır. Bu kontrol güvence verebilmek için getirilmiştir. Maddî unsur da karşılığın bulundurulmamasıdır. Çekin eksik veya tam düzenlenmesiyle bir ilgisi yoktur. Manevî unsur olarak getirilen objektif mesuliyet ise fikrimizi desteklemede en manidar olanıdır. Artık keşideci karşılığı bulundurmamaktan hiç bir gerekçeyle kurtulamayacaktır.

Bizi en çok düşündüren, basım ve kullanımın, bir tarafa verilmesi ve bu işi tam yapmamakla o kişinin mesuliyetten kurtulması, bunun hukukî zorluklarının da diğer tarafa yüklenmesidir. Bu çelişki değil de nedir?

Fikrimizce, 3167 sayılı Kanun TTK. nun hükümlerini sağlamlaştırmak için kabul edilmiş bir kanun değildir. Çeklerin uygun tanzimi ile de bir ilgisi yoktur. Çekin kullanılmasını Kanunun ismiyle Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi için çıkarılmıştır. Daha önceki uygulamada en çok hamil zarar görmüş ve hamilin güveni kötüye kullanılmıştır. Hamilin zararı da karşılığın olmamasıyla meydana çıkmış ve vadeli olarak isimlendirilen çeklerde hamilin kişisel güveni devamlı kötüye kullanılmıştır. İşte Kanunu yorumlarken bunları gözönüne almak gerekir. Ortada kusurlu çek vardır, bu TTK. na göre düzenlenmemiştir, bundan ötürü 3167 sayılı Kanun uygulanamaz demek getirilmek istenen sisteme ters düşer. Kusurlu çek TTK. na göre gözönüne alınabilir. Ama 3167 sayılı Kanun açısından alınamaz. Kesideci 3167 sayılı Kanunun müeyyidelerine rağmen ödemeyi ve düzeltme hakkını kullanmazsa, ondan sonra adi senet gibi, kusurlu çek takip edilebilir. Fakat bu, 3167 sayılı Kanunun uygulanmasını engellemez. 3167 sayılı Kanun çek karnesinin banka tarafından Merkez Bankası'nın kontrolü altında basılması ve 3. maddedeki iki unsurun belgede bulunmasını, yani senedin çek görünümünü bu şekilde sergilemesini, yeterli görmüştür. İmza ve meblağdan bahsetmemesi bir eksiklik değildir. Aidiyeti ve neyi temsil ettiğini ifade edecek olan bu toplum şuurunda zaten yer etmiştir. Bu şekilde tanzim edilmiş bir çek karşılıksız çıkarsa 16. maddede, başka hiç bir şart aranmadan uygulanacaktır.

Bir de takibat şartı açısından soruna bakmak, faydalı olacaktır. Ge-

rek Yargıtay, gerekse aynı görüşü paylaşanlarca çek, TTK. na göre tanzim edilmemiş ise, şartları da varsa dolandırıcılık suçundan dolayı keşidecinin cezalandırılmasından bahsedilmektedir. 3167 sayılı Kanun takibi şikâyeteye bağlı bir suç türü getirmiştir. Dolandırıcılık suçu ise takibi şikâyeteye bağlı olmayan bir suçtur. Kusurlu çek tanzim edilmesinden ötürü TCK. nun 503. maddesine göre yargılama yapılırken sanık 3167 sayılı Kanunun kendisine vermiş olduğu yetkileri kullanacak olursa ve bununla da kalmayıp karar verildikten sonra, fakat hüküm kesinleşmeden meblağı ödeyip şikâyetçinin şikâyetini geri alırsa, düşme kararı verilecektir (76). Böylece takibi şikâyeteye bağlı olmayan bir suçun, bir kısmı takibi şikâyeteye bağlı hale getirilmektedir ki, bu hukuk tekniğine aykırıdır. Bizce karşılıksız olan her çek 3167 sayılı Kanundaki şekil şartlarını taşıyorsa, aynı Kanunun 16. maddesi uygulanacaktır. Bu şartlar yoksa, kambiyo senetlerinin özel takip yollarından istifa edilebilecek ve 3167 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, bankalara husumet tevcih mümkün olacaktır. Dolandırıcılık suçu da, 3167 sayılı Kanundaki şekil şartlarını taşımayan çekler açısından düşünülecek, fakat şikâyetten vazgeçme konusu olmayacaktır. Çünkü gerek düzeltme hakkı, gerekse şikâyetten vazgeçme 3167 sayılı Kanuna göre düzenlenmiş çekler için kabul edilmiştir. Dolandırıcılık suçu için kabul edilmemiştir.

- (76) «... Sanık çek karşılığını..... tarihinde ilgili banga şubesinde hazır bulunduracağını söyleyerek, muhataptan mehil almış, onu bu biçimde inandırmıştır. Buna rağmen, çek karşılığını yatırmamıştır. Hal böyle olunca, sanığın TCK. nun 503. maddesinde ögeleri belirlenen dolandırıcılık kastıyla hareket ettiği, suçun oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, özel daire bozmasında açıklanan suçun oluştuğuna ilişkin bozma nedenleri, usul ve yasaya uygun, direnme kararı isabetsiz bulunmaktadır.

Ayrıca, direnme hükmünün kurulmasından sonra yürürlüğe giren, çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunmasına ilişkin 3167 sayılı Yasanın 16. maddesi, ibraz süresi içinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, hesabın açıldığı banka şubesinde çek karşılığının bulunmaması eylemi, özel ve bağımsız bir hükümle, yaptırım altına alınmış, ayrıca, anılan Yasanın 16/2 ve geçici maddeleri de eylemi şikâyeteye bağlı bir suç olarak belirlediği gibi, hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetten vazgeçilmesi, belli koşullar ve sürelerde çek tutarının veya karşılıksız kalan bölümünün % 10 tazminatı ve gecikme faizi ile birlikte yatırılması veya Yasanın yürürlüğe girmesinden önce ödenmesi hallerini, kamu davasını düşüren nedenler arasında saymış bulunduğundan, bu hususların var olup olmadığının saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu itibarla, direnme hükmünün... bozulmasına karar verilmelidir. (oybirliğiyle) Yg. CGK., 8.4.1985, 6/203-485, bkz. M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 4. cilt, sy : 4848 - 485.

VI. SONUÇ

Evet, çekin TTK. na göre tanzimini aradığımız sürece eski sorunların hiçbirine korkarız çözüm getirmemiş olacağız. Hamilden, TTK. na göre hazırlanmış çeki kabul etmesini istemek, okuma - yazmayı askerlikte öğrenmiş veya çoğunluğu ilkokul mezunu olan kişilerden çok şey beklemek olur. Eski sorunların tekrarına, ceza hukukunun özerkliğini ön plana çıkarmamız gerekçe olmaz inşallah. Tabi bu bir tahmindir. Fakat çağın gidişine de ayak uydurmaliyiz. Çeki bizden bir kaç asır önce kullanmaya başlayan ülkeler, kusurlu - kusursuz çek ayırımını artık terketmeye başlamışlardır. Bu gelişim gözönüne alınmalıdır.

Ne var ki, 3167 sayılı Kanunun da görebildiğimiz kadar iki konuda eksikliği bulunmaktadır :

1. Bankalar çek karnelerine yazmaları gereken iki şartı yerine getirmediklerinden çekteki meblağdan, doğrudan doğruya sorumlu olabilmelidirler. Getirilen cezaî hüküm yeterli değildir. 2. maddedeki sorumluluk da genel olup, ispatı zaman alıcıdır.

2. Kusurlu çek tanzim edenler için ayrı bir yaptırım getirilmelidir. Ve bunun cezası, çeki Kanuna uygun olarak tanzim edenden daha ağır olmalıdır. Çeki tanzim etme keşideciye ait olduğuna göre, karşılıksız çıkan kusurlu çekinden ötürü, o sorumlu olmalıdır.

KISALTMALAR

Age	: Adı geçen eser
Agm	: Adı geçen makale
b	: bent
Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İst.	: İstanbul
Md-md	: Madde
sy	: sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.d.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

**«KİRA SÜRESİNİN BİTMESİ NEDENİYLE»
YAPILAN İLÂMSIZ TAHLİYE TAKİPLERİNDE
İTİRAZIN TETKİK MERCİİNDE İNCELENMESİ**

Talih UYAR (*)

Kiracının, örnek 56 «tahliye emri»ne karşı yaptığı itirazın ne şekilde kaldırılarak tahliye takibinin devamının sağlanacağı İİY. mad. 275'de düzenlenmiştir.

I — Kiracının süresinde (Yedi gün içinde) (İİY. mad. 272/son; 274/1), icra dairesine yaptığı itiraz ile duran «tahliye takibi»ne devam edilebilmesi için, kiralayanın «**itirazın kaldırılması**» istemi ile Tetkik Mercii'ne başvurması gerekir.

Kiralayanın bu konuda Tetkik Mercii'ne başvurabilmesi için yasa - İİY. mad. 269/b'den farklı olarak - herhangi bir süre de öngörülmemiş olduğundan (1), kiralayan, kiracının itirazının kendisine bildirilmesinden altı ay geçtikten sonra da, Tetkik Mercii'nden «itirazın kaldırılması»nı isteyebilir.

Görüldüğü gibi; kiracının «örnek : 56 tahliye emri»ne «süresinde» itirazda bulunmasından sonra, takibin devamı için kiralayanın Tetkik Mercii'ne başvurması gerekmektedir. Kiralayan yerine, tahliye emrine itiraz eden kiracı, ayrıca Tetkik Mercii'ne - «takibin durdurulması» (2),

(*) **Manisa Barosu Avukatlarından . Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Görevlisi.**

(*) **Madde 275** — «İtiraz vukuunda kiralayan tetkik merciinden itirazın kaldırılmasını isteyebilir.

Tahliye talebi noterlikçe re'sen tanzim veya tarih ve imzası tasdik edilmiş yahut ikrar olunmuş bir mukaveleye müstenit olup da kiracı kiranın yenilendiğine veya uzatıldığına dair aynı kuvvet ve mahiyette bir vesika gösteremezse itiraz kaldırılır.

Aksi takdirde itirazın kaldırılması talebi reddolunur.

İtirazın kaldırılması üzerine tahliye ve teslim icra edildikten veya kaldırma talebi reddolunduktan sonra kiracının veya kiralayanın umumî hükümlere göre mahkemeye müracaat hakları saklıdır.

Mahkemede açılan davada, icra takibi sırasında inkâr olunan imzanın kendisine ait olduğu anlaşılan kiracı veya kiralayan 500 lirdan 25.000 liraya kadar para cezasına mahkûm edilir.»

(1) Bknz : 12.HD. 8.10.1984 T. 10634/10115; 27.4.1978 T. 3895/3882

(2) Bknz : 12.HD. 12. 2.1985 T. 11649/1150

«takibin iptali» (3), «itirazın kabulü» (4) istemiyle - başvurursa, bu başvuru gereksiz ve yasal dayanaktan yoksun olduğundan reddedilmeli ve harç ve yargılama giderleri başvuruda bulunan kiracıya yüklenmelidir. Eğer kiracı «süresi içinde» itirazda bulunmadığı için, takip kesinleştiği halde, kiralayan gereksiz yere Tetkik Merciiine «itirazın kaldırılması» için başvurmuşsa, bu gereksiz başvurunun da reddedilmesi ve harç ve yargılama giderlerinin kiralayana yüklenmesi gerekir (5). Kiracının - süresinde - yaptığı itiraz ile duran takip, ancak Tetkik Merciiinin olumlu kararı ile yürütülebileceğinden, icra memurunun kendiliğinden vereceği «takibin devamı» kararı da geçerli olmaz (6).

II — Tetkik Merciiindeki «itirazın kaldırılması» duruşmasında, kiralayanın, «kiracısı ile arasındaki» **kira sözleşmesi** - 6570 sayılı Yasanın kapsamına giren taşınmazlarda (7); **tahliye taahhüdü** - bulunduğunu;

a) Noterlikçe düzenlenmiş, veya;

b) Tarih ve imzası noterlikçe onaylanmış, yahut;

c) Tarih ve imzası kiracı tarafından kabul (ikrar) edilmiş (8), bir **yazılı belge ile** kanıtlaması gerekir.

«Tarih ve imzası kiracı tarafından kabul (ikrar) edilmiş» k i r a s ö z l e ş m e s i'nden (t a h l i y e t a a h h ü d ü'nden) maksat, «kiracı tarafından itiraz sırasında (İİ.Y. mad. 274) açıkça 'tarih ve imzası itiraz konusu edilmemiş' olan» kira sözleşmesi (tahliye taahhüdü)dür (9). İİ.Y. mad. 63 gereğince, kiracı «itiraz sebepleri ile bağlı» olduğundan (10), itirazı sırasında «kira sözleşmesini» (ve «tahliye taahhüdünü») a ç ı k ç a i n k â r e t m e m i ş o l a n kiracı, bu kira sözleşmesini - ve tahliye taahhüdünü - kabul (ikrar) etmiş sayılır.

III — Eğer «kira sözleşmesi» (ve «tahliye taahhüdü») noterlikçe **düzenlenmemiş** ya da **tarih ve imzası onaylanmamış** ise, kiracının itirazında «kira sözleşmesi» (ve «tahliye taahhüdü») altındaki **imzayı** veya **tarihi** i n k â r e t m i ş o l m a s ı h a l i n d e, kiralayan Tetkik

(3) Bknz : 12.HD. 12. 3.1985 T. 12387/2281; 31.1.1984 T. 11383/884; 23.5.1983 T. 2937/4033; 23.5.1983 T. 2963/4048

(4) Bknz : 12.HD. 4.11.1982 T. 7882/8017

(5) Bknz : 12.HD. 13. 3.1985 T. 355/2332

(6) Bknz : 12.HD. 20. 2.1984 T. 12121/1704

(7) Bknz : **UYAR, T. İcra Hukukunda Tahliye**, sh : 313; 317 vd.

(8) Bknz : 12.HD. 26.3.1984 T. 671/3542

(9) Bknz : 12.HD. 26.3.1984 T. 671/3542

(10) Bknz : 12.HD. 31.3.1986 T. 9805/3554; 19.6.1979 T. 5477/5617; 10.11.1977 T. 9454

Merciinden «itirazın kaldırılması»nı isteyemez. Çünkü, bu takiplerde, Tetkik Merciiine **âdi şekilde düzenlenen 'kira sözleşmesi' veya 'tahliye taahhüdü altındaki t a r i h** (11) **ve i m z a** (12) **üzerinde** bilirkışı incelemesi yaptırma yetkisi tanınmamıştır. Bu gibi durumlarda, kiralayanın, Sulh Hukuk Mahkemesine başvurup - taahhüt nedeniyle - «tahliye davası» açması gerekir. Bu davada, kiralayan, kiracının imzasını haksız olarak inkâr ettiğini kanıtlarsa, kiracı 500 liradan 25.000 liraya kadar para cezasına mahkûm edilir. **Yargıtay 6. Hukuk Dairesi**, «kiracının itirazı üzerine ö n c e Tetkik Merciiine - 'itirazın kaldırılması' için başvuruda bulunan kiralayanın, Tetkik Merciiince isteminin reddedilmesinden s o n r a Sulh Hukuk Mahkemesine başvurup, «tahliye davası» açamayacağını, kiralayanın iki yoldan birisine başvurma seçeneğine itiraz üzerine sahip olduğunu» ileri sürmüştür (13) (14).

IV — Kiralayan «kira sözleşmesi»ni (ya da «tahliye taahhüdü»nü) Tetkik Merciiinde - yukarıda belirtilen şekilde - kanıtlayınca, kiracının «kira sözleşmesinin yenilendiğini» veya «kira süresinin uzatıldığını» yine aynı nitelikteki belgelerle isbat etmesi gerekir (15).

V — Tetkik Merciiinin, kiralayanın «itirazın kaldırılması» istemi üzerine;

a) Ö n c e l i k l e; tahliyesi söz konusu olan kiracının «üstü örtülü» (musakkaf) olup olmadığını, «üstü örtülü» ise «belediye hudutları içerisinde» bulunup bulunmadığını (16) daha doğrusu, teknik bir deyişle «6570 sayılı Yasanın kapsamında (17) yer alan» bir taşınmaz niteliğinde bulunup bulunmadığını (18).

b) S o n r a; kiralanan 6570 sayılı Yasanın kapsamı dışında bulunuyorsa, kiralayanın «yazılı bir kira sözleşmesine veya «tahliye taahhüdü»ne, kiralanan 6570 sayılı Yasanın kapsamı içinde bulunuyorsa kirala-

(11) Bknz : 12.HD. 30.4.1986 T. 11305/5109; 7.4.1986 T. 10274/3991; 10.2.1986 T. 7814/1407; 6.2.1986 T. 7679/1297; 1.2.1983 T. 10398/560

(12) Bknz : İçt. Bir. K. 4.12.1975 T. 11/26; 12.HD. 30.5.1985 T. 61/5439; 4.12.1984 T. 9470/12566; 4.6.1984 T. 4926/7082; 21.6.1983 T. 3362/5023, 9.11.1982 T. 7432/8160

(13) Bknz : 6.HD. 13.4.1984 T. 4470/4749

(14) Bu görüşün eleştirisi için bknz : Aşa. dipn. 22 civarı

(15) Bknz : 12.HD. 27.5.1985 T. 15499/5176 - 29.5.1984 T. 4768/6887; 5.10.1983 T. 5517/7121

(16) Bknz : 12.HD. 18.4.1984 T. 2017/4776; 10.3.1983 T. 16/1690

(17) Bknz : UYAR, T. İcra Hukukunda Tahliye, sh : 310 ve 317 vd.

(18) Bknz : 12.HD. 13.6.1980 T. 4826/5149; 6.5.1980 T. 3037/4054; 11.12.1979 T. 8629/9445; 31.12.1973 T. 12075/11912; 27.11.1985 T. 3908/10140; 19.3.1984 T. 606/3114; 10.11.1983 T. 9837/8765; 11.3.1982 T. 1723/1895

nan 6570 sayılı Yasanın içinde bulunuyorsa kiralayanın «tahliye taahhüdü»ne dayanıp dayanmadığını,

c) Daha sonra; kiralayanın dayandığı «kira sözleşmesi» ve (veya) «tahliye taahhüdü»nün 'noterlikçe düzenlenmiş' veya 'tarih ve imzası noterlikçe onaylanmış' yahut 'tarih ve imzası kiracı tarafından kabul (ikrar) edilmiş bir yazılı belge' niteliğinde bulunup bulunmadığını,

d) N i h a y e t; kiralayanın «kira süresinin sona erme tarihinden» (tahliyenin taahhüt edildiği tarihten) itibaren - İİY. mad. 272/I gereğince - bir ay içinde icra dairesine başvurarak takipte bulunmuş olup olmadığını (19), a r a ş t ı r m a s ı g e r e k i r.

VI — Kiralayan, «kira sözleşmesi»ni (ya da «tahliye taahhüdü»nü) - yukarıda belirtilen nitelikteki belgelerle - kanıtlar ve k i r a c ı d a itirazını - aynı nitelikteki belgelerle (20) - haklı gösteremezse, Tetkik Mercii «**kiracının itirazının kaldırılmasına ve takibin devamına**» karar verir (21). Tetkik Mercii'nin, bu şekilde karar verecek yerde, «kira sözleşmesinin feshine ve kiralananın tahliyesine» karar vermesi hatalı olur (22).

Eğer, kiracı itirazını - aynı nitelikteki belgeler - kanıtlarsa, o zaman Tetkik Mercii «**kiralayanın itirazın kaldırılması isteminin reddine**» (ve **kiralayanın mahkemeye başvurma hakkının saklı tutulmasına**) (23) karar verir.

Tetkik Mercii'nin vereceği gerek «itirazın kaldırılması ve takibin devamı» gerekse «itirazın kaldırılması isteminin reddi» kararı taraflar için - maddî hukuk bakımından - k e s i n h ü k ü m (HUMY. 237) teşkil etmez, sadece yürütülen takip bakımından kesinlik taşır. Bu nedenle, **itirazın kaldırılması üzerine** (tahliye ve teslim yapıldıktan sonra) veya **itirazın kaldırılması isteminin reddi üzerine;** k i r a c ı n ı n veya k i r a l a y a n ı n genel hükümlere göre mahkemeye başvurma hakları saklıdır (İİY. mad. 275/IV). Bu nedenle, yuk. dipn. 13'de bahsi geçen Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin aksi doğrultudaki görüşüne katılamıyor, bu görüş hem İİY. mad. 275/IV hükmüne hem de - yuk. dipn. 23'de değindiğimiz - 4.12.1957 gün ve 11/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı buluyoruz...

VII — Tetkik Mercii'nin âdi «kira sözleşmesi» ve «tahliye taahhüdü»ne dayanarak 'itirazın kaldırılmasına' karar verebilmesi için, kiracının

(19) Bknz : 12.HD. 15.11.1984 T. 8790/11800; 23.11.1982 T. 8008/8612; 1.11.1982 T. 8067/7881

(20) Bknz : yuk. dipn. 15

(21) Bknz : 12.HD. 7.10.1980 T. 5827/7181; 22.10.1979 T. 6680/8118

(22) Bknz : 12.HD. 10.10.1980 T. 5827/7181; 22.10.1979 T. 6680/8118

(23) Bknz : İçt. Bir. K. 4.12.1957 T. 11/26; 12.HD. 1.2.1983 T. 10398/560

açıkça hem «imza»yı hem de «tarih»i inkâr etmemiş olması gerekir. Eğer kiracı, «imza»yı kabul edip «tarih»i inkâr etmişse -örneğin «taahhüdün ilk akit sırasında verildiğini, ancak kiralayan tarafından taahhüde, akitten sonraki tarihin yazıldığını» ileri sürmüştü - Tetkik Mercii'nin «itirazın kaldırılması isteminin reddine» karar vermesi gerekir. Yoksa, «imza inkâr edilmediği»nden bahisle «itirazın kaldırılması»na karar veremez (24).

Yüksek mahkeme, tahliye taahhüdü altında i m z a'nın 'benzetilerek atılmış olduğunu' veya -imza kendisine ait çıkarsa- 'kira sözleşmesi ile birlikte atılmış olduğunu (bu nedenle geçerli olmadığını) ileri süren -yani kademeli olarak itirazda bulunan- kiracının bu itirazının geçerli olduğuna ve bu durumda «itirazın kaldırılması»na karar verilemeyeceğini) belirtmiştir (25).

VIII — U y g u l a m a d a, kiracıların çok kez 'kiralananın kendilerine teslim edilmediğini', 'kiralayanın baskısı altında ve zor durumda kalarak tahliye taahhüdünde bulunduklarını', 'tahliye taahhüdünün yer aldığı kira sözleşmesinin ilk sözleşme olduğunu', 'kiralayanın önce noterden tahliye taahhüdü alıp, sonra kira sözleşmesi yaptığını ve bu sözleşmeye önceki bir tarih attığını', 'tahliye taahhüdünü boş olarak imzalayıp verdiklerini, tarihin kiralayan tarafından atıldığını', 'tahliye taahhüdünün kiralananı girmeden önce alındığını', 'taahhütnamenin iptali için dava açtıklarını, bu davanın sonucunun beklenmesini', 'kocasınıf sırf kendisini güç durumda bırakmak ve kiralananı çıkarılmasını sağlamak için, kiralayana tahliye taahhüdünde bulunmuş olduğunu, kendisinin bu kocasının verdiği taahhüde dayanarak kiralananı çıkarılamayacağını' i l e r i s ü r d ü k l e r i görülmektedir. **Yüksek Mahkeme**, bu tür uyumsuzluklara ışık tutmak üzere;

— «Tetkik Mercii'nde tanık dinlenmek suretiyle kiralananın teslim tarihinin tesbit edilemeyeceğini» (26), «tahliye taahhütnamesinin, kiracının, kiralanan yere girmesinden önce mi, sonra mı düzenlendiği hususunun Tetkik Mercii'nde çözümlenemeyeceğini, bu hususu çözümlemenin yargılamayı gerektireceğini» (27)

— «Tahliye taahhüdünün baskı altında verildiğini itirazının Tetkik Mercii'nde incelenemeyeceğini» (28), «kiracının muzayaka içinde (güç durumunda kalarak) tahliye taahhüdünde bulunduğu dair itirazının Tetkik Mercii'nde incelenemeyeceğini» (29)

(24) Bknz : 12.HD. 19.11.1984 T. 10920/1191

(25) Bknz : 12.HD. 5.10.1983 T. 5517/7121

(26) Bknz : 12.HD. 19.9.1985 T. 1488/7218

(27) Bknz : 12.HD. 17.9.1981 T. 4626/6764; 30.4.1980 T. 2557/3895

(28) Bknz : 12.HD. 13.4.1981 T. 2390/3693; 7.2.1977 T. 722/1084

(29) Bknz : 12.HD. 14.1.1985 T. 10709/26

— «Kiracının 'sözleşmedeki imzanın noterce onanmamış olduğunu ve takip dayanağı sözleşmenin tek sözleşme olması nedeni ile bu sözleşmedeki taahhüdün geçersiz olduğunu' belirtip duruşmalara gelmemesi halinde uyuşmazlığın Tetkik Mercii'nde çözümlenemeyeceğini» (30), «tahliye taahhüdünü içeren akdın ilk akit olmayıp ikinci akit olduğu hususunun tanıkla isbat edilemeyeceğini» (31), «kiracının tarihsiz tahliye taahhüdünün 'ilk kira sözleşmesi yapıldığı sırada alındığını' bildirmesi halinde, Tetkik Mercii'nce 'itirazın kaldırılmasına' karar verilemeyeceğini» (32), «tahliye taahhüdünü içeren sözleşmenin ilk ya da ikinci sözleşme olup olmadığının uyuşmazlık konusu olması halinde, Tetkik Mercii'nce 'görevsizlik kararı' verilmesi gerekeceğini» (33),

— «Kiralayanın önce noterden tahliye taahhüdü alıp, daha sonra kira sözleşmesi yaptığını ve bu sözleşmeye tahliye taahhüdünün alındığı tarihten daha önceki bir tarihi attığını» kiracının ileri sürmesi halinde, ilk içtihatlarında yüksek mahkeme; uzun süre; «bu gibi durumlarda tahliye kararı verilemeyeceğini, uyuşmazlığın yargılama ile çözümleneceğini» belirtmişken (34), çok yeni tarihli son içtihatlarında - aynı doğrultudaki bir Hukuk Genel Kurulu Kararında kabul edildiği gibi (35) - «bu gibi durumlarda Tetkik Mercii'nce 'itirazın kaldırılmasına ve tahliye' karar verilmesi gerektiği» ileri sürülmüştür (36).

— «Kiracının 'tahliye taahhüdünü boş olarak imzalayıp verdiği, tarihin kiralayan taraftan atıldığını' bildirmesi üzerine, - 'imza' ikrar edilip 'tarih' inkâr edilmiş olduğu için - Tetkik Mercii'nce 'itirazın kaldırılmasına' karar verilemeyeceğini» (37).

— «Tahliye taahhüdündeki 'tarih' ve 'imza' inkâr edilmedikçe, tahliye taahhüdünün kiralanan girildikten sonra verildiğinin kabulü gerekeceğini» (38) ve «tahliye taahhüdünün 'kiralanan girmeden önce verildiği' hususunun Tetkik Mercii'ne tanıkla kamtlanamayacağını» (39),

— «Tahliye taahhüdünün iptali için kiracı tarafından mahkemede açılan davanın tek başına - mahkemece tedbir kararı verilmedikçe - tahliye takibinin etkilenemeyeceğini» (40) ve «açılan bu davanın Tetkik Mercii'nde bekletici mesele yapılmayacağını» (41).

(30) Bknz : MGK. 9.2.1979 T. 12-651/114

(31) Bknz : 12.HD. 14.2.1985 T. 11672/1277

(32) Bknz : 12.HD. 23.12.1985 T. 6131/11487

(33) Bknz : 12.HD. 27.11.1985 T. 4534/10144

(34) Bknz : 12.HD. 18.11.1985 T. 4136/9736; 3.10.1985 T. 1804/7743; 14.1.1980 T. 1008/34; 20.5.1980 T. 3295/4402; 7.4.1983 T. 1485/2702

(35) Bknz : HGK. 27.11.1981 T. 12-2339/768

(36) Bknz : 12.HD. 27.2.1986 T. 1837/2274; 26.2.1986 T. 8772/2160; 16.1.1986 T. 6737/281

(37) Bknz : 12.HD. 23.5.1985 T. 15299/5083; 19.1.1984 T. 10671/296; 30.6.1981 T. 4733/6246

(38) Bknz : 12.HD. 20.12.1984 T. 993/13235

(39) Bknz : 12.HD. 21. 3.1983 T. 956/2077

(40) Bknz : 12.HD. 16. 6.1983 T. 5573/4912

(41) Bknz : 12.HD. 5. 2.1985 T. 14007/947

— «Kocanın verdiği 'tahliye taahhüdüne dayanılarak yapılan takip sonucunda - taahhüt tarihinden sonra - kocası hakkında boşanma davası açmış olan karısının da kiralananandan çıkarılması gerektiğini» (42) fakat «İİ.Y. 276/son gereğince ancak 'birlikte yaşayan karı veya kocanın 'üçüncü kişi' sayılmayacağını, birbirinden ayrı yaşayan -hatta aralarında boşanma davası devam eden - eşlerin 'üçüncü kişi' sayılmayacağını ve kiralananandan çıkarılamayacağını» (43), belirtmiştir.

— Yüksek mahkeme, «tahliye takibinden önce ya da sonra kiracısından kira parası alan kiralayanın, kiracısı hakkında başlatıldığı tahliye takibini sürdürebilip sürdüremeyeceği (ya da; tahliye takibinde bulunup bulunamayacağı) konusunda uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında :

«Kira süresi sona ermeden kiracısına ihtarname çekerek tahliye isteğini bildiren kiralayanın -ittihaz kayıt bildirmeden - yeni kira dönemine ait kira parasını almasının, tahliye takibini etkilemeyeceğini» (44), «tahliye taahhüdünde belirtilen tarihten ve buna dayalı takipten önce kiracısından ihtirazi kayıt ileri sürmeden kira parası alan kiralayanın, kiracısı hakkında takipte bulunamayacağını (çünkü, kiranın yenilenmiş, sayılacağını» (45), «tahliye taahhüdünde belirtilen tarihten (ve tahliye takibinden) sonra «ihtirazi kayıt ileri sürmeden kiracısından kira parası alan kiralayanın, tahliye taahhüdüne dayanan takibini sürdürebileceğini (çünkü, bu durumda kiranın yenilenmiş sayılmayacağını» (46) vurgulamıştır.

IX — Tetkik Mercii'nin gerek «itirazın kaldırılması» ve gerekse «itirazın kaldırılması isteminin reddi»ne ilişkin kararı üzerine, birinci durumda k i r a c ı , ikinci durumda k i r a l a y a n , genel hükümlere göre mahkemeye başvurarak dava açabilir. Mahkemede açılan davada, tahliye takibi sırasında inkâr olunan imzanın kendisine ait olduğu anlaşılan - kira sözleşmesi (veya tahliye taahhüdü) altındaki imzayı inkâr etmiş olan - k i r a c ı ya da - kiracının sunduğu belge altındaki imzayı inkâr etmiş olan - k i r a l a y a n , 500 liradan 25.000 liraya kadar para cezasına mahkûm edilir.

X — Tetkik Mercii'nin verdiği t e m y i z edilebilir (İİ.Y. mad. 363/3). Ancak, bu temyiz takibi durdurmaz.

Burada karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır : Tetkik Mercii tarafından «tahliye emrine yönelik itirazının kaldırılmasına ve kiralananandan tahliyesine» karar verilen kiracı, acaba İİ.Y. mad. 36'ya göre - 4.12.1957

(42) Bknz : 12.HD. 6.6.1985 T. 432/5631

(43) Bknz : 12.HD. 21.5.1984 T. 3790/6360

(44) Bknz : 12.HD. 1.10.1981 T. 5475/7201

(45) Bknz : 12.HD. 25.4.1983 T. 3241/3208

(46) Bknz : 12.HD. 2.4.1985 T. 1722/3029

T. ve 10/25 İçithadı Birleştirme Kararından yararlanarak - «üç aylık kira bedeli tutarını teminat olarak yatırıp» icra dairesinden öncel (süre) alıp, Yargıtay'dan icranın geri bırakılması (tehiri icra) kararı isteyebilir mi? Anımsanacağı gibi; «Kira bedelini ödememesi nedeniyle - İİY. mad. 269 vd. göre - tahliyesine Tetkik Mercii tarafından karar verilen» kiracı bu olanağa sahipti (47). Bu olanak, borçlu - kiracıya açıkça İİY. mad. 269c/III'de tanınmıştı... «Yazılı sözleşme ile kiralanan taşınmazların kira süresinin bitmesi nedeniyle - İİY. mad. 272 vd. göre - tahliyesine Tetkik Mercii tarafından karar verilen» kiracılara ise böyle bir olanak yasada açıkça öngörülmemiştir. Yani İİY. mad. 272 - 275'de; İİY. mad. 36'ya - İİY. mad. 269c/III'de olduğu gibi - yollamada bulunulmamıştır. **Kanımızca**, Tetkik Mercii'nin vereceği tahliye kararı - genel mahkemelerin verdikleri tahliye kararlarında olduğu gibi - hangi nedene dayanırsa dayansın, kiracıya teminat karşılığında - üç aylık kira tutarını yatırarak - Yargıtay'dan «icranın durdurulması kararı» getirme hakkı - içtihat yolu ile - tanınmalıdır (48). Ancak, bir kararından **yüksek mahkemenin** aksi görüşte olduğu anlaşılıyor (49).

XI — Yasada açık bir yollama olmamasına rağmen, icranın iadesi hakkında **İİY. mad. 40** hükmünün (50) burada da örnekseme yoluyla (kıyasen) uygulanması gerekir.

(47) Bknz : **UYAR, T.** Tahliye, sh : 198

(48) Bknz : **UYAR, T.** İcra Hukukunda İlâmlı Takipler, sh : 234 vd.

(49) Bknz : 12.HD. 13.4.1982 T. 3100/3099

(50) Ayrıntılı bilgi için bknz : **UYAR, T.** Takip Konusu İlâmın Yargıtayca Bozulması - İcra'nın İadesi) (ABD. 1981/1, sh : 33 vd.) - **UYAR, T.** a.g.e., sh : 261 vd.

3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNDA YER ALAN HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYLE İLGİLİ DÜŞÜNCELER

A. Nusret OZANALP (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — Hak düşürücü sürenin hukuksal niteliği. A — Genel olarak. B — Kadastro Kanunu yönünden hak düşürücü sürenin niteliği. II — Hak düşürücü süreyi kesen dava. III — Hak düşürücü sürenin başlangıcı. IV — Hak düşürücü süreye bağlı olan ve bağlı olmayan davalar. A — Hak düşürücü süreye bağlı olan davalar. a — Tutanak ve tutanağın kesinleşmiş olması. b — İtiraz ve dava sebebi. B — Hak düşürücü süreye bağlı olmayan davalar. V — Hak düşürücü süreyle ilgili ek süre. VI — hak düşürücü sürenin hesaplanması.

GİRİŞ

Mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak davalar, genellikle dava zaman aşımına ve hak düşürücü sürelerle bağlı tutulmamışlardır. Kuşkusuz, bu kural, mülkiyet hakkının yapısından kaynaklanmaktadır. Hal böyle olmakla beraber, bazı yasalarımızda, bu kurala ters düşen hükümlere yer yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanunu'yla aynı gün yürürlüğe yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanunuyla aynı gün yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun getirdiği hükümlerdir.

Bu yazımda, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiş bulunan «hak düşürücü süre» ile ilgili düşüncelerimi açıklamaya çalışacağım.

I — HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

A — Genel Olarak

Bilindiği gibi, hukuk sistemimizin temel ilkelerine göre, hak arama yolunu kısıtlayan süreler, iki ayrı türde oluşturulmuştur. Bunlar «dava zaman aşımı» süresi ve «hak düşürücü» sürelerdir. Her iki kurum arasında önemli ayrım (fark) bulunmaktadır. Hak düşürücü süre, hakkı ortadan kaldırıcı, yok edici bir işleve sahiptir. Süre geçtikten sonra artık hakkın varlığından söz edilemez. Oysa, zaman aşımında hak varlığını saklı tutar; sadece yasal yoldan hakkın yerine getirilmesini isteme yetkisini, yani dava hakkını ortadan kaldırır. Borçlu yönünden e k s i k b o r ç yükümlülüğü söz konusu olur.

(*) Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.

Hak düşürücü süre geçirildikten sonra, ortada dayanılacak bir hak kalmamış olduğundan, açılacak davada, davacıda «dava nitelik» yani sıfat kalmamış olacağı için, dava redde mahkûm olur. Bu itibarla da hak düşürücü süre, hâkim tarafından re'sen göz önüne alınır. Yani hak düşürücü süre, i t i r a z niteliği taşır.

Zamanaşımıysa, davada def'i olarak ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen gözetilemez.

B — Kadastro Kanunu yönünden Hak Düşürücü Sürenin Niteliği

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükme göre, kadastro tutanaklarının kesinleşmesi gününden itibaren on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukuksal sebeplere dayanılarak dava açılmaz ve itiraz edilemez.

Burada söz konusu olan sürenin, hak düşürücü süre olduğunda kuşku etmemek gerekir. Görülüyor ki kanun koyucu, madde metninde, hakkın türü yönünden bir ayırım yapmaksızın, h u k u k î s e b e p biçiminde genel bir ifade kullanmıştır. O halde itiraz ve dava konusu yapılacak hakkın türü ne olursa olsun ve hangi yasadan kaynaklarsa kaynaklansın, hak düşürücü süreye bağlı tutulmuştur. Eğer itiraz ve davaya konu edilen hak, türü ya da kaynaklandığı yasa hükmü açısından daha uzun zaman aşımı ya da hak düşürücü süreye bağlıysa, artık bu sürelerle itibar edilmeksizin on yıllık hak düşürücü süreye göre uyuşmazlık çözümlenecektir. Ancak konu, kendi yasasına göre daha kısa hak düşürücü süreye bağlı tutulmuş olup da o süre geçmişse, bu durumda artık Kadastro Kanunu'nun getirdiği on yıllık süreden davacının yararlanma imkânı olamaz. Çünkü daha önce kendi yasasında yer alan hüküm açısından süre geçmiş ve hak ortadan kalkmış olacaktır.

3402 sayılı Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmiş bulunan hak düşürücü sürenin, genellikle yasalarımızda yer alan hak düşürücü sürelerden önemli bir farkı da, k a m u d ü z e n i y l e ilgili bir nitelik taşımasıdır. Çünkü 12. maddeyle getirilen hak düşürücü süreyle kanun koyucu, tapu sicillerinin korunması amacını gütmüştür. Büyük paralar sarf edilerek yapılan kadastroya dayanmış bulunan tapu sicillerinin, on yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra yeni iddialarla bozulmaması istenilmiştir (1). Doğal olarak, bu niteliği gözönüne alınınca bu sürenin, kamu düzeniyle ilgili olduğunu kabul etmek gerekir. von Tuhr, bir özel hukuk kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğunun kabul edilebilmesi için «o kurala uyulmasında ve o kuralın korunmasında kamunun büyük yararı bulunmalıdır» biçiminde açık ve kanımca mükemmel bir ölçü getirmiştir (2). Görüşüme

(1) Bakınız, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun Hükümet gerekçesi.

(2) Bakınız, von Tuhr, Borçlar Hukuku, Tercüme Cevat Edege, Cilt; I, Sh. 258

göre, Kadastro Kanunu'nda yer alan hak düşürücü süre, bu tanımın çarpıcı bir örneğini teşkil etmiştir.

Düşünceme göre, kanun koyucunun sicillerin korunması biçiminde getirdiği gerekçe, hak arama yolunun kısıtlanması için yeterli bir neden olarak kabul edilemez. Çünkü hak düşürücü süre geçtikten sonra da siciller, külli ya da cüz'i intikaller yüzünden çeşitli değişikliklere uğrayacaktır. Kadastrodan önceki nedenlere dayanan değişiklik de gene siciller üzerinden yapılacaktır. Her ikisi arasında sicil üzerindeki işlev yönünden bir fark bulunmamaktadır. Kadastrodan önceki sebeple sicil bozuluyorsa, sonraki sebeple de bozuluyor demektir. Hal böyle olmakla beraber, getirilen hak düşürücü süreyle hak arama yolu kısıtlanmıştır. Bilindiği gibi, Kadastro Kanunun'un 12. maddesi hükmünün paraleli olan hüküm, kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 31/2. fıkrasında yer almaktaydı. Uzun yıllar boyunca bu hükmün uygulamasıyla, pek çok haksızlıklara neden olunmuştur. Mahkemelere intikal eden uyuşmazlık ve Yargıtay'a gelen işler göstermektedir ki, özellikle kırsal kesimde yaşayan vatandaşlarımızın çoğu, tapu idaresine başvurup taşınmazlarının sicil durumunu öğrenmeye tevessül etmezler. Kültür seviyesinden kaynaklanan bilgisizlik ya da ihmâl, günün birinde, yıllardan beri sahibi olduğu taşınmazının elinden gitmesine sebep olur. Örneğin, vatandaş bir tapu işlemi için tapu idaresine başvurduğu zaman, on yıl önce kesinleşen kadastro tesbiti nedeniyle taşınmazının hazine adına tescil edilmiş olduğunu öğrenir. Yapacak bir şey yoktur. Hak düşürücü süre işlemiştir.

Kanımca hak düşürücü sürenin tutarsız bir gerekçeyle tapulama ve kadastro kanunlarında yer alması ülke gerçeklerine ters düşmüştür.

II — HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYİ KESEN DAVA

3402 sayılı Kanunun 12. maddesinde, on yıl geçtikten sonra tutanaklarda belirtilen haklara «itiraz olunamayacağı ve dava açılmayacağı» belirtilmiştir. Görüldüğü üzere madde metninde, on yıl içinde açıldığı takdirde hak düşürücü süreyi kesen, daha doğrusu hakkın süresinde kullanıldığı sonucunu doğuran davanın «türü» yönünden bir açıklık bulunmamaktadır. Kuşkusuz, uygulamalarda bu bakımdan duraksamalar ve de uyuşmazlıklar meydana gelmektedir. Hiç şüphe yok ki, tutanağın ve ona dayanan sicilin doğru olmadığı, ancak bir davayla ıspatlanabilir.

Acaba maddede söz konusu olan dava, mutlaka sicilin davacı adına düzeltilmesi isteğini kapsayan dava mıdır? Yoksa kadastrodan önceki bir hakka dayanılarak açılmış bulunan örneğin, müdahalenin önlenmesi davası da, hakkın zamanında kullanıldığı sonucunu doğurur mu? Kanun koyucu madde metninde, davayla birlikte «itiraz»dan söz etmiştir. İtiraz, ge-

nel bir deyim olarak «hakka karşı durma» anlamını taşıdığına göre bu nitelikteki davaların da hak düşürücü süreyi keseceğini kabul etmek zorunludur. Örnek olarak ele aldığımız «müdahalenin önlenmesi davası»na gelince : Bilindiği üzere bu tür eda davaları bünyesinde hakkın tesbitini de içermektedir. Davacı ilk önce hakkın kendine ait olduğunu isbat edecektir ki, müdahalenin önlenmesi davasında başarıya ulaşabilsin. Böyle bir dava elbette kadastro tutanağının davalıya tanıdığı hakka karşı durma niteliğini taşır. O halde, bu tür davaları da, 12. madde hükmünde söz konusu olan davalar türünden kabul edilmek gerekir.

III — HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN BAŞLANGICI

Kadaastro Kanunu'nun 12. maddesinde, hak düşürücü süreye başlangıç olarak tutanakların kesinleşme günü kabul edilmiştir. Ayrıca, maddenin 2. fıkrası hükmünün birlikte değerlendirilmesinden çıkan anlam itibarıyla de, eğer dava açılmışsa, hükmün kesinleşmiş olduğu gün, hak düşürücü sürenin başlangıcı olacaktır.

Bilindiği üzere, kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 31/2. maddesinde, kütüğe tescil günü, hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak kabul edilmişti. Ne var ki, aynı Kanunun 27 ve 30. maddeleri hükümleri, tescil günü olarak tutanağın kesinleşme gününün yazılmasını öngördüğü için, 24.10.1983 günü çıkarılan 8/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı, tapulamanın kesinleşme gününün, hak düşürücü süreye başlangıç olacağını belirtmiş oldu.

Görülüyor ki, Kadaastro Kanunu'nun 12. maddesi hükmüyle, sözünü ettiğimiz içtihadı birleştirme kararındaki görüş, yasal duruma getirilmiştir.

Hal böyle olmakla beraber, hak düşürücü süreye başlangıç olarak tutanakların kesinleşme gününün kabul edilmiş olması, acaba isabetli midir? Bu yoldaki hüküm, ülkemiz gerçekleriyle bağdaşır mı? Yasa hükmü yürürlüğe girmiş olup elbette uygulanacaktır. Ama sorun, hukuk politikası açısından tartışılmaya değer bir nitelik taşımaktadır. Tartışılması da ilerisi bakımından yararlı olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk devletinde hak arama yollarının kısıtlanmaması, vatandaşın devlete güveninin teminatıdır. Eğer kamu yararı gibi düşüncelerle bir kimsenin hak arama yolu, örneğin belli bir süreyle kısıtlanmış ise, o kimseyi, hakkını arama yoluna iten tasarrufu, en emin biçimde öğrenmesini, o süreden zamanında yararlanabilmek olacağını sağlamak da devletin görevidir.

Duraksamadan kabul etmek gerekir ki, Kadaastro Kanunu'nun getirmiş olduğu ilân sistemi, hak sahibi olduğunu ileri süren kişilerin, haklarıyla

ilgili işlemleri içeren «tutanaklardan» bilgi edinmelerine imkân vermekten uzaktır. Çünkü, kabul edilen ilân biçimi, mahalli kalacak ve ancak o yerde yaşayanlara d u y u r u c u bir nitelik taşıyacaktır. Oysa, ilgili-lerin mutlaka o yerde oturacaklarına dair bir kural düşünülemez. Ülkenin başka yerlerinde yerleşmiş hak sahiplerinin, mahallinde yapılan ilândan haberdar olmaları mümkün olamaz.

O halde haksızlıklara neden olunmaması için, ya ülke çapında ve objektif ölçülere göre emin nitelik taşıyan bir ilân sisteminin benimsenmesi, hatta tutanakla ilgili olduğu belirli olup adresleri bilinen kişilere tebligat yolunun açılması ya da hak düşürücü sürenin, tutanağın tapu kütüğüne tescil edildiği günden itibaren başlatılması kanımca en doğru yol olacaktır.

Bilindiği gibi, taşınmazların geometrik ve hukuksal durumlarını gösteren tapu sicilleri «alenidir». Medeni Kanun'un 928. maddesi hükmü gereğince, «kimse tapu sicilinde kayıtlı olan bir durumun kendisince bilinmediği yolunda bir iddia ileri süremez». Medeni Kanun'un bu temel hükmü göz önünde tutularak, hak düşürücü sürenin kütüğe t e s c i l gününden başlatılması, kanımca en uygun ve güvenli hal çaresidir. Bilindiği üzere, ilân bir kez yapılır ve belli süresi geçince ortadan kalkar. Tapu sicilindeki kayıt ise, varlığını sürekli olarak muhafaza eder.

Her ne kadar, 12. maddede, tutanakların ve mahkeme hükümlerinin kesinleşme tarihi tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç üç ay içinde tapu kütüklerine kaydedileceği belirtilmişse de, çok zaman, yanlış ya da bilgisizlik gibi nedenler yüzünden, tutanakların kesinleşme tarihlerinin tescil tarihi olarak tapu kütüğüne yazılması gerekirken, kaydın kütüğe geçirildiği günün yazıldığı, 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun uygulamalarında çok kez görülmüştür. Diğer yandan, maddede söz konusu olan üç aylık süreye, türlü nedenler riayet edilme olanağı elde edilmemiş olabilir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, Kadastro Kanunu'nun hak düşürücü süreye başlangıç olarak kabul ettiği şekil sakıncalıdır.

Burada şu yöne de değinmeden geçemeyeceğim. Konu, Kadastro Kanunu'nun 11. maddesinin son fıkrasında getirilen hükümdür. Bu fıkra da aynen «bu kanun gereğince yapılan ilânlar, ilgili gerçek kişilere, kamu ve özel hukuk tüzel kişilerine şahsen tebliğ edilmiş sayılır» denilmektedir. Görüldüğü üzere metinde ifade düşüklüğü varsa da, anlam açıktır. Kanımca Türk mevzu Hukuku'nda bu maddede yer alan hükmün benzerini bulmak çok güçtür. Sizin hakkınızı elinizden alan bir tasarruf mahallinde ilân edilecek ve size şahsen tebliğ edilmiş sayılacak. Bu hükmün ne amaçla getirildiğini anlamak olanaksızdır. Temel hukuk kurallarına, ülke gerçeklerine ve de hak ve adalete uygun olmayan bu hükmün, kısa zamanda değiştirilmesini ümit ederiz.

IV — HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYE BAĞLI OLAN VE BAĞLI OLMAYAN DAVALAR

Kanunun 12. maddesi hükmünden açıkca anlaşılacağı üzere, genel bir deyimle, tutanakları kesinleşen kadastro tesbiti ya da sınırlandırma-larına karşı, kadastrodan önceki nedenlere dayanılarak açılacak tüm davalar, hak düşürücü süreye bağlı tutulmuştur. Görülüyor ki, burada üç koşul ayırıcı rol oynamaktadır. Bunlar : Kadastro tutanağı, bu tutanağın kesinleşmesi ve dava sebebinin kadastrodan önceki bir sebep olmasından ibarettir. Bu koşulların varlığına göre bir ayırım yaparak hak düşürücü süreye bağlı olan ya da olmayan davaların saptanması yerinde olur.

A — Hak Düşürücü Süreye Bağlı Olan Davalar

Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin açık metni, tutanağı düzenlenmiş ve doğrudan doğruya ya da hüküm yoluyla kesinleşmiş sınırlandırma ve tesbitlere karşı, kadastrodan önceki hukuksal nedenlere dayanılarak açılacak tüm davaların, hak düşürücü süreye bağlı olduğunu, açıkca ifade etmiştir.

O halde 12. maddenin getirmiş olduğu hak düşürücü sürenin koşullarını «Tutanak, tutanağın kesinleşmiş olması ve kadastrodan önceki hukuksal sebep» olarak sıralayabiliriz.

a) Tutanak ve Tutanağın Kesinleşmiş Olması

K a d a s t r o t u t a n a ğ ı n ı n düzenleme biçimi, kapsamı, hangi taşınmazlar hakkında düzenleneceği, Kadastro Kanunu'nun 7 ve 16. maddeleriyle, Taşınmaz Malların Sınırlandırma, Tesbit ve Kontrol İşleri Hakkındaki Yönetmelik'in 4 ve 6 ve onu izleyen maddelerinde gösterilmiştir. Kadastro tutanağı, sadece hak düşürücü süre konusunda açıklamamızı ilgilendirdiği için, tutanak hakkında ayrıntıya girmek istemiyoruz. Ancak şu yönü belirtelim ki, kadastro ekibinin düzenlediği tutanak itiraza uğramışsa, Kadastro Kanunu'nun 10. maddesine göre yeni bir tutanağın komisyonca düzenlenmesi gereklidir. Hak düşürücü sürenin söz konusu olabilmesi için, ister ekibin düzenlediği, isterse itiraz sebebiyle komisyonun düzenlediği tutanağın varlığı gerekir.

Hak düşürücü sürenin işlemesi bakımından tutanağın, gerçeğe uygun olarak düzenlenmiş olup olmaması, sonucu etkilemez. Örneğin tutanağı düzenlenmesi gerekmeyen bir yer hakkında tutanak düzenlenmişse, kesinleşmiş olması şartıyla, bu tutanağın tesbit ettiği hukuksal ve geometrik duruma karşı açılacak dava, hak düşürücü süreye bağlı olacaktır.

Kadastro tutanağının ne biçimde kesinleşeceği, Kadastro Kanunu'nun 11 ve 12. maddelerinde açıklanmıştır. Yukarıda sözünü ettiğimiz yönet-

meliğin 25. maddesiyle de tutanağın «kadaastro müdürü tarafından, ilânı takip eden gün itibariyle onaylanarak kesinleştirileceği» belirtilmiştir.

b) İtiraz ve Dava Sebebi

Kanun koyucu, 12. maddede söz konusu edilen itiraz ve dava sebebi-nin niteliği hakkında bir açıklama yapmamıştır. Bu bakımdan, uygulamalarda bu konuda duraksamaların meydana gelmesi mümkündür.

Acaba ileri sürülmesi gereken sebep, kadaastro mahkemesinin nitelik bakımından görevi alanına giren bir konu mu olmalıdır? Ve de taşınmazla ilgili bulunan bir kisisel hak davası da, hak düşürücü süreye bağlı tutulacak mıdır?

Kanun koyucunun, 12. maddede düzenlediği hak düşürücü süreyle güttüğü amaç, sicilleri korumak ve kadaastroyla oluşan sicilin bozulmasını önlemek olduğuna göre, o sicilin bozulması, değiştirilmesi sonucunu doğuran tüm davaların hak düşürücü süreye bağlı olduğunu kabul etmek gerekir. Burada hakkın niteliği, ya da kadaastroyla ilgili olup olmaması önem taşımamaktadır. Dava, kadaastro tutanağının tesbit ettiği hakka yönelik bulunmalıdır. Burada hemen açıklayalım ki, tutanak, hakkın niteliğini ve kime ait olduğunu ve kapsamını belirtmekle beraber; tutanağın beyanlar hanesinde de, taşınmaz üzerinde maliklerden başka bir kimseye ya da paydaşlardan birine ait muhtesat varsa, onu da belirtmek zorunluluğundadır. Kanunun 19. maddesinde, bu konuda açık hüküm getirilmiştir. O halde tutanağın beyanlar hanesinde gösterilen muhtesata karşı açılacak davalar da, hak düşürücü süreye bağlıdır (3).

Yukarıda, itiraz ve davada dayanan hakkın niteliğinin sonucu değiştirmeyeceğini, hakkın niteliği ne olursa olsun hak düşürücü süreye bağlı olacağını vurgulamıştık. Kanun koyucu bu kurala ayırık bir durum düşünmemiştir. Hal böyle olmakla beraber, uygulama alanında özellikle k a m u h a k k ı iddiasıyla açılan davalar, duraksamalara yol açmıştır.

Acaba kamu malı ya da kamu mallarının belli bir türü, hakkında özel mülkiyet konusu kabul edilerek kadaastro tutanağı düzenlenmiş ve tutanak kesinleştikten sonra on yıl da geçmişse, bu yer, örneğin mer'a ya da deniz kıyısıdır iddiasıyla hazine tarafından açılan dava, hak düşürücü süreye bağlı tutulacak mıdır?

Hemen açıklayalım ki, ne kaldırılan 766 sayılı Kanun'un 31/2. maddesi, ne de Kadaastro Kanunu'nun 12. maddesi metinlerinde, bu konuda ayırık bir hale değinilmemiştir. Durum böyle olmakla beraber; Yargıtay Daire-

(3) Ayırtılı bilgi için bakınız, A. Nusret **Ozanalp**, Tapulama Kanunu Şerhi, 1976, Sh. 225.

leri, özellikle 1. Hukuk Dairesi, kamunun özel malları dışında kalan mallarının özel mülkiyet hükümlerine tabi olmadığı gerekçesiyle, kamu malı iddiasıyla açılacak davaların hak düşürücü süreye bağlı olmayacağını, (766 sayılı Kanun açısından) kararlılık kazanmış içtihatlarıyla kabul etmiş ve uygulamalara bu doğrultuda yön vermişti.

Peki, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesi hükmü açısından da aynı içtihadı yürütmek mümkün olacak mıdır?

Konuya açıklık getirebilmek için, 766 sayılı Kanun'un uygulaması açısından Yargıtay'ın, kamu malı iddiasıyla açılacak davaları, hak düşürücü süreden ayrık tutması yolundaki içtihadı hakkındaki eleştirilerin kısaca gözden geçirilmesinde yarar ummaktayız :

(Madde metninde, kamu malı iddiasıyla açılacak davaların, hak düşürücü süreye bağlı olmayacağına dair bir hüküm yoktur. Aksine, madde metninde «kadastrodan önceki hukukî sebep» deyiimiyle her türlü hukukî sebep anlatılmak istenilmiştir. Mademki hak düşürücü süre, sicili koruma amacıyla getirilmiştir, kamu malı iddiasıyla da olsa, açılan dava olumlu sonuçlandığı takdirde, sicil bozulacaktır. Anayasa karşısında, devlete ayrı hüküm uygulanması «eşitlik prensibi»ni bozacaktır. Ve nihayet Devlet, vatandaşa tapu siciliyle bir hak tanımışsa, sonucuna katlanmalıdır). Kabul etmek gerekir ki, bu düşünceler haklı ve kolay kolay reddedilmesi mümkün olmayan sağlam temele dayanmaktadır.

3402 sayılı Kadastro Kanunu tasarısının düzenlenmesi sırasında, siyasi tercih, 12. maddede kabul edilen hak düşürücü süre yönünden, devletle birey arasında bir ayırım gözetmeden devlet malıyla, birey malını farklı rejime tabi tutma doğrultusunda gerçekleştirilmiştir. Bu görüşümüzün en önemli kanıtı, hükümet gerekçesi ve de Büyük Millet Meclisi'nde 12. maddeye eklenmiş olan son fıkra hükmüdür.

Kanunun hükümet gerekçesinde, 12. maddeyle ilgili paragrafta aynen «... kütük ve kadastro işlemlerinin korunmasını sağlamak için, kamu ve özel mal ayırımı yapılmadan kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukukî sebeplere dayanılarak dava açılmayacağı esası getirilmiştir» denilmek suretiyle, kamu mallarının dahi hak düşürücü süreye bağlı olduğu açıkca ifade edilmiştir. Kanun koyucu da, hükümetin bu görüşünü aynen benimsemiştir. Nitekim aynı düşüncenin ürünü olarak da, 12. maddeye son fıkrayı eklemiştir. Son fıkrada, henüz kesinleşmemiş olan kadastro tutanağının her hangi bir nedenle tapuya tescil edilmiş olması halinde, fıkrada yer alan diğer koşullar da gerçekleşmiş olmak kaydıyla, iddia ve taşınmazın niteliğine bakılmaksızın

kayıt sahipleriyle onların haleflerinin Medeni Kanun'un tapuya itimat prensibinden yararlanmasına olanak tanınmıştır.

Görülüyor ki kanun koyucu, Yargıtay'ın içtihatlarıyla kararlılık kazanmış olan «kamu malları özel mülkiyet hükümlerine tabi olmadıkları için, bu tür mallar hakkında Medeni Kanun'un 931 ve 638. madde hükümlerinin uygulanması mümkün değildir» kuralına iltifat etmemiş ve en azından, Kadastro Kanunu'nun uygulanması bakımından bu kuralı kaldırmıştır.

O halde, kamu malı hakkında, tapuya itimat ilkesinin işlemlerini kabul etmek suretiyle, kamu malının özel mülkiyet hükümlerine göre iktisabına imkân tanıyan kanun koyucunun, kamu malı iddiasıyla, kadastro tutanağına karşı açılacak davanın da hak düşürücü süreye tabi olduğunu haydi haydi kabul etmek amacını taşıdığından kuşku etmemek gerekir.

Gerçekte, 12. maddede, kamu mallarının ya da onların belli bir türünün hak düşürücü süreden ayrık tutuldukları anlamına gelecek bir işaret bulunmamaktadır. Bu bakımdan, yorum yoluna da başvurmaya gerek yoktur. Ne var ki, duraksamalar, 766 sayılı Kanun dönemindeki içtihadın etkisinden kaynaklanmaktadır.

Hükümet ve parlamento siyasî tercihini kullanmak suretiyle soruna çözüm getirmişse, yargı gücünün, kanun koyucu yerine geçmesi ve yorum yoluyla kanun koyucunun amacına ters düşen uygulamayı benimsemesi olanaksızdır.

Bir an için konunun yoruma elverişli olduğunu kabul edelim. Bu takdirde, yasanın yürürlüğe konulmasıyla doğan farklı görüşlerle yasa-laşma arasında çok az bir zaman geçmiş olduğu için, kanun koyucunun amacına göre yorum yapmak zorunludur. Kanun koyucunun amacını ise yukarıda, delilleriyle açıklamaya çalışılmış bulunuyoruz.

Kanun koyucu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16. maddesinde «Kamu Malları» başlığı altında, tüm kamu malları hakkında kadastro tesbitlerinin nasıl yapılacağını, hangilerinin sınırlandırılacağını ve hangilerinin de tesbite tabi olmadığını göstermiştir. Bir bölüm kamu malının tesbite tabi tutulmamış olması, onlara kamu malı olmak niteliğini kaybettirmez. Ayrıca da, 12. madde hükmü açısından ayrı bir rejime bağlı olduğunu ifade etmez. Kuşku etmemek gerekir ki, kanun koyucu kamu mallarını, türü bakımından bir ayırım yapmaksızın hak düşürücü süreye bağlı tutmuştur.

Vatandaş nasıl on yıllık süre içinde hakkını kullanmak zorundaysa, devlet de aynı süre içinde hakkını kullanmalıdır. Kadastro tutanağı kesinleşmiş ve de sicil meydana gelmişse artık devletin, ben bu sicili yok

hükmünde kabul ediyorum; tutanağın dayanağı olan tapu kaydı da bana karşı değer taşımaz demesi, hukuk devletinde tasvip görmemelidir. Hele hele devlet vatandaşa, tapu siciline dayanan bir hak tanımışsa, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Aksi halde vatandaşın devlete karşı güven ve saygınlığı kalmayacaktır.

Gene de vurgulamakta yarar görmekteyiz ki, mahkemeler mevzuu hukuku uygulamakla görevlidirler. Mahkemenin, hukuk politikası açısından işi ele alıp kanun koyucunun iradesi dışına çıkmak suretiyle sonuca varması mümkün değildir.

Nitekim, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de, Kadastro Kanunun'un 12. maddesiyle ilgili çok yeni bir kararında görüşümüzü doğrulamıştır (4).

Yüce dairenin kararında şöyle denilmektedir :

(Hazine, davalı kooperatif adına tapuda kayıtlı parsellerin deniz yönünde kalan kesimlerinin devletin hüküm ve tasarrufu altında kalan yerlerden olduğunu ileri sürerek kaydın iptalini ve binaların yıkılmasını dava etmiş, mahkeme davayı kabul etmişse de, tesbit kesinleştikten sonra on yıldan fazla süre geçmiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesi hükmü, kadastro işlemlerinin korunması ve düzenli bir sicil oluşmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir. Bu hüküm, kamu malıyla özel mallar arasında bir ayırım yapmaksızın kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki sebeplere dayanılarak dava açılmayacağı ilkesini getirmiştir. Hal böyle olunca, olayda tapulama tesbitinin kesinleştiği tarihten davanın açıldığı tarihe kadar on yıllık hak düşürücü süre gelmiştir. Bu süre, kam düzeyiyle ilgili olduğu için re'sen göz önünde tutulur. Bu nedenlerle davanın reddi gerekirken...)

Özetle, Yargıtay içtihadında da açıkca kabul edildiği üzere, Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan hak düşürücü süre, tür farkı gözetilmeksizin tüm kamu malı iddiasıyla, kesinleşmiş kadastro tutanaklarına karşı açılacak davalarda uygulanmak gerekir diyebiliriz.

B — Hak Düşürücü Süreye Bağlı Olmayan Davalar

Kuşku etmemek gerekir ki, bir taşınmazın kadastro tutanağı düzenlenmemişse, o taşınmazın bulunduğu çalışma alanında kadastro uğraşları tamamlanmış olsa bile, o taşınmaza karşı açılacak dava hak düşürücü süreye bağlı olmayacaktır. Kanun koyucu, hak düşürücü sürenin işlemesi için kadastro tutanağının düzenlenmiş olmasını temel kural olarak kabul etmiştir.

(4) Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 2.12.1987 günlü ve 1987/8523 esas, 1987/11257 karar sayılı kararı.

Ayrıca, Kadastro tutanağı kesinleşmemişse, hak düşürücü sürenin işlemesi de söz konusu olamaz. Örneğin kadastro tutanağı kesinleşmeden tescil işlemi dahi yapılmış olsa, hak düşürücü sürenin işlemesi mümkün değildir. Uygulamalarda çok kez bu tür olaylarla karşılaşilmektedir. Kadastro tutanağı kesinleşmeden tescil işlemlerinin yapıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, mahkemelerin kadastro tutanağının kesinleşip kesinleşmediğini bizzat incelenmesi ve tapu idarelerinin tezkere cevaplarıyla yetinmemesi kanımca isabetli olur.

Hemen belirtiyim ki, kadastro tutanağı kesinleşmeden yapılan tesciller ve bu sicillerin el değiştirmesi gibi durumlarda, özellikle sicile güvenerek taşınmazı temellük eden kişiler açısından, adaletle bağdaştırılması mümkün olmayan çıkmazlarla karşılaşılmaktaydı. Kanun koyucu 12. maddenin son fıkrasında getirdiği hükümle böyle durumlar için gerekli çözüm yolunu açmıştır.

Yukarıda (A) paragrafında açıkladığımız üzere, hak düşürücü sürenin söz konusu olabilmesi için, davada dayanılan hukuksal nedenin, kadastrodan önceki bir neden olması gerekmektedir. Kuşkusuz, eğer hukuksal neden, kadastrodan sonraki bir neden ise, böyle bir nedene dayanan dava elbette 12. maddede yer alan hak düşürücü süreye bağlı değildir.

Bilindiği gibi, hak düşürücü süre, bir kez kesildiği, süreyi kesen dava varlığını muhafaza ettiği takdirde, artık hak düşürücü süreden söz edilemez. Örneğin, hak düşürücü süre içinde açılmış ve görülmüş olan bir davanın hükmüne karşı yargılamanın iadesi isteği, hak düşürücü süreye tabi tutulamaz (5). Çünkü yargılamanın iadesi isteği yeni bir dava değildir. İlişkin bulunduğu davayla ilgili fevkalâde kanun yoludur.

V — HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYLE İLGİLİ EK SÜRE

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun geçici 4. maddesinin 3. fıkrasında : «2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahrir Kanunu ile diğer kanunlar gereğince özel kadastro yapılan ve tutanakları kesinleşmiş bulunan taşınmazlar için 10 yıllık hak düşürücü süre geçmişse, bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde hak sahipleri dava açabilirler» hükmü getirilmiştir.

Hemen belirtelim ki, bu hükmün 766 sayılı Tapulama Kanunu'na göre yapılmış olan tesbit ve tescillerle ilgisi bulunmamaktadır. Kanun koyucu 2613 sayılı Kanunu ile özel kadastro yapılmasıyla ilgili diğer kanunları

(5) Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 766 sayılı Kanunun 31/2. maddesiyle ilgili olarak 29.5.1978 gün ve 1978/649 esas ve 1978/7711 karar sayılı ilâmı. Özel kartondan.

burada anlatmak istemiştir. Çünkü 2613 sayılı Kanunda hak düşürücü süreyle ilgili kapsamlı bir hüküm bulunmamaktaydı. Diğer kanunlarda da özel kadastroyla ilgili olarak hak düşürücü sürelere yer verilmemiştir. Hal böyle olunca, örneğin 2613 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmış ve kesinleşmiş bir kadastro tahdidine karşı, hak sahibi olduğunu ileri süren kişi, her zaman dava açma imkânına sahip olduğu için, on yıl geçtikten sonra bir dava açmış olsa, 3402 sayılı Kanun'un geriye doğru yürümesi ve 12. maddede yer alan hak düşürücü sürenin kamu düzeniyle ilgili olması sebebiyle, açılan bu dava, hak düşürücü süreye uğramış olacaktır. İşte kanun koyucu bu sakıncayı önlemek amacıyla geçici 4. maddeyle bir yıllık ek süre getirmiştir.

766 sayılı Kanun'da esasen on yıllık hak düşürücü süre yer almış olduğunda, bu kanunun uygulaması açısından, ek süre vermeye gerek yoktu. Aksi halde, 766 sayılı Kanun'un içerdiği hak düşürücü süre, ortadan kaldırılmış olurdu.

Bu itibarla, 766 sayılı Kanun'a göre meydana getirilmiş olan sicillere karşı açılacak davaların, geçici 4. madde hükmünden yararlanmaları, kanımca olanaksızdır.

VI — HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN HESAPLANMASI

Bilindiği gibi, hak düşürücü süre bir maddesel hukuk sorunudur. Genel olarak hak düşürücü sürenin hesabı, ya özel kanunlardaki hükümlere ya da Medeni Kanun, özellikle Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılır.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nda hak düşürücü sürenin hesabı hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Sadece, «Kadastro İlânları Hakkında Yönetmelik»in 9 ncu maddesinde, hak düşürücü süre ve kazandırıcı zaman aşımının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 160-162. maddeleri gereğince hesaplanacağı belirtilmiştir. Oysa hak düşürücü sürenin niteliği bakımından, hesabında Borçlar Kanunu'nun 130 ve 76. madde hükümlerinin uygulanması gerektiğinde kuşku etmemelidir.

Kanımca yönetmeliğin bu hükmü, yasaya aykırıdır. Bu bakımdan da Anayasa'nın 124. maddesi gereğince bağlayıcı olmamak gerekir.

**KİRA PARASININ SAPTANMASINA İLİŞKİN
YARGITAY KARARLARINDAKİ GELİŞMENİN
SİSTEMATİK AÇIKLAMASI (*)
(II)**

Nihat YAVUZ ()**

9 — KİRA TESBİTİ DAVALARINDA YETKİ

YETKİ : Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağıнын belirlenmesi demektir.

Yasada aksine hüküm bulunmadıkça, her dava davalının ikametgâhındaki mahkemede açılır. Ayrıca bazı davalar için davalının ikametgâhı mahkemesinin yanında başka yer mahkemeleri de yetkilidir. Örneğin konumuzla ilgili olmak üzere sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin icra edildiği yer mahkemesi de yetkili olur (HUMK. 10). Örnek : «Kira sözleşmesi Altındağ İlçesi sınırları içerisinde bulunan işyerine ilişkin bulunmaktadır. Davalı kiracı Ankara/Cebeci adresinde bulunmakla beraber HUMK. nun 10. maddesine göre sözleşmenin icra edildiği yer mahkemesi de yetkili olduğundan davalının yetki itirazı yerinde değildir» 3.HD., 31.12.1980; 6391/6515 NOT : Mahkemenin HUMK. nun 13. maddesine dayanarak yetki itirazını red etmiş bulunması gerekçesi bakımından yanlış ve fakat sonucu itibariyle doğru bulunmuştur.

Bir davaya görevsiz mahkemede bakılması temyiz nedeni olup olmayı gerektirir. Ne var ki yetkinin kamu düzeni ile ilgili bulunmayan hallerinde yetki itirazı sadece ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. İlk itirazda bulunmayan davalı, bir daha yetki itirazında bulunamaz.

Kira parasının tesbiti davası, kiralanan gayrimenkulün aynına ilişkin bir dava değildir. Bu itibarla HUMK. mad. 13 kapsamı dışında kalır. Bu nedenle tarafların kira sözleşmesinde yetkili mahkeme olarak, gayrimenkulün bulunduğu yerden başka bir yerdeki mahkemeyi tayin etmeleri mümkündür. Kira sözleşmesinde yetki konusunda bir hüküm yok ise davalının ikametgâhı mahkemesi veya sözleşmenin ifa mahalli mahkemesi yetkilidir. Örnekler :

(*) Yargıtay Dergisi Cilt : 14, Sayı : 1 -2, Ocak -Nisan 1988, Sayfa : 134 -183' den devam.

(**) Yargıtay 3. Hukuk Dalresi Üyesi.

«Davada kira parasının tesbiti istenilmiştir. Taşınmazın aynı ile ilgili bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davalının ikametgâhında dava açılmış bulunduğuna göre davaya bākılması gerekir» (166). Kira tesbiti davaları sözleşmede kira parasına ilişkin meydan gelen boşluğun doldurulmasına yönelik olduğundan taşınmazın aynına taallük etmemesi nedeniyle HUMK. 13. maddesinin uygulama nedeni bulunmamaktadır. Ayrıca yetki itirazı ilk itirazlardan olduğundan ancak süresinde yapıldığında bu yön incelenebilir (167). Değişik bir deyişle yetki konusu ilk itirazlardan olup zamanında itiraz edilmedikçe dava re'sen yetki yönünden red edilemez (168). Yetki itirazını kapsayan dilekçe hâkim havalesini taşımadığı sürece yetkisizlik itirazı incelenemez (169). Ayrıca HUMK. maddesine göre yetki itirazında bulunan taraf ayrıca yetkili mahkemeyi belirtmek zorunda olduğundan sadece yetki itirazında bulunup yetkili mahkemenin bildirilmemesi hali yasaya aykırıdır (170).

«Dava kira tesbitine ilişkin olup, kiralanan yer Malatya'da bulunmaktadır.

HUMK. nun 10. maddesine göre sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda, sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesinde de dava açılabilir. Taraflar arasında özel bir yetki anlaşması da bulunmamaktadır.

Kira tesbitine konu taşınmaz Malatya'da olduğuna göre kira sözleşmesinin yerine getirileceği yerin de Malatya olduğunun kabulü gerekir» (171).

«HUMK. nun 10. maddesine göre mukavelenin icra olunacağı yer mahkemesi de yetkili olduğuna göre, davalının Ankara'da oturduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmesi usul kanuna aykırıdır» (172).

10 — KİRA TESBİTİ DAVALARINDA YARGILAMA GİDERLERİ

YARGILAMA HARÇ VE GİDERLİ : Harç ve giderler bununla ilgili işlemin yapılmasını isteyen ve bazen de Devlet Hazinesi (HUMK. 415) tarafından peşin olarak ödenir. Ancak bunlar yani peşin ödenen ya da Devlet Hazinesi tarafından ödenmesi gereken harçlar davada haksız

(166) 3.HD., 24.1.1977; 271/599.

(167) 3.HD., 15.2.1982; 570/588.

(168) 3.HD., 17.1.1984; 65/148.

(169) 3.HD., 20.12.1983; 4926/5062.

(170) 3.HD., 26.11.1984; 5723/5683.

(171) 3.HD., 13.9.1984; 4205/4078. (NOT : Davacının ikametgâhı İstanbul'da, kiralanan yer Malatya'da ve davalının ikametgâhı da Ankara'da bulunmaktadır).

(172) 3.HD., 31.10.1984; 5058/5193.

çıkan tarafa yüklenir (HUMK. 417/1). Davada her iki tarafta kısmen haklı çıkarsa, mahkeme yargılama harç ve giderlerini haklı çıkma oranına göre taraflar arasında bölüştürür (HUM. 417/1). Yargılama harç ve giderlerinin kime yükleneceği ve miktarı hüküm fıkrasında açıkça gösterilmelidir (HUMK. 426).

Vekalet ücreti yargılama giderlerindendir (HUMK. 423/6). Vekalet ücretinin de, davada haklı çıkan tarafın peşin olarak ödediği diğer yargılama giderleri gibi, davada haksız çıkan kimseden alınarak, haklı çıkan tarafın istemi olmadan kendiliğinden mahkemece hükmolunur.

A) SULH HALİNDE : HUMK. nun 417. maddesi hükümleri dairesinde yargılama giderlerinin taraflar arasında sulh'ün sonuçlarına göre kabul ve red edilmiş sayılan miktarlar oranında paylaştırılması gerekir. Zira mahkemece sulh olarak nitelendirilen tarafların beyanlarına (ya da anlaşmalarına) göre yeni dönem için tesbiti istenilen yıllık kira miktarından davacı tarafın teklifi ve davalı tarafında kabulü üzerine tesbitine karar verilen miktar dışında kalan kısımdan vazgeçilmiş sayılır. Taraflar bu sulh sonunda veya sırasında, yargılama giderleri ve vekalet ücretiyle ilgili bir beyanda bulunmamış iseler red edilmiş sayılan söz konusu miktar üzerinden dava tarihinde yürürlükte bulunan Av. As. Üc. Tar. nin 10 ve 7. maddesinin son fıkrasının ilgili hükümleri uyarınca davalı yararına da vekalet ücretinin takdir ve tayini gerekir. Sulh'ün teşçili yolunda hüküm kurulurken davanın kısmen reddinin karar altına alınmamış olması, sonuçta red edilmiş sayılan miktar üzerinden davalı taraf yararına vekâlet ücreti hükmedilmesini engellemez (173).

B) DAVANIN AÇILMASINA NEDEN OLMA HALİNDE : «Dava ilk celsede kabul edilmediği gibi, ihtara verdiği cevapla davanın açılmasına da davalı taraf sebebiyet verdiği için, davayı vekille takip eden taraf yararına vekalet ücreti ve yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir» (174). «İhtarda verilen süre içerisinde cevap vermeyen davalı, davanın açılmasına sebebiyet vermiş olur. Ancak istenilen kira parasını bankaya yatıran davalı, parayı yatırdığını davacı tarafa bildirdiği veya banka tarafından bir bildirim yapıldıktan sonra davacı bu davayı açmış ise, o zaman davalı tarafın davanın açılmasına sebebiyet vermediği kabul edilebilir» (175). Ancak davalı taraf Toptan Eşya Fiyat İndeksindeki artışın kiraya yansıyan bölümü kadar kira parasını arttırarak ödemiş ise, tüm yargılama giderleri davacı tarafa yükletilmesine karşın davanın reddedilmemesi, bilâkis mahkemece bu oranda arttırma yapılarak hüküm tesisi gerekir (176).

(173) 3.HD., 5.11.1984; 5401/5276.

(174) 3.HD., 31.12.1980; 6381/6520.

(175) 3.HD., 7.9.1983; 3518/3450.

(176) 3.HD., 6.7.1983; 3094/3211.

C) HARÇ : «492 sayılı Harçlar Kanununda kira tesbit davalarında harcın aylık kira parasına göre mi, yoksa yıllık kira parasına göre mi hesap edileceğine dair açıklık bulunmamaktadır.

7.7.1965 tarih ve 5/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, en kısa ve en az külfetli bir usul uygulanması, en az masraf yapılması ilkesinden hareket edilerek, aylık kira parası esas alınmak suretiyle görevli mahkemenin tayin olunacağı kabul edildiğinden, aylık kira parasının tesbitine ilişkin davalarda da aynı ilkelere dayanılarak aylık kira farkı üzerinden harç alınması gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Bu görüş ayrıca 6570 sayılı Yasanın öngördüğü kiracıyı koruma ilkesine de uygun bulunmaktadır.

Mahkemece yıllık kira farkı üzerinden harç alınması bu nedenlerle yerinde değildir»(177).

D) VEKÂLET ÜCRETİ : Yargılama giderlerinden en önemli bölümü teşkil eden vekâlet ücreti Av. As. Üc. Tar. ne göre belirlenir. Buna göre tesbit olunan kira farkının yıllık tutarı üzerinden tarifenin 3. kısmı gereğince hesap edilecek miktarın yarısı avukatlık ücreti olarak takdir olunur. Örnek : «Dava tarihinde yürürlükte bulunan Av. As. Üc. Tar. lerinin 10. maddesi uyarınca kira tesbit davalarında tesbit olunan kira farkının bir yıllık kira tutarı üzerinden tarifelerinin 3. kısmı gereğince hesaplanacak miktarın yarısı Avukatlık ücreti olarak takdir edilir.

Davanın reddine karar verildiğine göre reddedilen miktarın yıllık miktarının yarısının davalı lehine avukatlık ücreti olarak takdir edilmesi gerekirken... maktu vekalet ücreti hesap edilmesi doğru değildir» (178).

Vekilin vekalet ücretine hak kazanabilmesi için duruşmalara katılması zorunlu değildir (179).

Davada davacı lehine kabul edilen kiranın yıllık farkı, davalı için de red edilen yıllık kira farkı gözönüne alınır. Ne var ki red ve kabul edilen miktarın vekalet ücretine hak kazandıracak miktarda olması gerekmektedir. Örneğin : «Davacı yeni dönemde aylık kira parasının 1005 lira olarak tesbitini istemiş, mahkemece 1004.32 lira olarak tesbit edilmiş, 68 kuruşluk kısım red edilmiştir. Bugünkü para değerine göre 68 kuruş her iki taraf yönünden de bir değer taşımadığından, 68 kuruşa ilişkin davanın reddi nedeniyle davalı taraf yararına 1000 lira vekalet ücreti takdir edilmesi

(177) 3.HD., 18.2.1980; 963/1081.

(178) 3.HD., 22.10.1985; 6632/6830.

(179) 3.HD., 23.2.1981; 992/983.

hak ve nasafet ilkesi ile bağdaşmaz. Bu durumda dava aynen kabul edilmiş gibi dvacı taraf yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir» (180).

«Dava kısmen kabul edildiğine göre davayı vekille takib eden davalı taraf için dava tarihinde yürürlükte bulunan Av. As. Üc. Tar. leri hükümlerine göre vekalet ücreti takdiri gerekir. Bundan ayrı HUMK. nun 417. maddesinde uygulanacak yargılama giderlerinin taraflar arasında bölüştürülmesi gerekir»(181).

C) USUL HUKUKU DAHİL ÇEŞİTLİ KONULARLA İLGİLİ KARARLAR

1) **HUMK. 71** : «Mahkemece bozma ilâmına uyulduktan sonra davacının tutanağa geçen sözleri, keşif tutanağındaki beyanları ve temyiz dilekçesindeki açıklamaları, davacının bu davasını lâıykı ile takib edecek ehliyetle olmadığını göstermiştir. Mahkemece HUMK. nun 71. maddesi uygulanmadan davanın reddi doğru değildir» (1).

2) **HUMK. 74** : «Dava dilekçesinde kira parasının 1.1.1980 gününden başlayarak aylık 10 bin lira olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın 1.1.1981'den itibaren 11200 lira olarak tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davadaki istek aylık kira parasının 10 bin'lira olarak tesbiti olduğuna göre bu istek aşılarak hüküm tesis olunamaz» (2). Bu konuda bir örnek daha «Davacı 1.1.1981 tarihinde başlayan dönem için aylık kira parasının 4100 lira olarak tesbiti ile ilgili harcını vererek bir dava açmadığına göre bu davada verilecek hükümle dava dilekçesindeki 3 bin liralık istek aşılamaz» (3). Ne var ki davada yeni dönem için istenen kira parasının 6500 lira olduğu belirtilse bile yakıt ile birlikte 7273 liranın hüküm altına alınması halinde istem aşılmasından söz edilemez (4).

3) **HUMK. 83** : «Bir davada usulüne uygun olarak ıslâh yapılmadıkça davadaki istek dışına çıkılarak hüküm tesis edilemez» (5).

4) **HUMK. 94/2** : «Dava dilekçesinde ihtarla istenen miktardan ayrılarak davalının cevabî ihtarındaki kabulüne çok yakın kira parasının tesbiti istenilmiş ve ilk oturumdan önce dava kabul edilmiştir.

HUMK. 94/2 gereğince davalının hal ve veziyeti ile aleyhine dava ika-

(180) 3.HD., 20.12.1979; 7312/7295.

(181) 3.HD., 8.9.1983; 3211/3460.

(1) 3.HD., 8.4.1982; 1276/1514.

(2) 3.HD., 25.5.1981; 2686/2683.

(3) 3.HD., 15.6.1981; 3060/3132.

(4) 3.HD., 29.6.1981; 3310/3350.

(5) 3.HD., 29.11.1979; 6826/6819.

mesine sebebiyet vermemiş olduğunun kabulü ile sorumlu tutulmamasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ancak, dava aynen kabul edildiğine göre davalı taraf lehine vekalet ücreti takdiri için bir neden bulunmadığı halde dayanağı da gösterilmeden davalı taraf lehine vekalet ücreti takdiri doğru değildir» (6). Eğer davalı ihtara verdiği cevapta yayınlanıp belli olduğu zaman indeksteki artışın kira ya yansıyan bölümü kadar kira parasında arttırma yapmayı kabul ve ilk celsedeki kabule göre hüküm tesis edilmiş ise davalı yargılama giderleri ile sorumlu tutulamaz (7). Aksi takdirde davalı ihtara cevap vermmez ve böylece davanın açılmasına sebebiyet vermiş olursa yargılama giderleri ile sorumlu tutulur (8). Ayrıca davalının kabulünden aşağı bir miktara da tesbit yapılamaz (9).

DAVADAN FERAGAT: Kira tesbiti davalarında vekilin vekaletnamesinde davadan feragata yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir (10). Ayrıca mecburi dava arkadaşlığı bulunan hallerde davalılardan birisi hakkında vaki feragat diğer davalılar hakkında da davadan vazgeçmeyi kesin surette kapsamadığı cihetle tüm davadan vazgeçilmiş şekilde geçerli sayılamaz (11).

5) HUMK.151 : Feragatla ilgili beyanların HUMK. nun 151. maddesi hükümlerine göre behemahâl okunarak imza edilmesi gerekir. Zabta geçen sözlerini davacı vekilinin imza etmediği dikkate alınmadan davanın feragat nedeniyle reddi doğru değildir (12). Ayrıca bkz. «Taraflar arasında yazılı olarak yapılan kira sözleşmesinde yakıt giderleri davacıya ait bulunmaktadır. Yakıt giderlerini davalı tarafın üstlendiği ve bu yolda bir değişiklik yapıldığı anlamına gelebilecek duruşmadaki davalının beyanını kendisine okunarak imza ettirilmediği, gibi, davalıda zabta geçen beyanını değiştirmiştir» (13).

6) HUMK. 163 : Mahkemece ancak uyuşmazlık konusu olan olaylar için taraflardan delil istenir. Davacının 5.S.H. Mahkemesinin kira tesbitine ilişkin ilâmının ibrazı hakkında bir isteği bulunmadığı halde bu ilâmın ibrazı hususunda re'sen davacı tarafa mehil ve kesin mehil verilerek sonuçta bu mehillere uyulmadığından söz edilip davanın reddi cihetine gidilmesi doğru değildir. Kaldı ki eğer mahkemece re'sen incelenmesi ge-

(6) 3.HD., 27.11.1979; 6724/6830.

(7) 3.HD., 5.5.1980; 2573/2662.

(8) 3.HD., 15.2.1979; 1053/1155.

(9) 3.HD., 29.6.1981; 3262/3320.

(10) 3.HD., 11.2.1983; 643/727.

(11) 3.HD., 13.9.1982; 3573/3407.

(12) 3.HD., 16.1.1981; 204/194.

(13) 3.HD., 30.3.1981; 1641/1651.

rekli görülüyorsa 5.S.H. Mahkemesinden sözü edilen ilâma ait dosyanın istenerek incelenmesi de mümkündür (14).

7) HUMK. 410 : «HUMK. nun 410. maddesine göre hüküm için muayyen olan oturumda iki taraf veya biri gelmese bile verilecek hüküm hazır imişler gibi yüze karşı addolunur.

Mahkemece hüküm verilmek üzere talik yapıldığından anılan 410. madde hükmüne göre davacının son oturuma gelmemiş olması dosyanın işlemiden kaldırılmasını gerektirmez» (15).

8) HUMK. 425 : «Dosya taraflardan birinin başvurmaya kadar 12.9.1983 tarihinde işlemiden kaldırılmış ve bir yıl içinde yenilenmediği için 13.9.1984 tarihinde açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Şu durumda usulün 425. maddesi kapsamına giren davanın terki niteliği taşıyan bu işlemden dolayı davalı yararına dava tarihinde yürürlükte bulunan 15.4.1981 tarihli Av. As. Üc. Tar. lerinin 8. maddesi uyarınca vekalet ücreti takdir olunması gerekir» (16).

9) KESİN HÜKÜM : «Dava konusu yer 1972 tarihinde yakıt dahil 4200 liraya davalıya kiralanmış ve taraflar serbest iradeleri ile kira sözleşmesini imzalamışlardır. Sonraki kira dönemlerinde kira paraları ait olduğu dönemler için tarafları bağlayıcı şekilde hükmen tesbit edilmiş ise de, bu tesbitlerde bazen gerçek yakıt giderinin dikkate alınmadığı bazen de çıplak kira parasının gerçeğe uygun olmayan bir şekilde hesaplandığı görülmüştür.

Bu gibi durumlarda ilk kira sözleşmesinin yapıldığı 1972 tarihinde taraflarca saptanan 4200 lira kira parası içerisinde ne kadar yakıt gideri bulunduğu ve ne kadarının çıplak kira parası bulunduğu araştırılıp, bunlar arasındaki oran saptandıktan sonra çıplak kira parası 1.3.1972 tarihinden 1.3.1982 tarihine kadar Ticaret Bakanlığı'na düzenlenen Toptan Eşya Fiyat İndeksindeki artışların her kira yılına yansıyan bölümleri toplamı kadar arttırıldıktan sonra buna yeni dönem için saptanan yakıt giderleri eklenerek aylık kira parası tesbit edilmelidir» (17). **İcra tetkik merciinin kararı ise kesin hüküm oluşturmaz :** «Davacı aralarındaki sözlü kira sözleşmesine dayanarak kira parasının tesbitini istemiş, davalı kira sözleşmesini davacının murisi ile yaptığını ileri sürerek davacının tek başına dava açamayacağını savunmuştur.

Davalının ibraz ettiği ve davacının murisi Teopisti Simonidis ile aynı

(14) 3.HD., 15.6.1981; 3058/3131.

(15) 3.HD., 10.1.1983; 5559/65.

(16) 3.HD., 7.3.1985; 1410/1509.

(17) 3.HD., 12.9.1983; 3053/3580.

yer hakkında yaptığı 1.1.1972 tarihli bir yıl süreli yazılı kira sözleşmesine davacı tarafça itirazda bulunulmamıştır.

Bakırköy 4. İcra Tetkik Mercii Hâkimliğinin taraflar arasında sözlü kira anlaşmasının varlığını saptayarak davalının itirazının kaldırılmasına yönelik derecattan geçmek suretiyle kesinleşen 17.6.1981 gün ve 11/110 sayılı kararı **tarafları bu yönde bağlayan kesin hüküm niteliğinde değildir.**

Mahkemece yapılacak iş; tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda varsa diğer delillerini sormak, davacı ile davalı arasındaki kira sözleşmesi usulen isbatlanmadığı takdirde kira parasının son artış tarihinden dönem sonuna kadar Ticaret Bakanlığı'nca yayınlanan indekslerin her kira yılına yansıyan bölümlerinin toplamı kadar bir artış yapmak; eğer kira sözleşmesi davacının murisi tarafından yapıldığı anlaşılırsa iştirak hali olması nedeniyle tek mirasçı tarafından dava açılmayacağından, davacıya veraset belgesi ibraz ettirilerek MK. nun 581. maddesi gereğince diğer mirasçıların usulüne uygun muvafakatlarının alınması veya terekeye bir mümessil tayin olunduktan sonra onun aracılığı ile davaya devam olumasından ibarettir» (18).

10) DELİLLER MAHKEMEYE SUNULDUKTAN SONRA DAVACININ DURUŞMAYA GELMEMESİ DAVANIN BU NEDENLE REDDİNİ GEREKTİRMEZ

«Davacı davasını kanıtlamak için gereken tüm delilleri mahkemeye vermiştir. Bu deliller hüküm tesisine yeterlidir.

Davacının mazeret bildirerek duruşmaya gelmemesi delillerinin dikkate alınmamasını gerektiren bir neden olamaz.

Davalının cevabı da gözönünde tutularak hüküm tesis edilmelidir» (19). Örneğin dosyada önceki kira yılına ilişkin kira tesbitine ait hüküm ve dosya ile zamanında yapılan ihtarla ilgili belge de bulunduğu ve bir kira yılı içinde Ticaret Bakanlığı'nca düzenlenen Toptan Eşya Fiyat Endeksindeki kiraya yansıyan bölümü bilindiğinden bu oranda arttırma yapılması gerekir. Davacının duruşmaya gelmemesinden dolayı dava red edilemez (20). Ancak davacı taraf ihtarlı tebligata rağmen duruşmaya gelerek davasını kanıtlayamaz ise davasının red olunacağı tabiidir (21).

11) KİRA TESBİTİ DAVALARINDA FAİZE HÜKMEDİLEMEZ

«Kira tesbiti davalarda eda davaları gibi yasal faize hükmetmek ola-

(18) 3.HD., 4.11.1982; 4444/4646.

(19) 3.HD., 4.7.1986; 6082/6881.

(20) 3.HD., 16.12.1982; 5233/5284.

(21) 3.HD., 2.12.1983; 4632/4807.

nağı yoktur... Bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüküm fıkrasındaki (geçerlik tarihi olan 1.8.1979 tarihinden itibaren tesbit edilen 509 liralık artış üzerinden % 5 yasal faiz yürütülmesine) cümlesinin çıkarılarak hükmün düzeltilmiş biçimiyle onanmalıdır» (22).

«Dava dilekçesinde istenen kira parasının açıklanmaması dava dilekçesinin düzenlenmesinde yasal noksanlık olup, ilk itiraz olarak ileri sürülmemiştir» (23). Ancak dava dilekçesinde aylık kiranın 1750 liraya çıkarılması şeklindeki yazının 2500 liraya değiştirildiğine dair düzeltme davacı vekili tarafından paraf edilmediğine ve harçta 1750 liralık istem üzerinden alındığından davadaki asıl istemin 1750 lira olduğunun kabulünün gerektiğine karar verilmiştir (24).

13) KİRA TESBİT DAVALARINDA FAZLAYA DAİR HAK SAKLI TUTULAMAZ

«Eda davasından ayrı olarak tesbit davasının açılabilmesi için, hukukî bir yararın bulunması ve bir hukukî ilişkinin tesbitinin istenmesi zorunludur. Davada, tesbit edilecek hukukî ilişki bölünüp, bir parçasının tesbitinin istenmesi söz konusu olamaz. Böyle bir uygulama bir tarafı himaye biçiminde sonuç doğuracağı gibi, dava ekonomisine de ters düşeceğinden fazlaya ait hak saklı tutularak bu haktan bahisle ikinci bir tesbit davası açılamaz» (25). Kaldı ki bu tür davalarda genellikle ilk açılan davadaki ihtarnamelere dayanıldığından ve çoğunlukla aradan bir yıl geçmiş bulunduğundan dolayı artık eski dönemden de kira parasının geçerliliği söz konusu olmayacaktır. Örneğin: 5.12.1978 tarihinde tebliğ edilen ihtarnameye dayanılarak 14.2.1980 tarihinde dava dilekçesi tebliğ edilen dava ile 1.1.1979 tarihinde başlayan kira dönemi ile ilgili kira tesbiti davası açılamaz. Ya da 12.12.1983 tarihinde tebliğ edilen dilekçeye dayanılarak 1.1.1983 tarihinde başlayan kira dönemi ile ilgili kira tesbit davası açılamaz.

14) KİRALANANIN BOŞALTILMASININ, SATILMASININ YA DA SİYASİ PARTİNİN FESHİNİN KİRA TESBİTİ DAVASINA ETKİSİ

Kiralanan 24.11.1979 tarihinde boşaltılmış olsa bile davacının 1.3.1979 tarihinden boşaltma tarihine kadar tesbit edilecek kira parasını almaya hakkı olacağından kira parasının tesbitini istemekte hukukî yararı bulun-

(22) 3.HD., 29.9.1980; 4715/4911.

(23) 3.HD., 28.2.1983; 911/1106.

(24) 3.HD., 20.12.1982; 5195/5315.

(25) 3.HD., 26.1.1981; 129/459; 3.HD., 21.6.1984; 3376/3530.

maktadır. Hatta davanın boşaltmanın gerçekleşmesinden sonra açılması dahi sonucu değiştirmez (26). Ancak kiralanan 1.12.1981 tarihinde boşaltılmış ise dava dilekçesinin tebliğini izleyen 1.9.1983 tarihinden itibaren başlayacak yasal dönemin kira parasının tesbiti istenilemez (27).

«Kira parasının artırılması ile ilgili ihtarin tebliğ tarihi araştırılmamıştır.

Bu ihtar süresinde tebliğ edilmiş ise davacı yeni dönem başlangıcı olan 22.11.1984 tarihinde başlayan yeni dönem kira parasının tebitini istemede ve bu davayı açmada haklıdır.

Dava konusu taşınmaz malın davadan sonra 4.1.1985 tarihinde satılması davanın incelenmesine engel teşkil etmez.

Ancak hükmü davacı taraf temyiz etmediğinden bu yön bozma sebebi sayılmamış ise de davalı yararına vekalet ücreti takdiri gerekmediğinin tesbiti için ihtarin tebliğ tarihinin araştırılması zorunludur.

İhtar süresinde tebliğ edilmemiş ise, tesbit edilecek kira parası 22.11.1985 tarihinde başlayan kira dönemi ile ilgili olacağından ve bu yerde 4.1.1985 tarihinde satıldığından davanın reddi haklı bir nedene dayanacağı için davalı taraf yararına vekalet ücreti takdiri gerekecektir» (28).

«Bir sonraki (örneğin 1.10.1980) dönemi için açılan dava Yargıtay'ca bozulduğu halde eğer yenilenmemiş ise davacının 1.10.1977 ile 1.10.1979 arasındaki dönemin kira parasının tesbitini istemeye hakkı olur (29).

«Dava dilekçesinde 1.3.1980 tarihinden geçerli olmak üzere kira tesbiti istenilenmiştir. Kira sözleşmesine göre kiracı C. Güven Partisi olup, tesbiti istenilen kira döneminde ve ondan sonra da kiracılık sıfatı devam etmektedir. Sözü edilen partinin 2533 sayılı Yasa ile sonradan feshedilmesi ve kiraladığı yerin tasfiyeye tabi kılınması bu davanın görülmesine engel teşkil etmez. Davaya bakılması gerekirken reddine karar verilmesi doğru değildir» (30).

15) MAHKEME İLÂMLARINDAKİ GEREKÇENİN BAĞLAYICILIĞI SORUNU

«Davacı kira sözleşmesinin 5 ve 6. maddesine dayanarak her kira yılında kira parasını tesbit isteme hakkı bulunduğu bahisle açtığı kira

(26) 3.HD., 16.9.1980; 4077/4475.

(27) 3.HD., 2.5.1983; 2102/2231.

(28) 3.HD., 11.4.1985; 2283/2575.

(29) 3.HD., 18.3.1982; 1042/1144.

(30) 3.HD., 18.10.1982; 4141/4317.

tesbit davası, kira sözleşmesinin 5 yıl süreli yapıldığından ve ancak 5 yılın sonunda kira parasının tesbiti istenebileceğinden red edilmiş ve karar temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmiştir.

Sözü geçen kesinleşen ilâm, sonuca sıkı sıkıya bağlı olan gerekçesiyle, davacıyı bağlar» (31).

16) HÜKMÜN GEREKÇE KISMI İLE HÜKÜM FIKRASI ARASINDA UYUM OLMALIDIR

Örneğin, hükmün gerekçe kısmında kira parasının aylık 3 bin lira olarak tesbiti kabul edildiği halde hüküm kısmında kira parasının 3500 liraya çıkarılmak suretiyle tesbiti doğru görülmemiştir (32).

17) ALEYHE BOZMA YASAĞI

«Kira yılı içerisindeki Toptan Eşya Fiat Endeksindeki artışın kiraya yansıyan bölümünden daha fazla bir oranda kira parasında bir arttırma yapılması hükmü temyiz eden davacı aleyhine bozma sebebi sayılmamıştır» (33).

18) KİRA TESBİTİ İLE BİRİKMİŞ KİRA ALACAĞININ TAHSİLİ BİR DAVADA İSTENEBİLİR Mİ?

Dava dilekçesinde kira parasının yeni kira döneminden başlayarak aylık olarak tesbiti ile davalının dava tarihine kadar olan kira alacağının tahsili istenilmiş ise; örneğin : 29.6.1980 gününden 29.6.1983 gününe kadar aylık 500 liradan toplam 180 bin lira kira alacağının tahsili ile 29.6.1983 gününden başlayarak aylık kira parasının 6500 lira olarak tesbiti istenilmiş ise **bu iki isteğin aynı davada görülmesinde bir isabetsizlik yoktur** (34). Ancak kira parasının tesbiti ile biriken kira parası farkının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesi istenilemez. Zira «ödenmekte olan kira bedeli ya taraflarca veya hükmen tesbit olununcaya kadar tarafları bağlayacağına ve hükmen tesbit olunan kira bedelinin ise 21.11.1966 tarih ve 19/10 sayılı İçtihadı Birleştirme hükümlerine göre geçerli sayılacağı tarihten itibaren bağlayıcı olacağına göre, kira farkının istemi hakkındaki davanın reddinde bir isabetsizlik görülmemiştir» (35).

(31) 3.HD., 23.11.1982; 4773/4890 (NOT : Davacının yeniden açtığı kira tesbiti davasını mahkeme red eder ve Yargıtay yukarıda anılan gerekçe ile kararı onaylar).

(32) 3.HD., 8.9.1983; 3211/3460.

(33) 3.HD. 23.9.1983; 3599/3768.

(34) 3.HD., 22.11.1983; 4538/4658.

(35) 3.HD., 9.10.1984; 4362/4767.

**19) KİRA SÖZLEŞMESİNİN KISMİ GEÇERSİZLİĞİ HALİNDE KİRA
TESBİTİ**

«Kira sözleşmesinin özel şartlarının 2. maddesinde kira akdi 3 yıl devam ettikten sonra kiralanan yeri kirasız olarak davalı tarafın kullanılması öngörülmüştür.

Taşınmaz mal davacı derneğe aittir. Kira sözleşmesi derneğin Bolu Şubesi Başkanı tarafından kiralayan olarak düzenlenmiştir. Tüzüğün 32. maddesine göre şubeler, merkezi ilzam edici işlem yapamayacaktır. Tüzüğün 20. maddesi hükmüne göre yetkili organlarca bu hususta karar verilip kira sözleşmesini yapan Bolu Şube Başkanına yetki verilmemiş ise kira sözleşmesindeki anılan şart derneği bağlamaz.

Taraflar 1.3.1973 tarihinde başlayan kira sözleşmesinin diğer hükümlerinin geçerliğinde uyuşmazlığa düşmemişlerdir.

1.3.1978 tarihinde kira parası artırılarak yapılan yeni sözleşme ile ilgili davacı derneğin tüzüğüne göre yetkili kurullarının kararları yoksa bu ikinci kira sözleşmesinin geçerliliğinden bahsedilemez. Bu durumda 1.3.1973 tarihinde yapılan kira sözleşmesinin bedelsiz kullanma ile ilgili şartı dışındaki hükümlerinin 6570 sayılı Kiralar Kanununun 11. maddesine göre Kanun gereği her kira yılı yenilendiği dikkate alınarak davaya bakılması gerekir» (36).

**20) SÜRESİZ KİRA SÖZLEŞMELERİNDE KİRA TESBİTİ VE ÖZEL-
LİKLE TESBİT EDİLECEK KİRA PARASININ GEÇERLİ OLACAĞI
DÖNEMİN BELİRLENMESİ SORUNLARI**

a) «Taraflar arasında yapılan kira akdinin süresiz olduğu hususunda bi ranlaşmazlık bulunmamaktadır. BK. nun 262. maddesine göre ihbar yapıp akdin sona erdiği gün belirtilip bu suretle yeni dönem başlangıcı saptanması zorunludur. Bunun için de davacıya sözü edilen 262. madde gereğince ihbarda bulunup bulunmayacağı sorulmalı ve davacı böyle bir ihbar yaptığı takdirde ihbarın tebliğ tarihi ve kira akdinin fesh edilmiş sayılacağı gün yeni dönem başlangıcı kabul edilerek kira akdinin başlangıcı tarihi ile yeni dönemin başladığı tarihe kadar Toptan Eşya Fiat Endeksindeki artışın her kira yılına yansıyan bölümleri toplamı kadar kira ilişkisinin kurulduğu tarihteki ilk kira parası arttırılmalı ve tarafların anlaşmaları aylık 3 bin liradan aşağı olmamak üzere aylık kira parası saptanmalıdır» (37).

(36) 3.HD., 16.1.1981; 59/201.

(37) 3.HD., 28.1.1982; 282/344 (NOT : Davacı kira parasının 3.8.1981 tarihinden itibaren 3500 lira olarak tesbitini istemiş, mahkeme davayı red etmiştir).

b) «Taraflar arasındaki sözlü kira akdinin süresiz olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira için ne sarîh ve ne de zımnî bir süre tayin edilmeyen bu gibi hallerde, her zaman kira parasının tesbiti davası açılabilir.

Kira süresi belirlenemeyen bu gibi hallerde, tesbit edilecek kira parasının geçerli olacağı dönemin belirlenmesinde BK. nun 262. maddesi göz önünde tutulmalıdır.

Kira parasının arttırılması için ihtar alan ve kendisine bu konudaki dava dilekçesi tebliğ edilen kiracının, kira parasının arttırılmasını kabul etmemesi halinde makûl bir araştırma ve düşünme süresi geçtikten sonra kira akdinin feshini ihbar edebileceği gözönüne alınarak, 262. madde hükmüne göre böyle bir ihbar üzerine kira akdinin feshedilmiş sayılacağı güne kadar, tesbit edilecek yeni kira parasından sorumlu tutulamayacağı kabul edilmelidir.

Bu durumda, tarafların beyanları da gözönüne alınarak kira sözleşmesinin başlangıç tarihi tesbit edilmeli, ihtar veya dava dilekçesinin tebliğ tarihine göre araştırma ve düşünme için geçecek makûl bir süre dikkate alınarak, kiracının ihbar suretiyle akdi feshettiğini kiralayana bildirilmesi gereken tarihe göre 262. madde uyarınca kira akdinin feshedilmiş sayılacağı tarih saptanmalı ve bu tarih, tesbit edilen kira parasının geçerli olacağı dönemin başlangıcı olarak hüküm altına alınmalıdır» (38).

c) «Tarafların kabulü veçhile kira başlangıcı 30 Eylül 1982 olarak tesbit edilmiş olduğuna göre 7.2.1984 tarihinde davalıya tebliğ edilen dava dilekçesi ihbar kabul edildiğinde, BK. nun 262. maddesini 1. bendindeki esaslar karşısında davacı üç aylık asgari ihbar süresi şartı da gözönüne alınarak, 30.9.1984 tarihinde sona eren 6 aylık süre için ihbarda bulunmuş sayılacağından yeni dönem kira parasının anılan tarihi izleyen aybaşı olan 1.10.1984 tarihinden geçerli olmasına karar verilmesinde bir isabetlilik bulunmamaktadır» (39).

21) SONRADAN YAPILAN YAPILAR TAŞINMAZI (ARSAYI) MUSAKKAF (ÖRTÜLÜ) HALE SOKABİLİR Mİ?

«Davaya konu olan taşınmaz mal, davalı Belediye ile Petrol Ofisi anlaşarak benzin istasyonu tesis edilmek üzere plan ve projesi yapılarak üzerine bir kısım inşaat tesis edildikten sonra, önce M.P. adında bir kişiye kiraya verildiği, daha sonra bu kiracının kiracılığını sürdüremeyeceğinin anlaşılması üzerine encümen kararına dayanılarak 1.12.1972 başlangıç

(38) 3.HD., 1.10.1984; 4577/4477.

(39) 3.HD., 6.2.1985; 622/629.

tarhli sözleşme ile, 10 yıl süre ile davacıya kiralandığı, kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 4. maddesinde taşınmaz mal üzerinde yapılacak her türlü tesislerin kira süresinin sonunda Belediyeye bırakılacağı hükmü bulunduğu anlaşılmaktadır. Bilirkişi inşaat mühendisi S.C.'nin 18.10.1982 tarihli raporunda taşınmaz mal üzerinde, motorin, benzin ve yağ pompası, hava saati ve beton kanal dışında bir telefon kulübesi, 2 katlı kârgir yıkama yağlama binası ile kârgir müstemilât binası, iki katlı idare binası ve tek katlı büfe binası bulunduğu belirtilmektedir. Bütün bu yapıların musakkaf sayılıp sayılmayacağı hususu tartışılmadan ve nedeni de gösterilmeden kiralanan musakkaf sayılmayan yerlerden olduğu kabul edilerek davacının davasının reddine karar verilmiştir.

Mahkemenin kabulü açıklanan delillere aykırı düşmektedir.

Yukarıda açıklandığı şekilde taşınmaz mal üzerine sonradan yapıldığı anlaşılan ve sözleşme süresi sonunda kiralayana bırakılacak olan yapılarla birlikte dava konusu yerin 6570 sayılı Yasanın 1. maddesinin kapsamına giren yerlerden olup olmadığı hususu toplanan delillere göre tartışılmak ve mevcut deliller yeterli görülmediği takdirde yeniden bir uzman bilirkişinin görüşü alınarak varılacak sonuca göre hüküm tesis etmek gerekir» (40).

«1.8.1963 tarihli kara sözleşmesi hükümlerine göre, eski hal yerinin arsası üzerine kiracılar tarafından garaj ve kahvehane yapılacağı ve böylece musakkaf hale getirilen kiralanan, kiracıların kira süresince sözleşmede belirtilen koşullarla kullanacakları kabul edilmiştir. Kiralayanın muvafakatı ile yapılan bu yapıların yıkıldığı da iddia ve isbat olunmamıştır.

Sözleşme kşulları gereği musakkaf hale getirilen dava konusu yer 6570 sayılı Kiralar Kanununun 1. maddesinde sayılan ve sözü edilen Yasaya tabi olan bir yerdir. Bu nedenle davaya bakılması gerekirken reddi doğru değildir» (41).

(40) 3.HD., 26.6.1984; 1828/3526.

(41) 3.HD., 29.1.1980; 509/618. (NOT : Aynı yer ile ilgili bulunan yüksek 6.HD. nin 20.11.1979 gün ve 7731/9190 sayılı ilâmı ise şöyledir : «Dava akdın sona ermesi nedeniyle kiralananın boşaltılması isteminden ibarettir. Mahkemece red kararı verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir/Davacı, dava konusu taşınmaz malın musakkaf olmaması nedeniyle 6570 sayılı Kanun hükümlerine göre değil BK. nun hükümlerine tabi olduğunu, davalıda tam tersine taşınmaz malın musakkaf olduğunu, buna göre olayda BK. hükümlerinin uygulama yeri olmayıp 6570 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini bildirmiştir/Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinin başlangıcı 1.8.1963 olup, süresi on senedir. Söz konusu akdın (kiralanan şeyin heyeti hazırası) yazısının karşısında eski hal yerinin arsası olup, kiracılar tarafından yapılan tesisler hakkındaki diğer sayfada, hususî şartlarda (bildirildi-

22) BOZMADAN SONRA İBRAZ EDİLEN BELGE KARŞI TARAF YARARINA DOĞMUŞ BULUNAN USULİ MÜKTESEP HAKKI İHLÂL EDEMEZ

Buna göre bozmadan önce mahkemece kira parasının geçerli olacağı tarihi 19.10.1980 olarak kabul etmiş ve buna dair hüküm davacı tarafından temyiz edilmeyerek geçerlilik bakımından davalı yararına kazanılan bir hak meydana getirmiş ise, davacının bozmadan sonra ibraz ettiği ihtarnamenin tebliğ tarihi dikkate alınarak tesbit edilen kira parasının 1.11.1979'dan itibaren geçerli olacağına karar verilemez (42).

23) HUMK. 509/510 : Davacıya duruşma gününü bildiren tebliğatta duruşmaya gelmediği takdirde HUMK. nun 509/510. maddelerine göre işlem yapılacağı ve gıyab tebliğ edilmeden hüküm tesis edileceği hususu yazılı bulunmamaktadır. Bu durumda davacı vekiline sözü geçen hükümlere göre tebligat yapılmadan gıyabında duruşma yapılarak hüküm tesis edilemeyeceğinden davacı vekilinin son oturumdan çıkarılması yasaya aykırıdır (43). Anılan maddelere göre meşruhatlı davetiye gönderilmeden

ği üzere) denilmektedir. Aynı sözleşmenin hususî şartlar bölümünün 1. maddesinde de (kiracılar tarafından kiralanan iş bu yer üzerindeki tesisler on sene mururü ile tarafların rıza ve muvafakatları ile hiç bir bedel talep edilmeden, kiralayanı mülk sahibi Kilisiye kalacaktır. Ancak on sene mürur etmeden kiralayan mülk sahibi kilise ve kiracılar anlaştıkları takdirde enkazı kiracılar alır. Ancak her ne sebepten olursa olsun on senelik kira müddeti sonunda müstecirlerin yapmış oldukları bina ve tesisler kilisenin malı olur ve müstecirler bu hususta bir hak talep edemezler) hükmü bulunmaktadır. Hususî şartlar bölümünün 1. maddesinde, on sene geçmekle tesislerin kiralayana kalacağı yolundaki hükümden, bu tesislerin kiracılar tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Çünkü arz üzerindeki bina ve tesisler davacı kiralayana ait olsaydı kiracı davalının bu tesislerde hak iddia etmesi söz konusu olmazdı. Ve tesislerin on sene sonra davacı kiliseye terkedileceği yolundaki hükümde izahsız kalırdı. Kaldığı aynı maddedeki (müstecirlerin yapmış olduğu bina ve tesisler kilisenin malı olur ve müstecirler bu hususta bir hak talep edemezler) yolundaki açıklıkla tesislerin ve binaların kiracılar a ait olduğu ve onlar tarafından yapıldığı şüphe ve tereddüt göstermeyecek derecede sabittir. Öte yandan sözleşmede, kiralanan şeyin heyeti hazırası eski hal yerinin arsası olarak tavsif olunmuştur. Bu durumda kiralanan taşınmaz malın musakkaf olmadığının kabulü gerekir. Bu nedenle mahkemenin, dava konusu taşınmaz malın musakkaf olduğu yolundaki görüşünde isabet bulunmamıştır. Musakkaf olmadığına göre olayda 6570 sayılı Kanunun uygulanma yeri olmayıp BK. hükümlerinin uygulanması gerekir).

(42) 3.HD., 29.6.1981; 3303/3384.

(43) 3.HD., 15.10.1981; 4519/4492.

ve gıyab kararı tebliğ edilmeden, gelmeyen davalının gıyabında duruşma yapılması doğru değildir. (44).

24) DAVALI TARAFADA USULÜNE UYGUN OLARAK TEBLİGAT YAPILMADIKÇA GİYABINDA YARGILAMA YAPILAMAZ

«Davalının iş adresi yazılarak yapılan tebligat tebliğsiz iade edilmiş ve ev adresine çıkarılan tebligatta polis H.T.'e yapılmıştır.

Bu tebligatın Tebligat Kanunu hükümlerine göre ve ona uygun olarak yapıldığı anlaşılamamaktadır. Yasa hükümlerine uygun olarak davalı tarafta tebligat yapıldığı kesinlikle saptanmadıkça gıyabta yargılama yapılamaz» (45).

25) KİRA TESBİTİNDE İSLÂH : «Taraflar arasındaki ilk kira ilişkisi 31.10.1974 başlangıç tarihli sözleşme ile kurulmuştur. Davacı vekili aylık 750 lira olan kira parasının Ekim/1977 ayından itibaren 1250 liraya çıkarıldığını, 12.2.1979 tarihli dilekçesinde ıslâhen bildirmiştir. Dava dilekçesindeki olayların ıslah yoluyla düzeltilmesine karşı tevsi itirazı ileri sürülemez» (46).

26) MÜNHASIRAN HÂKİM DEĞİŞİKLİĞİ NEDENİ İLE ESKİ ZABITLARIN OKUNMAMASI ŞEKLİNDEKİ USUL HATASI SONUCA ETKİLİ BULUNMADIĞINDAN BOZMA NEDENİ SAYILMAMIŞTIR (47).

27) DURUŞMAYA GELMEYEN DAVALI DAVAYI İNKÂR ETMİŞ SAYILIR

«Davacı, dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususlar için hiç bir delil ikâme etmemiştir. Davaya cevap vermeyen ve duruşmaya gelmeyen davalının dava dilekçesinde ileri sürülen vakıaları kabul ettiği benimsenerek hüküm tesis edilemez» (48).

28) AHRAZ (SAĞIR VE DİLSİZ) DAVACI HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER

«Davalıların mahkemeye 23.9.1983 tarihinde verdikleri cevap dilekçesinde davacının ahraz olduğunu bildirmişlerdir. Ahraz; dilsiz, konuşmaya muktedir olmayan kişiye denir.

(44) 3.HD., 12.2.1980; 793/971.

(45) 3.HD., 6.11.1979; 6188/6344.

(46) 3.HD., 31.5.1979; 3538/3648.

(47) 3.HD., 21.2.1983; 772/864.

(48) 3.HD., 18.6.1982; 2739/2768.

Dilsiz ve sağır olan kişilerin duruşmadaki ifadeleri tercüman marifetiyle alınmalıdır.

18.10.1983 günlü oturum tutanağından davacının ifadesinin doğru-
dan mı yoksa tercüman vasıtası ile mi alındığı hususunda bir açıklık
yoktur.

Dilsiz ve sağır olduğu anlaşılan davacının ifadesi mahkemece tayin
edilecek tercüman marifetiyle alındığı da tutanakta gösterilmek ve dava
dilekçesinde dayandığı delilleri toplamak, delil toplatmaktan (örneğin di-
lekçesindeki tanıkları dinletmekten) vazgeçtiğini söylerse bu ifadesi tu-
tanağa geçirildikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir» (49).

29) HUMK. NUN 482. MADDESİNE GÖRE TARAFLAR TAHKİKAT BİTİNCEYE KADAR DELİL İBRAZ VE İKÂME EDEBİLİRLER

«Mahkemece bozma ilâmına uyulduktan sonra davacı taraf hük-
me dayanak yapılan 17819 nolu ek kira sözleşmesinin yanlışlıkla ibraz
edildiğini ileri sürerek 17820 numaralı kiralanan yerle ilgili ikinci bir kira
sözleşmesini mahkemeye vermiştir. HUMK. nun 511. maddesi ile 482.
maddesi hükümlerine göre, her iki taraf tahkikat bitinceye kadar netice-i
iddialarını teyid için delil ibraz ve ikâme edebileceklerinden, davacı tara-
rafından mahkemeye verilen 17820 numaralı sözleşmenin mahkemece ka-
bul edilerek incelenmemesi ve bu sözleşmede dikkate alınmayarak hüküm
tesisi yasaya aykırıdır» (50).

30) MAHKEME KARARI YARGITAYCA ONANDIKTAN SONRA BİLE HÜKÜMDEKİ HESAP HATASININ DÜZELTİLMESİ MÜMKÜNDÜR (HUMK. 549)

«Davalı, bilirkişi raporunda çarpım hatası sonucu tesbit edilen kira pa-
rasında 347.291 lira fazlalık yapıldığından bunun düzeltilmesini istemiş-
tir. HUMK. nun 459. maddesi hükmüne göre hükümdeki hesap hataları
mahkeme tarafından tashih olunur.

Kararın onanması hükümdeki hesap hatasının düzeltilmesine engel
teşkil etmez.

Mahkemece istek incelenip, HUMK. nun 459. maddesine göre bir ka-
rar verilmek üzere dosyanın mahalline iadesine...» (51).

(49) 3.HD., 23.1.1984; 187/218.

(50) 3.HD., 9.2.1982; 475/520.

(51) 3.HD., 10.6.1980; 3125/3302.

**31) TAVZİH USULÜ (HUMK. 456) / TAVZİHİN AMACI HÜKÜM FIK-
RASININ AÇIKLANMASIDIR. TAVZİH KARARI İLE HÜKÜMLE
TANINMIŞ OLAN HAKLAR SINIRLANDIRILAMAYACAĞI GİBİ
GENİŞLETİLMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ DE MÜMKÜN DEĞİLDİR**

«Usulün 456. maddesinde tavzih talebinin iki örnek dilekçe ile yapılacağı ve dilekçelerden birinin uygun bir süre içinde karşılık vermesi için karşı tarafa tebliği gerektiği açıklanmıştır. Mahkemenin yasanın bu kuralına uyulmadan taviz kararı vermesi doğru değildir.

Kabul şekline göre de, tavzih, kurulan hükmün müphem olduğu veya çelişik fıkralar ihtiva ettiği kanısına varıldığı durumlarda verilir.

Mahkemenin önceki kararı müphem olmadığı gibi çelişik fıkraları da ihtiva etmemektedir. Tavzih kararıyla yeni hüküm de tesis edilemeyeceğinden isteğin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru değildir» (52).

«Davalının yüzüne karşı tefhim edilen kısa kararda, avukatlık ücretinin kabul ve red oranında taraflar arasında paylaştırılmasına denilmiştir. Tefhim edilen kısa kararda belli bir vekalet ücreti takdir edilmemiş olduğundan bu hüküm müphem ve gayri vazıhtır... Bu durumda mahkemece yapılacak iş; tavzih isteminin kabulü ile davanın reddedilen kısmı üzerinden dava tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin 19. maddesi hükmü de dikkate alınarak davalı yararına takdir edilen vekâlet ücreti miktarını belirlemek ve tefhim edilen kısa karardaki vekalet ücretine ilişkin müphem ve gayrivazıhlığı gidermektir» (53).

**32) YARGILAMANIN YENİLENMESİ NEDENLERİ HUMK. NUN 445.
MADDESİNDE SAYILMIŞ VE SINIRLANDIRILMIŞ BULUNMAKTA-
DIR. BUNLARA UYMAYAN İSTEMLERİN REDDİ GEREKİR (54).**

Ayrıca yargılamanın yenilenmesi davaları esas dava gibi harca tabidir (55).

**32) 6570 SAYILI YASANIN 15. MADDESİNDEKİ TERCİH HAKKINA
DAYANILARAK YENİDEN KİRALANMAK İSTENEN TAŞINMAZIN
YENİ KOŞULLARA GÖRE KİRA BEDELİNİN TESBİTİ İSTEMLE-
LERİ (TARAFLAR ARASINDA KİRA SÖZLEŞMESİ BULUNMADI-
ĞINDAN ÖTÜRÜ) DAVANIN KIYMETİNE GÖRE SULH YA DA
ASLİYE HUKUK MAHKEMELERİNDE GÖRÜLÜR / 6570 SAYILI
YASANIN 13. MADDESİNİN UYGULANMASINA BİR ÖRNEK :**

(52) 3.HD., 19.4.1982; 1584/17141 (NOT : Mahkeme önce red ettiği davayı bu kez tavzih talebi üzerine kabul etmiştir).

(53) 3.HD., 29.9.1980; 4746/4914.

(54) 3.HD., 3.4.1985; 1928/2290.

(55) 3.HD., 22.4.1980; 2453/2511.

a) «Dava dilekçesinde kira parasının aylık 6 bin lira olarak tesbiti istenilmiş, mahkemece 10 bin liraya hükmedilmiştir.

Dava dilekçesinde 6570 sayılı Yasanın 15. maddesindeki tercih hakkına dayanılarak davacının yeniden kiralamak istediği dükkânın yeni koşullara göre kira bedelinin tesbiti istenilmiştir. Taraflar arasında yeni kira sözleşmesi henüz yapılmamıştır. HUMK. nun 8. maddesinde sulh mahkemesinin bakacağı davalar arasında kira sözleşmesine dayanan tesbit davalarından söz edilmiştir. Taraflar arasında kira sözleşmesi olmadığına göre görevli mahkemenin davanın kıymeti dikkate alınarak tayin olunmalıdır.

Dava dilekçesinde belirtilen kıymete göre davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin reddine karar verilmek gerekirken davanın esasının incelenmesi doğru değildir» (56).

b) «6570 sayılı Yasanın 15. maddesinin 3. fıkrasında tahliyeden sonra imar plânına göre yeniden inşa edilen taşınmaz malın yeni hali ile ve yeni kira bedeli ile kiralanması için eski kiracıya tercih hakkı tanınmıştır. Davacıya davalı tarafından tercih hakkının bulunduğu ihtar edilmesiyle yeni kira sözleşmesi oluşmayacağından taraflar arasında geçerli bir kira sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

Dava konusu yerle ilgili olarak halen taraflar arasında geçerli bir kira sözleşmesi bulunmamasına göre de HUMK. nun 8. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendi gereğince değere bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesinin bakacağı bir dava bulunmadığından davanın görev yönünden reddi gerekir» (57).

c) «Davalının murisi 19.8.1963 tarihinde ölen Nuri Çil'le Hazine arasında kira sözleşmesi yapıldığı ve buna tarafların Nuri Çil'in ölümüne kadar uyduklarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Nuri Çil mirasçılarından 1932 doğumlu kızı Nezire ancak murisi babası Nuri Çil'in öldüğü 19.8.1963 tarihine kadar birlikte ikâmet ettiğini kanıtladığı takdirde 6570 sayılı Kiralar Kanununun 13. maddesinden yararlanabilir. Davalı Nezire 1932 doğumlu olup, babası Nuri'nin öldüğü tarihte 31 yaşındadır.

Davalının nüfus kaydında evli olduğu yazılı olduğuna göre bunun evlenme tarihi de nüfustan sorulmalı ve davalı babasının ölüm günü evli ise

(56) 3.HD., 15.6.1981; 3044/3114.

(57) 3.H.D., 8.2.1982; 378/481 (NOT : Dava dilekçesinde kira parasının günün koşullarına ve ekonomik esaslara göre tesbiti istenilmiş, mahkeme davayı reddetmiştir).

ayrı bir evde oturması asıl olduğundan olağan'ın aksini kanıtlamak bunu ileri süren davalı tarafa düşer.

Kiralananın durumu muris Nuri Çil'in aile efradı ve ölüm gününe kadar birlikte oturanlar araştırılıp bu yönü davalı lehine olarak kanıtlandığı takdirde davanın red edilebileceği dikkate alınmadan ve bir delil toplanmadan davanın reddi doğru değildir» (58).

33) BK. 249 VE KİRA TESBİTİNDEKİ UYGULAMA ALANI

a) «Davacı vekili dava dilekçesinde, 1.7.1978 tarihinde aktedilen kira sözleşmesi ile kabul edilen kaloriferleri yakma edimini davalının yerine getirmediğini ileri sürerek kira parasının indirilerek tesbitini istemiştir. Bu istek niteliği itibarıyla kiralayanın kiralananı akitten beklenen kullanılmaya elverişli halde bulundurmamasından ötürü kira parasından uygun bir miktarın indirilmesi isteğine ilişkin olup ve yasal dayanağı BK. nun 249. maddesidir. Bu maddeye göre, davaya bakacak olan görevli mahkeme saptanmalı ve uyuşmazlık kira sözleşmesinin koşullarının yerine getirilmemesinden doğduğuna göre, görev tarihindeki sözleşmedeki kira miktarına bakarak tayin edilmelidir» (59).

b) «Bilirkişi raporunda dava konusu dükkânın bulunduğu apartmanın giriş kapısı kısmında sonradan yapılan ilâve dükkânın kiralananın giriş yerini % 50 daralttığı, ticarî fonksiyon ve trafiğini etkilediği, vitrin özelliğini kısıtladığı ve kiralananın kullanma amacına menfi etki yaptığı, bu değişikliğin kira bedelinde % 10 oranında azaltma yapılmasına neden olduğu belirtildiği halde, nedeni gösterilmeden bilirkişilerin bu görüşlerine değer verilmemesi doğru değildir» (60).

c) «Kira sözleşmesinde kiralayanın mülkiyeti kendisine ait bulunan 161218 numaralı telefonu kullanılmak üzere kiracıya bıraktığı, özel şartların 5. maddesinde de kiracı bu telefonun kapatılmasına sebebiyet verdiği takdirde kiralayana 1500 lira tazminat ödeneceği yazılıdır. Kiralanan yeri telefonlu olarak davalıya teslim ettikten sonra, kiralayanın bu telefonu kapattırdığı anlaşılmaktadır. Yeni kira parası tesbit edilirken daha önce telefonu kullanan kiracının yeni kira döneminde telefonu kapatılmış olduğu için kullanamaması nedeniyle kira parasında ne oranda bir düşüş olabileceği bilirkişiye tesbit ettirilmeli, yeni dönem için saptanan kira parasında bu oranda bir indirim yapılmalıdır» (61).

(58) 3.HD., 6.10.1980; 4893/4995.

(59) 3.HD., 10.7.1979; 4515/4658.

(60) 3.HD., 20.4.1981; 2017/2027.

(61) 3.HD., 17.6.1980; 3391/3491.

34) BK. NUN 250. MADDESİNİN KİRA TESBİTİNDE UYGULANMA ALANI / KİRA SÖZLEŞMESİNDE AKSİNE ÖZEL BİR HÜKÜM BULUNMADIĞI SÜRECE KALORİFERLİ OLARAK KİRALANAN TAŞINMAZIN YAKIT GİDERLERİNİ ÖDEMEK KİRALAYANA AİTTİR

a) «Davada, BY. nın 250. maddesi uyarınca kira parasından indirim istenmektedir. Davadaki isteğe göre, davaya bakmak Asliye Hukuk Mahkemesinin görevine girdiğinden, dava dilekçesinin görev noktasından reddi gerekirken davanın esastan reddi doğru değildir» (62).

b) «Taraflar arasında sözlü olarak kira sözleşmesi yapılmıştır.

Yapılan tamirat masraflarının, kiralayan tarafından ödeneceğine dair bir koşulun varlığı davacı tarafından isbatlanmamıştır.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş; kiralananda ne gibi tamiratların yapıldığı davacıya açıklattırılmak ve mahallinde bilirkişi marifetiyle yapılan işler saptanarak, yapılan tamirat giderleri BY. nın 250 ve 258. maddesinin hükümüne göre kiralayanın yapması gereken ayıp bertaraf edilmiş ve tamirat yapılmışsa ancak bununla ilgili masrafları kiracının isteyebileceği dikkate alınarak hüküm tesisinden ibarettir» (63).

c) «Davacı dava dilekçesinde kira sözleşmesinden sonra kiralananda esaslı onarım yapıldığını ileri sürmüştür.

Mahkemece bu onarımlarla ilgili iddia üzerinde durulmamıştır.

Gerçekten iddia edildiği gibi kiralananda kira parasını etkileyecek onarımlar yapılmış ise Toptan Eşya Fiyat İndeksindeki artış dışında bu onarımlar nedeniyle de ayrıca bir artırma yapılabilir.

Bilirkişilerin bu yönü de incelemesi ve iki dönem arasındaki Ticaret Bakanlığı'nca düzenlenen Toptan Eşya Fiyat İndeksindeki artışın kira parasına yansıyan kısmına ilâveten kira parasına daha ne kadar bir ilâve yapılabileceğini de belirtmeleri gerekir» (64).

d) «Kiralanan kaloriferlidir. Yakıt giderlerinin kiracıya ait olduğuna dair kira sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmadığından, yakıt giderlerini kiralayan ödemek zorundadır.

Duruşmada ileri sürüldüğü halde kiralayanın ödemesi gereken yakıt gibi giderlerindeki artış dikkate alınmadan artış olup olmadığı araştırılmadan yeni kira parası saptanmıştır» (65).

(62) 3.HD., 4.11.1980; 5293/5410.

(63) 3.HD., 25.9.1979; 5418/5741.

(64) 3.HD., 25.6.1979; 4076/4169.

(65) 3.HD., 21.6.1979; 4004/4132.

**35) KİRA SÖZLEŞMESİNDEN SONRA KİRALANAN TAŞINMAZIN
TESLİM EDİLMEMESİ VEYA KİRACIYA TESLİMİNDEN SONRA
KİRALAYAN TARAFINDAN İŞGAL EDİLMESİ DURUMLARINDA
TARAFLARIN KARŞILIKLI HAKLARI NELERDİR?**

Aslında bu konunun kira tesbiti ile bir ilgisi yoktur. Ancak genel olarak kira hukukunu ilgilendirmesi ve bu yazının girişinde açıklanan amaca uygun düştüğünü zannettiğimizden ötürü çok kısa olarak da olsa yüksek mahkemenin bir ilâmını ve buna ilişkin önerimizi aktarmakla yetineceğiz :

«Davacı, davalıdan kiraladığı iki parça taşınmazdan 3,5 dönümlük alanının kendisi tarafından sürülerek domates ekimine hazırlandığı halde davalı tarafından işgal edilerek buğday ekildiğinden söz ederek, ödediği kira parası, sürme masıafı ve kârdan mahrumiyet karşılığı olarak 195.500 liranın tahsilini istemiştir.

Davalı ise davaya konu taşınmazın, davacı kira parasını ödemediği için teslim etmeyerek sürüp ektiğini beyan edip davanın reddini savunmuştur.

HUMK. nun 288. maddesi hükmüne aykırı olarak ve 289. madde hükmü dikkate alınmadan davada tanık dinlenerek hüküm kurulmuştur.

Mahkemece dinlenen tanıklar, tarafların iki parça taşınmazın kiraya verilmesi konusunda anlaşarak kira parası karşılığı koyun verildiğini bildirmişler ise de ifadelerinden verilen koyunların dava konusu yerin kira parasının da karşılığı olup olmadığı ve taşınmazın davacıya teslim edilip edilmediği, tarlanın davacı tarafından mı yoksa davalı tarafından mı sürülmüş olduğu hususları açıklığa kavuşmadığı gibi davacının, davalıdan kiraladığı 14 dönüm tarlayı da kendisi ekmeyip başkasına kiraya verdiği de gözönünde bulundurulmadan davaya konu tarlaya domates ürünü üzerinden bilirkişilerce hesaplanan tazminata hükmedilmiştir.

Bundan ayrı, davalının, kiraya verdiği tarlanın kira parasını almadığı için kiralanan davacının tasarrufuna bırakılmadığına ilişkin savunmanın aksi kanıtlanmadan ve her halde tarlanın davacıya teslim edildiği kesinlikle saptanmadan davacının kira akdine dayanarak taşınmazın zilyetliğini de kazanmış olduğu ve davalının kendi taşınmazına haksız olarak el attığı kabul edilerek ürün esaslı üzerinden ecrimisil gibi tazminata hükmedilmesi doğru değildir» (66)

Oysa, bu maddî olay üzerine mevcut delillere göre yerel mahkemece verilen kabul kararı, bilimsel öğretideki verilere dayanılarak daha isabetli ve daha açık olarak şu şekilde bozulabilirdi :

Davada kiralanan taşınmazı davalı kiralayan tarafından işgal edilmesinden ötürü tazminat istenilmiştir.

Bu ileri sürüşe göre dava haksız işgal tazminatı hukukî sebebine dayanmaktadır.

Her ne kadar kiracı zilyetliğin ihlâli halinde üçüncü kişiler yanında kiralayana karşı da maddî tazminat davası açabilirse de bunun ön koşulu kiracının fer'î zilyed olması yani taşınmazın geçerli bir şekilde kiracı bulunan davacıya teslim edilmesine bağlıdır.

Davalı taraf kira parasının ödenmemesi nedeniyle kiraladığı taşınmazı işgal ettiğini ileri sürmüştür. BK. nun 260. maddesine göre kiracının kira bedelini ödemekte temerrüdü halinde kiralayanın sözleşmeyi feshe ve kendisini yetkili merciler eliyle tahliye ettirmeye hakkı bulunmakta ise de taşınmazın usulüne göre kiracıya tesliminden itibaren kendiliğinden kira parasının ödenmediğinden söz edilerek taşınmazı işgale ve kiracının zilyetliğini ihlâlê hakkı bulunmamaktadır.

Mahkemece yapılacak iş; yukarıdaki ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak taşınmazın davacıya teslim edildiği saptandığı takdirde bilirkişi raporuna itiraz vukubulmadığı da dikkate alınmak suretiyle şimdi gibi karar vermek, aksi takdirde yani taşınmaz henüz davacı kiracıya teslim edilmemiş ise davacının kiralanan yerin teslimi veya teslim edilmemesinden doğan zararın tazminini ya da sözleşmeden dönerek verdiği kira parasının iadesini istemekte muhtar olmak üzere davanın red-dine karar vermekten ibarettir.

C) BAZI KAMU KURUMLARI, VAKIFLAR, BELEDİYELER VE ÖZEL İDARELERE AİT TAŞINMAZLARIN KİRA PARALARININ YENİDEN RAYİÇ VEYA EMSAL BEDELE UYGUN OLARAK SERBESTÇE TESBİTİNE OLANAK TANIYAN 2912, 2828 VE 3151 SAYILI KANUNLARLA İLGİLİ UYGULAMADAN ÖRNEKLER

11.10.1983 gün ve 2912 sayılı Yasa ile 6570 sayılı Yasaya eklenen geçici madde bazı kamu kurumları ile vakıflara ait taşınmazların çok düşük kalmış ve tesbit davalarına ilişkin esaslarla yeteri kadar yükseltilmeyen kira paralarının yeniden rayiçlere veya emsal bedellere uygun olarak serbestçe belirlenmesini sağlamıştır. 3151 sayılı Yasa ile de Beledileyer, Özel İdareler ile Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü adına kayıtlı ve bunların kamu yararına çalışan derneklerle müştereken sahip bulundukları gayrimenkullerin kiralalarının rayiç ve emsal bedele uygun olarak yeniden tesbiti için 2912 ve 3012 sayılı Yasalardakinin benzeri hükümler konulmuştur. Bu yasaların amacı ise «şüphesiz ki uzun süredir arttırılmayan kamu kira-

ların günün emsallerine uygun hale getirilmesi için bu akitlerin sona erdirilmesidir» (1).

D) YUKARIDA SÖZÜ EDİLEN YASALARA GÖRE KİRA PARASININ TESBİTİNE DAİR VERİLEN KARARLARIN RAYİÇ VE EMSAL İNCELEMESİ YÖNÜNDEN BOZULMALARINA DAİR YARGITAY İLÂMLARINDAKİ GÖZLENEN GELİŞMELER

A) 20.12.1984 gün ve 6136/6226 sayılı ilâmdaki gerekçelerin özeti :

aa) Sulh Hukuk Mahkemesine yapılacak itiraz (dava olup) 30 günle sınırlıdır ve bu konuda yapılacak inceleme resmî dairelerce bildirilen teknik elemanlardan, ticaret odası temsilcilerinden bir de hukukçudan olmak üzere üç kişilik re'sen seçilecek bilirkişi heyeti ile yapılması zorunludur.

bb) 2912 sayılı Yasa uyarınca yapılacak kira sözleşmelerinde belirlenecek yeni kira parası rayiç ve emsale uygun olarak tesbit edileceğinden ve Yasaya göre tesbit edilecek kira parası 1.5.1984 tarihinden geçerli olduğundan ötürü rayiç ve emsal incelemesinde bu tarih gözönünde tutulmalıdır. Doğaldır ki 3151 sayılı Yasaya göre 1.8.1985; 2828 sayılı Yasaya göre de 27.11.1983 tarihleri dikkate alınacaktır.

cc) RAYİÇ VE EMSAL NEDİR?

Kökleşen Yargıtay içtihatlarına göre rayiç, olağan şartlar altında yapılmış kira sözleşmeleri ile kabul edilen bir karşılıktır. Belli bir çevrede muntazaman ve devamlı sürelerde yapılmış, kira sözleşmelerinde kira paralarının ulaştığı belli değere olağan rayiç denir. **O halde olağan rayiçten söz edebilmek için bu konuda kira paralarının uzun süreden beri oturmuş ve yerleşmiş, kiralayanlar ve kiracılar tarafından kabul edilmiş olması şarttır.** Her an kira parası tesbiti davasına konu olabilecek konut ve işyerlerine ait kira sözleşmelerinde yer alan kira paraları, olağan rayiç olarak kabul edilemez. Bu surette olağan rayici belli etmeyen emsallere dayanılarak kira parası tesbit edilemez.

Yeteri kadar konut ve işyeri olmadığı halde, ileri derecede nüfus artışı yanında Toptan Eşya ve Geçim İndekslerinde olağan dışı yükselmelerin olduğu ve paranın iç alım gücünün de azaldığı her gün hissedilen devrelerde olağan rayiç benzer bir kaç yere ait kira sözleşmesi incelenerek de belli edilemez. Olağan rayicin saptanmasında bu esaslar da dikkate alınmalı ve gerekçesi dayanakları ile gösterilmelidir.

Bu ilkelere uygun olarak rayicin saptanamadığı hallerde ise, emsal bedele uygun olarak yeni kira bedeli saptanacaktır.

(1) 6.HD., 16.4.1985; 3499/4907 (YKD. C. XI, S : 11, Kasım 1985, sh. 1631).

Yeni kira bedeline dayanak olacak emsallerin tam uygun olması ve kira sözleşmelerinin belgelenmesi de gerekir.

Bu uygunluk, hem kira başlangıcı ve hem de nitelikleri ve kullanma biçimleri yönlerinden olmalı ve hem de, aynı yerlerin aynı miktar parası ile belli dönemlerde kiralanabileceğini göstermelidir

Bir iki emsal yerin bulunması, özel koşullarla yapılmış kira sözleşmelerini akla getirir. Bu gibi özel nedenlerle yapılmış kira sözleşmeleri de emsal olarak kabul edilemez.

dd) Yukarıda açıklanan ölçütlere göre tam uygun emsal bulunmayan hallerde ise, ele alınan emsallerin kiralanan yerle tam bir karşılaştırılması yapılması, hangi nedenlerin ve saptanan ayrıcalıkların her birinin ne oranda kira parasını etkilediği, bilirkişi raporunda dayanıklı ve denetlenmesi mümkün olacak biçimde açıklanması gereğine değinilmiştir. Değişik bir deyişle bilirkişilerin genel nitelikteki sözleri ile emsal alınan yerlerin kira paralarının altında, üstünde ve aynı miktarda bir kira parasının belirlenemeyeceği vurgulanmıştır (2).

B) 16.5.1985 gün ve 3138/3592 sayılı ilâmdaki gerekçelerin özeti :

aa) Kiralanan yer için emsal ve rayice uygun kira parasının tesbitinin mümkün bulunmadığı anlaşıldığı takdirde «Mahkemece taşınmazın Emlak Vergisi Kanunu uyarınca saptanan ölçüler ve birim fiyatları doğrultusunda belirlenen arsa dahil binanın asgari beyan değeri esas alınarak adil ve hakkaniyete uygun kira parasının saptanması yoluna başvurulmalıdır».

bb) Ancak bu yöntemle kira parası saptanırken Emlak Vergisine esas beyanın 1983 yılına ait asgari bir kira parası oluşturduğu gözönünde tutulmalıdır. «O nedenle asgari beyan değerinin % 7'si olarak bulunan miblağın arttırma oranı belirlenirken kiralayanın yeni kira sözleşmesi yaparken taşınmazı asgari kira parası ile kiralama zorunda olmadığı da gözönüne alınarak, kiralanan yerin nitelikleri, kira parasını etkileyen değer ölçüleri ile hak ve nasafet ölçüleri ve özellikle 2912 ve 3012 sayılı Yasalarla getirilen hükümlerin amacı gözönünde bulundurulmalıdır». Kısaca

(2) Yargıtay bilirkişilerin inceledikleri emsallerin dayanakları ve bunlarla ilgili kira sözleşmeleri ve hangi dönemden aylık kaç liradan kiraya verildiği ve bu kiralarda artma olup olmadığının raporlarında yer almasını ve emsallerin mahallinde birer birer bütün üniteleri ile incelenerek, dava konusu taşınmazla karşılaştırmalarının yapılmasını ve de bunların bugünkü koşullar içerisinde olağan rayici ne suretle oluşturdukları veya hangi emsale uygun olarak yeni kira parasının tesbit edildiğinin gerekçeli olarak belirtmelerini istemiştir.

kira parası taşınmazın Emlak Vergisi Kanununa göre hesaplanan asgari beyan değerinin % 7'si olan miktarın yukarıda açıklanan esaslara göre aşırı olmayan fakat âdil ve hakkaniyete uygun bir oranda arttırmalıdır.

cc) 1912 ve 3012 Yasalar uyarınca diğer şartlar konusunda uyumsuzluk bulunmadığı takdirde yalnız yalın kira parasının tesbiti ile yetinilmelidir. «Ancak davacı kiralanan yer için gerçekleşen masraflarında saptanmasını istediğine göre, kiracının yalnız yakıt giderlerinin değil, yararlandığı diğer işletme giderlerinden de sorumlu olduğu nazarı itibare alınarak bu giderlere ait harcama belgelerinin davalıdan istenip incelenerek 1.5.1984 - 1.5.1985 kira dönemi içinde kiralanan yere düşen gerçek masraf miktarı da bu suretle saptanmalıdır».

çç) «Bundan başka, asgari beyan değerine göre bulunan kira parası mesken ve işyeri arasında bir ayrıcalığa yer vermediğinden ve işyerinin meskenlere göre daha yüksek bir kirayla kiraya verildikleri olgusunun da bu oran saptanmasındaki etkisi de dikkate alınmalıdır».

C) 10.4.1986 gün ve 3852/3712 sayılı ilâmdaki gerekçelerin özeti :

aa) Dava konusu yer hal, çarşı, pasaj, cadde gibi yerlerde bulunuyorsa : «bu yerlerdeki her bir işyeri özelliklerine göre birbirinden farklı kira parası saptanmasına, aynı nitelikte olan işyerlerinin kira parasının ise aynı olmasına özen gösterilmesi gerektiğinden bir bütün olarak o yerin incelenmesi zorunludur».

bb) Kira sözleşmesi yasal olarak sona erdiği tarihte kiralananın boş olduğu ve serbest olarak kiraya verilebileceği durumu gözönüne alınmalı ve de kiralanan ile eşdeğerde olan bir yerin serbestçe kiraya verilmesi halinde ne kadara kiraya verilebileceği hususları araştırılmalı ve kira parasının işyeri ve konutta farklı olacağı ile hak ve nafaset kuralları da dikkate alınarak kira parası tesbit edilmelidir.

Yukarıda zikredilen içtihadın (bb) bölümündeki gerekçe toplu bulunmayan konut ya da işyerleri için de geçerlidir. Örneğin plaj hakkında yüksek 3.HD. nin kararı aynen şöyledir :

«3151 sayılı Kanun hükümleri gereğince taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.8.1985 tarihinde sona erdiğinde bu yerin kira parası tesbit edilirken o tarihte yeniden kiraya verilen bir işyeri olarak kabulü ile o günkü koşullara göre kira parasının belirlenmesi gerekir. Kiralanan yer plaj olduğuna göre özel bir niteliği de bulunmamaktadır.

Bilirkişiler 1.8.1985 tarihinde bu plaj yeniden boşalmış olarak kaç

liraya kiraya verilebileceğini de araştırıp hak ve nasafet kurallarına göre aşırı olmayan bir kira parası belirlemeleri gerekir» (3).

2) ŞARTLARIN İPTALİ SORUNU

3151 sayılı Yasaya göre sona eren kira sözleşmeleri için idarece teklif edilen yeni bedele ve şartlara kiracılarca sulh hukuk mahkemeleri nezdinde itiraz olunabileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Davada talep edildiği takdirde sözleşmenin koşulları hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmek gerekir (4).

Kiracı ile Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü arasında görülen bir dava-da eski sözleşmede bulunmayan şu iki maddenin de iptali istenilmiş idi. a) Mad. 3 — Kiracı işletme bedelinden ayrı olarak 648 bin lirayı Türk Spor Vakfı payı olarak ödeyecektir. b) Mad. 17 — Her türlü faaliyetten sonra trübün ve satış yapılan yerlerin temizliği kiracıya ait olup, faaliyet sonunda trübün temizlenmiş olarak stad salon amirine teslim edilecektir. Bu koşullar eski kira sözleşmesinde bulunmadığından ve hakkniyete aykırı olduğundan mahkemece iptal edilmiş ise de yüksek mahkeme 3. maddenin iptalini olumlu karşılarken «Ancak yapılan kira sözleşmesinin 17. maddesindeki kira şartı kiralananın özelliği dikkate alındığında iptali için yasal bir neden görülmediğinden hüküm fıkrasındaki bu şartın da iptaline dair kısım çıkarılmak suretiyle bu şekilde düzeltilerek hükmün onanması-na» (5) demek suretiyle 17. maddenin iptalinin doğru olmadığına dikkat çekmiştir.

3) 1912 SAYILI YASANIN AMACI, BU YASAYA GÖRE KİRA PARASININ SAPTANMASINDAKİ İLKELER, MESKEN VE İŞYERİ AYIRIMI

a) «Dava konusu yer ihale suretiyle davalıya 14.12.1982 tarihinden itibaren yıllık 150 bin liraya kiraya verilmiş, kira parasının indirilmesine dair açılan dava ile dava konusu yerin yıllık kira parası 50 bin liraya indirilerek 1.1.1984 tarihinden geçerli olmak üzere tesbit edilmiş, bu karar temyiz edilmediğinden kesinleşmiştir.

6570 sayılı Yasaya 2912 sayılı Yasa ile eklenen **geçici maddenin amacı** kira parasının artırılmasını sağlamaktadır.

Yasa kira sözleşmesini 1.5.1984 tarihinden itibaren feshettiğine göre bu tarihte tahliye edilmiş bir yer hangi koşullarla kiraya verileceği ve kiracılardan istenebilecek aşırı olmayacak bir kira parasının ne olabile-

(3) 3.HD., 25.9.186; 8315/8797. NOT : Bu görüş Yargıtay HGK. ca da benimsenmiş bulunmaktadır (Bkz. HGK., 22.10.1986; 503/908 sayılı ilâmına).

(4) 3.HD., 7.10.1986; 9849/9336.

(5) 3.HD., 10.4.1986; 3884/3728.

ceği bilirkişilerin dava konusu yerin davacının 1982 yılında yıllık 150 bin liraya kiralandığı da gözönüne alınarak kira parası tesbit edilmelidir.

Bundan başka asgari beyan değerine göre bulunan kira parası mesken ve işyeri arasında bir ayrıcalığa yer vermediğinden ve işyerlerinin meskenlere göre daha yüksek kiraya verildikleri olgusunda Emlak Vergisi değerine göre tesbit edilen asgari kira parası bir oran dahilinde arttırılırken bu oran saptanmasındaki etkisi de dikkate alınmalıdır.

İhale ile tespit edilen 1982 yılı kira parasının altında kira parası tesbit edilmesi ve yine 1.1.1984 tarihinde tesbit edilen kira parasının bu tarihle 1.5.1984 tarihleri arasındaki Toptan Eşya ve Fiyat İndeksindeki artış oranına yakın bir artışla kira parası tesbiti anılan Yasa amacına uygun düşmemektedir.

Bilirkişi raporu bu yönden de yeterli olmadığından mahkemece düşük bir kira parası tesbiti doğru görülmemiştir» (6).

b) «Ancak kira sözleşmesi 1.10.1981 tarihinde yapılmış ve yıllık kira parası 6.000.000 lira olarak saptanmıştır.

Bu sözleşme 3151 sayılı Yasa gereği feshedildiğinden 1.8.1985 tarihinden geçerli olarak kira parası saptanacaktır.

Kira parası Yasa gereği feshedildikten sonra kiraya veren asgari bir kira para ile kiraya vermek zorunda olmadığından yeni tesbit edilecek kira parasının 1.10.1981 tarihinden 1.8.1985 tarihine kadar Ticaret Bakanlığı'nca düzenlenen Toptan Eşya Fiyat İndeksindeki artışın her kira yılında oluşan miktarlarının toplamı olan % 145.36 oranının altında bir arttırma ile tesbit edileceği düşünülemez.

Mahkemece kira parası tesbitinde bu olgu dikkate alınmadan düşük bir kira parası tesbit edildiği gibi **otel olarak kiraya verilen taşınmaz mallar otel olarak kullanılmayı sağlayacak mallarla birlikte kiraya verilmiş ise bu eşyalar nedeniyle kira parasında ayrıca bir arttırma yapılması gerektiği de bilirkişi raporunda dikkate alınıp tartışılmamıştır.**

Bilirkişi raporunda bilirkişilerin tesbit ettikleri arsa dahil binanın asgari beyan değerinin % 7'si alınarak bulunacak yıllık kira parası mesken ve işyeri ayrımı ve işyerlerinin daha fazla miktarlarla kiraya verileceği yönünde bir ayrıntıyı içermediğinden işyeri olarak kiraya verilen yerler için ayrıca bir arttırma yapılması da gözönünde tutulması gerekirken bu da yapılmadan kira parası düşük olarak saptanmıştır.

3151 sayılı Kanuna göre, kira parası tesbit edilirken Yasanın amacı dikkate alınıp düşük bir kira parası da tesbit edilmemesi zorunludur.

Bilirkişi raporu bu yönler dikkate alınmadan düzenlendiğinden saptanan kira parasının hak ve nasafete uygun bir kira parası da olduğu kabul edilemez.

Bundan ayrı kira parasının dışındaki diğer koşullar hakkında gerekli inceleme yapılmadan ve bu koşulların sadece belli bir kısmının düzeltilmesi istenmiş olduğu halde istem aşılmasına yol açacak şekilde tümüyle iptaline karar verilmesi de yersizdir».

(SÜRECEK)

ÇEVRE KORUMA SORUNU ÇEVRE HAKKI - ÇEVRE YASASI VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Mehmet Semih GEMALMAZ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** I — Giriş : Çevre ve çevre hakkı. a — Yenilenebilir kaynaklar. b — Bütün çevresel kaynaklar. c — İnsan için olan kaynaklar. II — Çevre hakkı-insan hakkı ilişkisi : Gelişimi ve geleceği. III — Hukuksal metinler. A — Anayasal düzey, B — Yasal düzey. C — Ara değerlendirme. IV — Yargı kararları pratiği.

I — GİRİŞ : Çevre ve Çevre Hakkı

1980 sonrası dönemin Türk Hukuk yaşamına, özellikle anayasal kurum düzeyinde bir yenilik olarak getirdiği «Çevre Korunması», henüz yeterince araştırılmamış bir konudur.

Çevre, korunması, genel bir başlık olan «sağlıklı çevre» kavramı içerisinde ele alınabilir. Bu açıdan bakıldığında, insanın yaşamını sürdürdüğü ortamın, diğer söyleyişle koşullar bütünü, sağlığa aykırı yapısal etkileşimlere uğraması olgusu çıkış noktasıdır.

Açıktır; kullanılan sağlık kavramı, burada, ilk bakışta çağrıştırdığı tıbbî bir terim olmayı aşar. Çevre kavramının da karşıladığı anlamıyla koşut düşerek, insan yaşamını çevreleyen, daha doğrusu insan yaşamının da içinde bulunduğu fiziksel, ekonomik, kültürel, toplumsal, estetik, vb. bir dizi temel koşullar bütünü (1), bu bütünlüğü koruyabilmesi anlamına gelir.

(*) **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Görevlisi.**

(1) Çevre kavramı değişik boyutları temel alınarak çeşitli tanım denemelerine konu olmuştur. Kimi örnekler :

— Henry Campbell **Black**

Black's Law Dictionary

St. Paul Minn., West Publishing Co., 1979, (5th edi.), p : 479

«Malın değerini ve istenirliğini etkileyen ve kuşatan ve ayrıca insanların yaşam düzeyini de etkileyen fiziksel, ekonomik, kültürel, estetik ve sosyal durumların ve faktörlerin bütünü. Etki yaratan ya da değişiklik yapan çevre koşulları, etkimeler ya da zorlamalar» biçiminde tanımlanmıştır çevre.

— **Orhan Hançerlioğlu**

Felsefe Ansiklopedisi

Femzi Kitabevi, İstanbul, 1976, C : (A - D)

«Bir canlı varlığın bağıntı kurduğu olaylarla varlıkların tümü. Çevre, her hangi bir varlığın belirlenmesinde dış etkenleri dile getirir, diya-

Sağlıklı bir çevre içinde yaşama, hukuksal bir kurum haline getirildik- te «koruma/korunma» kavramlarını yaratır. Böylece, tıpkı diğer korunma- larda (örneğin bir temel hakkın korunmasında) olduğu gibi, birey ve toplum bakımından bir «hak» statüsüne ulaştırılır (2). Tam bu nokta, çevre hakkının, bir İnsan Hakkı olduğunun işaret şamandıralarından birisi- dir. Korunması gereken çevre, bozulmaması gereken ekolojik denge, do- ğasal varlıklar kapsamı içerisinde, insanın yaşamının sürekliliğini sağlamaya yönelir. Bu bağlamda çevre hakkı, son çözümlemede, yaşam hakkının bir türevidir.

Kişi açısından bu hak, öncelikle, bir sistem (talep) olanağı hakkıdır. Yetkili ve görevli olan organlar, başta devlet tüzel kişiliği, bu istemin yö- neldiği yerdir; istemin objesidir. Kuşkusuz bu istem sadece devlete yönel- mez, sağlıklı/dengeli çevreyi bozan birey ya da birey topluluğu etkinlikleri durumunda, bunlara da yönelir. Bu özellik de, sorunun, salt birey - devlet ilişkisinde tüketilemeyeceğine ışık tutar.

Her hak statüleştirilmesinin işlev kazanabilme koşulunda geçerli oldu- ğu üzere, çevre hakkı, korunma isteminin süjesine, yani bireye bir takım ödevler de yükler. Bu nedenle çevre korunması sorunsalı, düzenlediği hak- lar denli, yükümlendiği ödevler bütünselliği bağlamında ele alınmak gerekir. Hemen eklenmelidir ki, bizzat devlet de çevreyi kirlettiği ölçüde sorumlu- dur, çünkü o da çevre korunması ile yükümlüdür.

lektik anlamda dış çelişmeleri kapsar. Çevrenin etken olabilmesi için aynı zamanda iç çelişmeler de gereklidir.»

— **Can Hamamcı**

«Çevre ve Hukuk»

Prof. Fehmi Yavuz'a Armağan

AÜSBF yay : 528, 1983, Ankara, sf : 244

«Çevre en geniş anlamıyla, veri bir zamanda dolaylı ya da dolaysız kişiyi etkileyen, maddî ve manevî gelişmesini, biçimlenmesini ve ya- şam koşullarını belirleyen biyolojik, coğrafi ve toplumsal etkenlerin tümüdür.»

— **Özer Ozankaya**

Toplumbilim Terimleri Sözlüğü

TDK yay : 415, Ankara, 1980, sf : 32

«Çevre, bir bireyin, bir toplumsal kümenin ya da bir toplumun di- rimbilimsel, toplumsal, ekin sel yaşamını etkileyebilecek dış etmen- lerin tümü.»

- (2) İnsan Hakları bağlamında korunma/koruma kavramları arasındaki ay- rıma değinen bir makale için bkz.,

— **Mehmet Semih Gemalmaz**

«Ulusal ve Uluslararası Düzlemde İnsan Hakları»

İBD, C : 60, S : 10 - 12, 1986, İstanbul, sf :685, vd.

Uygulamadan da yola çıkarak, çevre kavramının tanımlanmasında en azından üç alanda saptama yapılabilir (3) :

a) Yenilenebilir kaynaklar : Çevreye ilişkin hukuksal düzenlemenin çerçevesi içinde, çevre bu boyutunda daha çok, kirlenme ya da diğer bozulmalara karşı kaynakların korunması anlamında kullanılmaktadır. Kirlenme ya da bozulmalar daha çok hava, su, toprak, yeniden üretilmiş ve estetik kaynaklar üzerinde görülür.

b) Bütün çevresel kaynaklar : Biosphere (okyanuslar dahil) ve lithosphere (yer kabuğu) olarak anlaşılan çevre kompozisyonunun, doğal kaynaklar ve süreçler kapsamında yer alması. Çevresel kaynaklara ilişkin başlıca kategoriler şunlardır.

Yenilenebilir/akışkan kaynaklar (hava, su, toprak, belirli bir bölge ya da süreçteki bitkiler - flora -, hayvan örtüsü, güneş ya da diğer doğal enerji kaynakları)

Doğal kaynakların sistemleri : Ekosistem, hava akımları, su sistemleri; hayvan/bitki, toprak/su/bitki ya da diğer birleşik sistemler. Yenilenemeyen/stok kaynaklar (yeraltı madenleri ve petrol kaynakları) Bunlar için bazan tükenmekte olan kaynaklar da deniyor, oysa kimi yenilenebilir kaynaklar da tükenebilir (toprak, belirli hayvan ve bitki türleri gibi)

c) İnsan için olan kaynaklar : Bu bağlamda, insan gereksinimleri ve yönetme kapasitesi perspektifinde çevresel kaynaklar tanımlanmaktadır. İnsan gereksinimleri çeşitlidir, fakat sınırlı değildir.

Çevreye ilişkin gözlenen üç alandan devinerek yapılan tanımın sınırlı ve teknik kaldığı açıktır. Daha çok, doğa temel alınmıştır. Oysa, çevre kavramının çok boyutlu, çok disiplinli (interdisipliner) bir bütünlüğe sahip olduğu vurgulanmıştı. Burada, özellikle, kültürel alandaki korumanın da, çevre korunmasının kapsamında kaldığına, bunsuz bir yaklaşımın güdüleştirilmiş, kısırlaştırılmış çevre anlayışı olduğuna yeniden işaret etmek yararlıdır.

Doğal ve kültürel zenginliklerin korunması, kuşatıcı bir çevre koruma anlayışının, iki yüzüdür. Nitekim, UNESCO Genel Kurulunca hazırlanan «Kültürel ve Doğal Evrensel Mirasın Korunması Sözleşmesi», kültür ile doğayı bir bütünün iki parçası biçiminde algılayan bir kavrayışın ürü-

(3) — Jaro Mayda

Law and Ecomanagement»

International Social Science Journal (ISSJ)

UNESCO, XXXVIII, No. 3, 1986, p : 405

nüdü (4) ve 1975'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme ile doğal ve kültürel zenginliklerin korunması birlikte ele alınmış ve bu alanda geliştirilmesi gereken işbirliğine hukuksal, yönetsel ve mali boyut kazandırılmıştır. Bu süreçte ortaya atılan «Evrensel Miras» kavramı, klasik siyasal ya da coğrafi sınırlara dayandıran bir çok kavramı, kurumu sarmıştır. Bu aşamaya ulaşılmasında, 1972 tarihli BM Çevre Konferansında, çevre koruması konusunda gerekli ivedi önlemlerin alınması zorunluluğu üzerinde durulması da etkili olmuştur (5).

Bu kısa saptamanın da gösterdiği gibi, çevre korunmasına ilişkin geniş ve kuşatıcı yapılmayan bir yaklaşım, son çözümlemede ve bugün özellikle uluslararası düzeyde ulaşılan aşamada, eksik kalmaya yargılıdır. Bu nedenle, ilk bakışta kolay taraftar bulan hukukçunun teknik hukuk irdelemesi yapacağı yaklaşımı, İnsan Haklarına ilişkin tüm alanlarda geçerli olduğu gibi, artık çürümüştür. Örneğin, bu çalışmanın ana konusu olan çevre korunmasına ilişkin yasal düzenleme, uyumsuzluk halinde yargı yeri önüne getirilerek yorumlanması gerektiğinde, bu kuşatıcı bakış açısından payını alabilmelidir. Ancak yine kuşku yok ki, biricik görev hukukçuya, yargıca düşmez. Yasa koyucu, ilgili alanlara ilişkin olarak çıkardığı düzenlemelerin (somutlanabilir, Çevre Yasası, Kültürel ve Doğal Varlıkların Korunması Yasası, vb. gibi), özde bir olan sürecin, yani sağlıklı bir çevre içinde yaşamayı sağlama yükümü ve işlevinin, değişik boyutlarını hukuk-sallaştırmasını baz almalıdır.

Çevre hakkının, hangi ekonomik, toplumsal, hukuksal-siyasal sistem söz konusu olursa olsun, bir sistem içerisinde varolduğu, kurumsallaştırıldığı açıktır. Bu nedenle çevre hakkı, sistemin bütünü gözden kaçırılarak ele alındı mı, açıklayıcı olmaktan uzak bir hukuksal kalıp olmayı aşamaz. Başka deyişle, çevre kirliliği, sistemin kaçınılmaz bir ürünü olarak belirliyorsa, mutlaka bu boyutun saptanması gerekir. Somutlanabilir : Serbest piyasa ekonomisi sisteminin ana itici gücü, bilindiği gibi, kârdır. Bu, özellikle endüstriyel gelişim sürecinde, sistemin özellikle kaynakların

-
- (4) — Michel **Batisse**
«Yeni Bir İşbirliği»
Görüş

UNESCO, Ağustos/1980, S : 8, sf : 5

- (5) — Gerard **Bolla**
«Uluslararası Sözleşme»
Görüş (yukarıda belirtilen sayı)

— Ayrıca bu bağlamda şu bilgiyi de eklemek yararlıdır. UNESCO, 1980 yılına kadar evrensel miras kapsamına giren doğal ve kültürel varlıklardan 57 tanesini, sözü edilen sözleşmeye katılan 53 devletin önerilerini temel alarak saptamıştır.

savurgan kullanımına yol açar. Bu açıdan değerlendirildiğinde, çevre kirliliği, çevre hakkı ne kadar kurumsallaştırılırsa kurumsallaştırılsın, yüksek düzeyde sürdürülmek istenen ekonomik büyümenin bir karşılığı, bir bir sonucu biçiminde açığa çıkar. Örneklenen sistem açısından, çevre kirliliği sonucunu, tüketicinin tükenmek bilmeyen istemlerine; yani üretimin, bu süreçte doğanın sömürülmesinin ya da örnek olsun hava, su gibi varlıkların serbest mallar olarak nitelendirilmesinin zorunluluğuna, bağlayarak açıklamak da tutarlı olamaz. Çünkü tüketici, kendi gerçek gereksinimi olduğu inancına sürüklenerek çok çeşit ve yoğunluktaki ürünleri, bunların her birinin üretiminin çevre kirliliği bakımından yarattığı olumsuz sonuçları bilmeksizin ya da kayıtsız kalarak, tüketebilme fetişine saplanıp kalmıştır.

Çevre olgusundan çevre hakkına ulaşan süreçte, temelde yatan, bir diğer belirleyici etmen de, insanın doğaya egemen olma güç ve yetkisidir. Doğa yasalarının daha net biçimde kavranılması, bilim ve teknolojiadaki ilerlemeler, insanın bu etkinliğinin nesnel göstergeleridir. Böylece insan, tükenmez bir enerji ve güçlü bir eğilim olarak, kendi çevresini yeniden biçimlendirme çabası içerisinde.

Sözü edilen insan «yapabilirliğinin» iki önemli sonucu vardır. İlki, insanla çevresi arasında bir ayrım öngörülüyor olmasıdır. Diğeri, doğaya egemen olmanın, Herbert Marcuse'un «Tek Boyutlu İnsan» adlı yapıtında belirttiği gibi, insanın diğer insanlar üzerinde üstünlük kurmasına yol açan düşünce ve araçların oluşmasına neden biçimlemesidir. Bu nedenle, çevre üzerindeki düşünceler, başka söyleyişle insanın doğal çevresini etkileyebilme güç ve yetkisinden devinen bütün düşünce sistemleştirmeleri, gerek toplum içi gerekse uluslararası düzeydeki egemenlik ilişkileri bağlamında irdelenmek gerekir. Daha açık söylenebilir : Çevreye, çevre korumaya ilişkin düşünceler, çevre hakkının kurumsallaştırılması, ancak içinde bulunulan sistem bütünü gözönüne alındığında anlamlıdır. Yine altını çizmek olasıdır ki, çalışmanın 2. Bölümünde değinilen «çevre hakkı»nın «barış içinde yaşama hakkı» ile bütünleşmesi zorunluluğu, maddî temelini burada belirtilen uluslararası düzeydeki egemenlik ilişkilerinde bulmaktadır. Çünkü insanlık, tarihinde ilk kez bu kadar yakın, somut ve yoğun tehlike olan toptan yokolma olasılığının kapı eşliğindedir.

Öte yanda, çevre hakkının kurumsallaştırılmasını ve bunun gerçekleştirimi önündeki bir dizi hukuksal - siyasal güçlükleri dikkate alarak belirtirsek, çevre kavramının önemli bir ögesi olan doğal kaynaklardan yararlanma konusunda adil ve dengeli bir bölüşüm sisteminin henüz gerçekleştirilemeyişinin de bir etmen olduğu görülür. Günümüzün gelişmiş sanayi kompleksleri bu kaynaklara bağımlıdırlar ve üretim süreçlerini kesintiye

uğratacak dünyanın neresinde olursa olsun her hangi bir engele karşı duyarlı ve tahammülsüzdürler. Bu açıda, doğal kaynakların ortaya çıkarılmasında kullanılan ilkel teknikler, çevrenin kirlenmesi ya da doğal dokunun bozulması gibi doğal çevreye ilişkin sorunlar ile üretim sonucu tüketim değeri kazanan kaynakların belirli ellerde odaklaşması gibi toplumsal, ekonomik sorunlar gözardı edilir. O halde çevre koruma düşüncesi, bunun hukusal boyutu olan çevre hakkı, örneklenen üretim birimlerinin temsillediği karşıt çıkarların anti - tezidir; bir bakıma bir törpüleme aracıdır. Çevre koruma düşüncesi, ancak ussal, dengeli ve eşitlikçi bir toplum anlayışına dayandırıldığında, doğaya egemen olma sürecinin sağlıklı bir boyutu haline gelir.

II — ÇEVRE HAKKI . İNSAN HAKKI İLİŞKİSİ : Gelişimi ve Geleceği

Çevre hakkının bir İnsan Hakkı olduğu konusu tartışılmıştır. Dahası, eğer bir İnsan Hakkı ise, bunun hangi kategorik süreçte temellenileceği de bir sorundur. UNESCO'nun geliştirdiği bir yaklaşıma göre, «İnsan Olmak Hakkı», hemen bütün haklara öngelen, temel oluşturan niteliktedir (6). Bu yaklaşım içersinde, insanın hangi çevre koşullarında bulunduğu İnsan Olmak Hakkını somutlaştıracağı noktasından yola çıkılarak, Çevre Hakkının İnsan Haklarının bir boyutu olduğu biçiminde bir yaklaşım yapılabilir (7).

Giriş bölümünde vurgulandığı üzere, yukarıdaki yaklaşımdan çok, Çevre Hakkını, Yaşama Hakkının bir uzantısı olarak görmek daha tutarlı ve etkin sonuçlar elde edilmesine hizmet eder niteliktedir.

Bir kez, yaşama hakkı, tüm İnsan Haklarının maddî temelini oluşturması bakımından vazgeçilmez, demokratik toplumun istisnai ve geçici biçimde de olsa yer verdiği olağanüstü hallerde bile dokunulmaz yapıdadır.

Öte yanda, bu doğrultudaki bir yaklaşım, çevre hakkının Oluşan Haklar kategorisi kapsamına girip girmediği türünden tartışmaları bertaraf edebilecektir. Her ne kadar bizce, bir başka çalışmamızda yaptığımız gruplandırma çerçevesinde oluşan haklar 6. kategori olarak, kamusal, siyasal (ki, bunlar klasik haklardır), ekonomik, toplumsal ve kültürel hakların yanında eşit önem ve değere sahipse de, bu nokta, pozitivist yorum baki-

(6) — Karel Vasak

Les Dimensions Internationales des droits de l'home
UNESCO, Paris, 1978, (çev : Esra Gemalmaz)

(7) — Can Hamamcı

«Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler»
İnsan Hakları Yıllığı

TODAİE, Ankara, 1983 - 1984, C : 5 - 6, sf : 173

mından daha fazla eleştiriye açık sayılabilir (8). Bu nedenle, çevre hakkının çok daha gerilere gitmeyen mazisinin uyandırabileceği soru işaretlerini dikkate alarak, onu yaşama hakkının bir türevi biçiminde görmek yerindedir.

Çevre hakkının bir İnsan Hakkı olduğu konusunda ileri sürülebilecek bir başka neden de, her ikisinin birden interdisipliner öz taşımalarıdır. Diğer söyleyişle, her iki hakka da yahut kuruma da çeşitli disiplinler açısından yaklaşmak hem gerekli hem de zorunludur (9).

Karel **Vasak**'ın, İnsan Haklarının geleceğine ilişkin olarak saptadığı haklar arasında saydığı, sağlıklı ve ekolojik açıdan dengeli bir çevre hakkı (10), ne klasik haklar ne de ekonomik toplumsal ve kültürel haklar içersinde görülmemektedir. UNESCO'nun bu sınıflandırmasına göre, bu haklar, hem bireylere hem topluluğun tümüne aittir ve kamu ve özel tüzel kişilerin ve bireylerin eylemli katılmasını gerektirir. Oysa, yaşam hakkı bağlamındaki bir temellendirme de, kural olarak, sözü geçen olanakları tanımaktadır. Özellikle devletin büyük ve baş kirleticisi olduğu ülkelerde çevre hakkının devlete doğrudan bir dizi yükümlülükler getirmesi, birey açısından bir olanak olarak görülebilir.

Çevre, hakkı, ilk başlarda daha çok sağlık hakkı içersinde düşünülmüştü. Bunun en tipik ve uluslararası belgeye geçirilmiş biçimi, «Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi»nin 12. maddesi düzenlemesidir. Buna göre, çevre sağlığının tüm yönleriyle iyileştirilmesi (improvement), bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı bağlamında devletin gerekli önlemleri alması gereken bir alan olarak nitelendirilmiştir.

Öte yanda 1972 tarihli Stockholm Çevre Konferansı, BM'in aynı tarihli «Declaration on Human Enviroment» adlı bildirgesinin doğmasına olanak vermiştir. Ancak bu noktaya kolayca gilinememiştir. 1972 yılı BM

(8) — Mehmet Semih **Gemalmaz**
agm., s : 693

(9) — Çevre sorunlarının interdisipliner araştırılması zorunluluktur. Burada sadece sosyal bilimler değil (ki İnsan Hakları, daha çok, sosyal bilimler alanındaki bir interdisipliner çalışma konusudur) ve fakat biyoloji, fizik, kimya, mühendislik vb. disiplinler de gerekmektedir. Aynı gerekçeyle, işbirliği yapacak uzmanlar da hukuktan tıba, mühendisliğe kadar geniş bir ekip oluşturmalıdır.

(10) — Karel **Vasak**

«Allocution»

International Colloquy on Human Rights

İstanbul 28 - 30/Mart/1979

AÜSBF yay : 477, Ankara, 1081, (çev : Esra Gemalmaz), sf : 20 - 21

Konferansı sırasında o zamanki Hindistan Başbakanı İndira **Gandhi** şu açıklamayı yapıyordu : Gelişmekte olan ülkelerde fakirlikten doğan kirlenme sanayileşmeden doğan kirlenmeden daha ciddi bir sorundur. Filipinler, Tanzanya gibi bazı diğer Üçüncü Dünya Ülkeleri de benzeri düşünceleri dile getirmekteydiler. Bununla birlikte 1970'li yılların sonlarına doğru bir çok Üçüncü Dünya Ülkesi çevresel bozulmaların, çevrenin değerinin yitmesinin önlenmesi gereğini kavramışlardı (11).

Bir İnsan Hakkı olarak Çevre Hakkı, çevre korunması üzerinde duyarlılık, uluslararası çaplı girişimler ve uluslararası örgütlerin eşgüdümlü çalışmaları ile geliştirilmektedir. Nitekim BM Çevre Programı, bütüncül bir çevre politikası üretmeye çalışmaktadır. Bu program çerçevesinde BM, Dünya Sağlık Örgütü (WHO), Besin ve Tarım Örgütü (FAO), UNESCO gibi örgütlerle ilişki ve işbirliği içindedir. UNESCO, yok olma riski taşıyan türlerin, biyosferdeki birikimin, dünyasal mirasın (eski anıtlar gibi) ve çevre eğitiminin korunması ve geliştirilmesi konularında uluslararası çaplı işbirliği projeleri oluşturmaktadır. Adı geçen örgütlerin bir çok alandaki saptamalarına karşın bunlar henüz Uluslararası Hukuka geçirilmemiştir. Ancak çevre hakkının kendisi çoktan tanınmıştır. Bir İnsan Hakkı olarak çevre hakkının içeriğindeki gelişime, yapılan açıklamalar işaret etmektedir.

1970'li yıllarda BM Çevre Programı çerçevesinde «çevresel gelişme» kavramı ortaya atılmıştır. Bu kavram, bazı temel etik ilkelere dayandırılmıştır : Herkesin zorunlu gereksinimi olan besin, su, barınak ve giyeceğin karşılanması; insanla çevresi arasında uyumlu ilişkilerin yaratılmasının önemi ve insanın kendi karar verme gücünü geliştirmesi, kendi saygı. Bu tür etik temeller de, çevre hakkının bir İnsan Hakkı olan temelleriyle örtüşmektedir. Bu yaklaşım şöyle açılabilir. Çevre Hakkı, aslında, bir çevre siyasasının hukuksal boyutta kurumsallaşmış halidir. Bu bağlamda ise sorun, doğal kaynakların ve varlıkların, ulus - devletlerce uluslararası boyutta nasıl bölüşüleceği ve paylaşılacağıdır. Gezegenimiz mahdud doğal kaynaklara sahiptir ve hiç bir devlet, bir başına, bunlar üzerinde kendi egemenliğinden, icrai yargısal yetkisinden söz edemez; çevre hakkının etik temelinde, böyle bir savı olmamak gerekir. Örnek olsun, madenler, derin deniz yatakları, okyanuslar, uzay, atmosfer, vb. gibi... (12).

(11) — O. P. Dwivedi

«India : Pollution Control Policy and Programs»
International Review of Administrative Sciences
Vol : XLIII, No : 2, 1977, p : 123 - 133

(12) — O. P. Dwivedi

«Political Science and the Environment»
ISSJ
UNESCO, Vol : XXXVIII, No : 3, 1986, p : 377 - 390

Çevre hakkının oluşun, dinamik içeriğinin somut göstergeleri halen şu soruların ortaya atılıyor olmasıdır. Sözü edilen doğal kaynaklar üzerinde ulusal yargı yetkisinin kapsam ve sınırları nedir? Düzenli ve eşitlikçi biçimde bu kaynaklardan yararlanma konusunda uluslararası bazlı bir anlaşma sağlanabilir mi? Bu kaynaklar üzerinde ne tür bir uluslararası rejimin uygulanması tercih edilmelidir? Sorular, sorunun, ulusaldan, uluslararası boyuta doğru kurumsallaştırılarak nasıl bir ilgi dağıldığını göstermek bakımından da önem taşımaktadır.

Esasen çevre hakkına ilişkin uluslararası bazlı saptama ve kurumsallaşmalar, bu alandaki ulusal ölçekli bilinçlenme ve kurumsallaşma süreçlerinin bir sonucudur. 1970'lerin başlarında, önce sanayileşmiş devletlerde başlayan çevre koruma bilinci, devletin özel uzmanlık birimleri oluşturmasıyla hızlandı. Örneğin, ABD'de «Çevre Koruma Birimi» (Environmental Protection Agency), İngiltere ve Kanada'da «Çevre Dairesi» (Department of the Environment) gibi idarî organlar yapılandırıldı. Bu kurumlar, devletin çevre siyasası ile bütünlük içinde çalışmaktadırlar ve bilgi toplama, kamu ve özel çeşitli birimlerle eşgüdümlü çalışma, ulusal önceliklerin çevre koruma üzerinde odaklaşmasına katkıda bulunma, vb. gibi etkinlikler göstermektedirler. Kuşkusuz, örneklenen idarî yapılaşma, girişimlerin sadece bir yönüdür. Yine örnek olsun, diğer yanda da, Temiz Havâ Yasası, Sular Yasası, vb. yasalaştırma hareketleri de gerçekleştirilmiştir. Bütün bu oluşumlar, çevre hakkının, hukuksal kurumsallaşmasını hızla tamamladığının açık belireleridir.

Gerçekten de kurumsallaşma hızla gerçekleşmiştir, zira çevre kirlenmesinden doğan krizler ve bunlara kamuoyunun tepki vermeye başlaması, ulusal hükümetlerin bu konuda çaba harcamaya zorlaması 1960'lı yıllarda izlendi. Bugün ise ulaşılan aşama, çevre korumacı kesimlerin doğrudan karar alma süreçlerinde yer tutmalarına dek uzanmıştır. Örneğin, nükleer silâhlanmaya karşı çıkan, çevre korumacı görüşler ileri süren Yeşiller Partisi, Federal Almanya'da ulusal meclise üye sokmuştur. 1984 Ocak ayında, Batı Avrupalı 8 Çevreci Parti (ecology parties), Avrupa Parlamentosu seçimleri için birlik oluşturmuşlardır. Bu oluşumların, diğer devletleri de etkileyeceği umulmaktadır. Örneğin, Belçika'da Ekim 1985 genel seçimlerinde çevrecilerin (Ecolo ve Agalev) partileri oyların % 6.2'sini almışlardır.

Bu, 1981 yılı seçim sonuçlarına oranla % 1,7 lik bir artış demektir.

Fiziksel ve kültürel bütünlüğü olan sağlıklı bir çevre istemi, temel İnsan Hakları arasında yer alan Çevre Hakkının konusudur. Bu çerçevede, onun meşurlaştırımında, yasal düzenlemelere geçirilmiş olması bir olanaktır.

Çevreye ilişkin düşünceler, yaklaşımlar, hukukla aslında iki yönüyle keşilmektedir (13).

a) Niceliksel kesişme : Ulusal ya da Uluslararası Hukukun gösterdiği gibi, bütün düzeylerde, sektörlerde normatif ilişki, çatışma. Bu çevreye ilişkin hukuktur. (Law on environment)

b) İnsan ekosistemlerinin yararına, çevresel kaynakların idaresi için sistemin organik bir parçası olarak, çevreden hukuka doğru niteliksel yer değiştirme : Bu çevresel sistemlerin idaresine ilişkin hukuktur (Law on ecomanagement). Bu son halde, hukuka daha az rol düşerken, idareye ve siyasa görece anlamda daha önemli konum kalır. Çevre konusunda, hukuksuz bir yönetim (management) başarılı olamaz; ancak tek başına kaldığında en iyi hukuk bile yetersiz olacaktır.

Bu saptamalar, çevre hakkının interdisipliner yönünü vurgulaması bakımından önem taşımaktadır.

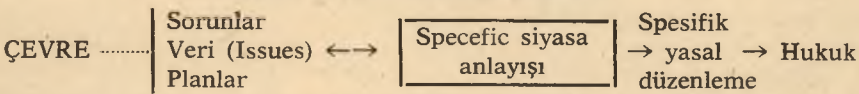
Bir İnsan Hakkı olarak çevre hakkının dinamik bir boyutu da, silâhsızlanma (özellikle nükleer silâhlanmaya karşı çıkma biçimidir) devinimi ile bütünleşmesidir. Aynı anlama gelmek üzere bu, yine bir İnsan Hakkı olan Barış Hakkının, barış içinde yaşama hakkının bir uzantısıdır. Bu ilişki sonradan kurulmuş değildir. 1950'li yılların sonlarından itibaren, nükleer enerjinin askerî amaçlar dışında kullanılması, bu alandaki teknolojik gelişim ve bu kullanımın risk faktörleri, hukukun da bu alana ilgi duymasına, el atmasına yol açmıştır.

(13) — Jaro Mayda

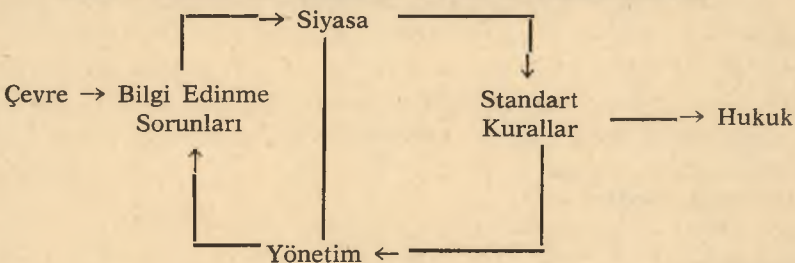
agm., p : 400-401

Yazarın, çevreye ilişkin hukuk ile çevresel sistemlerin idaresine ilişkin hukuk için yaptığı yaklaşım, yazar tarafından şu biçimde şematize edilmiştir.

Şema 1 : Çevreye İlişkin Hukuk



Şema 2 : Çevresel Sistemlerin İdaresine İlişkin Hukuk



İnsan Hakları listesi içerisinde yer alan Çevre Hakkının, liberal demokratik rejimler (Batı demokrasileri) kapsamındaki kurumsallaşımı süreci, son çözümlemede, plüralist anlayış ve etkileşimlerden ötürü bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Çünkü bu düzenlerde, sisteme etkiye bulunan iç faktörlerin başında, çeşitli erk grupları gelmektedir. Bunlar da çoğu kez, kaynaklardan yararlanma ve kullanım bakımından farklı önerilerle somutlaşan farklı çıkarları temsil etmektedirler. Siyasal karar alma süreçlerine de etkilenebilmektedir bu gruplar. Örneğin iş ve sanayi çevreleri ile çok yoğun ilişkileri olan hükümet siyasaları, bu kesimin istem ve yönlendirmelerinden etkilenebilmektedir. Bu nedenlerle doğrudan rejimin kendisi, toplumda tüm kesimler dengeli ve eşit biçimde siyasal, toplumsal ve entellektüel yaşama ağırlıklarını koyamadıkları takdirde ekolojik krizin doğmasına da tıpkı örneklenen alanlardaki diğer çatışmalarda olduğu gibi, yol açabilmektedir.

Liberal demokratik rejimler gibi, merkezi planlı ekonomilerin yürürlükte olduğu devletler de çevre korunması sorunlarıyla yüzyüzedirler. Böylece, çevre hakkını bir İnsan Hakkı kılan etmenlerden olan evrensellik ögesi açığa çıkmaktadır. Kuşkusuz ,yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Çünkü bu bakış açısına göre, insan toplumu ile doğal çevre, içiçe geçmiş ilişki içersindedir. Doğa, dar ekonomik anlamda üretimin gerekli önkoşulu iken, geniş anlamda toplumun üzerine oturduğu temeldir (14). Bu, merkezi planlı ekonomilerin çevreye ana bakış açısidir. Diğer söyleyişle, çevre, bir ekonomik kategori olmakla birlikte, sadece ondan ibaret değildir. Geniş kapsamlı insan gereksemelerini karşılayan kullanım değerleri, ekonomik boyutlu çevre kavramının objektif temelidir (Örnekeyelim, bir nehrin suyu bir fabrikada sanayi üretim için kullanılıyorsa, bu su üretim faktörüdür; ama aynı suyu bir kişi içmek için kullanıyorsa, bu kullanım değeridir). Öte yanda çevre, ulusal zenginliğin önemli bir parçasıdır. Çevre kavramının ekonomik açıdan yorumunun üçüncü boyutu, işgücünün yeniden üretiminin temelini oluşturmaktadır.

Bu bakış açısında çevre korunması, malik olanlar (ki, onlar ya devlet ya da ortak mülkiyet biçimindedir) bakımından bir toplumsal yükümlülüktür. Mülkiyet ilişkileri bakımından, çevre korunması ve çevrenin bozulması, toplumsal yarara aykırı düşmektedir. Bu kirlenme olumsuzlukları, hem birey hem de toplum üzerinde etkilidir. Çevre ile toplumun uyumu, merkezi plânlı ekonomilerce başlıca hedeflerdendir. Bununla birlikte bu ülkelere de geniş kapsamlı amaçların gerçekleştirimi bir dizi soruna yol açmak-

(14) — H.L. Parsons (ed.)

Marx and Engels on Ecology

Connecticut, Greenwood press, 1977, p : 262

tadır. Örneğin ekonominin geliştirilmesi, yaşama koşullarının ve standartlarının yükseltilmesi, eğitim, sağlık, altyapı öğelerinin iyileştirilmesi gibi amaçların gerçekleştirilmesi, gerek sürecin malî yönü gerekse çevre korunması konularında önceliklerin belirlenmesi açısından zorluklar getirmektedir (15).

Merkezi planlı ekonomilerde de, hukuksal ve ekonomik düzenlemelerin esas ilkesi, 'kirleten ödesin' formülüdür. Pratikte, insanı ya da çevreyi tehdit eden tehlikelere uygun biçimde, miktar, normlarla düzenlenir. Kurallara aykırı düşüldüğünde verilecek ceza (özellikle para cezaları), kirlilik miktarı ile orantılı olacaktır. Bu yaptırıma yönelik önlemlerin yanı sıra, olumlu destekleyici girişimler de düzenlenmektedir. Bunlar arasında en önemlisi fonlardır. Fonlar özellikle, çevre korunması sürecinde çeşitli faaliyetler gösteren kurumlara, düşük faizle ya da geri ödemesiz olarak krediler biçiminde yansıtılmaktadır. Ayrıca, kredi öncelikleri de çevreye ilişkin yatırımlara verilmektedir (16).

Görüldüğü gibi, çevre hakkının, evrensel kabul bulan bir İnsan Hakkı, daha doğru deyişle İnsan Hakları listesi içerisindeki bir hak olarak kurumsallaşması, farklı ekonomik ve siyasal rejimlerde değişik temellendirmelerden geçerek gerçekleşmiştir. Ulaşılan bu aşamada, üzerinde durulması gereken gelişme, hem farklı rejimler hem de sanayileşmiş devletler kadar gelişmekte olanlar için, çevre korunmasının artık vazgeçilmez, geri plâna itilmez derecede öneminin kavrandığıdır. Yakın gelecekte, çevre hakkının Uluslararası Hukukla bütünleşen kurumsallaşımının gelişeceği öngörülebilir.

İnsan Hakkı olarak çevre hakkının geleceği bazı önemli sorunların aşılmasına bağlıdır. Tüketici olmak gibi bir savı içermeksizin şu saptamalar yapılabilir.

Ulusal düzeyde ilk sorun, farklı çıkar çevrelerinin çevreden yararlanmanın biçim ve yöntemi konusundaki değişen yaklaşımlarını nasıl bir ortak yarar anlayışında toparlayabileceğidir.

Sanayileşmiş ülkelerin çevre kirliliği konusundaki sorumluluklarıyla gelişmiş ülkelerinki aynı olmadığı gibi, çözüme ilişkin yaklaşımları, ayırabi-

(15) — Gyula Bora

«Environmental protection in centrally planned economies : the case of Hungary»

ISSJ

UNESCO, Vol : XXXVIII, no : 3, 1986, p : 432, 433

(16) — Gyula Bora

agm., p : 435

lecekleri kaynaklar. önceliklerin saptanmasındaki ayrılıklar da uzmanlaşma olanağını güçleştiren etmendir.

Genel olarak İnsan Haklarının ihlâl edildiği dünyamızda, kendi özgün sorunlarının yanında genel kategori (İnsan Hakları kapsamı) içinde yer alışından ötürü de çevre hakkı ihlâllere konu biçimleyebilmektedir. O halde çevre hakkının somutlaşımı da, gerçekliğe dönüştürülmesi de, diğer haklarla birlikte yaşama geçirilmekle başarılabilir. Başka deyişle, İnsan Hakları listesinin temel niteliği olan bütüncülük ögesi, o listede yer alan çevre hakkının diğer haklarla ilişkilendirilerek, tümüne birden saygı duyulması yoluyla ele alınmasını gündeme getirir.

İnsan yaşamı, üretim sürdüğüne, süreceğine göre, çevresel değişmeler de kaçınılmazdır ve gelişimin bir parçasıdır. Bu nedenle, çevre korumacı yaklaşımda tutucu olmamak gerekir. Çünkü son çözümlemede, ekonomik ve toplumsal yaşamdaki etkinlikler, doğada değişmelere, daha doğru deyişle ondan çıkarsanan etkinliklere yol açmaktadır. Çevre hakkının da dinamik bir içeriği olmak gerekir. Her şeyin metalleştirildiği piyasa ekonomisi düzeninde, çevre salt hukuksal ve ekonomik koruma değil, siyasal, kültürel ve moral açılardan da korunmalıdır. Çevre hakkının geleceğini belirleyecek baş etmen, insan soyunun, zorunlu biçimde çevreye bağımlı olduğu gerçeğidir.

III— HUKUKSAL METİNLER

A — Anayasal Düzey

1961 TC. Anayasası (9 Temmuz 1961 tarih ve 334 nolu Yasa; Resmî Gazete'de yayımı 20 Temmuz 1961, çevre korunmasına, çevre hakkına doğrudan yer veren bir hüküm içermiyordu. Bununla birlikte, bazı yorumcular (17), «devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini... sağlamakla ödevlidir» biçiminde bir düzenleme getiren (md. 49/1)'den yararlanarak, bir çevre hakkından söz etmekteydiler.

Bu yorumdan da anlaşılacağı üzere, çevre hakkı, salık hakkının bir uzantısı olarak kavranmaktaydı. 1961 Anayasasının özel bir hüküm içermemesi bir zaaf sayılamaz. İki nedenle. İlki, Anayasanın yapıldığı tarih dönemi gözönüne alındığında, benzeri anayasalar gibi, çevre hakkının dolaylı biçimde düzenlendiği görülmektedir. Zaten doğrudan çevre hakkının

(17) — Ruşen Keleş

«Çevre Sorunları ve Çevre Hakları»

İnsan Hakları Armağanı

BM Türk Derneği, Ankara 1978, sf : 109.

düzenlenerek anayasalara girmesi 1970'li yıllardan başlamaktadır (18). Diğer neden, 1961 Anayasasının bütünü dikkate alındığında, yukarıda örneklenen türden yorumlar tutarlı ve Anayasanın gelişimci, yeni oluşumları haklaştırmaya açık dinamik sistemleştirmesine uygun düşmekte oluşudur.

1982 TC. Anayasası (16.10.1982 tarih ve 2709 nolu Yasa; Resmî Gazetede yayımı 20.10.1982), özel olarak çevre korunması kavramına yer veren bir hüküm getirmiştir. (md. 56)'nın kenar başlığı, «sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması»dır. Bu hükmün düzenleniş biçiminden çıkartılabilecek ilk sonuç, çevre korunması sorununun hâlâ sağlık hakkı ile ilişkilendirilerek düzenlendiğidir. Çevre hakkını Anayasada görüp, Anayasanın bütümünü gözden kaçırarak kolaycı yargılara düşmemek gerekir. Anayasa koyucunun kasdı, Giriş bölümünde tanımı verilen çevreyi bütünlüğü içerisinde kavramak değil ve fakat sadece doğal çevrenin korunması bağlamında bir sağlık sorunu olarak çevre hakkına yaklaştırmaktır.

(md. 56/1), herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir derken, ikinci fıkrada, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir denmiş.

İlk saptama : Hüküm, Anayasanın «Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler» başlıklı 3. Bölümde düzenlenmiş. Bu sistemleştirim, doğrudan bireye bir istem olanağı tanır. Nitekim anayasakoyucu, hükmün gerekçesinde, «çevre korunması, ferde Devlete karşı dengeli ve sağlıklı çevrede yaşama yolunda bir sosyal hak tanınmasını zorunlu kılmaktadır» (Gerekçe, md. 62) anlatımına yer vermiştir. Bu düzenleme açıktır ki, yukarıda değinilen UNESCO'nun yaklaşımının Çevre Hakkını (Barış Hakkı, İnsanlığın Mirasından Yararlanma Hakkı, vb. haklar gibi), «Dayanışma Hakları» bağlamında değerlendiren sistemleştirminden farklıdır. Ancak sözügeçen yaklaşım, genel olarak, zaten henüz anayasalaşmamıştır.

Hükmün, Anayasanın sistematiği içindeki yerinden kalkarak yapılacak bir diğer saptama, Anayasa'nın 65. maddesi ile ilişkisidir. Anayasanın 3. Bölümünde yer alan tüm haklar gibi 56. maddenin öngördüğü çevre hakkı da, (md. 65)'de düzenlenen ve devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini, ekonomik istikrarın korunması ve mali kaynaklarının yeterliliği ölçülerinde yerine getireceği ölçütü ile sınırlanmıştır. Her şeyden önce, 1961 Anayasasındaki koşut hükümden (md. 53), alanı daha fazla genişletilen bu maddenin, bir başına tartışma odağı olduğu açıktır.

(18) — Engin Ural

Muhtelif Anayasalarda Çevre Hükümleri
Önder Maatbaası, Ankara, 1980

Kaldı ki, Anayasa koyucu (md. 65)'in gerekçesinde (Gerekçe, md. 74/V) şunu ifade etmekten geri kalmamıştır : «Madde, hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkını vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir.» Böylece 20. yüzyılın sonuna doğru, Türk anayasa koyucusu sosyal hakları, devletin lüftû sınırları içersinde tüketmeye çalışmaktadır.

Çevre hakkını ilişkilendirdiğimiz bağlam olan sağlıklı çevre içinde insan yaşamının sürekliliğinin sağlanması ölçütünün hukuksal boyutta temel dayanağı, yine (md. 56)'dır. Madde, «sağlıklı çevre» ve «çevre sağlığını koruma» kavram öbeklerini kullanmaktadır.

(md. 56)'ın Anayasayı yorum bakımından işlev görebilecek yönleri şunlardır.

Bir kez, hükmün, anayasanın sistematigi çerçevesindeki yeri gözönüne alınınca, devlete açık bir ödev yüklediği görülüyor. Bu bağlamda, kişiyi, devlet karşısında ele alan, ona bir konum getiren haklardan birisi olarak «dikey ilişkileri» gündemde tutar niteliktedir. O halde bu açık öge ortada iken, gerek Tekin **Akıllıoğlu**'nun (19) gerekse de Can **Hamamcı**'nın (20) çevre hakkına ilişkin hükmü, anayasadaki düzenleniş biçimi ile henüz hedef saptama ya da program belirleme sınırlarını aşmamış olduğu, bu konuda sadece yasal düzenlemelerin yapılmasına öncülük ettiğine ilişkin yorumlarına katılmak olası değildir. Bir «program hükme 1982 TC. Anayasasından örnek vermek gerekirse, Anayasanın 4. Kısımında (md. 172)'de düzenlenen «Tüketicinin Korunması»na ilişkin maddeye bakılabilir (21).

(md. 56) çerçevesindeki dikey ilişkiler, yani devletin yükümlü bulunduğu ödevlerini yerine getirmesine özgülenen yorum açısından önemli bir işlev maddesi de (md. 48)'dir. Devlet, «Özel teşebbüslerin... sosyal amaçlara» uygun düşmesini sağlamakla görevlendirilmiştir. Sağlıklı ve dengeli bir çevrenin, sosyal amaçların başında bulunduğu kuşku yoktur.

Öte yanda, anayasa ilkeleri ve hükümleri, sosyal-devlet kurumsallaşmasındaki yeni gereksinimler ve klasik anlayışın yetersizliği nedenle-

(19) — Tekin **Akıllıoğlu**

Temel Haklar Hukukuna Giriş

SBF, Ankara, 1984, (Teksir), sh : 47, 48'e yollama için bkz. aşağıdaki dipnot.

(20) — Can **Hamamcı**

agm., sf : 177

(21) Bu doğrultuda yorum olarak bkz.,

— Mehmet Semih **Gemalmaz**

«Tüketicinin Korunması»

İBD, C : 57, S : 7 - 9, 1983, İstanbul, sf : 334, vd.

riyle, doğrudan özel kişiler arasındaki ilişkilere de etkili görülmektedir. Bilindiği gibi, buna «yatay ilişkiler» adı verilmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, (md. 56/II)'deki «... devletin ve vatandaşların ödevidir» biçimindeki anlatım, yatay ilişkilerin düzenlendiğinin açık göstergesidir. Bu yorum bakımından bir diğer anahtar hüküm, (md. 11)'in «Anayasa hükümleri... kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır» düzenlemesidir. Yatay ilişkiler, kişi varlığına ilişkin olarak doğan zararlar bağlamında başta olmak üzere Medenî Hukuk düzenlemelerine etkisi çerçevesinde ele alındığında, (MK. md. 24/II) aracılığı ile (BK. md. 41) ve koşulları gerçekleştğinde (BK. md. 49) üzerinde yoğunlaşabilecektir (22).

Ayrıca, anayasanın yorumlanması sürecinde dikkate alınması gerekli diğer hükümler şunlardır.

(md. 63/I)'de, devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak ve destekleyici ve teşvik edici önlemleri almakla yükümlenmesi ve (md. 63/II)'de bunlardan özel mülkiyete konu olanlara sınırlama getirileceğini düzenlemesi yaralanılacak bir hükümdür. Özel mülkiyete yollama yapan bu hükümle, (md. 35///)deki, mülkiyet hakkının kullanılmasına, tıpkı 1961 Anayasasındaki ilgili madde ya da İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin (md. 17) gibi, «toplum yararına uygun olmak» sınırını getiren düzenlemesi arasında bütünlük vardır.

«Toprak Mülkiyeti» kenar başlıklı (md. 44/I)'deki, devletin toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla önlemler alır. hükmü ve (md. 45/I)'deki, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribi önlemek yükümünü getiren düzenlemesi; (md. 43/II)'de yer alan, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada kamu yararı ölçütünü öne alan yaklaşım, anayasal yorumun denek taşları arasındadır.

Bunlara ek olarak, (md. 52)'de konut hakkı bağlamında, çevre koşullarını gözeterek bir plânlamadan sözeden hüküm ile ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin (md. 169)'u anımsamak olasıdır.

B — Yasal Düzey

11 Ağustos 1983 tarih ve 18132 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Çevre Yasası, yeni anayasal dönem sonrasında çevreye ilişkin temel yasa-

(22) — İlhan Uluhan

«Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Ferakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi»

Yargıtay Dergisi, C : 12, S : 1 - 2, 1986, Ankara, sf : 76

(Bu makale MK'la kurulan ilişki bakımından zikredilmektedir.)

ların (ki bunlar arasında, Ulusal Parklar Yasası, Kültür ve Doğa Varlıklarını Koruma Yasası, Boğaziçi Yasası sayılabilir) başında gelmektedir' Yasanın numarası 2872, kabul tarihi 9 Ağustos 1983'tür.

2872 nolu Yasa, 3301 nolu ve 4 Haziran 1986 tarihli Yasa ile değişikliğe uğramıştır. Resmî Gazete'de yayımı, 19 Haziran 1986 tarih ve sayı 19139,

Çevre Yasasının gerektirdiği bir dizi yönetmelikler ce ayrıca Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkartılarak, alanın hukuksal açıdan dokusu tamamlanmaya çalışılmıştır. Bu süreç halen tamamlanmamıştır.

Çevre Yasası, bu çalışmada, madde madde sorunlarına değinilmeye çalışılarak irdelenmektedir. Yeri geldikçe, Değişiklik Yasası başta olmak üzere alt düzenlemelere de yollama yapılmaktadır. Öte yanda Çevre Yasası, hukukun değişik disiplinlerine (Medenî Hukuk ya da İdare Hukuku gibi) kapı açan bir sistemleştirmesi, kaçınılmazlıkla, getirmiştir. Yer yer bu disiplinlerin alanına girilmesi de zorunludur.

Bu çalışmada izlenen Yasayı madde madde inceleme yöntemi, ilk başta yarattığı kolaycı bir yaklaşım olduğu izleniminin tüm tersine, külfetleri ağır bir tercihtir. Çalışmanın boyutları yöntemle bütünleşince eksik kalma olasılığı artmaktadır. Ne var ki, baştan, tüketici olmak gibi bir savla yola çıkılmışsa, bu yöntemle, Yasanın bütün üzerinde bir görüşe ulaşmak, devletin çevre politikasının hukuksal kurumsallaşımı olan bu yasadan devinerek o çevre politikasının boyutlarını, düşünsel temellerini saptamaya çalışmak olasıdır. Aynı mantıkla, çalışmanın 1. ve 2. bölümleri ile teknik hukuk yönü ağır basan 3 ve 4. bölümleri bir bütün olarak değerlendirilmek gerekir.

2872 nolu Yasa, 6 bölüm halinde düzenlenen toplam 34 maddedir.

(md. 1), Yasanın amacını koyuyor. Buna göre çevre, her şeyden önce vatandaşların «ortak varlığı»dır. Şu kavramlar sıralanmaktadır maddede: «korunma», «iyileştirme», «uygun şekilde kullanma», «önleme», «geliştirme», «güvence altına alma», «düzenleme». Bu araçların somutlaştıracığı amaçlar şunlardır: Çevre korunacak ve iyileştirilecek; arazi ve doğal kaynaklar uygun biçimde kullanılacak; su, toprak ve hava kirliliği önlenecek; bitki ve hayvan varlığı ile doğal ve tarihsel zenginlikler korunacak; kuşakların sağlık, uygarlık ve yaşam düzeyi geliştirilecek ve güvence altına alınacak; önlemler hukukî ve teknik esaslara göre düzenlenecektir.

Bir dizi kavramın ardarda sıralanışından sistemli bir sonuç çıkarmak güçtür. Bu kadar geniş tutulmuş amaçlar bütünü'nün gerçekleştirile-

bilirlik şansı ayrıca sorgulamaya değer. Kaldı ki, bütün bu etkinliklerin «ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle uyumlu olarak» realize edilecek oluşu, çevre korunması sürecinin asıl yüklenicisi ve yürütücüsü olması gereken devletin, Anayasa (md. 65) düzenlemesindeki mantık benzeri, bir tür kendi aykırı uygulamalarına ya da bu olasılığa açık kapı bırakma çabası sayılabilir. Kuşkusuz, son çözümlemede, kalkınma ile çevre korunmasını birbirlerine engel biçimleyecek nitelikte düşünmek tutarlı değildir. En genel anlamıyla çevre, bir kaynaklar bütünü olduğuna göre, kalkınmanın da ögesi olarak değerlendirilmek gerekir. Ne ki, yasakoyucu, aralarında çıkar çatışması öngördüğü kalkınma ile çevre korunması arasındaki tercihini, aşağıda değinilen (md. 3/b ve c)'de yinelediği yaklaşımının da sergilediği gibi, kalkınma lehine kullanmıştır. Amaç maddesinin bir başka saptaması üzerinde de durulabilir. Maddeye göre çevre, vatandaşların ortak varlığıdır. Bu anlamda, mülkiyetin, kamu yararına genişletildiği, kaydırıldığı izlenmektedir. Ancak, çevre bunu da aşan niteliğe sahiptir. Başka söyleyişle, çevre, salt vatandaşların değil ve fakat insanlığın ortak varlığıdır. Nitekim çevre hakkını, evrensel kılan, aynı anlama gelmek üzere bir İnsan Hakkı kılan başlıca etmenlerden birisi budur. 1972 Çevre Konferansı da «Bir Tek Dünyamız Var» savsözünü formüle ederken aynı ölçütü temel almıştır; çevrenin tüm insanlığa ait olduğunu... (23).

(md. 2)'de tanımlar verilmiştir. Buna göre, «çevre korunması» terimi, ekolojik dengenin korunması, havada, suda ve toprakta kirlilik ve bozulmaların önlenmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan çalışmaların bütününe ifade eder. Burada kullanılan kavramlar, «ekolojik den-

(23) — Ervin H. Zube

«Toplumbilim Uzmanlarının Çevre Planlaması ve Araştırmalarına Katılması»

Yerleşim ve Çevrebilim Sorunları

UNESCO-Türk Sosyal Bilimler Derneği, Olgaç Matbaası, 1984,

yayıma hazırlayan : R. Keleş, çev : A. Taner Kışlalı, sf : 257-274

Stockholm Konferansı nedeniyle B. Ward ve René Dubos'nun yayınladıkları raporun ilk satırlarında kısaca şöyle denmektedir. «İnsan iki dünyada yaşıyor. Birincisi bitkilerin ve hayvanların, toprakların ve suların, kendisinden milyarlarca yıl önce ortaya çıkmış olan ve kendisinin de bir parçasını oluşturduğu doğal dünya. Ötekisi, insanın araçlarından ve makinelerinden yararlanarak, bilgilerini ve düşüncelerini kullanarak, sahip olduğu araçlara ve izlediği ereklere uygun bir çevre oluşturmak için kurduğu, toplumsal kurumlar ve nesneler dünyasıdır «... Doğal ve kültürel dünyaların bir bütünü tamamlayıcı öğelerini oluşturduğu bir Dünyayı evrenin birliği açısından düşünmek zorunluluğu vardır. Bizzat Ward ve Dubos'nun raporlarının başlığı da zaten bunu anımsatıyor : Yalnız tek bir dünyamız var.»

ge», «kirlilik ve bozulmaların önlenmesi ve iyileştirilmesidir»dir. Böylece, yasada çevre korunması alanı kesin sınırlarla belirlenmiştir. Oysa Yasanın 1. maddesi, önleme ve iyileştirme etkinliklerinin yanı sıra, «geliştirme», «uygun biçimde kullanma» türünden etkinliklere de yer vermiştir. Bunların tümü, ekolojik denge içerisinde mütalaa edilemez. Zira, (md. 2/b)'de, ekolojik denge terimi ile kastedilen, insan ve diğer canlıların varlık ve gelişmelerini sürdürebilmeleri için gerekli şartların bütünüdür. Bu noktada, amaç maddesinde bitki ve hayvan varlıklarının yanında sayılmış doğal ve tarihsel zenginliklerin korunması ile ekolojik dengenin nasıl ilişkilendirilebileceği sorunu belirlemektedir.

(md. 2/c), «çevre kirliliğinden» şunun anlaşılmak gerektiğini söylemektedir : İnsanların her türlü faaliyetleri sonucu havada, suda ve toprakta meydana gelen olumsuz gelişmelerle ekolojik dengenin bozulması ve aynı faaliyetler sonucu ortaya çıkan koku, gürültü ve atıkların çevrede meydana getirdiği arzu edilmeyen sonuçlar. Pek çok açıdan eleştiriye açık bu hükmü, örnek bir kaç yönden irdelemek olası.

İlkin şu saptama yapılabilir. «Olumsuz gelişme», «arzu edilmeyen sonuç» gibi, bir hukuk metninde raslanmayan türden, üstelik bilimsel açıdan da ölçütlerini saptamanın kolay olmayan bu anlatımla kastedileni kestirmek son derece güçtür.

Bent, çevre kirliliğini şu alanlara özgüleyerek belirlemiştir : Hava, su ve toprak. Buna göre, insan ve diğer canlılar, çevre kirliliğinin doğrudan kendisini açıkça çıkardığı ya da gözüktüğü bir alan değil ve fakat bir sonuç olarak çevre kirliliğinden etkilenen varlıklardır. Bunun bir neticesi vardır. İnsan ve diğer canlılar, çevrenin ögesi (kendisi) biçiminde görülmemekte, o çevredeki bozulma olumsuzluklarının konusu bir varlık olarak algılanmaktadır. İnsanı, çevresinden yalıtın bu yapay ayrımın, temelde, insanın doğasal ve toplumsal bütünlüğü içerisinde kavranmasına da yabancı kaldığı tartışmaya açıktır.

Nihayet, teknik hukuka ilişkin bir saptama da şudur. Bentte sayılan koku, gürültü, atık terimlerinin sınırlı olmadığı kabul edilmelidir. Tersine bir yorum, örneğin, radyasyon, vb. kirlletici öğelerin dışarıya bırakılması anlamına gelecektir. O halde, bentte verilen dökümün tahdidi yoruma bağlı tutulmaması gerekir.

(md. 2/d)'de ise «kirliten», fiilleri sonucu doğrudan ya da dolaylı olarak çevre kirliliğine sebep olan gerçek ve tüzel kişiler biçiminde tanımlanmıştır, Bent, hukuksal sorumluluk bakımından önem taşımaktadır. Kirlletmeye yol açanın yükleneceği sorumluluğun saptanması açısından, yapılan faaliyetin niteliği, tehlikeli olup olmadığı, vb. özellikler be-

lirleyici değildir (24). Başka deyişle, sorumluluk, sadece kirlenme sonucuna bağlanmış, başkasa her hangi özel bir koşul aranmamıştır.

Burada geçen tüzel kişi deyiminden, özel hukuk tüzel kişisi kadar kamu tüzel kişilerinin de kastedildiği kabul edilmelidir; devlet de sorumluluğun kapsamındadır (25). Aksine yapılacak yorum, devlet organları-nağ temelsiz bir ayrıcalık yaratılması sonucunu doğuracaktır.

(md. 2/d) kapsamında netliğe kavuşturulması gerekli üçüncü yön, «fiil» teriminin kapsamına nelerin gireceğinin saptanmasıdır. Genişletici bir yorumla, ihmal yoluyla kirliliğe neden olunması halini de bu kapsama sokmak gerekir.

(md. 3)'de ilkeler sayılmıştır. İlkelerde de üzerinde açığa çıkılması gereken kavram karmaşası süregitmektedir.

Örneğin (md. 3/a)'da, çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesinde görevli olanlar, gerçek ve tüzel kişiler ile vatandaşlardır. Vatandaş ile gerçek kişi terimlerinin tek tek sayılarak bunlar arasında ne gibi ayırım öngörüldüğü bir sorundur. Gerçek kişi kavramı, kural olarak, vatandaşı zaten içermektedir.

(md. 3/b)'de geçen, «... alınacak önlemlerin kalkınma çabalarına olumlu ve olumsuz etkileri... dikkate alınarak» ifadesi de açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır. Her şeyden önce, «kalkınma çabası» anlatımının bilimsel anlamı kolayca belirlenemez. Çaba, hukuk kavramı değildir. Dahası, çevreyi korumaya, kirliliği önlemeye ilişkin karar, önlem ve uygulamaların, ilkece, kalkınma çabasına olumsuz etkisinden söz edilemez. Sürekli bir takım ertelemelere, önlemlerin geciktirilmesine kapı açılmak mı istenmektedir? Bu soruyu haklı kılan, yasakoyucunun, aynı türden ifadeye «c» bendinde de yer veren ısrarıdır. Eklenebilir; sözü edilen düzenleme biçimidir, aşağıda irdelenen sorumluluk hali bakımından, ağır-

(24) Aynı görüşte,

— Halûk Tandoğan

«2872 sayılı Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk»

Yargıtay Dergisi, C : 12, S : 1 - 2, 1986, Ankara, sf : 41

(25) Karşılaştırınız,

— Şener Akyol

«Çevre Kanununa Göre Hukukî Sorumluluk», II, 6

Yargıtay, 9 - 10 Mart 1984'de yapılan «Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler VII Sempozyumu»na sunulan bildiriden

— Elverd Kantar

«Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı»

İBD, B : 58, S : 1 - 3, 1984, İstanbul, sf : 34

laştırılmış objektif sorumluluk anlayışının tercih edilmediği sonucunu çıkarmaya elverişli bulunduğu çıkarsanabilirse de, bu yorum biçimi tek seçenek değildir kuşkusuz. Bizce ağırlaştırılmış objektif sorumluluğun kabulü, Yasanın varoluş mantığına uygun düşmesi ve Prof. Halûk **Tandoğan**'ın yaklaşımına koşut biçimde, kalkınma çabasını olumsuz yönde fazla etkilemeyeceğinden hareketle (26) tercihe şayandır.

Yasakoyucunun kalkınma çabasına çevre koruma karşısında üstün yarar değeri yükleyerek arka yüze itmesi, bir başka boyutuyla incelendiğinde görülür ki, aslında salt hukuksal bir tercih değildir. Arka yüzde, bir model sorunu vardır. Kalkınmada izlenen ekonomik, toplumsal ve entelektüel siyasa, kullanılan teknoloji, doğal ve beşerî kaynaklardan yararlanma yöntemi, vb. eşitlikçi bazda ulusal ve uluslararası toplum ve doğasal çevre yararlarının gözetilmesine dayanırsa, kalkınma ile çevre korunması arasında da devlet çatışma görmeyecektir.

Yukarıda da yer yer değinildiği gibi, önem taşıyan öge «kusur ilkesi»nin kapsamının saptanmasıdır. Çevreyi kirletenlerin, bununla mücadelede gereken giderleri üstlenmeleri esastır, (md. 3/e). Ancak, bendin «istisnaî durumlar saklı olmak» ibaresiyle başlayan hükmünün yarattığı ayrıcalık alanının Yasada belirlenmemiş olması, başka söyleyişle hangi durumların istisnai sayılacağının gösterilmemesi, bir soru işaretidir.

Kirletenin sorumluluğu esası, (md. 28) ile ilişkilendirilmelidir. (md. 28/1)'e göre, kirletenin nedeni olduğu kirlilik karşısında pasif, hareketsiz kalması durumunda, gerekli önlemleri alacak devlet organlarının (kamu kurum ve kurullarının) yapacakları giderler, kirletenden (6183 nolu Yasa hükümlerince) tahsil edilecektir. Bizi asıl ilgilendiren 2. fıkra şunu getiriyor. Kirletenin, doğurduğu zararlardan ötürü genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu (oysa buradaki sorumluluk zaten ödüncüye ilişkindir) saklıdır. Dikkat etmek gerekir ki, bu hüküm, aşağıda değinilen (md. 3/f)'deki özel sorumluluk halini ortadan kaldırmaz; ama yanısıra, genel hükümlerde (BK.'nda) yer alan alternatif sorumluluklara olanak tanır. Zarara uğrayan, olayın koşulları ve özellikle zararın en etkin giderimi bakımından hangi sorumluluk prosedürün işletilmesi lehine ise, onu çalıştırabilecektir.

Sorumluluk bakımından buraya kadar yapılan irdilemeden şu sonuç çıkarılabilir. Bir işletme (ister kamu isterse özel sektör elinde bulunsun)

(26) — Halûk **Tandoğan**
agm., sf : 39

(Sözü edilen makale, aynı biçimiyle, Danıştay Dergisi, Yıl : 16, S : 60 - 61, 1986, Ankara, sf : 16-35'te de yayımlanmıştır.)

faaliyeti sonucu çevreyi kirlletebilir, yasaklara aykırı düşebilir, uyarıları savsaklayabilir, ancak faaliyetin durması ya da durdurulması aşamasına kolay kolay getirilemez; meğer ki malî külfetleri göze alsın.

Bu bağlamda, yani sorumluluğa ilişkin temel hükümlerin sonuncusu (md. 3/f)'dir. Madde, «kusursuz sorumluluk» halini düzenlemiştir. Bu açık husus, hükümetin 7.3.1983'te Danışma Meclisi'ne sunduğu 2872 no-lu Yasanın gerekçesinde «... bunun objektif sorumluluk olduğu» ifade-siyle vurgulanmıştır (27). Bir iki saptama.

Bir kez, kirletenin sorumluluğu, tüm objektif sorumluluklar gibi, yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğu da kapsar (28).

Bentte düzenlenen kusursuz sorumluluk, neden olunan kirlenme ve doğan zararlara ilişkindir. Oysa aynı bendin «ancak» ile bağlantı kurulan ikinci tümcesi, aslında, birinci tümcedeki ilkeden farklı bir hali, mali so-rumluluk ve bundan da, sadece önleme giderleri bakımından, kurtulma yolunu hükme bağlamaktadır. Başka söyleyişle, hukuk mühendisliği açı-sından «ancak» ile başlayan hükmün, ilk tümcedeki kusursuz sorumlu-luktan bir kurtuluş koşulu olması beklenirken, ayrı bir hal düzenlenmiş-tir. Bu da isabetli bir yasalama tekniği izlenmediğini göstermektedir.

Çevre Yasası (md. 4-7), Yüksek Çevre Kurulu Mahalli Çevre Kurulu olmak üzere iki organ kurmuştur. Bu organlar icraî karar niteliklerinin ağır basmasından çok, planlama, programlama, ilke ve esas saptama, ilgili bi-rimler arasında eşgüdüm sağlama, eğitim, genel değerlendirme yapma gibi etkinliklerle görevlendirilmiştir. Ancak, 8 Haziran 1984 tarih ve KHK/222 sayılı «Çevre Genel Müdürlüğü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname»nin (md. 30)'u ile, Çevre Yasası (md. 4, 5, 6, 7) yürürlükten kaldırılmıştır (222 sayılı KHK. için bkz., Resmî Gazete, 18 Ha-ziran 1984 tarih ve sayı 18435, Mükerrer). Kısaca bu KHK. üzerinde dur-mak yararlı olacaktır.

222 sayılı KHK'nin (md.1)'i «amaç» kenar başlıklıdır. Çevre Yasa-sı (md. 1) ile aynı kapsamdadır; sadece dilde bazı değişiklikler yapılmış-tır : Doğal kaynak ya da zenginlikler yerine tabii kaynak ya da zenginlik-ler denmesi gibi. Bu KHK. ile kurulan Çevre Genel Müdürlüğü'nün görev-leri de (md.2)'de 16 bent halinde sayılmıştır ve Yasanın yürürlükten kaldırılan ilgili hükümleriyle koşut özellikler taşımaktadır. Burada, Çev-re Genel Müdürlüğünün (KHK, md. 2/a)'da ülkenin tabiat, tarih ve kül-

(27) Gerekçeli ve Açıklamalı Çevre Kanunu

Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, Ankara, 1983, sf : 39

(28) — Halûk Tandoğan

agm., sf : 52

tür varlıklarının korunması amacıyla çalışmalar yapmakla da görevlendirilmiş olması, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası (21 Temmuz 1983 tarih ve 2863 nolu Yasa; Resmî Gazete 23 Temmuz 1983, sayı: 18113) alanına girilip girilmediği sorununu gündeme getirecektir. Esasen KHK (md. 30), sadece Çevre Yasası (md. 4-7)'yi yürürlükten kaldırmamış, ilaveten diğer yasalarda KHK'ye aykırı hükümleri de kaldırmıştır. Böylesi geniş kapsamlı görevler yüklenen Çevre Genel Müdürlüğü, Başbakanlığa bağlı tüzel kişiliğe sahip katma bütçeli bir kuruluş olarak yapılaştırılmıştır, (md. 3). Birimin en üst âmiri Genel Müdürün, Başbakanlığa karşı sorumlu olarak yerine getireceği işlevini, mevzuat, kalkınma planları ve yıllık programın yanı sıra millî güvenlik siyasetine de uygun biçimde somutlaştırması sınırının (ölçüsünün) getirilmiş olması, 1980 sonrasının birey karşısında devleti öne alan eğilimi ile uyumludur, (md. 5/1), (md. 7-1)'e kadar Genel Müdürlüğün bünyesinde oluşturulan Ana Hizmet Birimleri, Danışma Birimleri ve Yardımcı Birimler düzenlenmiştir (md. 19-20) ise Mahalli Çevre Kurullarına yer vermiştir. Bu kurullara da oldukça yoğun görevler yüklendiği görülmektedir. Örneğin, Çevre Genel Müdürlüğü kararları çerçevesinde, çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için gerekli kararları alacaktır, (md. 20/a). Öte yanda, Genel Müdürlük, hizmet alanına giren konularda mahalli idarelerle eşgüdüm sağlamakla yükümlendirilmiştir, (md. 23). Ayrıca Genel Müdürlük, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelde düzenlemekle de görevli ve yetkilidir, (md. 24). Diğer Yasalarla Çevre Müsteşarlığına verilen görev, hak ve yetkiler, bu KHK ile Çevre Genel Müdürlüğüne devredilmiştir, (md. 26). Toplam 32 maddeden oluşan bu KHK, yayımlandığı 18.6.1984'ten beri yürürlüktedir.

Çevre Yasasına döndüğümüzde, çevre korunmasına ilişkin önlemler ve yasalar bölümünde geçen «kirletme yasağı», hem ilgililere hem de kirletenlere getirilmiştir. Ne ki, bir ayrım da var. İlgililer, kirlenme olasılığının bulunduğu durumda kirlenmeyi önlemekle yükümlü iken(bu tümce ile hedefin, bir sonuç olan kirlenme değil ve fakat o olasılığın bertaraf edilmesi olması gerekir), kirlenme durumunda kirleten, durdurma, etkileri giderme ya da azaltmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür, (md. 8/II). Bu fıkra düzenlemesinde hukuksal açıdan önem taşıyan yön, bir sonuç olarak, doğrudan kirlenmenin ön plan alındığıdır (29). Sözü edilen görüş açılırsa, hukuka aykırılığı belirleyici faktörün, kirlenme sonucu olduğu saptanır. Kanımızca bu yorum, (md. 8/II)'nin ikinci tümcesi bağlamında geçerli olabilir. Yukarıda da vurgulandığı gibi, ilk

tümce çerçevesinde, bizi kirletme olasılığı, daha açık deyişle kirletme olasılığını içinde barındıran o faaliyetin gerekli önlemlerle dohatılmasızın başlatılması, hukuka aykırılık bakımından yeterli sayılmalıdır. Teknolojinin bugün ulaştığı aşamada, öngörülmeyecek risk faktörlerini determinan olarak görmek gerçekçi bir yorum sayılmamalıdır. Bu ölçütün ışığında değerlendirildiğinde, kirletenin sorumluluğuna gitmek (bir önkoşul olarak, kirleteni saptamak) için, mutlaka onun hukuka aykırı bir eylemi zorunlu değil, ama kirlenme sonucu zaten, bunun öncesinde de işin niteliğinin zorunlu bir uzantısı sayılmak gereken önleyici etkinliklerin alınmamış olması yeterli görülmelidir.

Çevre Korunması kenar başlıklı (md. 9)'a göre, kırsal ve kentsel alandaki arazinin aşırı ve yanlış kullanımı nedeniyle ülkenin temel ekolojik sistemlerinin dengesinin bozulması, hayvan ve bitki türlerinin nesillerinin tehlikeye düşürülmesi, doğal zenginliklerin bütünlüklerinin tahribi yasaktır. Bu hükümdeki anlatım da yine kavram karmaşasına yol açmaktadır. Örneğin, «doğal zenginliklerinin bütünlüğü» nedir ve bu nasıl, hangi oranda bir uygulama olduğunda bozulur? Yasa, ekolojik denge kavramına yer vermişti ve tanımlamıştı. Bu hükümdeki «ekolojik sistemlerin dengesi»nden ne anlamak gerekmektedir? Üstelik burada «temel ekolojik sistem» nitelemesiyle (30) ayrı bir alan da yaratılmak istenmiştir. Temel olmayan diye bir kategori var mıdır? Dahası, ekolojik dengenin

(30) — Harold Brookfield

«İnsan ve Çevre - Dizgeler Üstüne»

Yerleşim ve Çevre Bilim Sorunları, çev: K. Kartal, sf: 160 - 187

«Çevre - dizgeler (ekolojik sistemler), doğal ortamlarıyla birlikte belirgin bitki ve hayvan yaşam kümeleri olarak tanımlanırsa, yoğun biçimde kullanılan her hangi bir çevre - dizgede insan, egemen hayvan, onun yetiştirdiği ürünler de egemen bitki olarak yer alırlar, İnsan olmasaydı, çevre - dizge varolamayacaktı. İnsan olmasaydı, o, varlığını koruyamazdı. İnsan tarafından kullanılan tüm çevre dizgeleri, değişik derecelerde, insanın etkinliği ile yaratıldı ya da değiştirildi...»

— William W. Murdoch

«Ecological Systems»

Environment : Resources, Pollution and Society

Sinauer Associates Inc. - Publishers, Stamford, Connecticut, 1971, edit : W. Murdoch, p : 1 - 28

«İnsanın etkisi her tarafta varolduğundan beri, bütün ekolojik sistemlerin, insan ekosistemleri olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, insanın içinde başat (baskın) rol oynadığı insan ekosistemleri sınıflandırılır. İlgilendiğimiz ekosistem türü, özellikle besin üretiminde odaklaşarak insanın geniş çaplı yönetsel etkinliğini içerir. İnsanın en önemli ekolojik karakteri, kendi çevresini yönetme ve denetleme kapasitesidir.

bozulmasının sadece arazinin yanlış ve aşırı kullanımına bağlamanın yerindeliği de tartışma götürür.

(md. 11), kurum, kuruluş ve işletmelerin, arıtma tesis ya da sistemlerini kurup çalışır hale getirmeden, işletme ve kullanma izni almayacaklarını hükme başlamıştır. Bu bağlamda, işletme ve kullanım iznini verecek merciin neresi olduğu önem kazanır. İkinci fıkrada, işletme izni sonrasında faaliyette değişiklik yapılacaksa önceden mahallin en büyük mülkî âmirine haber verme yükümü getirildiğine göre, ilk fıkradaki izin verme tasarrufunun yetkilisi ile mülki amirin bütünleştiği izlenimi ediniyor. Esasen (md. 15) düzenlemesi düşünülmeli burada. Zira, yasaklara aykırı devinen ya da yasal yükümlülüklerine yerine getirmeyen kurum, kuruluş ve işletmelerin faaliyetlerinin mahallin en büyük mülkî âmiri tarafından durdurulacağı belirtilmiştir.

Faaliyet durdurulması öncesinde «yeteri kadar süre» verilerek aykırılıkların giderilmesi için olanak tanınacağı (md. 15/I) hükmünde, bu süreyi takdir etmenin mülkî âmire hangi koşullarla bırakılacağı sorusu açıktır. (md. 15/II)'de ise, tanınan süre içindeki faaliyetlerden ötürü ayrıca ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bir Çevre Yasasında bundan daha aykırı bir madde bulmak her halde olası değildir. Bu hükümle verilen süre boyunca kirlletici nitelikte, yasaklara aykırı etkinliklerin sürdürülmesine yasal olanak tanınmaktadır. Aynı mantığın sonucu olduğu için şaşırtıcı sayılmamalıdır ki, (md. 15/III)'e göre, önlem almamakta direnen işletmenin faaliyeti yalnızca tamamen ve süresiz olarak değil, aynı zamanda kısmen ve süreli olarak da durdurulabileceğini düzenlemiştir.

(md. 16/11)'de çevre kirliliği toplum sağlığı bakımından tehlike yaratırsa, mahallin en büyük mülkî âmirinin vereceği kararla faaliyetin durdurulabileceği yahut bu hallerde (md. 16/I) Sağlık Bakanlığı'nca re'sen ya da Çevre Müsteşarlığı'nın (222 sayılı KHK. md. 26 uyarınca bu birim artık Çevre Genel Müdürlüğüdür) istemi üzerine bu faaliyetin «geçici bir süre» için kısmen ya da tamamen durdurulacağı ve bu kararın mahallin en büyük mülkî âmirince uygulanacağı vurgulanmıştır. Çevre kirliliğinin toplum sağlığı açısından tehlike yaratacağı aşama ya da yaratmayacağı aşama gibi zorlama bir ayırımın, kitlesel ölümlerin eşiğine gelinmedikçe faaliyetin sürmesi esasının benimsendiğinin göstergesi olduğu düşünülebilir. Tehlikeli hallerde etkinliğin kısmen ya da tamamen durdurulmasına ilişkin sözü geçen tasarrufun geçici süre ile sınırlandırılmış oluşunun mantığını açıklamak olası değildir.

Çevre kirliliğini önleme fonu adı altında toplanacak gelirin, (md. -9/V, a - j) sayılan toplam 10 amaçla kullanılması keyfiyeti, fonun öngö-

rülen çapı ile karşılanıp karşılanmayacağıının irdelenmesini gerektirir. Çünkü, kirliliği önleyici araştırma etkinliklerinden doğrudan çevrenin temizlenmesine, eğitici faaliyetlerden personel yetiştirilmesine, teknoloji, proje, araç - gereç satın alınmasından kredi verilmesine dek saptanan geniş kapsamlı gider alanlarının, (md. 18)'de belirtilmiş gelirler karşısında yetersiz kalabileceği düşünülebilir. Nitekim yasakoyucu, 4 Haziran 1986 tarih ve 3301 nolu «Çevre Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun» (Resmî Gazete, 19.6.1986) ile Çevre Yasasında bir dizi değişiklik yapmış ve fona ayrılarak oranları artırarak yeniden belirlemiştir. Toplam 8 maddeden oluşan 3301 nolu Değişiklik Yasası, fonlardaki artışların yanında idarî cezalarda yetkiyi de düzenlemiştir. Aşağıda değişiklik hükümleri metin içersinde işlenerek irdelenmektedir.

Fonun gelir kaynaklarına ilişkin düzenleme, vatandaşa ve ilgili kuruluşlara yeni malî yükler getirmektedir. Örneğin, hava taşıt araçlarından yurtiçi taşımaları için ayrıca alınacak yolcu başına bilet bedelinin binde beşi (eskisi, binde iki), taşınan yük için ton başına yılda 500 TL. (eskisi, 100 TL.) yahut fabrika, atölye gibi yerlerin yansıra eğlence yerlerinden de ayrıca alınacak gelir vergisinin binde üçü (eskisi, binde biri) türünden hükümler konmuştur, (md. 18/1, c, d), (31). Fondaki temel payın, Çevre Müsteşarlığının (Genel Müdürlüğün) bütçesine bu amaçla her yıl konan ödenek olduğu (md. 18/e) görülüyor. Teknik açıdan bu fon, genel bütçenin dışındadır.

Fondan yapılacak giderlere gelince : Bu giderlerin 1050 nolu Muasebi Umumiye Kanunu ve 2490 nolu Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu hükümlerine bağlı kılınmaması yoluyla, gerek fonun kullanılmasında aracılık yapacak Çevre Genel Müdürlüğü gerekse de fonun ita âmiri olarak belirlenmiş Genel Müdürlüğün bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığının (md. 19/1 ve II) takdir ve tasarruf alanı genişletilmektedir. Çünkü, fonun gelir ve giderlerine ilişkin belgelerin Sayıştay'ın denetiminden geçirilmesi durumu daha çok bir tür muasebe denetimi niteliğinde olup, gider öncesinde onların yerindeliliğini saptamaya yönelik değildir. İlgili belgeler Sayıştay'a bütçe yılının bitiminden itibaren 3 ay içersinde gönderilecektir, (md. 19/III).

(31) — Diğer fon oranları şöyledir :

Motorlu taşıt araçlarının fenni muayeneleri sırasında ayrıca alınacak fenni muayene ücretinin onda ikisi, (eskisi onda biri), (md. 18/a). Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre gemi siciline tescil edilen her türlü deniz aracından gros ton başına her yıl alınacak bin TL, (eskisi, 10 TL), (md. 18/b).

Çevre Yasasının (md. 20-27)'yi kapsayan 5. Bölümü ceza hükümlerine yer vermektedir. 3301 nolu Yasa ile ceza miktarları artırılmış. Örneğin, (Çevre Yasası, değişik, md. 20/a)'ya göre, (md. 8/1)'e aykırı düşenlere 100.000 TL. (eskisi, 10.000 TL.); (md. 8/11)'ye aykırı düşenlere 500.000 TL. (eskisi, 50.000 TL.); (md. 14)'ün ihlâlinde ise 50.000 TL. (eskisi, 25.000 TL.) para cezası verilebilecektir, (3301 nolu Yasa, md. 2). (md. 13)'ün ihlâlinde bu paar cezası 1.000.000 TL. (eskisi, 100.000 TL.)'ya kadar çıkmaktadır. İhlâli, kuruluş ya da işletmeler yaparsa, cezalar 3 ile 5 katı artırılarak verilebilecektir. Aynı biçimde, (md. 21), kuruluş ve işletmelere (md. 11 ve 12)'ye aykırı eylemleri nedeniyle verilecek idarî cezaları; (md. 22) ise gemiler için verilecek cezaları düzenlemiştir. Tekrarlanan fiiller için cezalar bir katı artırılarak verilecektir, (md. 23).

Bu Yasanın idarî nitelikte öngördüğü cezalar, aykırılık eylemleri için diğer yasalarda düzenlenmiş cezaların uygulanmasına engel değildir, (md. 27). Yasakoyucu bu konuda ayırık bir hal de eklemiştir. Çevre Yasasına göre yürürlüğe konulacak yönetmeliklerin yayımından sonra, deniz kirliliğinin önlenmesi hakkında 618 nolu Limanlar Yasasının (md. 4 ve 11) gereği yürürlükte bulunan ceza hükümleri uygulanmayacaktır, (md. 32 ve Geçici Madde). Öte yanda Bakanlar Kurulu, (md. 18/a, b, c, d)'de öngörülen fona katılma payları ile (md. 20, 21 ve 22)'de belirtilen cezaları 10 katına kadar artırmaya yetkili kılınmıştır, (Ek madde).

(md. 26)'da ise, idarî nitelikli cezalar için özel bir hal düzenlenmiştir. Kuruluş ve işletmeleri, faaliyetlerinin denetlenmesi için, çıkardıkları atık ve artıkların özellik ve miktarlarına ilişkin bilgileri sürekli ve düzenli olarak belirlemek ve bu hususu belgelemekle yükümlü kılan (md. 12)'ye, gerek gerçeğe aykırı belge düzenleyerek gerekse yetkili makama yanlış ve yanıltıcı bilgi vererek aykırı düşenlere, mahkemece hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Birinci halde öngörülen 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası, yapılan fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği durumlar için geçerlidir.

(md. 20-23)'deki idarî nitelikli cezaları vermeye yetkili olan, doğrudan doğruya mahallin en büyük mülkî âmiridir. Mülkî âmir, kirlilik standartlarını belirleyen ilgili yönetmeliklerin çıkarılması tamamlanmadığına göre, idarî ceza uygulayacağı kirlilik sınırını hangi ölçütlerle takdir edecektir? (md. 22)'de düzenlenen gemiler ve deniz araçları için verilecek cezalar bakımından ise yetkili makam, büyükşehir belediye sınırları içinde kalan (Türkiye'de halen 4 büyükşehir belediye örgütlenmesi yapılmıştır : Ankara, İstanbul, İzmir ve Adana) sahiller, boğazlar, liman ve körfezler, göl ve akarsularda Büyükşehir Belediye Başkanlığı, diğer denizlerimizde ise Sahil Güvenlik Bot Komutanıdır, (md. 24/a, b). Büyükşeh-

hir belediyesi sınırları dışında kalan yerlerde ise, en büyük mülkî âmirin ceza verme yetkisi saklıdır, (md. 24/c). Bu son hal, (md. 22) bağlamına özgülenererek vurgulanmakla birlikte, hukuk mühendisliği bakımından gereksiz bir yineleme sayılabilir. Zira (md. 24/1), en büyük mülkî âminin bu konudaki yetkisini, genel kural olarak, zaten düzenlemektedir ve (md. 22) için de bir yetki boşluğundan söz edilemez.

‘Büyükşehir belediye başkanlığına bu yetkinin verilmesinin temel nedeni, (md. 24/a)’da düzenlendiği gibi, kesilen para cezalarının % 20’sinin büyükşehir belediyesine verilmesi yoluyla belediyelerin gelirlerinde artış sağlamaktadır. Bir tarafta sahil güvenlik bot komutanına ceza verme yetkisi verilirken, öte tarafta belediye başkanlığına bu yetkinin verilmesi yasal bir zorunluluktur. Çünkü, 1608 nolu, 15 Mayıs 1930 tarihli «486 Nolu Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun»un (Resmî Gazete, 20 Mayıs 1930, sayı : 1498) değişik (3764 nolu Yasa, 3 Ocak 1940). 1. maddesi, belediye meclis ve encümenlerinin ceza vermeye yetkili bulunduğunu düzenlemiştir.

İdarî cezalara karşı itiraz, cezanın tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içerisinde yetkili idare mahkemesine yapılabilir. İtiraz, cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. Zaruret yoksa, itiraz, evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılır. Mahkemenin vereceği karar kesindir, (md. 25). Bu madde de pek çok açıdan irdelenmeyi gerektirir niteliktedir. Bir kez, Çevre Yasası, geniş kapsamlı ve yoğun para cezaları öngörmesine karşın sadece itiraz yolunu açmıştır. Başka söyleyişle, bunun bir dava olmadığı ve dava yolunun getireceği hukuksal olanaklara kapıları kapatıldığına işaret etmek gerekir. (md. 25)’in öngördüğü sistemin, bir bakıma, idarî vesayet sistemini andırdığı söylenebilir.

Bir başka özellik, itirazın cezaı durdurmayaacağı noktasıdır. Oysa, cezanın durdurulmaması, telâfisi güç ya da olanaksız zarar (burada bu zarar, bir durum olarak anlaşılmak gerekir) doğmasına yol açabilir. Bir yanılığa düşerek buradaki yaptırımını sadece para cezası sanmamak gerekir. Zira düzenlemeye göre, para cezası derhal ve def’aten ödenmezse ve bu hususta teminat ve kafelet gösterilmezse, bu deniz araçları seyrüseferden ve faaliyetten men edilecektir.

Ayrıca, itiraz süresinin kısa tutulup tutulmadığı, itirazın evrak üzerinden incelenmesinin sakıncaları ve itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapatılmış olması, sorun öbekleridir.

Eklenebilir ki, son fıkranın «itiraz üzerine verilen cezalar kesindir» biçimindeki ifade bozukluğu da dikkat çekmektedir. Olsa olsa, itiraz sonrasında, itirazın reddi üzerine verilen cezaların kesinliğinden söz edilebilir.

Yasanın ilgi çekici bir hükmü de, İdarî Makamlara Başvurma kenar başlığı (md. 30)'dur. Buna göre çevreyi kirleten ya da bozan faaliyetten zarar gören ya da haberdar olan gerçek ve tüzel kişiler, idarî makamlara başvurup bu etkinliğin durdurulmasını isteyebilirler. Başvuru olanağı sadece zarar görenlere özgülenmemiş ve fakat bu kirletici ve bozucu etkinlikten haberdar olan kişilere de tanınmıştır. Böylece zarar ile zarar görme arasında doğrudan bağlantı bulunmasına ilişkin, klasik başvuru koşulu genişletilmektedir (32). Ancak, haberdar olana, adlî mahkemelerde kirletmenin durdurulması için dava açma yetkisi tanınmamıştır.

(md. 30)'da geçen «bozma» kavramını, (md. 2/a ve c)'deki «çevre korunması» ve «çevre kirliliği» kavram öbekleri içerisinde vurgulanan «ekolojik dengenin bozulması» ile daha dar anlamda «hava, su ve toprakta bozulma» biçiminde anlamak gerekmektedir. Aslında, (md. 30)'daki «haberdar olan» kavramının arkasında yatan mantık ile (md. 3/a)'nın gerçek ve tüzel kişiler ve vatandaşları zikreden yaklaşımı bütünlük göstermektedir.

(md. 31)'e göre, Yasanın yürürlüğe girmesinden başlayarak en geç 1 yıl içerisinde hazırlanıp yürürlüğe konması gereken ilgili yönetmeliklerden, 1986 yılı başına kadar, sadece «Çevre Kirliliğini Önleme Fonu Yönetmeliği» çıkartılabilmektedir. Bu da, Yargıtay Başkanının da işaret ettiği gibi (33), Yasanın uygulanmasını geciktirmektedir. Ancak 1986 yılı içinde çıkarılması gerekli yönetmeliklerden ikisi daha yayımlanıp yürürlüğe konmuştur. Bunlar, (2 Kasım 1986 tarih ve 19269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan) «Hava Kalitesinin Korunması» ile (11 Aralık 1986 tarih ve 19308 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, «Gürültü Kontrol Yönetmeliği»dir.

(32) — Başvuru alanı, genişletilmekle birlikte, pratikte büyük adım atılmış sayılmaz.

Zira, (md. 30) bağlamında üzerinde asıl durulması gereken yön, haberdar olana da idareye başvurma hakkının getirilmesine karşın, idarenin bu başvuru üzerine hareketsiz kalması durumunda ne yapılabileceğinin, daha açık deyişle hangi yolla harekete geçirilebileceğinin netliğe kavuşturulmamış olmasıdır. Haberdar olan, doğrudan zararın mağduru olmadığından bir tam yargı davası açamayacaktır. Tartışılabilir nokta, idarenin hareketsizliği üzerine bir iptal davası açmak yoluyla idarenin eyleme geçmeye zorlanıp zorlanamayacağıdır.

(33) — Nihat Renda

1.11.1985'te «Çevre Kirlenmesinden Doğan Hukukî Sorumluluk konulu sempozyumu açış konuşması,

Yargıtay Dergisi, C : 12, Ocak - Nisan 1986, S : 1 - 2, sf : 5-7

C) Ara Değerlendirme

Buraya kadarki inceleme neticesinde bazı ara sonuçları, değerlendirilmeleri çıkarmak olasıdır.

Çevre Yasasının, ilkece, bu alanda Türk hukukundaki bir boşluğu doldurduğuna kuşku yoktur. Gerçi Çevre Yasası öncesinde, cesur yargı kararlarıyla (34) ve alana ilişkin dağınık ve dolaylı hükümler içeren çeşitli düzenlemelerin (Umumî Hıfzıssıhha Kanunu, Limanlar Kanunu, İl İdaresi Kanunu, Belediyeler Kanunu, vb.) (35) yorumlanmasıyla sözü geçen boşluk doldurulmaya çalışılmaktaydı. Ne var ki, özel bir yasa gereksinimi (tıpkı şu an halen Tüketicinin Korunması alanında duyulan gereksinim gibi) açıkltı ve bu bakımdan Çevre Yasası önemli bir adımdır. Eklenmesi yerindedir ki, Yasanın sistematiğinden uygulanmasını zorlaştıran alt düzenlemelerin geciktirilmesine dek bir dizi sorun gündemdedir henüz.

2872 nolu Yasa ancak bundan sonra, yani ilgili yönetmeliklerin çıkarılmaya başlanmasının ardından uygulamada somutlaşabilecektir. Bunda da, yargı yerlerinin dinamik tutumları, çevre koruma bilincinin hukuksal güvencelere kavuşturulmasında etkin olabilecektir. Aynı süreçte, hukukçuların Çevre Yasasının prosedürlerini çalıştırmak konusunda duyarlı girişimleri işlevsel öneme sahiptir.

Çevre Yasasının temel açmazı, kalkınma süreci ile çevre korunması ve çevrenin iyileştirilmesi süreçleri arasında değersel bir sıradüzen (hiyerarşi), bir öncelik-sonralık sorunu öngörmesi ve tercihini de birinciden yana kullanmasıdır. Bu nokta, yasanın varoluş mantığı ile uyumlu değildir.

Türkiye’de çevreyi kirlüten, ekolojik dengeyi bozucu etkinliklerde (36) bulunan işletmelerin başında kamu kurum ve kuruluşları gelmektedir. Yasanın, çağdaş bir çevre koruma ilkesi olan «kirlüten öde-sin» ölçütü benimsemiş olması, en büyük kirleticisi devlete düşen görev ve sorumlulukları da yoğunlaştırmaktadır.

(34) — Bir örnek karar için bkz.,

E. 14350, K. 14955, tarih : 15.12.1981

Yargıtay Kararları Dergisi, C : VIII, S : 7, 1982, sf : 921, vd.

(35) —Türk Çevre Hukukuna temel oluşturan bu dağınık düzenlemelerin tarama sonucu kapsamlı bir lis tesi için bkz.,

— Engin Ural

Çevre ve Hukuk

Türkiye Çevre Sorunları Vakfı yay., Ankara, 1981, Sf : 59 - 80

(36) — Türkiye’de kamu kurum ve kuruluşlarının baş kirleticisi olduklarına resmi açıklamalı bir örnek olarak bkz.,

Sosyal hukuk devleti anlayışından bir önceki anayasal döneme göre daha fazla uzaklaşılması ve çevre sağlığını doğrudan ilgilendiren temel yatırım kararlarının (güncelliği bakımından Gökova'ya termik santral, Akkuyu'ya nükleer reaktör yapımına ilişkin karar, uygulama ve tartışmalar anımsatılabilir) alınması sürecinde, kamunun o spesifik konudaki eğilimini demokratik açıklık ve demokratik katılım ilkeleri gereğince kamuya danışılmak gerekirken ihmal edilmesi karşısında, bir başına Çevre Yasasına bel bağlamanın da pek tutarlı olduğu söylenemez. Başka bir anlamla, yasa çıkarmakla, devlete düşen sorumluluk bitmez.

Çevre korumanın etkinleşmesi, kalkın bu konudaki duyarlılığının, diğer deyişle tepki gösterebilme bilincinin gelişmesine ve yoğunluğuna bağlıdır. Kamuya mal edilmeyen bir hakkın, kamuca tahrik edilerek çalıştırılmayan hukuksal kurumların, somutta pek anlamı olmaz. Kamu sesini, örgütler aracılığı ile duyurur. Bu açıdan bakıldığında, Çevre Yasasının, çevre korumaya kapsamlı bir kamu katılımını sağlayacak hukuksal kurum ve süreçlere, yasanın elverdiği sınırlar içerisinde kalarak bile yer vermemesi bir eksikliktir. Vatandaşın hukuksal ya da cezasal sorumluluğunu belirlemekle yetinmek yeterli sayılamaz. Esasen, 1982 Anayasası ve ona koşut düzenlemelerin genel ve özel sınırlama hükümlerinden sonra, kamuoyunu oluşturacak araç ve yöntemlerin daha dar bir alana itildiği bilinmektedir. Bu bağlamda, sözü edilen konu bakımından Çevre

Kocaeli Valisi İhsan Dede'nin açıklamasına göre, İzmit Körfezini 27 sanayi kuruluşu kirletmektedir. Bunların en başında da SEKA gelmektedir. İGSAŞ'ın da körfeze hiç bir artık vermemesi halinde % 70 oranında kirlilik azalacaktır.

Cumhuriyet Gazetesi

24.12.1986, Say : 22389, sf : 14

- İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığının bu bölgedeki kirliliği önlemek amacıyla Çevre Yasasının verdiği yetkiye dayanarak 10'ar milyon TL. ceza kestiği kuruluşların başında Türkiye Elektrik Kurumu, Sümerbank, Çementaş gelmektedir. Açıklamaya göre, cezaların ardından bu kuruluşların aldıkları önlemlerle hava kirliliği çalışmaları % 65 oranında başarı sağlandı.

Cumhuriyet Gazetesi

30.12.1986, Sayı : 22395, sf : 7

- Doç. Dr. Hünay Evliya, Çukurova Üniversitesi'nde yapılan araştırma sonuçlarını açıklarken belirttiğine göre, asit yağmurları Türkiye'de de etkili olmaya başladı. Artvin ve Murgul'da binlerce ladin ve köknar ağacının öldüğü, Yatağan yöresinin termik santralin çevreye attığı kirleticiler, Sivas Divriği'deki Ulucaminin asit yağmurları nedeniyle tahrip olduğunu belirtti.

Cumhuriyet Gazetesi

2.2.1987, Sayı : 22429, sf : 16

Yasası ilgili mevzuatın genel mantığı ile tutarlı ve fakat çağımızın karmaşık gereksinimlerini karşılama bakımından sorunludur (37).

Çevre Yasasının hiç değinmediği konulardan birisi de çevrenin, ekolojik dengenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi, çevrenin yeniden canlandırılmasına ilişkin eğitim boyutuna tamamen yabancı kalmasıdır. En azından, ilgili kurumların saptanmasından başlayarak örgüt, program, yöntem ve araç - gereç konularında, yetkili ve görevli olması gereken birimlerle işbirliğini hükme bağlayan bir maddeyi metne yerleştirmek düşünülebilir.

Teknik hukuk açısından Çevre Yasasına yapılabilecek bir diğer eleştirel saptama şudur. Çevre Yasası, çevre kirlenmesinden doğrudan ya da dolaylı biçimde zarar gören kimselerin, dava açma yoluyla bu kirlenme sürecini durdurmalarını sağlayacak hukuksal mekanizmayı getirmemiştir. Kaldı ki, çevre kirliliğinden çoğu kez zarara uğrayan birden fazla kişilerdir. Türk hukukunda, ABD'de kurumsallaştırıldığı gibi, «class action» denilen «yığın adına dava» açma yolu geliştirilmemiştir. Bilindiği gibi bu tür kurumlar, dağınık ve kollektif çıkarların bireyler ya da birey toplulukları eliyle izlenmesini sağlamaktadır. Yine ABD hukukundan örneklenerek sorun açılabilir. Örneğin, 1970 tarihli «Temiz Hava Yasası» (Clean Air Act ile, sadece Çevre Koruma Kurumu değil, fakat vatandaşlar da, çevreyi kirlenmelere karşı dava açma hakkıyla donatılmışlardır. Bir başka örnek İtalyan hukukundan verilebilir. Prof. Mauro **Coppeletti**'nin (İÜHF, Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı bir konferansta «Dağınık Hakların Korunması» başlıklı bildirisi) verdiği bu örneğe göre, 1967 tarihli bir yasa ile İtalya'da, yerel imar makamları tarafından yasalara aykırı olarak imar izni verilmesi durumunda, bireyler sözkonusu idari işleme karşı dava açma hakkına sahip kılınmışlardır. Türk Çevre Yasası, bu örneklerin somutlaştırmaya çalıştığı türden bir hukuksal kuruma ve prosedüre yer vermediği için, pratikte, büyük bir adım atmış sayılamaz.

IV — Yargı Kararları Pratiği

1982 TC. Anayasası (md. 56) düzenlemesi doğrultusunda çıkarılan ve 11 Ağustos 1983 tarihinden bu yana yürürlükte bulunan Çevre Yasa-

(37) — Çalışmanın Anayasaya özgülenen bölümünde de belirtildiği üzere 1982 TC. Anayasasındaki düzenlemeyi dikkatle incelemek ve kolay yargılara düşmemek gerekir.

Bir karşılaştırma yapmak için bkz.,

Fehmi **Yavuz** - Ruşen **Keleş**

Çevre Sorunları

AÜSBF yay : 534, Ankara, 1983, sf : 267, vd.

sı hükümlerinin doğrudan yargı kararları pratiğine yansımaları oldukça yavaş gelişmektedir.

Bu olgunun temel nedeni, yukarıda belirtildiği üzere, ilgili alt düzenlemelerin çıkarılmasındaki gecikmeler. Yeni alt düzenlemelerle birlikte, Çevre Yasasının, bundan böyle daha yoğun biçimde yargı kararlarında yer alacağı açıktır.

Üst mahkeme Yargıtay'ın Çevre Yasası kapsamındaki uyumsuzluklara ilişkin kararları sayılıdır. Nitekim, Yasa (md. 31) uyarınca 1 yıl içerisinde çıkarılması öngörülen kirlilik yönetmeliklerinin sürenin dolduğu 11 Ağustos 1984 tarihine dek çıkarılmaması, diğerleri için de 1986 sonlarının beklenmesi nedenleriyle, 1984 ve 1986 yılı Yargıtay Kararları Dergisi'ne 2872 nolu Yasaya yollama yapan yargı kararları geçmemiştir.

1985 yılında ise iki karar yer almaktadır.

Bu kararlardan ilki, Yargıtay 2. CD.'nin (E. 1984/12016, K. 1984/11133, tarih : 4.12.1984) verdiği bir karardır (38).

Olayda sanıklar, kirli suları okul bahçesine akıtmışlardır. Yargıtay'a göre bu eylem, Çevre Yasasının 8. maddesi delâletiyle 20. maddesine aykırıdır. Bu durum, idarenin görevine giren bir suçtur. O halde gereği, idarî makamlar tarafından yapılmak gerekir. Bunun için mahkeme, görevsizlik kararı vermesi gerekirken yazılı madde ile hüküm kurması bozma nedenidir.

Usule ilişkin bir saptama (görevsizlik) yapan Yargıtay'ın bu kararında üzerinde durulabilecek bir yön, eylem (md. 8)'den hareketle ele alındığı için, o tarihte henüz kirlenme standartlarına ve önleme yöntemlerine ilişkin yönetmelikler yayınlanmamasına karşın (md. 8 ile 20) bağlantısını kurmasıdır. Öte yanda Yargıtay'ın kararındaki «gereği idarî makamca yapılmak üzere» ifadesinin arkasında, suçun idarî nitelikli oluşuna bağlı olarak, (md. 24)'te kirletmeye ilişkin bazı idarî cezaları vermeye mahallin en büyük mülki amirinin yetkili kılınması yatmaktadır. Oysa, idari cezayı gerektirecek kirlilik sınırını saptamayı idarî ajanın takdir yetkisine, geçici de olsa (39), bırakmanın isabeti kuşkuyla karşılanmak gerekir.

Diğer karar, Yargıtay 7. CD.'nin (E. 1985/7632, K. 1985/48, tarih : 15.1.1985 verdiği karardır (40).

(38) — Yargıtay Kararları Dergisi

C : XI, S : 4, Nisan/1985, sf : 580, 581

(39) — Gereğeli ve Açıklamalı Çevre Kanunu

Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, Ankara, 1983, sf : 74

(40) — Yargıtay Kararları Dergisi

C : XI, S : 6, Haziran/1985, sf : 906, 907

Bu olayda sanığın eylemi, fosseptik artıklarının, bahçedeki bina arkasında bulunan ıskılandırma boşluğuna atılmasıyla oluşmuştur. Sanık 1593 sayılı UHK. na aykırılıktan mahkûm edilmiş alt mahkemece, Yargıtay'a göre ise, eylemin, Çevre Yasası (md. 2 ve 8) aracılığı ile (md. 20/a)'ya uygun bulunup bulunmadığı araştırılmadan, 1593 sayılı Yasanın ilgili hükümlerini ne biçimde bozduğu tartışılmadan hüküm verilmesi yasaya aykırıdır.

Burada Yargıtay, bir önceki kararda kurulan bağlantıyı kendisine yine esas almıştır. Ancak, (md. 8 ve 20) ilişkisini biraz daha açarak, tanımları düzenleyen (md. 2)'ye de yollama yapmıştır yüksek mahkeme. Bu karar da, üzerinde durulan ilk kararda vurgulanan noktalardan eleştiriye açıktır. Ayrıca Yargıtay'ın burada, önceki kararda altını çizdiği eylemin bir idarî suç olup olmadığı ve gereğinin yapılmasının da idareye düşeceği görüşünü yeniden vurgulamadığı dikkati çekmektedir. Bu olayda, bir yandanda UHK. nun gündemde tutulması, Çevre Yasası bakımından sorun yaratmaz. Zira, (md. 27)'ye göre, Çevre Yasasında yazılı eylemler hakkında verilecek idarî nitelikteki cezalar, bu eylemler için diğer yasalarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz.

Çevre Yasası hükümlerinin istikrarlı ve yerleşik biçimde yargı kararları pratiğine yansması önümüzdeki dönemde yoğunlaşabilecektir. Halen Çevre Yasası öncesinde kullanılan hükümlere yargı yerlerinde rağbet edildiği izlenmektedir.

Özel Hukuk bağlamında, (MK. md. 661)'in düzenlediği «Komşuluk Hukuku» bu süreçte kullanılmaktadır. Yargıtay 8. HD. nin (E. 1985/11426, K. 1985/11344, tarih : 25.11.1985) yeni bir kararı örneklenebilir (41).

Bu kararda Yargıtay, bir kimse mülkünü belli kurallara uymak suretiyle istediği şekilde kullanabilir, ancak komşusuna zarar vermeme- si gerekir kuralını yinedikten sonra, bugünkü yaşam koşulları da göz- önünde tutulmak suretiyle madde hükümlerinin «çevre ilişkilerine uy- gun şekilde yoruma bağlanması» gerektiği görüşünü vurgulamıştır.

Öte yandan Ceza Yasasında çevreyi kirletmeyi yaptırıma bağlayan özel bir hüküm yer almamakla birlikte, buyruklara aykırı davranışı düzenleyen (md. 526), çevre koruma sürecinde dolaylı bir araçtır. Örnek olarak, Yargıtay 7.CD. nin (E. 1986/95, K. 1986/6293, tarih : 20.5.1986) (42), 1593 nolu (UHK. md. 27) Hıfzıssıhha Meclislerini, yörenin sağlık

(41) — Yargıtay Kararları Dergisi
C : XII, S : 5, Mayıs/1986, sh : 675-677

(42) — Yargıtay Kararları Dergisi
C : XII, S : 10, Ekim/1986, sf : 1564

durumu konusunda gerekli önlemleri almakla yükümlü kıldığından... ilişkinin alınmış bir karar varsa eylem, (TCK. md. 526) daki suçu oluşturur biçimindeki kararı ile 2.CD. nin (E. 1986/652, K. 1986/489, tarih : 28.1.1986) (43), deniz kıyısından, kıyıyı değiştirecek ölçüde kum ve çakıl almak eyleminde, sahilden kum alınamayacağı konusunda yetkili makamlarca alınmış ve ilân edilmiş bir buyruk varsa, buna aykırılık (md. 526/1) deki suçu oluşturur diyen yeni kararları belirtilebilir.

(43) — Yargıtay Kararları Dergisi.

C : XII, S : 8, Ağustos/1986, sf : 1211 - 1212

BİR GAYRİMENKULÜ SATIN ALANLAR ARASINDAKİ ADİ ŞİRKET

Çeviren :
Kemal DAYINLARLI (*)

Herbiri yarısını müşterek mülk olarak iktisap edecek olan iki satınalıcıyı öngören bir gayrimenkul satış vaadi. — Diğerinin haberi olmadan alıcılardan birisi tarafından iktisap. — Müşterek mülkiyetin geçirilmesi için diğer tarafın açtığı dâva. — Önce Kanton Mahkemesi tarafından, daha sonra da dâvalının karar düzeltme müracaatı üzerine Federal Mahkeme tarafından kabul edilen dâva.

Borçlar Kanunu 530/2 vd.

Bir gayrimenkulü iktisap etme ve onun gelirinden faydalanma amacıyla olan bir âdi şirketin kuruluşu :

1) Ortaklardan biri eğer gayrimenkulü tek başına iktisap ettiyse, diğeri müşterek mülkiyetin geçirilmesi için ona karşı bir dâva açar.

2) Bu gayrimenkulden istifade etmenin şekli hususunda çıkan aralarındaki ihtilâf, eğer şirket sözleşmesinin kuruluşundan sonra meydana geldiyse sözleşmenin geçerliliğini bozmaz.

3) Aynı ihtilâf, eğer bu kararlaştırılan sosyal amacın gerçekleşmesini imkânsız kılarırsa, şirketin tasfiyesi sonucuna götürebilir.

Winiker c. Eng, 23 Ağustos 1984; RO 110 II 287

A) 29 Temmuz 1977 tarihinde bir resmî senetle Wärtli adındaki şahıs, Winiker ve Eng adındaki iki şahsa Aarau'deki bir ev için satış vaa-dinde bulunur. «Satış şartları» başlığı altında gayrimenkulü yarı yarıya müşterek mülkiyet halinde iktisap etmeleri için her iki taraf anlaşır. 837.500 İsviçre Frangı olan satış fiyatı üzerinden 387.500 frangını Eng, 450.000 frangını da Winiker ödeyecektir. Zilyedliğin devri 3 Nisan 1978'de olacaktır. «Satış vaadi şartları» 100.000 franklık bir cezaî şart da öngörmektedir. «Satin alıcılar arasındaki bu sözleşme» satın aldıktan sonra bu gayrimenkulün kullanımını, bunun tadilâtına ait hususu çözümlemektedir. Satıcıya karşı iddialarının garantisi olarak 3 Nisan'dan 30 Nisan 1978 tarihine kadar bir süre için iştirâ hakkını zikretmektedir.

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK : Journal des Tribunaux, 15.3.1985, No : 5, Sayfa : 146-150.

Daha sonra, satın alanlar arasında ihtilâf meydana gelir. Eng, evin tadilini, Winiker ise evi yıkıp orada yeni bir bina yapmak istiyordu. 1 Nisan 1978'de Winiker, Wärtli ile bir sözleşme yaptı ve aynı gün gayrimenkulün maliki oldu. 17 Nisan'da Eng, geçici olarak tapu siciline müşterek mülkiyetini kaydettirdi.

B) 27 Şubat 1979'da, Eng, Winiker'e karşı Aarau Bölge Mahkemesinde dâva açtı. Talebinde Mahkemeden 387.500 İsviçre francı karşılığında gayrimenkulün yarısının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istedi.

Dâvalı da dâvanın reddini istedi.

28 Nisan 1982'de dâvayı Bölge Mahkemesi esastan kabul etti. Gayrimenkulün müşterek mülk olarak yarısını dâvacıya geçirmesi için dâvalıyı mahkûm etti.

Dâvalının temyizi üzerine Argovie Yüksek Mahkemesi 22 Eylül 1983'de Mahkemenin kararını onadı.

C) Yüksek Mahkemenin kararına karşı dâvalı, Federal Mahkeme nezdinde kararın düzeltilmesini istedi ve Federal Mahkeme bu talebi reddetti (özet).

GEREKÇELER

1) ... Bu dâvada, ne satış vadinin ifası, ne Wärtli ile taraflar arasında yapılan satışın ifası, ne de dâvacının Wärtli'ye karşı sözleşmeyi iptal talebi söz konusudur. Dâvalı gayrimenkulün tek maliki olmuştur. Bu dâva sadece ona karşı açılmıştır. Dâvacı, satış vaadi üzerine veya Wärtli ile yaptıkları satış üzerine taleplerini dayandıramaz. Her iki Kanton yarısı bu konuda mutabıktırlar. Öyle ise bu dâvada, dâvalı savunmasını, Wärtli ile yapılan sözleşmelerin ifasını garanti etmeye tahsis edilen şartlar olan iştirâ hakkı ve cezaî şarta ilişkin hükümlere dayandıramaz (özet).

2) Bu dâvanın kaderi taraflar arasında bağitlanan sözleşmelere dayanır. Yüksek Mahkeme bu sözleşmeleri BK. nun 530. maddesindeki âdi şirket kurallarına tâbi tutmuştur. Yüksek Mahkeme, bu kurallardan hareketle dâvacının aynî bir hakkı doğmaz, demiştir. Oysa, açılan dâva kararlaştırılan mülkiyetin tesisi dâvasıdır. Kendi iradesi ile ve iyiniyet kurallarına aykırı davranarak dâvalı gayrimenkulü, 1 Nisan 1978'de tekbaşına iktisap etti. Üçüncü şahsa tanınan şuf'a hakkının (31 Mart 1978) de son bulmasından hemen sonra, fakat taraflara tanınmış olan iştirâ hakkının doğumundan önce (3 Nisan 1978) hareket etti. Bu dönemde herhangi bir anda dâvacının hakkını şerh verdirmesinden korkmalıydı.

a) Kanton Mahkemesi önündeki yargılamalarda dâvalı da dâvacıyla aralarında bir âdi şirket sözleşmesi yaptıklarını kabul etmişti. Bu durumu Federal Mahkeme önünde de kabul etmişti. Zaten bir şirket ilişkisi 29 Temmuz 1977 tarihindeki sözleşmeden de açıkça anlaşılmaktadır. «Satın alanlar arasındaki mutabakat» da (sözleşme bölüm V) tarafların gayrimenkulden birlikte istifade edecekleri, tadilatı birlikte yapacakları ve kat mülkiyetini birlikte tesis edecekleri yer almıştır. Böylece gayrimenkulü yarı yarıya müşterek mülk olarak iktisap edecekleri şirket sözleşmesinde mevcuttu. Böyle bir konu BK. nun 530. maddesi anlamında âdi şirket fikri ile pekâlâ bağdaşmaktadır (cf. RO 180 II 208 c. 4 et les réf., JdT 1982 I 570 ss, rés.; Werner non Steiger, Schweizerisches Privatrecht VII/1, p. 332; Siegwart, n. 52 ad art. 530 - 551 CO.).

Her iki ortak bir bedel mukabilinde gayrimenkulü belli hisselerle müşterek mülkiyet olarak iktisap etme niyetinde idiler. Dâvalı, kendi davranışı ile bunu imkânsız hale getirdi. Bölge Mahkemesi, dâvacının iddiasının sukut ettiğini ve bu düşün hakkı öne sürmekle dâvalının kendi hakkını kötüye kullandığını beyan etmiştir. Bu kanıta haklı olarak Yüksek Mahkeme dokunmamıştır. Dâvalının bu arada tek başına malik olmasına rağmen şirketin amacı gerçekleştirilebilir durumdadır. Bu sosyal amaç müşkülât arzetmemektedir : Dâvacı, dâvalının Wärtli'den almak zorunda olduğu müşterek hisseyi iktisap edecektir. Şekle gelince, hiçbir şekil zorunluluğu yoktur : İlgililer arasında 29 Temmuz 1977'de varılan mutabakat resmî şekli içermemektedir. (c. Siegwart, n. 63 ss ad art. 530 CO). Aynen ifanın gerçekleştirilmesine yönelik bir dâva şirket sözleşmesinden doğabilir (Siegwart, n. 80 ad art. 530 CO; W. von Steiger, op. cit., p. 375). Dâvalıya göre, Wärtli ile yapılan satış vaadi doğrudan doğruya bir satışla özümlemez. Her ne olursa olsun şirket sözleşmesi 27 Temmuz 1977'de meydana gelmişti.

b) İlke olarak, dâvalı şirket sözleşmesinin esaslı bir noktaya ilişkin gizli mutabakatsızlık nedeniyle iptalini istemektedir; bu gerekçeyi ileri sürerken de, Yüksek Mahkemenin BK. nun 1. maddesini ve 2. maddenin birinci fıkrasını ihlâl ettiğini öne sürmektedir. Dâvalının iddiasına göre işin iktisadî ve ticarî görünümünün sağlıklı bir düşüncesinin zorunlu kıldığı işlere ilişkin tarafların fikirleri taban tabana zıttır. 8 Kasım 1977 tarihli bir ön projede, tarafların vekil ettiği iki mimar tercihlerini yeni bir inşaat için kullanmışlardır; 12 Aralık 1977 tarihli seçimlik proje ise iktisadî yönden daha az avantajlı görünmüştür. Dâvacı her iki projeyi de reddederek binanın cephelerini raspalayıp yenileştirmekle yetinmeliyiz, demiştir. Oysa, şimdiki inşaatı baştan aşağı düzeltmeden önsözleşmeyi ifa mümkün değildir. Dâvalının son olarak iddiasına göre bodrum katının üçte ikisini Café

Kiebitz işgal etmekte ve bodrum katının yarısını ise sözleşme dâvacıya vermektedir. Bundan dolayı, yapılacak işler zorunlu olarak diğer katlara da yayılmaktadır.

Dâvalıya göre, uyumsuzluk şirket sözleşmesinin esaslı objektif noktalarına inhisar etmemektedir. Onun önemi yoktur : Sözleşmenin yapılması, falan işler gibi, filan işlere ilişkin bir mutabakatı içermektedir (art. 2 al. 1^{er} CO; Guhl / Merz / Kummer, OR, 7^e éd., pp. 93 s.; RO 103 II 193, JdT 1978 I 157, rés.). Önemli olan, tarafların esaslı olarak kabul ettiği şeyleri bilmektir. Dâvalının sorgulaması ve diğer koşullardan, Kanton Mahkemesi sözleşmenin yapılışı esnasında «tadilat veya yeniden inşa» arasında seçim taraflar arasında tali bir nokta olarak görülmüştü. Ayrıntıları ileri tarihte verilecek bir mutabakat çözecekti. Eğer dâvalı yeni bir inşaat öngörüyor idiyse bunun sözleşmede açıkça söylemesi gerekirdi. Oysa, sözleşmede daha ziyade bir tadilat daha üstün görünmektedir.

Tarafların gerçek iradelerine ilişkin Yüksek Mahkemenin gözlemleri olaydan anlaşılmaktadır; o halde, bunlar Federal Mahkemeyi bağlar. Sözleşme metninden hareketle tarafların irade beyanlarının yorumuna ilişkin hususlarda Kanton Mahkemesi kesin olarak haklıdır. Dâvalı binanın yeniden inşa edilmesini zorunlu ve faydalı görmektedir. Oysa, tüm açıklığı ile bellidir ki bu fikir ona sonradan gelmiştir. Bu husus zaten ciddi biçimde eleştirilmemiştir. Sözleşme metni önünde, dâvalı sadece yeni bir inşaat öngördüğünü ifade etmeye cesaret edemiyordu. Dâvacının gayrimenkulden yararlanma biçimine hemen hazır olmadığını savunmakla yetiniyordu. Bununla birlikte faydalanmak için değil ise dâvacının gayrimenkulün mülkiyetini iktisap etmek istemesinin sebebini söylemiyordu. Bu bakımdan tadilat yeterli mi idi? Sözleşmenin yapılışı esnasında bu hususta ciddi bir anlaşmazlığın varlığından bahsedilemez.

c) Sonuçta, anlaşmazlık sadece gayrimenkulden en iyi bir şekilde istifade etme biçimine dayanmaktadır. Şirketin konusu doğrudan doğruya bu nokta değildi; taraflar sadece iki mimara danışmadan söz ediyorlardı. Fazlası, Kanton Mahkemesinin haklı olarak kabul ettiği gibi daha sonra çözümlenebilirdi. Şimdi taraflar anlaşamadıkları zaman ne olacaktı? Yüksek Mahkeme bu soruyu cevapsız bırakmıştır. Zaten bunu karar düzeltme incelemenin gereği de yoktur. Taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, âdi şirkete dair hükümler (BK. nun 530. maddesi hükümleri) uygulanır. BK. nun 534. maddesinin 1. fıkrası hükümlerine göre şirket kararları tüm ortakların muvafakatı ile alınır. Eğer taraflar aralarında anlaşmıyorlarsa, bu takdirde BK. nun 545. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre şirketin tasfiyesine gitmek gerekir.

Bu şartlar altında, gayrimenkulün bodrum katının mühim masraflar intağ edip etmeyeceğini araştırmaya gerek yoktur... Ne olursa olsun, şirket sözleşmesinin geçerliliği yönünden, alınan karar, Federal Hukuka göre itiraz edilebilir değildir (özet).

Şirket sözleşmesi geçerli olduğundan, dâvacının ihtilâflı gayrimenkulün yarısının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemeye hakkı vardır. Bu nedenle, temyiz edilen karar onanmalıdır.

1. Hukuk Dairesi — MM. Raschein, Leu, Messmer, Egli ve Schubarth. — Aarau'daki avukatlar, Peter Gysi ve Peter Marki.

Karşılaştırma İçin

İsviçre Borçlar Kanunu

madde 530/2
» 534/1
» 545/I cümle 1

Türk Borçlar Kanunu

madde 520/2
» 524/1
» 535/I cümle 1

EVLENMENİN UMUMİ HÜKÜMLERİ

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

I. KONU

1 — Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yaşamakta olan vatandaşlarımız (A.G.) ve (M.G.) bu ülkede evlenmişlerdir. Evlenmeden kısa bir süre sonra davacı kadın evi terke zorlanmış ve fiilen ayrı yaşamaya başlamıştır.

2 — (A.G.) Alman mahkemesine başvurmuş ve eşinden, nafaka istemiştir. Alman mahkemesi, kendi milletlerarası yetkisini belirledikten sonra, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 12 ve 13. maddelerine atıf yaparak, olaya eşlerin müştereken millî hukuku olan Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmıştır. Mahkeme daha sonra, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair 7 Haziran 1968 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne dayanarak, bu sözleşmeye göre Türkiye açısından merkezi makam olarak gösterilmiş bulunan Türkiye Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nden olaya uygulanacak Türk Hukuku ve yorumu hakkında görüş istemiş ve aşağıda çevirisini verdiğimiz kararını da bu görüşe dayandırmıştır.

3 — Yabancı hukukun uygulanması gereken durumlarda, bu hukukun iç hukukla çatışmaması, kamu düzenini (ordre public) ihlâl etmesi gerekir. Nitekim somut olayda mahkeme, Türk hukukunda Medeni Kanunun 152. maddesinde belirtilen kocanın evlilik birliğinin reisi ve eş ve çocukların bakımının tamamen kocaya ait olduğu ilkesinin, Alman Anayasası'nın 3. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunu da tartışmış ve sonuçta Türk hukukunun uygulanmasında herhangi bir sakınca görmemiştir.

II. Charlottenburg Sulh Mahkemesi'nin 19 Eylül 1984 tarih ve 174 F 595/84 sayılı kararı

Charlottenburg Sulh Mahkemesi 19 Eylül 1984 tarihinde :

- 1 — Davalının 4 Mayıs 1984 tarihinden itibaren davacıya ayda 400 Mark nafaka ödemesine,
- 2 — Mahkeme masraflarının davalıya yükletilmesine,

(*) **Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü.**

3 — Kararın teminat göstermeksizin infaz edilmesine;
Karar vermiştir.

1 — OLAY : Taraflar; 20 Mayıs 1983'de Berlin'de evlenmişlerdir, çocukları yoktur. Davacı kadın günde 4 saat çalışmakta ve ayda 556.88 Mark kazanmaktadır. Davalı kocanın aylığı ise net 1480.— Mark'tır. Davalı, kadının nafaka talebini reddetmiştir.

Davalı koca ise, eşinin 7.1.1984 günü kayınvalidesiyle tartıştıktan sonra evi kendi rızasıyla terkettiğini, evine döndüğü takdirde nafakasını ödeyeceğini, mali durumunun talep edilen nafakayı ödemeye elvermediğini bildirmiştir.

Davalı koca ise, eşinin 7.1.1984 kayınvalidesiyle tartıştıktan sonra evi kendi rızasıyla terkettiğini, evine döndüğü takdirde nafakasını ödeyeceğini, mali durumunun talep edilen nafakayı ödemeye elvermediğini bildirmiştir.

Mahkeme, tarafların iddiaları hakkında tanıklar dinlemiş ve ayrıca Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesi Hakkındaki 7.6.1968 tarihli Avrupa Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde Türkiye Adalet Bakanlığı'ndan hukukî mütalâa almıştır (1.8.1984).

2. GEREKÇE : Karar, Medenî Kanunun Yürürlüğe Konulmasına Dair Kanunun 14. maddesi gereğince Türk hukukuna dayanılarak verilmiştir. Bu hükme göre, nafaka da dahil eşler arasındaki kişisel ilişkilere eşlerin müşterek millî hukuku uygulandığından, somut olayda da Türk Hukuku uygulanmıştır.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 12. maddesinin 2 ve 13. maddesinin 2. fıkraları bu konuda Alman hukukuna atıf yapmamaktadır.

Dava, Türk Medeni Kanununun 152. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına dayanmaktadır. Bu hükme göre, evlilik birliğinin reisi olarak, koca, karısına bakmakla yükümlüdür. Taraflar evlendikten sonra bir araya gelmemiş olsalar da, evlenme akdi ile evlilik birliği kurulmuş olduğundan, nafaka ödemek için müşterek hayatın gerçekten kurulmuş olması şart değildir.

Keza, davacı kadın evden ayrıldıktan sonra da nafaka talep hakkını kaybetmemiştir. Adalet Bakanlığı'nın hukukî mütalâasına göre, kadın, kötü niyetle veya önemli bir sebep olmaksızın kocasını terkettiği takdirde nafaka hakkını kaybetmekteyse de, Medenî Kanunun 162. maddesine göre, eşlerden biri hayatı, şöhreti veya iktisadi geleceği tehlikeye düştüğü takdirde, müşterek hayata son vermekte haklıdır. Hukukî mütalâaya göre, bu hallerin varlığının belirlenmesi somut olayın özelliklerine ve tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Delillerin durumuna göre, davalı koca karısının şöhret ve iktisadî geleceğini esaslı bir şekilde tehlikeye sokmuştur. Türk içtihatlarına göre,

eşin şöhreti, onun haysiyet ve şerefini kapsamaktadır. Olayda tanığın ifadesine göre, davalı, her ikisinin anneleri ve kardeşinin önünde davacıya, «seni artık istemiyorum, bu böyle devam edemez, evi terket» diye bağır-mıştır.

Mahkemenin inandığı bu tanığın ifadesine karşı, keza tanık olarak dinlenen davalının kardeşi, davacının evi kendiliğinden terkettiğini iddia etmişse de mahkeme bu ifadeye değer atfetmemiştir.

Davalının bu sözleri, özellikle ailesinin bir kısmı önünde söylendiği için davacının şöhreti ihlâl edilmiştir. Davalı sarfedilen bu sözlerle kendi ve kocasının ailesi nezdinde alçaltılmış, bu şekilde bir insan gibi değil, her zaman dışarı atılabilen bir eşya gibi muamele görmüştür. Davacı ayrıca oturduğu evini terke zorlandığı için iktisadi geleceği de tehlikeye sokulmuştur. Zira kendisi daha sonra başını sokacağı bir yer ve grıdadan yoksun kalmıştır. Nitekim kendisi bu olaydan sonra aileye mensup olmayan tanığın evine sığınmıştır.

Türk Medenî Kanununun 162. maddesine göre, ayrı yaşama hakkı tehlikenin devamı süresince mevcuttur. Her ne kadar davalı koca cevap lâ-yihasında eşini eve alarak ona bakmaya hazır olduğunu bildirmişse de, bu durum eşinin haysiyet ve şerefine vaki tecavüz ve tehlikeyi ortadan kaldırmayacağı için, davacı kadının ayrı yaşamak hakkı devam etmektedir.

Davacının ayrı yaşamakta haklılığı mahkeme kararına dayanmak zorunda değildir. Adalet Bakanlığı Mütalâasının 2. bendinde aynen, «ayrı yaşamak için mahkeme kararı şart değildir, ayrı yaşamakta haklılık nafaka talebi için yeterlidir» denilmektedir. Bu görüş Medenî Kanunun 162. maddesinin lâfzına uygun olduğu gibi, doktrindeki hakim görüşe de uygundur. Bu konuda Türk Yargıtayı'nın aksi görüşü savunan bir kararı bulunmaktadır (Rumpf, Rabels Z. 1983, 348 N. 10). Ancak Adalet Bakanlığı'nın mütalâasında bu karara yer verilmemiş olmasını, Yargıtay'ın, 1957 tarihli olan ve çok eleştiriye uğramış bu içtiihadını artık değiştirmiş olabileceği fikriyle açıklamak kabildir.

Davacı, 400 Mark nafaka talep etmektedir. Türk hukukuna göre nafaka, alacaklının günlük somut ihtiyaçlarına göre hesaplanmamaktadır. Nafakanın tesbitinde hâkime çok geniş bir takdir hakkı bırakılmış olup, hâkim yalnız tarafların ihtiyaçlarını değil, onların gelirlerini de gözönüne almak zorundadır (Hukukî mütalâa N. 3). Davacı 400 Mark'a ihtiyacı olduğunu bildirmiştir. Kendisi de ayda 557 Mark kazanmakta ve böylece geliri 957 Mark'a yükselmektedir. Bu miktar, ayrı yaşayan eşler için Düsseldorf cetvelinde belirlenmiş nafaka miktarının çok altındadır. Tarafları Türk olan ve Türk hukukunun uygulandığı bir davada bu cetvel her ne kadar

tam bir ölçü olamazsa da, cetvelin IV numaralı tablosu, uygulanacak hukuk nazara alınmadan Almanya'daki ihtiyaçlar ve geçim şartları açısından objektif tutamak noktaları vermektedir. Hâkim bu objektif değerleri, nafaka tesbitindeki takdir hakkı çerçevesinde gözönüne alabilir.

Tarafların gelirlerine göre 400 Mark uygun bulunmuştur. Böylece davalıya 1080 Mark kalmakta ve davacının geliri de 957 Mark olmaktadır. Türk hukukunda kocanın evlilik birliğinin reisi olduğu kabul edilmişse de, Adalet Bakanlığı'nın hukukî mütalâasına göre eşler malî bakımdan eşit durumdadırlar. 400 Mark'tan aşağı bir miktar bu dengeyi sağlayamayacağı için, bu meblağ uygun bulunmuştur.

Davalı, davacıdan yarım gün değil, tam gün çalışarak gelirini yükseltmesini isteyemez. Zira, Türk Medenî Kanununun 151 - 153. maddeleri, Alman Medenî Kanununun 1361. maddesinde yer alan bu ilkeyi benimsememiştir. Böylece davacının gelir ve serveti, davalının nafaka yükümlülüğü açısından herhangi bir rol oynamamaktadır. Ancak bu husus nafaka miktarının tesbitinde esas olabilir. Türk Medenî Kanununun 151. maddesinin 2 ve 3. fıkralarına göre kadın ancak, kocasının iktisadî bakımdan güçsüz olması halinde istisnâ olarak yardım etmekle yükümlüdür. Bu da özellikle kocanın hiçbir malvarlığının bulunmaması veya fizikî veya aklî bakımdan malûl olması hallerinde söz konusu olabilir. Somut olayda, ise koca bu durumda bulunmadığından, davacı kadın malî bakımdan kocasından bağımsız olmak için çalışma gücünü en iyi şekilde değerlendirmek zorunda değildir.

Anayasanın 3. maddesinin 2. fıkrası, Türk hukukunun bu ilkesinin Almanya'da uygulanmasına engel değildir. Temel haklar ilke olarak yabancı hukukun uygulandığı durumlarda da geçerlidir. Ancak böyle durumlarda, yabancı hukukun özellikleri ve bunun iç hukuka yapacağı etki gözönüne alınmalıdır. Ancak ekonomik açıdan güçlü olan eşin nafaka ödemekle yükümlü olduğunu, Anayasanın 3. maddesiyle bağdaştırmak mümkündür. Türk kanun koyucusunun Türkiye'deki sosyal şartları genelleştirerek, ilke olarak kocanın ekonomik açıdan daha güçlü olduğunu kabul etmiş olmasını Almanya'da da kabu etmekte bir sakınca yoktur. Bu sebeptendir ki Türk Medenî Kanununun 152. maddesine göre koca eşin infak ve iâşesiyle yükümlüdür. Türk kanun koyucusunun bu temel tercihi, buradaki sosyal şartlara uyum sağlamadıkları sürece, Almanya'da yaşayan Türk aileleri açısından da geçerli olmalıdır. Somut olayda ise, taraflar ancak bir yıldan beri evli oldukları ve Almanca konuşmadıkları için Almanya'daki sosyal şartlara uyum sağladıkları kabul edilemez. Böylece davacı nafaka talebinde bulunmuştur. Hukukî mütalâaya ancak talep tarihinden itibaren karar verilebiaeceği için nafakanın başlangıç tarihi olarak 4.5.1984 tarihi esas alınmıştır.

YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

● DOÇ. DR. YAVUZ NURİ OKÇUOĞLU

1926 yılında Elazığ'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1950 senesinde mesleğe başlamış, sırasıyla; İstanbul İcra Hâkimliği, İstanbul Ticaret Mahkemesi Üyeliği, Ankara Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1970 Ekim'inde Yargıtay Üyeliğine seçilen Okçuoğlu, Paris Hukuk Fakültesi'nden ticaret hukuku dalında Hukuk dalında Hukuk Doktoru, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden de 1987 yılında Doçentlik ünvanını almıştır. Çeşitli hukuk dergileri ile gazetelerde güncel konulu yazıları yayınlanan Yavuz Nuri Okçuoğlu, Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, 4.7.1988 günü aynı dairenin başkanlığına Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından seçilmiştir.

● HAMDİ ÖZGÜÇ

Kütahya 1927 doğumlu Özgüç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948 yılında bitirdikten sonra, aynı yıl Kütahya Hâkim Adayı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; İmranlı Cumhuriyet Savcılığı, Turgutlu Hâkimliği, Bozcaada Hâkimliği, Kula Cumhuriyet Savcılığı, Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Ödemiş Hukuk Hâkimliği ile Ankara Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

16.9.1963 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hamdi Özgüç, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi iken, aynı dairenin başkanlığına 5.7.1988 günü Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından seçilmiştir.

● KÂMİL RÜŞTÜ KÖKSAL

1925 Çorum doğumlu Köksal, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, 1950 yılında Samsun Hâkim Adayı olarak göreve başlamış, sırasıyla; Datça Hâkimliği, Yatağan Hâkimliği, İskilip Hâkimliği ve Adalet Bakanlığı Başmüfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

1979 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Yüksek Seçim Kurulu Üyeliği görevini de sürdüren Kâmil Rüştü Köksal, Üçüncü Hukuk Dairesi Üyesi iken, aynı dairenin başkanlığına 6.7.1988 günü Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından seçilmiştir.

● SELÇUK TÜZÜN

1933 Çorum doğumlu Tüzün, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, Gemerek Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Polatlı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcısı iken, 7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Selçuk Tüzün, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürdüğü bir sırada, Yargıtay Büyük Genel Kurulunun gösterdiği üç aday arasından 28.4.1988 günü Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi Üyeliğine atanmıştır.

● NECDET MUTİŞ

1936 yılında Ruscuk'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959-1960 öğretim yılında bitirdikten sonra, 1963'de Posof Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak göreve başlamış ve sırasıyla; Maden Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Polatlı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Polatlı Cumhuriyet Savcılığı ve Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı yapmıştır.

26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Yedinci Ceza Dairesi Üyeliği görevini sürdüren Necdet Mutiş, Yargıtay Büyük Genel Kurulunca saptanan adaylar arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Asil Üyeliğine, 20.6.1988 günü Cumhurbaşkanı tarafından atanmıştır.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● TURGUT GÜCÜK

1925 yılında Malatya'da doğmuştur. 1947-1948 öğretim yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1951'de Karlıova Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, sırasıyla; Banaz Hâkim Yardımcılığı, Bartın Sulh Hâkimliği, Çanakkale Sulh Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ve Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile İstanbul Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli meslek dergileri ile gazetelerde yazıları yayımlanan Turgut Gücük, 21.2.1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi iken 28.3.1988 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● ERCAN EGEMEN

Adana 1936 doğumlu Egemen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960 yılında bitirdikten sonra, Bulanık Hâkim Yardımcısı olarak 1962'de mesleğe başlamış, sırasıyla; Silvan Hâkimliği, Ayancık Hukuk Hâkimliği, Polatlı Hukuk Hâkimliği ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

«2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Yasası», «Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları», «2886 sayılı Devlet İhale Yasası ve İnşaat İşleri» adlı ortaklaşa yayımlanan yapıtları bulunan Ercan Egemen, 26.5.1986 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi iken 18.4.1988 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● FİKRET ALİ BÜYÜKİŞİK

1928 yılında Isparta'da doğan Büyükişik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955'de bitirdikten sonra, Hakkâri Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak göreve başlamış, bu görevini sırasıyla; Burdur Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Ermenek Hâkimliği, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Ankara Hâkimliği, Ankara İkinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

21.2.1980 gününde Yargıtay Üyeliğine seçilen Fikret Ali Büyükişik, Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak göreve başlamış ve Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi iken 19.1.1988 günü kendi isteği ile emekliye ayrılmıştır.

● NEJAT AYDIN AYSOY

Boğazlıyan 1923 doğumlu Aysoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945'de bitirdikten sonra, 1949 yılında Gerede Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlamış, sırasıyla; Altındağ Sorgu Hâkimliği, Ankara Sulh Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

22.9.1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve çeşitli meslek dergilerinde güncel konulu yayımlanmış yazıları bulunan Nejat Aydın Aysoy, Yedinci Hukuk Dairesi Üyeliği yaptıktan sonra, Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına; 16.9.1975'de ilk kez, 28.9.1979'da ikinci kez ve 6.10.1983 günü de üçüncü kez seçildikten sonra, bu görevinden yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1988 günü emekli olmuştur.

● MUSTAFA MESUT AKAN

1922 yılında Afyon'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, 31 Mayıs 1946 günü Kulp Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Akan, bu mesleğini sırasıyla Mecitözü Ceza Hâkimliği, Sivas Sulh Hâkimliği, Kızılcahamam Gezici Arazi Kadastrosu Hâkimliği ile Eskişehir Asliye Hukuk Hâkimliği ve İstanbul Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

3 Ekim 1963 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Mesut Akan, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yaptığı sırada, aynı dairenin başkanlığına 15.6.1981 günü birinci kez, 26.6.1985 günü de ikinci kez seçildikten sonra, bu görevinden yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1988 günü emekliye ayrılmıştır.

● TARIK BAŞBUĞOĞLU

1923 yılında Viranşehir'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirdikten sonra, Alucra Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak 1952 tarihinde mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla; Lice Hâkim Yardımcılığı, Elazığ Hâkimliği, Ankara Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

«Türk Ticaret Kanunu Şerhi »adlı yayımlanmış eseri bulunan ve 16.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine, 4.10.1982 günü de Onbirinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilen, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkan Vekilliği görevinde de bulunan Tarık Başbuğoglu, 1.7.1988 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● ALİ NEVZAT ODYAKMAZ

1923 yılında Erzincan'da doğan Okyakmaz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirdikten sonra, Edirne Hâkim Yardımcısı olarak 1953 senesinde mesleğe başlamış ve sırasıyla; Espiye Cumhuriyet Savcılığı, Adapazarı Cumhuriyet Savcılığı, Bilecik Cumhuriyet Savcılığı ve Balıkesir Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

25.5.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve «İçtihadlı Ceza Kılavuzu», «Cezaların Tertip ve Sırası», «Katın Varsa», «Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları» «Sendika ve Toplu Sözleşme Hukuku», «Kat Mülkiyeti ve Kira Sorunları», «Uygulamalı Türk Ceza Yasası - İnfaz Yasası» adlı yayımlanmış eserleri bulunan ve aynı zamanda şair de olan Ali Nevzat Okyakmaz, bir ara Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliğinde de bulunduktan sonra, 1.7.1988 günü yasal yaş sınırı nedeniyle Birinci Ceza Dairesi Üyeliğinden emekliye ayrılmıştır.

● ADNAN KÜKNER

1923 Erzurum doğumlu Kükner, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945'de bitirdikten sonra, Lâdik Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, sırasıyla; Tarsus Sorgu Hâkimliği, Karaisalı Gezici Kadastro Hâkimliği, Mersin Sulh Hâkimliği ile Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ve Üyeliği görevlerinde de bulunmuştur.

19 Kasım 1971 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Adnan Kükner, Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun gösterdiği üç aday arasından 27.11.1985 günü Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmış ve bu görevde bulunduğu sırada, 1.7.1988 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● A. HİKMET GÖKSU

1931 yılında Diyarbakır'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1956 yılında bitirdikten sonra, sırasıyla; Derik Hâkim Yardımcılığı, Derik Hâkimliği, Kastamonu Sulh Hâkimliği, Kastamonu Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 21.3.1988 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● LÜTFİ PEKER

1940 yılında Zonguldak'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1963-1964 öğretim yılında bitirdikten sonra, sırasıyla; Kurtalan Hâkimliği, Taşköprü Hukuk Hâkimliği ve Devrek Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 16.10.1987 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● A. NURCAN BATUM

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960 yılında bitirdikten sonra, Yargıtay'da raportör olarak göreve başlayan Batum, Altıncı Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 18.4.1988 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen OKÇUOĞLU, ÖZGÜÇ, KÖKSAL, TÜZÜN ve MUTİŞ'e görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; GÜCÜK, EGEMEN, BÜYÜKİŞİK, AYSOY, AKAN, BAŞBUĞOĞLU, ODYAKMAZ, KÜKNER, GÖKSU, PEKER ve BATUM'a da yaşam boyu sağlık ve mutluluk dileriz.

● **YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER,
TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER**

● **Y A S A L A R**

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
19.2.1988	19730	1	Kanun No : 3407 Kabul Tarihi : 9.2.1988 Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 3046 sayılı Kanunun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
11.3.1988	19751	1	Kanun No : 3414 Kabul Tarihi : 2.3.1988 775 sayılı Gecekondu Kanununun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında 3.5.1985 Tarih ve 247 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin İki Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair 16.8.1985 Tarih ve 250 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
11.3.1988	19751	2	Kanun No : 3415 Kabul Tarihi : 2.3.1988 4.10.1983 Tarih ve 2908 sayılı Dernekler Kanununun 18 inci Maddesinin Dördüncü Fıkрасının Değiştirilmesine Dair Kanun.
11.3.1988	19751	3	Kanun No : 3416 Kabul Tarihi : 3.3.1988 2872 sayılı Çevre Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
18.3.1988	19758	1	Kanun No : 3417 Kabul Tarihi : 9.3.1988 Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun.
30.3.1988	19770	1	Kanun No : 3419 Kabul Tarihi : 25.3.1988 Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun.
31.3.1988	19771	1	Kanun No : 3418 Kabul Tarihi : 24.3.1988 Eğitim, Gençlik, Spor ve Sağlık Hizmetleri Vergisinin İhdası ile 3074 sayılı Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanunu, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, 1318 sayılı Finansman Kanunu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve 492 sayılı Harçlar Kanununda Değişiklikler Yapılması ve Bu Kanunlarda Bazı Hükümler Eklenmesine Dair Kanun.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
9.4.1988	19780	1	Kanun No : 3423 Kabul Tarihi : 31.3.1988 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa Bir Ek Madde İlâve Edilmesi Hakkında Kanun.
13.4.1988	19784	1	Kanun No : 3420 Kabul Tarihi : 31.3.1988 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun ve 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
13.4.1988	19784	4	Kanun No : 3424 Kabul Tarihi : 5.4.1988 13.10.1983 Tarih ve 2919 sayılı Kanunun 10 uncu Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
16.4.1988	19787	1	Kanun No : 3422 Kabul Tarihi : 31.3.1988 17.11.1983 Tarih ve 2955 sayılı Gülhane Askerî Tıp Akademisi Kanununun Geçici 5 inci Maddesinin 2 nci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun.
27.4.1988	19797	1	Kanun No : 3429 Kabul Tarihi : 21.4.1988 5.8.1971 Tarihli ve 1467 sayılı Harp Akademileri Kanununun 5 inci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
27.4.1988	19797	2	Kanun No : 3430 Kabul Tarihi : 21.4.1988 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa Altı Ek Madde ile İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
27.4.1988	19797	5	Kanun No : 3431 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
27.4.1988	19797	5	Kanun No : 3432 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Olağanüstü Hal Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
27.4.1988	19797	5	Kanun No : 3433 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Adıyaman İli Samsat İlçesinin Merkezinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
27.4.1988	19797	7	Kanun No : 3434 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Malezya Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
27.4.1988	19797	7	Kanun No : 3435 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İran İslâm Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
28.4.1988	19798	1	Kanun No : 3443 Kabul Tarihi : 21.4.1988 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun 16 ıncı Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkın Kanun.
28.4.1988	19798 (Mük.)	1	Kanun No : 3425 Kabul Tarihi : 20.4.1988 1988 Mali Yılı Bütçe Kanunu.
29.4.1988	19799	1	Kanun No : 3436 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
29.4.1988	19799	1	Kanun No : 3437 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
29.4.1988	19799	2	Kanun No : 3438 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında İşgücü Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
29.4.1988	19799	2	Kanun No : 3439 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Malta Cumhuriyeti Hükümeti Arasında 8 Ağustos 1985 Tarihinde İmzalanan Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
29.4.1988	19799	2	Kanun No : 3440 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fas Kralığı Hükümeti Arasında 24 Eylül 1985 Tarihinde İmzalanan Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
29.4.1988	19799	2	Kanun No : 3441 Kabul Tarihi : 21.4.1988 İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

Resmî Gazete		Sayfa :	Yasanın Adı
Tarihi :	No :		
29.4.1988	19799	2	Kanun No : 3442 Kabul Tarihi : 21.4.1988 Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
12.5.1988	19812	1	Kanun No : 3444 Kabul Tarihi : 4.5.1988 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
26.5.1988	19823	1	Kanun No : 3445 Kabul Tarihi : 11.5.1988 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5680 sayılı Basın Kanunu, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
26.5.1988	19823	6	Kanun No : 3446 Kabul Tarihi : 12.5.1988 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3211 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
26.5.1988	19823	7	Kanun No : 3447 Kabul Tarihi : 12.5.1988 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının (GATT) VII. Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
26.5.1988	19823	7	Kanun No : 3448 Kabul Tarihi : 12.5.1988 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
1.6.1988	19829	1	Kanun No : 3456 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerle Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
1.6.1988	19829	1	Kanun No : 3457 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslâm Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının

Resmî Gazete

Tarihi : No : Sayfa : Yasanın Adı :

			Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
1.6.1988	19829	2	Kanun No : 3458 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
1.6.1988	19829	2	Kanun No : 3459 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
2.6.1988	19830	1	Kanun No : 3449 Kabul Tarihi : 25.5.1988 2821 sayılı Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
2.6.1988	19830	6	Kanun No : 3451 Kabul Tarihi : 27.5.1988 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bazı Hükümlerinin Kaldırılması Hakkında Kanun.
2.6.1988	19830	8	Kanun No : 3452 Kabul Tarihi : 27.5.1988 8 Mart 1950 Tarihli ve 5590 sayılı «Ticaret ve Sanayi Odaları», «Ticaret Odaları», «Sanayi Odaları», «Deniz Ticaret Odaları», «Ticaret Borsaları» ve «Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları» Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bir Maddenin Kaldırılmasına Dair Kanun.
2.6.1988	19830	12	Kanun No : 3453 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
2.6.1988	19830	12	Kanun No : 3460 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
2.6.1988	19830	13	Kanun No : 3462 Kabul Tarihi : 28.5.1988 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun 4 üncü Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
2.6.1988	19830	13	Kanun No: 3464 Kabul Tarihi : 28.5.1988 1136 sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
2.6.1988	19830	14	Kanun No : 3465 Kabul Tarihi : 28.5.1988 Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrolü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun.
4.6.1988	19832	1	Kanun No : 3554 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun.
4.6.1988	19832	3	Kanun No : 3466 Kabul Tarihi : 28.5.1988 Uzman Jandarma Kanunu.
7.6.1988	19835	1	Kanun No : 3455 Kabul Tarihi : 27.5.1988 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Geçici 8 inci Maddesinin Değiştirilmesi ve Geçici 21 inci Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun.
7.6.1988	19835	2	Kanun No : 3461 Kabul Tarihi : 27.5.1988 Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.
14.6.1988	19842	1	Kanun No : 3463 Kabul Tarihi : 28.5.1988 5682 sayılı Pasaport Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Madde Eklenmesine Dair Kanun.

● KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :
24.2.1988	19735	1	Karar Sayısı : KHK/313 Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasına Bir Bent Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :
29.2.1988	19740	1	Karar Sayısı : KHK/311 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
31.3.1988	19771 (Mük.)	1	Karar Sayısı : KHK/318 Memurlar ve Diğer Kamu Görevleri ile İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
4.4.1988	19775	1	Karar Sayısı : KHK/316 Muhafazasının Lüzum Kalmayan Evrak ve Malzamenin Yok edilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
25.4.1988	19795	1	Karar Sayısı : KHK/315 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
5.5.1988	19805	1	Karar Sayısı : KHK/321 Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci Maddesinin Yedinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.
9.5.1988	19809	1	Karar Sayısı : KHK/322 Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
27.5.1988	19824	1	Karar Sayısı : KHK/323 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.
2.6.1988	19830	17	Karar Sayısı : KHK/326 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
6.6.1988	19834	1	Karar Sayısı : KHK/320 Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
10.6.1988	19838	1	Karar Sayısı : KHK : 325 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yönetmeliğin Adı :
30.6.1988	19858	1	Karar Sayısı : KHK : 328 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ve İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
30.6.1988	19858	3	Karar Sayısı : KHK : 331 657 ve 3056 sayılı Kanunlar ile 233 ve 320 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
1.7.1988	19859	1	Karar Sayısı : KHK : 332 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

● T Ü Z Ü K L E R

11.2.1988	19722	12	Karar Sayısı : 88/12497 Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Tüzüğü.
10.3.1988	19750	14	Karar Sayısı : 88/12580 Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü.
17.3.1988	19757	9	Karar Sayısı : 88/12609 Gümrüğe Terkedilen, Terkedilmiş Sayılan, Müsadere Edilen Eşyanın Tasfiyesine İlişkin Tüzük.
17.6.1988	19845	1	Karar Sayısı : 88/12992 Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük.

● Y Ö N E T M E L İ K L E R

10.2.1988	19721	26	Karayoluyla Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelik'in Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, İki Ek ve İki Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik.
19.2.1988	19730	22	Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliği.
1.3.1988	19741	4	1615 sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 519 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yönetmelikler :
3.3.1988	19743	22	Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
6.3.1988	19746	4	Gıda Katkı Maddeleri Yönetmeliği.
9.3.1988	19749	1	Karar Sayısı : 88/12600 Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
9.3.1988	19749	2	1615 sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 258 inci Maddesine Bir Fıkra Enlenmesine Dair Yönetmelik.
17.4.1988	19788	44	Karar Sayısı : 88/12810 Olağanüstü Hal Bölge Valiği Tarafından Silâh Taşıma ve Bulundurma Vesikası Verilmesinde Uyulacak Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
19.4.1988	19790	5	Karayolları Trafik Yönetmeliğinin Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
19.4.1988	19790	6	Bağ-Kur Sigortalıların Ödemek Zorunda Bulundukları Primlerin Hesaplanması - Ödenmesi ve Tahsili Usulleri Hakkında Yönetmelik.
19.4.1988	19790	8	506 sayılı Kanuna Tabi Sigortalıların Çocuklarına Temin Edilerek Protez Araç ve Gereçlerine Dair Yönetmeliğin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
25.4.1988	19795	5	Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmetler Yönetmeliğinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
4.5.1988	19804	2	Karar Sayısı : 88/12850 Haşhaşın Ekimi, Kontrolü, Toplanması, Değerlendirilmesi, İmhası, Satın alınması, Satılması, İhracı ve İthalı Hakkında Yönetmelik.
8.5.1988	19808	8	Karar Sayısı : 88/12777 Afetlere İlişkil Acil Yardım Teşkilâtı ve Planlama Esaslarına Dair Yönetmelik.
16.5.1988	19816	4	Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik.
21.5.1988	19818	5	Gümrük Yönetmeliğinin 12 nci Maddesine Bir Hüküm Eklenmesi ve 864 üncü Maddesi ile 889 uncu Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
4.6.1988	19832	10	Devlet Harcama Belgeleri Yönetmeliği Değişikliği.

Resmî Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yönetmelikler :
8.6.1988	19836	2	Türk Silâhlı Kuvvetleri Sınıf Okulları Yönetmeliği.
8.6.1988	19836	14	Pul ve Değerli Kâğıtların Bayiler ve Yetkili Memurlar Vasıtası ile Sattırılmasına ve Bayilere Satış Aidatı Verilmesine Dair Yönetmelik.
8.6.1988	19836	16	Asgari Ücret Yönetmeliğinin 14 üncü Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
11.6.1988	19839	30	Yardım Toplama Kanununun Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13 üncü Maddesinin Altıncı ve Son Fıkralarının Değiştirilmeis Hakkında Yönetmelik.
22.6.1988	19850	4	Dernekler Özel Denetleme Grubunun Kuruluş, Çalışma ve Denetleme Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik.