



KURULUŞ: OCAK – 1975, YIL: 18, SIRA SAYI: 71

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 18

TEMMUZ–1992

SAYI : 3

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ

YAYIN KURULU

Başkan : Gönen ERİŞ (11. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : Ahmet Cemal GÖĞÜŞ (5. Hukuk Dairesi Üyesi)
Şener GÜNGÖR (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Hakkı DİNÇ (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
A. Müfit YÜKSEL (13. Hukuk Dairesi Üyesi)

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce üç ayda bir yayınlanır.
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (9-4) 425 16 32 - 425 16 49; 417 53 80/2385, 2484, 2486.
 - % 6 oranındaki katma değer vergisi içinde, 1992 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 53.000.- liradır.
 - Dergi bedeli, Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110 sayılı veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak yada PTT. kanalıyla gönderilerek veya Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla Hâkim ve C. Savcılarını Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.
 - Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.
-

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
1- GENEL KONULAR	
a) Kahraman KOÇ : Yargıtay'dan Anılar	241-269
b) Sıtkı AKYAZAN : "Yargıtay"dan Anılar" Konulu Konferansta Yaptıkları Konuşma	270-272
c) Doç. Dr. Mukbil ÖZYÖRÜK : Eskişehir Yargıtayı	273-295
2- USUL HUKUKU (CEZA)	
a) Prof Dr. Faruk EREM : Susma Hakkı	296-299
3- CEZA HUKUKU	
a) Doç. Dr. Mehmet Emin ARTUK : Ötanezi	300-317
4- MİRAS HUKUKU	
a) Osman HOŞLAN : Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı ..	318-335
5- BORÇLAR HUKUKU	
a) Nihat YAVUZ : Ecrimisil Davalarının Uygulamada Duraksama Yaratın Bazı Sorunları (III)	336-364
b) Yrd. Doç. Dr. O. Gökhan ANTALYA : Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı Ve Sınırları	365-395
6- İCRA VE İFLAS HUKUKU	
a) Y. Semih ÖKTEMER : İhaleinin Feshi Davasını Açma Hakkı	396-411

7- ÖZEL HUKUK

- a) Doç. Dr. Mine MANGIR
Araş. Gör. Figen BAŞAR : Çocuğun Suça Yönelmesinde Aile
Ne Kadar Etkilidir ? **412-414**

**8- FEDERAL MAHKEME
İÇTİHATLARI**

- a) Dr. Kemal DAYINLARLI : Kayımlık Ücreti **415-420**

**9- TÜRK HUKUKUNUN
YABANCI MAHKEMELERCE
UYGULAMASI**

- a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Haksız Fiil, Manevi Tazminat, Ka-
zanç Kaybı ve Tedavi Masrafları ... **421-424**

doğruca müsteşar rahmetli Rüşdü Uskent'e dosya ile gittim. Önce sicil numarasını söyleyip hâkimin nasıl olduğunu sordum. "Dürüst olmadığı söyleniyor ama delil bulamadık" dedi. "Öyle ise dinle", diyerek işi anlattım. O da çok üzüldü ve bu dosya bende kalsın yarın gönderirim dedi. Ertesi gün kapalı zarfla dosya geldi. Açtım, şöyle bir yazı vardı: "Dostum sakın artık üzülme, hâkimi 39 ile yolcu ettik".

Yine bir tahliye davası : Beyoğlu Tokatlıyan Otel Mütevellî Heyeti otel gazinosu kiracısı aleyhine galiba temerrüt sebebiyle tahliye istemiş. Mahkeme davayı red etmiş, yaptığımız incelemede mahkeme kararının yanlış olduğunu açıkça belirterek tahliyeye karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi yolsuzdur" diye hükmü bozup dosyayı gönderdik. Uzun süre bu dosya bize gelmedi. Bir sabah gelip masama konan dosyaları incelerken bu dosyanın da gelmiş olduğunu gördüm. Mahkemelerden gelen evrak esasa kaydedildikten sonra benim masama konur, ben onları inceler, dairemizin tetkik sahasında olanları ayırır, diğerlerini ait olduğu daireye yollardım. Bu tahliye dosyasını okudum veyanımda tuttum. Az sonra arkadaşlar da geldiler, raportör de hazırды. Ben: "arkadaşlar, şimdi bir dosya geldi, çok önemli manzara arz ediyor, evvela bu işi görüşelim, sonra raportör arkadaşına sıra gelsin" dedim. "Hayrola" dediler. Anlatmağa başladım: (bozma kararı mahalline varınca davacı dilekçe vererek devamını istemiş, duruşma günü taraf vekili gelmiş, hâkim bozma kararını okuyup davacı vekilinden sormuş ve uyulsun cevabını almış, davalı vekilinden sorunca; efendim, siz davacı vekilinin sözünü gülerek zabta geçirdiniz bu hal taraf tuttuğunuzu gösterir, sizi red ediyorum, dilekçemi vermek üzere mehil istiyorum demiş. Hâkim, davalının maksadı davayı uzatmaktır işin sürünmede kalması için istinkaf ediyorum demiş. Karar yazılmış dosya nöbetçi mahkemeye gönderilmiş, nöbetçi mahkeme münasip mahkemeye göndermiş ve hâkim karşısında davalı vekili red talebinde bulunmuş ve dosya bütün sulh mahkemelerini dolaşmış en son Birinci Sulh Hukuka gelmiş. Tecrübeli hâkim; celse açıldı, iki taraf vekili yerlerini aldı, hâkim değişikliği yüzünden dosya okundu, duruşmaya nihayet verilerek tahliyeye dair karar okundu diyerek işi bitirmiş). Ben, "arkadaşlar bu adam nasıl olsa bizi de red eder, şu işi hemen hal edelim" dediğim sırada kapı vuruldu içeriye gelen postacı beş adet tebliğ zarfını bizlere imza karşılığında verdi. Açıp baktık, ismen heyeti teşkil eden beş kişiyi red ediyordu. Arkadaşlar ve raportör gülüyordu. Usul Kanunu bugünkü gibi değildi. "Bu adamın niyeti ortada, elinden geldiği kadar işi uzatacak, ben reddi kabul ediyorum" dedim. Bilhassa Vedad Arda-

yor, devam edenler ekâbir oldukları için emniyet bir şey yapmıyor, zamparalar bazen bizim kapımızı da çalıyor, dedikleri gibi apartmanın diğer dairelerinde oturanlar dahi bu kadın hepimizi rezil ve perişan duruma soktu, hiç korkmadan randevuculuğa devam ediyor demişler ve ekâbir olarak tavsif ettikleri kişilerin adlarını da birer birer saymışlar. Savunma şahidleri ise bir şey bilmiyoruz demişler, hükmün doğruluğunu kabul ettik" dedim. "Olmaz, yalan söylemişler" deyince de: "Beyefendi dosyası şudur, buyurun okuyun, müdavimler arasında zatialinizin adı da var" dedim ve dosyayı okuması için uzattım. Kıpırmızı oldu. Hemen kalkıp sesini bile çıkarmadan gitti. Bunu ibret alınacak bir olay diye arzettim. Çünkü, bir insan haksız bir menfaat peşinde ise büyüklük hüviyetiyle girdiği kapıdan küçülmüş olarak çıkar.

Acı veren bir karar : Bir tahliye işi. Mahkemesi İstanbul Sulh Hukuk. Davacısı genç bir hanım. Ticaret Yüksek Okununu bitirmiş, bizzat çalıştırmak için lokantanın tahliyesini istemiş. Davalı, "ihtiyacı yok, tecrübesiz olduğu için lokanta işletemez" diyor. Deliller dinlenmiş ve mahkeme "davacı lokanta işletecek tecrübeye sahip değildir" diye red etmiş. Dairemize gelmiş, yapılan incelemede "davacının mecura ihtiyacı olduğu, başka dükkânı bulunmadığı, işletmek için sermayesi de olduğu sabittir. Lokantayı çalıştıracak ehliyeti olup olmadığı hususuna gelince: Usulü dairesinde seçilecek üç bilirkişi marifetiyle davacının bu işe ehil olup olmadığının tesbiti ve şayet ehil denirse mecurun tahliyesine karar verilmesi lâzımdır" şeklinde bozulmuş. Mahalli mahkeme bozmaya uymuş. taraflar anlaşamadıkları için hâkim re'sen üç bilirkişi seçmiş. Bilirkişiler: "Hâkim ve taraf vekillerinin huzurunda davacıyı soru yağmuruna tuttuk, zaten davacı okulunu birincilikle bitirdiği gibi sorulan sorulara inandırıcı ve akla uygun cevaplar vermiştir. Lokantayı çalıştıracak parası da vardır ve mükemmelen işleteceğine inandık" diye rapor vermişler. Duruşmada rapor okunmuş, davalı vekili bile "hiç bir diyeceği olmadığını" söylemiş. Mahkemenin kararı şöyledir: "Davacının okulunu birinci olarak bitirdiği, iki taraf şahitlerinin ifadelerine göre mecura ihtiyacı olduğu, başka dükkânı da bulunmadığı, bilirkişi raporuna nazaran da bu işin ehil olduğu sabit ise de fotoğrafından da anlaşılacağı gibi davacı çok güzel bir hanımdır. Lokanta işletirken müşterilerin her an sarkıntılıklarına maruz kalabilir ve bu suretle namusu lekelenir, aslında güzel ve namuslu hanımların yeri evleridir, davacının namusunu siyanet bakımından davanın reddine karar verildi" biçiminde idi. Kararı bozmakla beraber Usul Kanununun 429. maddesi gereğince davanın diğer mahkemeye nakline karar verip hâkime de zayıf notunu ekledik. Ama benim için bu kadarı yetmemişti. İşler bittikten sonra

dosyayı iyi okumadan bozma kararı vermiş" diye eski hükümde direniyordu. Bu karar oybirliği ile onandı. Hemen baktım kararda benim de imzam vardı ve bu iş başkanın grubundan çıkmıştı. Derhal sigara molasında Başkanın yanına gittim ve "beyefendi, şimdi onanan karardan imzam olduğu için ben utandım, bundan sonra grubunuzdan çıkan kararlara imza koymayacağım" dedim. "Gözüm, bu karardan ben de utandım, ama vakit yok, bildiğiniz gibi dört üyemiz var başkasına imza ettirmem de imkânsız, Şubat ayına kadar müsaade et, iş çok, işe başladığın günden beri okuduğun dosyalarla ve çıkardığın işlerle iftihar ediyor ve Şubat ayına kadar kendimize geleceğimizi sanıyorum, şimdilik bizim gruptan çıkan kararlarda isminizi gördüğünüz hatıta görmediğiniz dosyaları alıp okur ve hatamız olursa dosyayı heyete getirir ve hataları gösterirseniz minnettar kalırım" dediler. Ben de adımın yazılı olduğu dosyaları alıp okudum. Başkan da sözünü tuttu, Şubat ayından itibaren tek heyet halinde beş kişi ile çalışmağa başladık. Ayrıldığım güne kadar da tam heyet halinde devam ettik.

Bir ibret hadisesesi : Bir gün öğleden sonra odamda çalışırken bir zat geldi "Kahraman Bey'i arıyorum" dedi. "Benim, efendim" cevabını verdim. Gelen zat kendisini emekli Temyiz Mahkemesi İkinci Reislerinden diye tanıttı. Adını çok duymuştum, ama şahsen tanıımıyordum. Derhal ayağa kalkıp elini öptüm ve "hoş geldiniz" dedim, hal ve hatırını sorup kahvesini ısmarladım. Kahveyi içerken "bak iki gözüm, bir zavallı kadın var, haksızlığa uğradı. İstanbul Sulh Mahkemesi, aleyhine tahliye kararı verdi sizdeki numarası şudur, bu dosyanın tarafınızdan okunmasını ve kadını bu dertten kurtarmanızı rica ediyorum" dedi. "Baş üstüne, hemen alır okurum ve heyete arz ederim" dedim. O zat gitti, ben de dosyayı getirip okudum, notlarını çıkardım, ertesi gün de heyete tahrir ettim, tahliye kararı oybirliği ile tasdik edildi. Bir hafta sonra odamda makineden geçirilip imzaya getirilen kararları incelerken bu zatı şerif yine geldi. Yine ayağa kalkıp elini öptüm, kahvesini ısmarladım, bir yudum içtikten sonra: "Kahraman Bey, bizim madamın işi ne oldu" diye sordu. Zavallı kadın şimdi madam olmuştu. "Tahliye kararı tasdik edildi efendim" dedim. Hiddetle: "nasıl olur, bu bir haksızlıktır, dosyayı siz okumadınız mı" diye söylenince: "Efendim, madam Şişli'de bir apartman dairesinde, kiracı olarak girdikten sonra randevuculuğa başlamış, mal sahibi emniyete müracaat etmiş, netice alamamış, bu hale nihayet ver, komşular bile senden çok şikayetçi oluyor, bu hale devam edersen tahliye davası açacağım diye noterden ihtar çekip tebliğ ettirmiş, kadın hiç korkmadan bu işe devam etmiş, sonra dava açmış, davacı tanıkları; madam açıktan randevuculuk yapı-

yefendi, hem tasdik hem orta, bu nasii olur" diye sordum. "Gözüm, verilen hükmü bozmuşuz, hâkim uymuş ve bozmaya göre karar vermiş, onun için orta notu verdim" dedi. Dosyasını açıp gösterdim, bozulan kararı veren hâkim başkası idi. "Evvelki hâkime o zaman notu verilmiştir ama bu hâkim bozmadan sonra süratle işi bitirmiş, kararında her hangi bir pürüz de yok, şu halde adalet dağıtan hâkimden iyi notu niçin esirgiyoruz, böyle olunca da hâkime işi süründürmediği için ceza vermiş olmuyor muyuz, bu itibarla bu fişi imza edemem, buyurun siz imzalayın" dedim. Sayın Başkan "gözüm, (böyle hitap ederdi) bunları götür, istediğin biçimde değiştir ve imzala, bundan sonra da heyet halinde not verelim" dedi. Ben de çok sevindim. Altı ay sonra da bu işi başka bir arkadaşına devrettim. Çünkü, yüklendiğim işler oldukça çoğalmıştı.

İşe başladığım gün sayın Başkan "iki grup halinde çalışacağız" diyerek grupların kimlerden oluşacağını bildirdi. Ben ikinci gruba verilmiştim. Bir grupta üç kişi vardı. Her iki gruptan çıkan işleri dosyayı inceleyenlerle birlikte Başkanın tensip edeceği üye imzalayacaktı. Bunları çıkan iş listesinde gösteririm diyordu. Her kararı başkan imzaladığı gibi ben de grubumuzdan çıkan kararlarla listede adım olan kararları okumadan imza ediyordum. Yeni olduğum için itiraz etmeme imkân yoktu. Cemal ve Tevfik Ağabeyler sık sık "sakın kavgaya çıkarma" yollu nasihatlarını tekrarlıyorlardı.

Grubumuzda besmele çekip ilk dosyanın incelenmesine başlamıştık ki, raportör arkadaşına "dosyayı bana ver" dedim. O şefin gözüne baktı. Şef bana dönerek "bak kardeş iş çok vakit kıt, her dosyayı okuyacak olursak içinden çıkamayız. Raportör arkadaşımız çok dikkatlidir" dedi. Ben "arkadaş ne kadar dikkatli olursa olsun kararı o değil biz imza edeceğiz, raportörümüz namuslu olmak zorundadır ama kul hatasız olmaz, vatandaş bize güveniyorsa güvenlerini suiistimal etmememiz gerekir" diyerek dosyayı alıp kontrolle başladım. Nitekim, ikinci dosyada raportörün yanlış takririni yakaladım. Raportör kıpkırmızı olmuştu. Arkadaşına "üzülme, böyle şeyler olur, bir daha böyle bir hata yapmazsın" dedim. Bu usulüm Yargıtay'dan ayrıldığı güne kadar devam etti. Ve pek çok yanlışlıkları bu sayede düzeltmiş olduk.

Bir gün, Genel Kurulda bir tahliye dosyası incelendi. İhtiyaç sebebiyle açılan davayı mahkeme kabul etmiş, dairesimiz "savunma şahidlerini de dinle, sonra hâsıl olacak kanaata göre karar ver" demişiz, mahkeme kararında direnmiş ve "ben bütün şahidleri dinledim, davalı şahidleri bile davacının mecura ihtiyacı olduğunu söyledikleri için tahliye kararı vermiştir, demekki daire

Şimdi İstanbul'da oturmakta, buradan çıkan kararları okuyup avunmakta ve arkadaşları ile tartışmakta, evine gelen ve mütalâa soran hâkimlere doğru yolu göstermektedir. Zaten yazılı eserleri ile kitaplıklarda yaşamakta ve zorda kalanları aydınlatmaktadır. Tanrı uzun ömürler ihsan etsin.

Bana verilen görev, Yargıtay'da bulunduğum sürede tanıdığım bazı büyüklerden söz etmektir. Ancak, daha evvel gelmiş geçmiş büyüklüklerini isbat etmiş ve bilhassa sanki dün kaleme alınmış gibi sade bir dille Ahkâmül-Evkaf'ı yazmış olan Temyiz Mahkemesi Birinci Başkanı Ömer Hilmi İbradılı Vehbi, Fahreddin Karaoğlan, Şemseddin Temizer, Fevzi Bozer, Başsavcı Nihat Beyefendileri de huzurunuzda saygı ile anmadan geçemeyeceğim, nur içinde yatsınlar.

Altı sene iki ay çalıştığım Altıncı Hukuk Dairesi'nde çok değerli zevat ile tanıştım, bilgi ve insanlıklarından çok fayda gördüm. Dr. Hakkı Uma aramızda bir yıldız gibi parladı ama ne yazıkki kısa süre sonra müsteşar olarak ayrıldı. Bilâhare profesör oldu. Arkadaşlığına doyamadığımız Şevket Nezihî Kumral, Ermenek'den beri arkadaşım olan Avni Ataişık. Demir gibi sağlam karakterli ve soyadının adamı Subhi Örs. Terbiye ve nezaketi ve bilgisi ile gönlümüzü fetheden Ziya Önel. Titiz ve ifrad derecede merhametli Vedad Ardahan ve diğerleri gibi insanlarla geçen hayatım cidden imrenilecek ve övünülecek bir ömür parçasıdır. Bu arkadaşlarla aynı dairede çalıştığım için iftihar etmekteyim. Bu arada işe başladığım zaman dairemiz başkanı olan Rauf Dizdar Beyefendiyi de saygı ile anarım. Cidden çok nazik ve terbiyeli bir zattı ama Yargıtay'dan çok çabuk ayrıldı. Birlikte çalışmamız bir sene bile sürmedi.

Şimdi de yüksek müsaadenizle üyeliğim sırasında rastladığım olaylara değinmek istiyorum. Çünkü, bu hadiseler kolay kolay ortaya gelmez.

İşe başladığım zaman binden fazla vakıf dosyasının beklediğini ve çoğunun bu dairenin kurulması üzerine başka dairelerden geldiğini öğrenince heyecanım arttı. Bu dosyaların biran önce karara bağlanmasını arzu ettiğim için vakıf dosyalarını okuyup heyete takrire başladım ve Tanrı'ya şükürler olsun kısa zamanda bu dosyalar temizlendi. Sayın başkanımız hâkimlere doldurulan fişleri de benim imza etmemi istedi. Bunlar da vakit alıyordu. Bir kaçını imzaladım ama birisini beğenmedim. Hem verilen hükmü tasdik etmişiz hem de hâkime orta notu doldurulmuş. Böylelerini ayırdım ve Başkana götürdüm. "Bu notları kim veriyor" diye sordum, "ben" diye cevap verdi. "Be-

nık, ikisi davacı nasıl olurda şikâyet ettikleri zatın inzibat işinde hâkimlik yapabilirler. Sen hangi kafa ile talebi red ediyorsun, demekki hâkimliğin ne demek olduğunu bilmiyorsun, seninle aynı kararname ile Yargıtay'a geldiğime utanıyorum". İşte bu taraflı davranış daha sonra lehde oy verenlerden bir kısmının başka dairelere verilerek yerlerine tekrar kur'a ile başka üyeleri getirmek yolunu da denediler ama gelenler vicdanlarının sesine uydular ve sayın üstad emekli oluncaya kadar işi bitiremediler ve Suad Beyefendi'yi azap içinde bıraktılar. Emekli olduktan sonra da Rahmetli Recaî Seçkin'in "bu zat emekli oldu, daha fazla ızdırap vermeye hakkımız yoktur, muamele tayinine mâhâl olmadığına karar verilsin" dediği için iş böylece kapanmış oldu. Çünkü, üstadı bezdirmenin başka yolunu bulmuş ve emellerine kavuşmuşlardı. Zira:

Büyük hukukçu, İkinci Hukuk Dairesi'nde günlük işlerle çalışıyor ve iş sahiplerinin hayır duasını alıyordu. Haysiyet Divanında iş yürümüyor, kiskanç emeller solmağa başlıyordu. Acaba ne yapmalı idi? Formül bulundu. İkinci Hukuk Dairesi'nin bir üst kata nakli istendi. Sayın Üstad "durup dururken bu taşınmanın mânâsı yoktur. Eğer daireler bir plân dairesinde yerleştiriliyorsa buna diyecek olmaz, böyle bir plân yoksa dairemin nakline muvafakat etmiyorum" diye cevap verdi. Ama bir gün öğle yemeğine gidince tüm odacılar seferber edilerek İkinci Hukuk Dairesi üst kata taşındı. Sayın Bertan gelip de durumu görünce çok üzüldü ve evine dönüp bir dilekçe ile emekliliğini istedi. Zamanın Adalet Bakanı olan faziletli Esat Bucakoğlu Beyefendi başkanın evine giderek bu işten vazgeçmesi için ricada bulundu ama bir kere ok yaydan çıkmıştı. Delili olmadan ileri sürülen sövme isnadı ile geçen senelerin yüklediği ızdırap ve şimdi de dairenin üst kata nakli üstadı tam mânâsı ile küstürmüştü. Muhterem Bakanı çok sevmesine rağmen ricasını kabul edemedi, ayrıldı. Kanaatımca Yargıtay'ın güneşi söndü, üstad küsmüştü.

Sayın Bertan'ın, düşmanları bu ayrılışa sevinmekle beraber Yargıtay'ın Yüzüncü Yıl Kitabı'nın 712. sahifesinde kendisini başkanlıktan değil de üyelikten emekli göstermek suretiyle husumetlerinin yazılı bir delilini efkârı umumiye sunmaktan da çekinmemişlerdir.

Aradan tam otuz yıl geçtiği halde Sayın Bertan bir kerecik olsun Yargıtay'a gelmemişti ve gelmeye de hiç niyeti yoktu. Ama, karşısına büyük nezaket ve terbiyesi ile çıkan Muhterem İsmet Ocakçioğlu'nun ricasını kıramadı ve huzurunuzda gelerek konuştu ve bu işten sonsuz şeref ve haz duydu.

kesizdir. Az fakat öz konuşur, konuşması ise pürüzsüz ve vekarlıdır. Terbiye ve nezaketine diyecek olmadığı gibi büyük bir tevazuunda sahibidir. Haksızlık ve kanunsuzluk karşısında gayet serttir ve lekeli kimseleri hiç sevmeyiz ve onlarla konuşmaz. Birinci Hukuk Dairesi'nden istediği biçimde karar alamayan, milletvekilliği ile avukatlığı birlikte sürdüren biri ve kötü emellerine sed çektiği bazılarının ısrar ve istekleri üzerine Birinci Hukuk'tan alınarak İkinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'na getirilmiştir. Bu nakilden çok üzüleceğini sandığım Sayın Bertan: "Kahraman Beyciğim, toprak davaları mühimdir ve ben bu dairenin başkanı idim ama şimdi aile nizamı ile ilgili işlere bakan bir daireye gidiyorum. Bütün hukukî pürüzler veya iyiliklerin kaynağı ailedir, bu itibarla aile hukuku ile uğraşan bir daireye başkan olmak da şerefli, yerime geçen Zeki Çakır Bey de çok vicdanlı ve iyi bir zattır, dolayısıyla ben bu değişiklikten hiç bir üzüntü duymadım" demişti. Hâkimliği sırasında Uluslararası Adalet Divanı Üyeliği de yapmıştır. Zilyelik hakkında tercüme kitabı olduğu gibi emeklilikten sonra Gayrimenkul Hukuku adlı mükemmel bir telif eser yazmıştır.

Bu zatın en büyük düşmanı, sınırsız bilgisi ve geniş bir namus anlayışı idi. Karışık davalarda kendisine başvurulur ve varılması gereken sonuç ondan alınırdı. Bu hal bir çoklarını iyice kıskandıırıyordu. Bir tevhibi içtihat kararının yazılması yüzünden Hazinenin büyük zararlara uğradığını gördüğü için Genel Kurulda, Yedinci Hukuk Dairesi Başkanı ile şiddetli bir tartışmaya girmiş ve ona haksızlığını kabul ettirmişti. Bu hadiseden sonra aralarında bariz bir soğukluk başladı. Nihayet, Yedinci Hukuk Dairesi Başkanı Birinci Başkanlığa bir dilekçe vererek Sayın Suad Bertan'ın kendisine hakaret ettiğinden bahisle Haysiyet Divanına verilmesini istediğini duyduk. Bu şikâyete sonradan Birinci Başkan da katıldı ve "Genel Kurul toplantılarına gelmiyor, bana soğuk davranıyor ve küçük görüyor" diye dilekçe verdi. O tarihte Haysiyet Divanı, Birinci Başkanın riyasetinde bütün hukuk ve ceza daireleri başkanları ile her daireden kur'a ile belirlenecek birer üyeden oluşuyordu. Kur'alar çekildi. Altıncı Hukuk Dairesi için Sayın Hakkı Uma'nın adı çıktı. Kısa süre sonra Sayın Hakkı Uma müsteşarlığa gidince tekrar çekilen kur'adan benim adım çıktı. Bu yüzden emekliye ayrıldığım güne kadar Divana ben iştirak ettim. Husumetle yüklü olanlar biran önce işi bitirip üstadın cezalandırılmasını istiyordu ama bu emellerine kavuşamadılar. İlk önce Sayın Bertan kendisinden şikâyetçi olan iki başkanı red talebinde bulundu, bu talep çoğunlukla red edildi. Bu karar verilip dışarı çıkılınca rahmetli Feridun Müderrisoğlu'nun Ticaret Dairesi Üyesine şöyle bağırdığına şahit olduk: "Birisini sa-

rar olup tehiri icra ve bozma kararı vermek veya vermemek hak ve vazifesi Yüksek Yargıtay'a aittir, bu nedenle yanlış yoldasınız, istediğiniz biçimde karar vermeye gücüm yetmez" diyerek dilekçesini iade etmek isteyince hiddete kapılan Avukat "bana akıl öğretemezsin, karar istiyorum" dedi. Ben de sebeplerini sayarak, isteğin reddine karar verildi diye yazıp imzaladım ama Avukat "sizinle görüşürüz" diyerek çıkıp gitti. O gün DP. Genel Başkanlığına bir dilekçe göndermiş, "Kahraman Koç benim haklı davamı red etti, çünkü müvekkilim bu partinin ileri gelenleri arasında idi, hâkim son seçimde CHP'den adaydı, seçimi kaybettiği için Demokrat Partilileri ezmeye çalışıyor, bunun ve kendisine devamlı yardımcı olan Mahir Özkurt ile İbrahim Gaffaroğlu'nun derhal Adana'dan uzaklaştırılması gerekir" yollu şikayette bulunmuş, Genel Başkanlık acele muamele tayinimi Adalet Bakanlığı'ndan istemiş; Bakanlık, "Kahraman Koç teminatlı hâkimdir, heniz bir işlem yapamayız, hakkında inceleme yapılması için teftiş kuruluna emir verildi, Mahir ile İbrahim başka yerlere atandı" yollu cevap vermiş ve Bakan acele Celâl Bey'i Adana'ya göndermiş ve mesajı vaktinde yetiştirmek istemiş, işler karışıp gönderdiğim telden telaşlanan Bakan savcıya telefon ederek işin gazetelere intikal etmeden tatliya bağlandığını görünce ve hele Mahir ile İbrahim'in Halk Partisi ile hiç bir ilgisinin olmadığını itimat ettiği savcıdan duyunca acele yaptığı tayinin haksızlığına kani olarak, ömrünü adalet yolunda harcamış bir insan olarak hatasından dönmek suretiyle büyüklüğünü göstermiştir. Öte taraftan, her zaman İstanbul'da bir göreve tayinini isteyen ve son emelinin bu olduğunu tekrarlayan savcının (benden ne istersin) sözü üzerine "İstanbul'da lâıyk göreceğiniz bir görev istirham ederim" demesi halinde bu arzusunun yerine getirileceğini bilmesine rağmen haksızlığa uğrayan iki kişiyi kurtarması Tefvik Dincel ağabeyimizin ne denli bir insan olduğunu göstermeye yeterlidir sanırım. Cenabı-Hak onun arzusunu İstanbul ile değil Ceza Genel Kurulunda yerine getirip Adalet masasına yatırmıştır. Bu hal her kula nasip olmayacak büyük bir mü-kâfattır. Nur içinde yatsın ve ruhu şad olsun.

Suad Bertan : İstanbul'da hâkim iken ünü bütün meslektaşları sarmıştı. Yargıtay Üyeliğine de çok genç yaşta tayin edildi. Galatasaray Lisesi ve İstanbul Hukuk Fakültesi mezunu olup Lozan Üniversitesi'nde doktorasını yapmıştır. Fransızca ve Almanca bilir. Hukuk fakültesinden sınıf arkadaşımıdır. Benim de üye olduğum Yargıtay kararnamesinde Birinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'na atanmıştır. Kısa sürede o dairede bekleyen altıbin civarındaki dosyayı karara bağlamış ve altı ay içinde günlük işlerle çalışmaya başlamıştır. Keskin bir zekâ ve hafıza, sınırsız bilgi sahibi olup namus ve vicdanı le-

ve yarım saat sonra yine telefon edip neticeyi öğreneceğini bildirdi. Bunun üzerine gazetelere telefon edip "Kahraman Bey vazife başındadır, şayet istifa etti diye yazarsanız hakkınızda takibat yaparım, seçime fesat karıştırıyorsunuz derim diye korkuttum, şimdi iş sana kaldı, ağabeyini kırma, bak hastayım, lütfen vazgeç, Bakan Bey'de çok üzgün, sana yalan söylemeyeceğimi de pek âlâ bilirsin" yollu ricalara başladı. Neticede "ağabeyi kıramadım ve istifadan vazgeçtim diye tel göndermeme imkân ve ihtimal olamaz, ancak yerime başkası verilene kadar seçim işlerine devam ederim" dedim. Ağabey pek sevindi. Ben adliyeye gittim. Yarım saat sonra savcı yine beni çağırıldı. Gittim baktım, adeta hastalığından eser kalmamıştı. Beni kucakladı ve "Kahraman, teli çektin bizi korkuttun ama bundan hayırlı neticeler doğdu" diyerek anlatmağa başladı. "Bakan Bey gözlerinden öperek teşekkür etti ve çok sevindiğini söyledi ve bu sevinçle senin bir arzun var mı diye benden sordu, ben de, efendim başmuavinim, suçsuz olarak Gümüshaneye, İbrahim'de Acıpayam'a tayin edildiler" demem üzerine "onlar Halk Partisi için çalışıyorlarmış. Bunların particilikle hiç alakaları yoktur, hatta adli tatilden önce Halkevi bahçesinde İbrahim H.P. başkanına sizin hiç bir şeye aklınız ermiyor ve ortalığı karıştırıyorsunuz" diye çıkıştığını arz edip bu haksızlıkların düzeltilmesini istirham ettim. Beyefendi, "Mahir'i Hatay Savcılığı'na tayin edeceğini, İbrahim'i de Avrupa'ya göndereceğini söyledi. Bunlar hep senin sayende oldu, arkadaşlarını kurtardın" dedi. Hakikaten Mahir Gümüshane'ye varıp işe başladı, bir gün sonra Hatay Savcılığı'na tayin edildi. İbrahim'de Acıpayam'da işe başladıktan sonra Hatay Sulh Hâkimliğine tayin olundu ve gelip işe başlamasını müteakip Almanya'ya staja gönderildi. Burada bir hususu arzetmem gerekiyor:

Bu tayinlerle bana gönderilen mesajın sebebi bilâhare Adana'ya gelen üç müfettişin yaptıkları inceleme sonunda anlaşıldı. Hadise şu idi: Adli tatilde Adana Barosu Avukatlarından birisi (ki aşırı Demokrat Partili olarak kendisini tanıyordu) bir dilekçe ile geldi ve tedbir kararı vermeniz gerekiyor" diye söylenip dilekçeyi uzattı. Okudum ve mahiyetini anladım. Sulh Mahkemesinde müvekkili aleyhine bir tahliye davası varmış, aleyhine neticelenmiş ve bu kararı temyiz ederek tehiri icra kararı da istemiş isede müvekkili mecurdan atılırsa büyük zararlara girermiş, hâkim de kasten aleyhe karar vermiş, bu sebeplerle evvela tedbir kararı verilerek müvekkilinin mecurdan çıkarılmamasının temini ve yapılacak duruşma sonunda Sulh Mahkemesi kararının iptali ve vaki muarazanın men'i isteniyordu. Avukat'a "böyle dava olmaz, mahkememiz sulh mahkemesinin mafevki değildir, verilen nihâî bir ka-

vabını verdi. Ek olarak "ben burada Orhan Babaoğlu'ndan boşalan hukuk hâkimliğine tayin edildim, emrim geliyor, Bakan Beyefendi beni uçakla gönderdi ve size mesaj yolladı" cümlelerini de sıraladı. Bakanımız "Kahraman Bey Halk Partilileri himaye ve aksine Demokrat Partilileri izaç ediyormuş, demiyorum ki Demokratları tutsun, hiç olmazsa bitaraflığını muhafaza etsin, aksi takdirde fena olur" buyurdular, vereceğiniz cevabı da ya uçakla götüreceğim, yahut telefonla arz edeceğim dedi. Hiç düşünmeden: "tarafsızlığı ihlâl etmek bir züldür onu Bakana red ediyorum" cevabını verdim. Bizim elçi iyice şaşırmişti. Tekrar "işte böyle, ya telefon et veya ne ile gidersen git ve Bakana söyle" dedim. Hâkim odayı terk etti, ben de kâtibi çağırıp şöyle bir tel yazdırdım: (Adalet Bakanlığı'na: Hâkim Celâl Yüksel marifetiyle gönderdiğiniz mesajı aldım, tarafsızlığın ihlali bir züldür, red eder, hâkimlikten ve seçim kurulu başkanlığından istifa ediyorum) yollu teli hemen postahaneye götürüp çekirtmesini kâtibe söyledim ve ücretini de verdim. Bir taraftan da şahsî eşya ve kitaplarımı toplamağa başladım. İki üç dakika sonra savcı yardımcısı Zeki Çulfaz, benim telle odama girip "ağabey ne oluyor, çok üzüldüm, mesele nedir" diye sordu. Olanları anlattım. "Hayır, bu olacak iş değil, bu istifadan vazgeç" diye ricaya başladı. Bu arkadaş adının tam mânâsı ile adamı idi. Namuslu, çalışkan, faziletli, genç bir savcı idi. Sonradan genç yaşında Yargıtay Üyesi olmuş ne yazıkki yine genç yaşında vefat ederek sevenlerini kedere boğmuştur. Zeki Bey: "Mademki seçim kurulundan istifa ediyorsun ve ricamı kabul etmiyorsun o halde şu hâkimlikten istifayı kaldır, bulabilirlerse seni onlar hâkimlikten çıkarsınlar" dedi. Bunun üzerine telden "hâkimlikten" kelimesini çıkartıp üst tarafını yazdım. Bu sırada Adana'da tatile bulunan hâkimler işi duyarak odamı doldurmuşlardı. Zeki Bey Savcının evinde hasta olduğunu söylüyordu. Arkadaşların tazyikından kurtulunca akşama yakın teli postahaneye verdim ve rahatladım. Ben o gün adliyeden ayrılırken Celâl Yüksel'in emri geldiği gibi Savcı Başyardımcısı Mahir Özkurt Gümüşhane Ceza Hâkimliğine, Sulh Hâkimi İbrahim Gaffaroğlu da Acıpayam Hukuk Hâkimliğine tayin ediliyordu. Ertesi sabah adliyeye gittim, seçim işleri ile ilgilenmiyordum. Yarım saat sonra savcının polisi gelerek, "savcı bey sizi çok acele evine rica ediyor ve mühimdir" diyor, lütfen gidermisiniz" dedi. "Ne olduğunu" sordum, "bilemem" cevabını verdi. Hemen gittim. Hakkaten hasta idi. Yataktan kalktı ve "ne yaptın, neden istifa ettin" diye sordu. Ben olanları anlattım. "Bak, seni neden çağırdım biliyor musun? Bakan Bey beni telefonla aradı ve senin telinden söz edip ben böyle mesaj göndermedim, Kahraman Bey'i çok iyi bir hâkim olarak tanırım, istifadan vazgeçsin, bu iş basına aksetmesin, bu işi mutlak hal için seni memur tayin ettim" dedi

re sonra Dördüncü Ceza Dairesine başkan oldu. Artık keyfine diyecek yoktu. Ancak, hanımı hep gece mesaisinden şikâyet eder, "sinema, tiyatro şöyle dursun eş dost ziyaretleri de yapamıyoruz" derdi. Ara sıra evine ziyarete gittiğimiz zaman kendisini masa başında çalışır bulurduk. Biraz fazla otursak "benim çıkarmak zorunluğunda bulunduğum çok işim var" diye söylenir ve adeta "artık gitseniz iyi olur" diyecek tavır takınırdı. Bir gün Genç Osman adlı eserin çok güzel olduğunu arkadaşlardan duyduğum için hem kendimize hem de Cemal ağabeylere Büyük Tiyatro'dan dört bilet aldım. Odasına gidip "ağabey işte size iki bilet, bu akşam saat 20.30'da oyun başlayacak, ona göre evden çıkın ve geçerken bize uğrayın" dedim. Çünkü evlerimiz çok yakındı. Biletlere bakıp yüzünü buruşturdu ve "biz gelemeyiz, işlerim çok" dedi. Rica ettim, sonunda anlaştık ve saatında tiyatrodaki yerimizi aldık. Cemal ağabey sonsuz bir heyecanla seyretti. Adeta yerinde oturamayacak kadar coşmuştu. Oyun bittiğinde baktım ağlıyordu. "Ağabey bu kadar üzüleceğini bilseydim sizi buraya getirmezdim" dedim. Cevap olarak: "Kahraman, ben 1927 yılında Üsküdar'da sinemaya gitmiştim, o günden bu güne kadar sinema ve tiyatro yüzü görmedim, hem bu hal, hem de oyun bana tarihi yaşattı, sana minnettarım, ben kızsam bile sen bizi böyle güzel eserleri görmeye götür" dedi.

İşte böyle çalışkan, yüksek seciyeli zatın Başsavcı olacağı söylenmeye başlamıştı. Bu makam aslında onun hakkı idi. Bir gün makamına gidip "ağabey haydi Cuma nazamına" dedim. "Kahraman, yaptığım vazife de ibadettir, şimdi seninle camie gidemem, esasen gidip gelme süresi içinde ben çok karar çıkarır ve bizden adalet bekleyenleri sevindiririm. Hüseyin Cahid'in bir dosyası geldi, tasdik etmemiz için tazyik başladı, dosyayı daha okumadım. Allah'a dua et masum ise kurtulsun" dedi. Galiba bir hafta sonra mahkumiyet kararı oybirliği ile bozuldu. Bu bozmadan bir iki gün sonra öğle yemeği yerken evin kapısı çalındı. Baktım Cemal ağabeydi. Elinde bir kâğıt tutuyordu, aklıma tayin işi geldi ve derhal "her halde Başsavcı oldun" dememe karşılık "ondan da mühim" deyip kâğıdı elime verdi. Okudum, gözlerim yaşla doldu. Gelen yazı şöyle idi: (Görülen luzuma binaen 39. madde ile emekliye sevk edildiniz...) Bu emeklilik işi bütün Temyiz Mahkemesi mensuplarını mateme boğdu. Ağabeyi gardan yolcu etmeye gelmeyen kalmamıştı. Gitti ama yeri boş kaldı. 1960 İhtilâlinden sonra tekrar Yargıtay'a döndü ama bu sefer 6. Ceza Dairesi Başkanı olarak işe başladı. Daha sonra Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçildi. Yargıtay'a veda ederken Birinci Başkan Feruh Niyazi Adalı Beyefendi: "Sen her makama lâıyık, ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunda bir itidal unsuru idin, bu bakımdan çok üzgünüm" diyordu.

65 yaşını doldurunca emekli olup Üsküdar'a gitti ve 81 yaşında vefat etti. Ağır görevinden başka Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemele-ri Usulü Kanunu, Hususi Kanunlardaki Ceza Hükümleri, Askeri Ceza Kanunu adlı eserlerin ve Altıncı Ceza Dairesi Üyeleri ile birlikte çıkardıkları Sah-tecilik adlı kitapların sahibiydi. Açık tabiri ile Cemal ağabey ceza hâkimleri ve savcıların tatbikat hocası idi. Büyük bir cemaat karşısında kürsüye çıkarak vaaz edecek kadar da dini bilgisi vardı. Vefatı ile dünya çok değerli bir evladını yitirmiş oldu. Nur içinde yatsın.

Tevfik Dıncel : Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda dairesinin bozduğu bir davanın etraflıca izahını yapıp direnme kararını bozdurduktan bir kaç saniye sonra 61 yaşında iken ruhunu Tanrı'ya teslim eden 3. Ceza Dairesi Başkanı... Temiz bir kalp, sınırsız vefa duygusu, çalışkan ve arkadaşlarını daima kollayan dürüst, namuslu, faziletli, âdil bir hâkim. Kendisi ile ilk defa Adana'da tanıştık. Zira, aynı kararname ile O C. Savcılığına, ben de asliye hukuk hâkimliğine tayin olunmuştuk. Ben, rahmetliden on gün önce gelip işe başlamışdım. Tevfik Beyin işe başladığını öğrenince gidip "hoş geldiniz" dedim ve adımlı söyledim. Derhal ayağa kalkarak beni kucakladı ve "misafir olduğum Ege Palas Otelinin sahibi Bahri Bey ve rastgele adliyeyi sorduğum kimselerden Senin adını, sürat ve adaletini öğrenmek zevkini aldım. Birlikte çalışacağımız için mutluyum" diyerek hissiyatını ızhâr eden ve daima bana yardımcı olan Tevfik ağabey. Onu da unutmama imkân tasavvur edilemez. Kendisi aynı zamanda dersi âm idi ve ölünceye kadar müftülükten dersi âm maaşı aldı. Yardımcıları adeta kanadı altında gibiydi. Adana'da sevmeyeni yoktu. Yargıtay'da işe başladığım gün O Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi idi. Ceza ve hukuk sahasında mümtaz bir zattı. Bir süre sonra İkinci Ceza Dairesine gitti. 1960 İhtilali'nden sonra da Üçüncü Ceza Dairesi Başkanı oldu. Bu sıfatla ruhunu teslim ederek Genel Kurul masasının üzerine mübarek cesedini yatırmışlardı.

İkimiz de Adana'da iken 1950 milletvekili seçiminden sonra Adli Tatilde ben nöbetçi kalmıştım. Tevfik ağabey de izin almışdı ama iznini evde geçiriyor ve ara sıra adliyeye geliyordu. Ben İlçe seçim kurulu başkanlığını da yapıyordum. Muhtar seçimleri bitti, arkasından belediye seçimine hazırlanıyor-duk ve galiba üç gün kalmıştı ki son üç sandığı kurul başkanlarına teslim ederken kâtibim gelerek "bir zatın mesai odamda beni beklediğini ve çok mühimdir acele görüşmemiz lâzım geliyor" dediğini söyledi. Yukarı odama çıktım. Saçları yarı ak bir zat, kendisini hukuk hâkimi Celal Yüksel diye tanıttı. Ben "nerenin, hukuk hâkimisiniz" diye sordum, "buranın efendim" ce-

Mahkemesinde zabıt kâtipliği yapan Hikmet Alparıslan beni karşılayıp evine götürdü. Evde karşıma bir zat çıktı ve adının Yusuf Cemal olduğunu söyledi. Meğer Hikmet ile aynı evde oturuyormuş. Kendisi orada İhtisas Mahkemesi Sorgu Hâkimi imiş. O tarihte İhtisas Mahkemeleri yalnız kaçakçılık suçlarına bakardı. Çalışan hâkimler ise hep seçme ve değerli insanlardı. Macaşlarından başka tazminat da alıyorlardı. Talihin karşıma çıkardığı bu zat güler yüzlü, tatlı sözlü, babacan bir insandı. Soyadı Kanunu ile Köseoğlu adı da ismine eklendi. İşte ahbablığımız buradan başladı. Ölümüne kadar da devam etti. Bana çok şey öğrettiği gibi sıkışırsam telefonla sormamı istedi ve yakında Yıldızeli'ye de geleceğini bildirdi. Ben, ertesi gün Yıldızeli'ye gidip işe başladım. 1935 Mayıs ayının başında asker olarak ayrılıp 1936 Nisan sonlarında yedek subay olarak döndüğüm zaman da Sivas'ta idi. Kısa bir süre sonra İhtisas Mahkemeleri lağvedilince Cemal ağabey açıkta kaldı. Bir müddet tayini yapılmadı. Hem Ceza Kanunu hakkında kitap, hem de Sivas'ta çıkan bir dergiye yazı yazıyor ve yazıların tashihlerini yapıyordu. Boşta olduğuna üzülen, adeta kahroluyordu. Bir akşam Gar lokantasında bira içtik. Baktım, oldukça neşelenmişti. Fırsattan istifade ederek "Cemal ağabey sen burada ömrünü beyhude yere harcıyorsun, yarın Ankara'ya git. Beni neden bir göreve tayin etmiyorsunuz, suçum nedir diye sor ve üzüntüden kurtul" dedim. Biranın da tesiri ile "tamam, yarın gideceğim" dedi ve gitti. Beş gün sonra Ankara'dan mektubunu aldım. Doğruca Bakanlığa gidip müsteşara çıkmış. İçeri girdiğinde "ben Sivas İhtisas Mahkemesi Sorgu Hâkimi iken boşta gezdirdiğiniz Cemal Köseoğlu" der demez müsteşar ayağa kalkarak "hoş geldin, biz nasıl olduda senin gibi çalışkan ve değerli hâkimi bu kadar boşta bıraktı, özür dileirim, iyi ki geldin, seni Ankara Savcı Yardımcılığına tayin ediyorum, emri savcılıktan al" demiş. Bunu müjdelediği gibi "yakında İstanbul'a tayin edileceğimi de vadettiler. Bu işler senin önerin üzerine olduğu için teşekkür ediyorum" diyordu. Nitekim Ankara'da az kaldı. Oradan İstanbul Savcı Yardımcılığına, bilâhare de Üsküdar Asliye Ceza Hâkimliğine tayin edildi. Üsküdar Hâkimliğini Temyiz Mahkemesi azalığı takip etti. Merhametli, vicdanlı, iyiliksever, iyi bir aile babası ve candan bir arkadaştı. Bu bakımlardan Birinci Başkandan sonraki ziyaretim Dördüncü Ceza Dairesin de çalışan Cemal Ağabaya oldu. Bu zat kelimenin tam mânâsı ile mükemmel bir insan, temiz bir ahlâk sahibi, çalışmada emsaline rastlanmayan birisi idi. En çok sevdiği ve zevk aldığı aleyhde verilen kararın bozulması idi. "Masum bir insanı eza ve cefadan kurtardık" diye sevinir, mahkumiyetlerden doğan tasdik kararlarından hüzün duyar, "acaba bir yanlışlık oldu mu" diye düşünüyorum derdi. Gece saat iki veya üçe kadar çalışır, ertesi gün de herkesden evvel daireye gelirdi. Kısa bir sü-

Bir gün, Yargıtay'dan birisi ikinci Başkan (yani daire başkanı) ikisi üye üç zat meşhur 39. madde ile emekliye sevk edildiler. Bu işten hepimiz üzüntü duyduk. Bir saat sonra Birinci Başkanlık Başkâtibi rahmetli Necmi Bey daireleri dolaşarak Genel kurul salonunda toplanmamızı Birinci Başkanın rica ettiğini söyledi. İşleri bırakıp gittik. Aşağı yukarı toplantıya başkanlar ve üyelerin çoğu katılmışlardı. Konu emekliye sevk edilen arkadaşlara karşı yapılan muamele ve bundan doğan ve içten duyulan hüznün ifadesi idi. Konuşanlar emekliye sevk edilen arkadaşlarının kimliklerinden, seciye ve ahlâklarından, bilgilerinden, tarafsızlıklarından ve yerlerinin doldurulamayacağından, bu gibi işlerde hiç olmazsa Yargıtay Başkanının mütalâasının alınması gerektiğinden, hükümetin böyle tasarruflarla hâkimleri yaraladığından ve meslekten soğuttuklarından söz ederek bu yoldaki matemin Bakanlığa duyurulmasını istediler. İşte ertesi gün gazetelerin Temyiz isyanı olarak nitelendikleri olay budur. Ancak Başbakan ertesi gün Temyiz Başkanını davet edince sayın Suad Bertan da birlikte giderler. Durumu etraflıca izah ederler. Bunun üzerine Başbakan iki zata kahve içirtip "bu bir samimi toplantı imiş, siyasi cephesi yokmuş" diye güler yüzle kendilerini yolcu eder. Fakat ne yazık ki o akşam Birinci Başkan da dahil yedi zat 39. madde ile emekliye sevk edildi. Bunların içinde kıymetli arkadaşım İlhan Beyde vardı. Akşam radyosu ile durumu öğrendik. Ertesi sabah Rahmetli İlhan bana şöyle söylüyordu: "Emekli olduğuma değil de bu işi mahalle bakkalından öğrendiğime yanıyorum, ne olurdu daha önce sizi emekliye sevk ettik diye bir yazı ile durumu bildirselerdi" diyordu. Bu emekliye ayrıtılan yedi zat hakikaten değerli, temiz bir vicdan sahibi, bilgili ve tam mânâsı ile yetişmiş kimselerdi ve haksızlığa asla göz yummamışlardı. Ama, onların gidişi geride kalanları hiç bir zaman korkutmadı. Riyaset makamına gidip elini öperek Bedri Beyefendiyi uğurladık. Hâkimliğim süresince de onun başkanlığını hep arayıp durduk. Çünkü O Birinci Başkan, Yüksek Seçim Kurulu, Ayırma Meclisi Birinci Bölüm ve Genel Kurul, Hâkimler Haysiyet Divanı, Avukatlık Haysiyet Divanı, Hukuk ve Ceza Genel Kurulu Başkanlıklarını hiç aksatmadan yürütmüştü. Ben de Altıncı Hukuk Dairesi Üyeliğinden ayrı olarak dört sene Avukatlık Haysiyet Divanı Üyeliği ile iki sene Ayırma Meclisi Üyeliğinin mühim bölümlerini onun başkanlığında geçirdim. Bu emeklilik, Bedri Beyefendinin bir yıldız gibi sönmemesine yetti. Tanrı'dan rahmet diler ve kendisini saygı ile anarım.

Yusuf Cemaleddin Köseoğlu : 17 Nisan 1934 günü tanışmak şerefini kazandım. İlk olarak tayin edildiğim Yıldızeli C. Müddeiumumiliği'ne başlamak için o gün trenden Sivas'ta indim. Garda akrabam olup Sivas İhtisas

ğini şaşırmişti. Başkan: "Cevat Bey, Cevat Bey" diye gürlledi. Cevat Bey uyanmıştı. Tam bir şaşkınlık içinde idi. Başkan sert bir biçimde "tasdik mi, bozma mı" diye sordu. Cevat Bey ise: "Efendim rahatsızım, gece uyuyamadım, dalmışım, beni geçiniz, oy kullanmış olayım, zira nisap fazlasıyla var" dedi ama Başkan: "Hasta olan buraya gelmez, şayet gelirse dinlemek ve oyunu kullanmak zorundadır" dedikten sonra raportöre davayı tekrar ettirip yeniden oya geçirtti.

Bir Çarşamba günü de bin müşkilât ile 31 mevcudu bularak mürafaalara başlamıştık. Çünkü, o tarihte yürürlükte olan kanuna göre müzakere 31 kişi idi. Bu otuzbir kişiyi bulmak için de tam bir saat beklemiştik. Dolayısıyla duruşma vaktinden bir saat sonra başlamıştı. Yanımda Necmeddin Arvas oturuyordu. Duruşmalar devam ederken Arvas'da huzursuzluk artıyordu. Zira, iki böbreğinden de hasta idi. Kış günü ve salon da oldukça soğuk bulunmasına rağmen Arvas buram buram ter döküyor ve kıvranıyordu. Duruşmanın birisi bitince "Sayın Başkanım arkadaş büyük bir ızdırap içinde, tuvalete gitmesi için bir kaç dakika müsaade etmenizi rica ediyorum" dedim. Başkan: "Arkadaşın acıklı durumunu görüyorum, zaten duruşmalara bir saat geç başladık, bir çok üye Çarşamba gününü tatilden sayıyor, bin müşkilât ile kurulu topladım, tekrar arkadaşına izin verirsem dışarıda bekleyenler bize ne der, Temyiz Mahkemesi'nin şeref ve haysiyeti bakımından arkadaşın sesini çıkarmadan oturmasını istiyorum, aksi takdirde iş sahiplerine karşı küçük düşeceğiz" diyerek duruşmalara devam etti. İşler bitip kapı kapanınca Arvas'dan özür diledi ve şimdi gidebilirsin derken Yüksek Seçim Kurulunda üye olan İkinci Hukuk Dairesi Üyesi Ubeyt Bey içeri girerek: "Sayın Başkanım, Seçim Kurulu toplanacak mı" diye sorunca "sen neden mürafaa için gelmedin? Bak arkadaşın kan içmekte ve senin yüzünden ızdırap çekmektedir, mürafaaya gelmezsin çünkü burada ek ücret yok, ama Seçim Kurulunda para var, bu hal senin hâkimliğine yakışır mı? Bir daha mürafaalarda seni görmezsem hiç acımadan hakkında işlem yaparım" diyerek sözünü bitirdi. İşte bunlar rahmetli Bedri Beyefendinin nasıl bir vazife düşkün olduğunu göstermeye kâfidir sanıyorum. Bütün Temyiz mensubu kendisini hem sayar, hem sever, hem de çekinirdi. Genel Kuruldan kararlar çıktıkça neşelenir ve sık sık raportör Lütfi Ömerbaş Beyefendiye teşekkür ederdi. Lütfi Beyefendi önce Genel Kurul raportörü iken sonra Yargıtay Üyesi oldu. Genel Sekreterliği de yüklendi. Ben Yargıtay'dan ayrılıncaya kadar da Genel Kurul raportörlüğünü bırakmadı. Hakikaten Bedri Beyefendinin sevip saydığı kadar çalışkan bir zattı. Daha sonra Anayasa Mahkemesi Üyeline seçildi.

dı hakkımda takibat yapılırdı" dedim. İşin içinde bir iftira olduğuna kâni olan sayın Bakan: "Kararnameden çıkarılışınıza ben de çok üzüldüm, sicilinizi tekrar okudum, en kısa sürede sizi memnun edeceğim" dediler. Bunun üzerine: "Beyefendi bir hafta bekleyeceğim, eğer bir netice çıkmazsa hâkimliğe veda edeceğim" cevabını verdim. "Merak etmeyiniz" diye beni yolcu ettiler. Ertesi gün Yozgat'a döndüm. Üç gün sonra İstanbul Asliye Hukuk Hâkimliği teklif edildi. Babamın ısrarı üzerine kabul ettim ve emrimi beklemek için Adana'ya döndüm. Emir 55 gün sonra geldi. Çünkü Sayın Rükneddin Nasuhioğlu Bakanlıktan ayrılmış ve yerine Rahmetli Osman Şevki Çiçekdağ tayin edilmişti. Hemen Adana'dan ayrıldım ve 29.12.1952 günü İstanbul Asliye Onuncu Hukuk Hâkimliği'nde işe başladım. Oradaki mesaim diilere destan oldu. İstanbul'lular da beni "ekspres hâkim" diye adlandırdılar. 4.9.1953 günü gelen emirle Temyiz Mahkemesi azâsı olmuştum. 8.9.1953 günü gelip burada işe başladım. İşte Yargıtay'a gelişim böyle bir macera sonu idi.

Yargıtay'da ilk iş, ötedenberi hayranı olduğum Birinci Başkan Bedri Köker beyefendiyi ziyaret etmek oldu. Bu büyük insan daha müsteşar iken büyüklüğünü göstermeye başlamıştı. O'nun işe başlamasına kadar hâkimlerin terfii iki senede bir olmak gerekirken çok geç yapılırdı. Önce iki sene dolar, biraz vakit geçer ilan yapılır, ayırma meclisinden geçme tarihi belli olmaz, arkasından terfie lâyük kâğıtları gelir, üç hatta beş sene sonra fiilen terfi olurdu. İşte Müsteşar Bedri Köker Beyefendi işe başladıktan sonra hâkimlerin yüzü güldü ve iki sene dolar dolmaz hâkim ve savcılar terfi etmeye başladılar. Yüzünü dahi görmediğim ve giyaben hayranı olduğum Başkan'ın odasına girip "ben Kahraman Koç" der demez ayağa kalkarak "hoş geldiniz, sizi tebrik ederim" dedikten sonra "hangi daireyi isteyeceğinizi sormayacağım çünkü Altıncı Hukuk Dairesi'nin sana ihtiyacı var, o dairede günün davası olan tahliye, beddualı vakıf ve değerine paha biçilemeyen su işleri var. Sicilinizi biliyorum, yıldırım hâkimliğiniz o daireye çok yararlı olduğunuzu gösterecektir" diye de iltifatta bulundular.

Yargıtay'da işe başladıktan sonra: Bedri Beyefendinin özel hayatını bilemem. Amma gördüğüm resmî hayatında fevkalade çalışkan, çok zeki, titiz bir zat idi. Fransızca bilirdi. Emekliye sevk edildiği güne kadar büyük bir gayretle çalıştı. Tam bir disiplin sahibi idi. Vazife sırasında hatır gönül dinlemez, bildiğini yapardı. Hatta bir gün davanın Hukuk Genel Kurulunda müzakeresi tamamlanarak oylar toplanmaya başlamıştı. Kendi koltuğunun arkasında oturan sevdiği arkadaşı Cevad Serim Bey'e sıra gelince ses kesildi. Baktık, Cevad Bey uyuyordu. Oy toplayan Başkâtip Şevket Bey ne yapaca-

İstanbul'un tahkik ve teftiş işlerini durdurdum, gelir gelmez O'nu İstanbul'a göndereceğim" diye adeta ilân etmiş, Ben kararname taslağına başmüfettiş olarak girmişim. Bu işi Mersin Milletvekili olan ve DP.'nin ileri gelenlerinden ve kurucularından bulunan Mersin Milletvekili Faziletli Dr. Celal Ramazanoğlu duymuş ve hemen Adalet Bakanlığı'na giderek Bakanla görüşmüş ve "Kahraman Koç iyi bir hâkimdir, onu hâkimlikten almak cinayettir, başmüfettişlikte çürümesine gönlüm asla razı olmaz. Yine hâkimlikte kalsın, ancak çoktan birinci sınıfa ayrılmış olduğuna göre Yargıtay'a Üye yaparsanız, hem Adana, hem Mersin, hem de Türkiye'nin tüm davalarına bakarak vatanına ve milletine hizmet etmiş olur" demiş. Sayın Bakan "Rükneddin Nasuhioğlu" da bu ricayı kabul ederek kararname taslağındaki başmüfettişlik ünvanım çizilerek Temyiz Mahkemesi azâlığı olarak düzeltilmiş. Bu olaydan sonra Adana'ya gelen rahmetli Celal Ramazanoğlu bana durumu anlattı ve beni tebrik etti. Öte taraftan da herkese Kahraman, Temyiz Mahkemesi azâsı oluyor diye duyurduğu için birdenbire odam tebrik ve hüznün hislerini ifade zımında dolup boşalmağa başladı. Artık ben de kendimi Adana'da misafir saymağa başlamıştım. Kararname çıktı ama bana bir şey yoktu. Rahmetli ve değerli arkadaşım İlhan durumu bir mektup ile bildirdi. Meğerse Celal Ramazanoğlu'ndan tayin haberimi alan ve haksız davasını red ettiğim diğer Adana Milletvekili Başbakan'a giderek: (Kahraman 1950'de CHP.'den aday olarak seçime girdi, nutuklarında size ve Celâl Bayar'a sövüp saydı, şimdi siz bunu nasıl temyiz azâsı yaparsınız) diye ihbarda bulunmuş, Başbakan da kararnameden beni derhal çıkarmış. Bu haber beni çok üzdü. Kimsenin yüzüne bakacak halim kalmamıştı. İki gün sonra adli tatile girdik. Eşyaları sınıf arkadaşım Avukat Kâmil Tekerek'in evine koyup oturduğum evin anahtarını sahibine teslim ettim ve bir daha Adana'ya dönmek azmi ile ayrıldım. Yozgat'ta dinlendikten sonra Ankara'ya geldim. İlhan'a uğradım ve birlikte Bakan beye çıktık. Sayın Bakan: "Kahraman bey siz Halk Partili imişsiniz ve o partilileri himaye ediyormuşsunuz, bu bakımdan tayininiz durduruldu" dedi. Ben durumu izah ettim. "Celal Ramazanoğlu'na veya yakinine ait hiç bir davaya bakmadım, o faziletli zat benim başmüfettiş yapılacağıma üzölmüş ve Temyiz Mahkemesi azâlığına lâyıık gördüğü için tavassutta bulunmuştur. Ama sildiren adam ise iftira etmiştir. Çünkü haksız bir davasını red etmişim, bu tesir altında yalanları kıvırmış, ben o zamanın tabiri ile denemeyi kazanarak aday olmuşum. Gerek Menderes, gerekse Celal Bayar ile hiç bir husümetim yok iken bunlara sövmemin imkânsızlığını isbat gayet kolaydır. Yozgat'tan seçimi kazanan DP.'li bir milletvekilinden sorun, eğer muhbir doğrularsa derhal hâkimliği bırakırım. Kaldiki böyle bir sövme olsay-

● GENEL KONULAR

YARGITAY'DAN ANILAR (*)

Kahraman KOÇ (**)

Çok Muhterem Başkan, Zâlimin korkusu ve mazlumun ümit ve tesellisi
Büyük Hâkimler ve Sayın dinleyiciler,

Hepinizi saygı ile selamlarım.

Tevazu, terbiye ve nezaketine boyun eğdiğim değerli Başkan'ın arzu ve ısrarı üzerine huzuruza gelmiş bulunuyorum. Benden istenen görev: Yargıtay'daki bazı anılar ve herkesin bilmesi gereken büyük hukukçulardan bir kısmının geçmişini anlatmak, kimseyi bezdirmeden kendime ait bazı hatıralardan söz etmektir. Bunları size arz ederken bilmeyerek hatalara düşer ve yine bilmeden sizleri rahatsız edersem peşinen affınızı istirham ederim. Öyle hatıralarım varki bunları bilmeniz geride kalan ve unutulmuş değerleri gözleriniz önüne serecek ve beni rahatlatacaktır. Bu bakımdan da sayın Başkan'a teşekkür etmeyi bir borç saymaktayım.

Yıl 1952. Beş senedenberi Adana İkinci Asliye Hukuk Hâkimiyim. Adım, "ekspres" veya "yıldırım hâkim" olarak anılmaktadır. Selefden devraldığım bütün dosyalar çoktan karara bağlanmış olup yeniden açılan davalar da kısa süreler içinde nihayetlenmektedir. Bu sıralarda Demokrat Parti listesinden Sivas Milletvekili seçilen İlhan Dizdan bu işi kendi rızası ile bırakarak Adliye Bakanlığına dönmüş ve bu Bakanlığın Teftiş Kurulu Başkanı olmuştur. Bu dönüşü bir mektupla kutladım. Bir kaç gün sonra cevap aldım. Bana teşekkür ettikten sonra "senin gibi bir başmüfettişe ihtiyacım var, şayet kabul edersen bahtiyar, etmezsen çok meyas olurum, ama eğer ben İlhan'ın maiyetinde çalışmam dersen o başka meseledir, ancak böyle düşünemediğini de pek sanmıyorum, beni sevince boğacak mektubunu acele bekliyorum" diyordu. Karşılık verdim ve "biz arkadaşız, maiyet diye bir şey düşünemem, birlikte çalışmamız elbette beni de çok memnun eder" dedim. Rahmetli arkadaşım daha kararname çıkmadan "Kahraman geliyor, başmüfettiş oluyor,

(*) Bu yazı, 22.5.1992 günü Yargıtay'da konferans olarak sunulmuştur.

(**) Yargıtay Onursal Üyesi.

han arkadaşımız pek sinirlenmişti. "Korkaklığın lüzumu yok, bu adamın had-dini bildirmeliyiz" dedi. Yine dayanamadım ve "arkadaşlar, hepimiz reddi kabul ederseniz bu işi bu gün karara bağlatabilirim" dedim. "Nasıl olur" diye tereddüde düştüler, "siz bana güvenin ve istinkâf edin üst tarafına karışmayın" demem üzerine hepsi "davalının kasdı ortadadır, işin uzamaması bakımından istinkâf ediyoruz" deyip red dilekçesinin altına yazdılar. Dosyayı alıp doğruca Birinci Başkana gittim. Dosyayı olduğu gibi anlattım, "zâtialiniz bu davanın incelemesi için bir heyet kurun ve dosyayı teslim edeyim, yeni redlere meydan kalmadan bu iş bitsin" dedim. Başkan beş kişinin adını yazdı, birisine de başkan yetkisi verdi ve yetkili başkanı çağırıp dosyayı teslim etti ve "çok çabuk bitirilmesini rica ediyorum" dedi. Ben Daireye döndüm. İki saat geçmişti ki dosya onama kararı ile geldi. Hemen esası kapatılarak İstanbul'a gönderildi. Böylece davalının ümidi kursağında kalmıştı.

Bir taksim ve izalel şuyu işi : İmzaya gelen kararları incelerken bir ilam bana pek garip geldi. İlamın üst kısmında "şu parsel davacı, şu parsel davalı falan, şu parsel davalı filan ve şu iki parsel de duruşmaya gelmemiş olan diğer iki davalı adlarına tescil edilmek suretiyle taksimine diye hüküm özeti yazılı" olup altındaki hüküm fıkramızda: "Dosya münderecatına, kısmeti cemi suretiyle yapılan taksimde bir hata olmamasına" cümlesiyle hükmün onanmasına karar verildiği yazılı idi. Hemen dosyasını okudum, bana pek yabancı geldi. Bu dosayı bir raportör okumuşdu ama benim bulunmadığım bir günde karara bağlanmıştı. Çünkü ben, o gün bir akrabamın vefatı yüzünden daireye gelmemiştim. İncelediğim dosya şöyle idi: Numaralarını sıralamak suretiyle beş parça gayrimenkul beş kişi arasında müşterektir, hisseler müsavi de değildir, anlaşamıyoruz, satılmak suretiyle şuyunun izalesine karar verilsin diye dava açılmış, iki davalı taksimi kabildir demiş, diğer ikisi duruşmaya gelmediği gibi hiç bir itirazda da bulunmamış, keşif yapılmış, o ikisi keşfe de gelmemiş, re'sen seçilen bilirkişi bu tarlalar çok kıymetlidir. Şu parsel davacıya, şu davalı falan, şu davalı filan ve şu iki tarla da müsavi hisse ile iki davalıya verilirse iyi olur çünkü tarlalar çok kıymetlidir, satılırsa o iki kişi tarlasız kalır dediği için hâkim o şekilde işi karara bağlamış. Ertesi gün dosyayı arkadaşlara takrir ettiğim zaman "bize raportör yanlış takrir etmiş, kendisine güvenip onama demiştik, Allah razı olsun bizi bir hicapdan kurtardın" dediler. Bunun üzerine makineden geçen kararın altına elyazımla "yeniden müzakeresi yapılarak bozma kararı verilmiştir" diye yazdım. Ayrıca, "kısmeti ceminin ne demek olduğunu açıkça belirterek hükmün bozulmasına oybirliği ile karar verildi" yollu ilam müsveddesini yazıp kaleme gönderdik. Bir hafta

sonra Bakanlıktan adlarımıza beş mektup geldi. Bu mektupda "bu Adana kararının aynı gün, aynı esas ve karar numarası ile onandığı halde yine aynı taraf, aynı esas ve karar numarası ile bozulduğu davalı vekili tarafından şikâyet yolu ile haber veriliyor, karar fotokopileri de bağlıdır, mütalâanızın bildirilmesi rica olunur" diyordu. Fotokopilerden onama olanı imzasız, bozma karar fotokopisi imzalı idi.

Başkâtibi çağırıp "bu nedir" dedik. Rahmetli başkâtip Remzi Bey "efendim çok utanıyorum, davalı vekili gelip kâtipten sormuş, o da karar onandı, işte kararı burada ama imzadan önce veremem ve okutamam" demiş, Avukat bey ise ben düne kadar Temyiz Mahkemesinde daire başkanı idim şimdi yabancı mı olduk diye sıkıştırıcı imza yok, neticesi belli olmaz mademki çok istiyorsun sana bir fotokopisini çektirip vereyim demiş ve vermiş, bunu bozmadan sonra kâtip arkadaş anlatmışdı ben de kulağımı çekmiş bir daha imzalanmadan hiç bir kararı okutmayacaksınız ve fotokopisini vermeyeceksiniz, aksini duyarsam Başkana şikâyet eder ve cezasını veririm demiştim, demekki Avukat şikâyet etmiş özür dilerim" dedi. Bunun üzerine Başkanımız gelen yazının altına şöyle yazdı. "Dairemizden çıkan kararlar ve bilhassa tashihi kararı olmayan Sulh Hukuk kararları üzerinde hassasiyetle dururuz. İmza tamamlanıncaya kadar isteyen yeniden müzakeresini talep edebilir ve hatamız varsa düzeltiriz, imzasız olanlar hiç bir değer taşımaz. Bunu bizi şikâyet eden zat da gayet iyi bilir ve kendisi de böyle yapardı. Bu onama kararı Kahraman Koç'a imzaya geldiği zaman okumuş ve aksaklık görünce dosyasını incelemiş, getirip heyete anlattı, raportörün yanlış takirine aldanarak bir karar vermişdik ancak Kahraman Koç dosyasını izah etti, yanlış karar verdiğimizizi görüp dosyaya ve müstakar içtihadı uygun biçimde kismetini ceminin ne olduğunu da açıkça belirterek kararı bozduk ve imza ederek mahalline gönderdik" deyip imzaladı. Bizde bu biçimde hakikatı belirten yazımızı imzalayıp gönderdik, sonunda utanan Avukat (emekli daire başkanı) oldu.

Yakınlarına satış-şufa : Tapuda yakınlarına hisse satışlarında düşük bedel gösteriliyor bir çok fırsatçı şufa davası açarak cüzi bedel karşılığında hisseyi adına geçiriyordu. Tapuda âkit durumunda olan davalının kendisini kurtaracak bir sebebi de bulunmuyordu. Elimizden geçen böyle satışlar canımızı sıkmakla beraber bir şey yapamıyorduk. Bir gün elimize bir iş geçti. Doğu Anadolu'da bir kadın o günkü değeri milyonların üstünde olan bir çok gayrimenkul hissesini kızına üçyüz lira mukabilinde satmak istemiş ve bu

paranın cenazesine sarfını dilemiş. Kızı "aman anne yeterki sen ölme ben her şeyi yapar ve cenazeni kaldırım satışa gerek yok, nasıl olsa hisseler bana kalacak" demiş. Kadın "hayır kızım ben imama hesabını yaptırdım teçhiz, tekfin, mezar taşı ve bütün dinî merasim üçyüz lira ile oluyormuş sen bu parayı bana ver ve hisseleri al" diye yalvarmış. Kızı "anne öldüğün zaman zaten benim olacak hissenin satışına ne gerek var" demesine karşı "kızım ben ölünce malım senin olacak ve bana harcayacağın paralar senin cebinden çıkmış olacak, halbuki sağlığımda ben hisselerimi sana satarsam öldüğüm gün defnime gerekli olan para hazır olacak ve kendi paramla gömül-müş olacağım benden bu iyiliği esirgeme" diye yalvarmasını kızı kıramamış ve 300 lira karşılığında hisseler kızına geçmiş. Bunu haber alan diğer hissedar derhal şufa davasını açmış, davalı durumu anlatmış ve "hâkim bey buna satış denir mi" diye sormuş, davacı da "bu yeri yok pâhasına hisse sahibi kızına sattı ama satış satıştır" diye savunma yapınca hâkim şufayı kabul etmiş. Dosyayı okuduğumuz zaman çok üzüldük. Elimizde buna benzer işler de vardı. Bu gibi hallerde şufa kabul edilmemelidir diye ittifakla karara vardık ve önce işin Tevhidi İc̄tihat Kurulundan geçirilmesi için Birinci Başkanlığa müzekkere yazılmasına ve neticesine kadar bu dosyaların incelenmesinin durdurulmasına karar verdik. Tevhidi İc̄tihat Kurulunda leh ve aleyhde konuşmalar oldu ama aleyhde konuşanlar çoktu ve "satış satıştır şufa hakkı elbette doğar" diyorlardı. Bunun üzerine ben söz aldım ve elimizde bulunan bu ana kız işini tafsilatı ile anlattım, "inanmıyorsanız şimdi dosyasını getirip okuyalım, bu durumda vicdanınızın sesini yerine getirmenizi istirham ediyorum" demem üzerine, "mesele anlaşıldı" sözleri yükseldi. Sonunda yeni içti-hadımız oybirliği ile kabul edildi. Tabii bu zevk ve sevinç hepimizindi.

Genel Kurulda bir vakıf işi : Kayseri'de Mehmet Nasrullah Vakfı mütevellisi, vakfın akarı olan bir gayrimenkulün başkası adına kadastroda tesbit edildiğini öğrenince derhal dava açarak bu gayrimenkulün vakıf adına tescilini istemiş, mahkeme başka sebeplerle davayı ret etmiş, Birinci Hukuk Dairesi "gayrimenkulün vakfiye içinde olduğu keşfen tesbit edildiği anlaşılmakta isede mütevellinin tek başına dava açmağa hakkı yoktur ancak Vakıflar İdaresi ile birlikte dava açabilirdi, bu itibarla sadece bu sebepden reddi gerekirken davanın esasdan reddi yolsuzdur" diye hükmü bozmuş, mahkeme direnme kararı vermiş, Genel Kurulda mürafaası da yapıldıktan sonra müzakeresine geçildi. Yedinci Hukuk Dairesi Başkanı "bozmanın doğru olduğunu" söyledi, ben de mütevellinin tek başına dava hakkı olduğunu izah ettim, oya geçildi, üç muhalife karşı oyçokluğu ile karar bozuldu. Bilâhare

karar tashihi talebi de aynı biçimde red edildi. Aradan iki ay geçti, yine bu vakfın mütevellisinin açtığı ikinci bir davanın ısrar kararı Genel Kurula geldi. Yine mürafaası yapıldı. Mümeyyiz vekili konuşurken eski kararı düşünmüş olacakki sesi titremekte idi. Davalı vekili önce verilen kararın bir suretini ibraz ederek "davacı beyhude çabılıyor, hükmün onanmasını istiyorum" dedi. Müzakere başladı. Bu sefer kurulda değişiklik de vardı. Söz alarak "davacı bu vakfın mütevellisi ve evladı zükurudur, bunu mahkeme de kabul ediyor, mütevellinin görevi her şeyden önce vakfı korumaktır. Ayrıca vakfın gaillesinden de faydalanma hakkı vardır. Şimdi bir gayrimenkul hakkında dava açmak suretiyle hem vakfa ait tecavüzü men etmiş hem de galleden kendisine düşen menfaati sağlamış olacaktır. Bir işte menfaati haleldar olan kimse- nin tek başına dava açmak hakkı olduğu müstekar içtihadlardandır. Kaldı ki Vakıflar Kanununun 39 ve 40. maddeleri de müteveli aleyhine hiç bir engel tanımamaktadır" dedim. Oya geçildi. Sıra bana gelinceye kadar karar nisabı olan 34 oy tamamlanmıştı. Benden sonra da üyeler vardı ama "Başkan Beyefendi" diye söz istedim, "buyurun" demeleri üzerine: "Karar nisabı olan 34 oy toplandı, benim oyum zaten malûm, burada bir mesele var, bir kaç ay önce bunun eşi bir iş geçti ve müteveli tek başına dava edemez dendi ve tashihi karar talebi de red olundu, şimdi tam o kararın aksine bir karar çıkıyor, bu hal kanuna aykırıdır, iki dava da aynı mahkemeden çıktığına göre hâkim bu nasıl iştir diye şaşıracaktır, binaenaleyh ilk işimiz bunu tevhide içtihadtan geçirmek olmalıdır" yollu maruzatım ittifakla kabul edildi ve 4.3.1959 tarihinde "müteveli tek başına dava açar" şeklindeki tevhide içtihat ikiye karşı büyük çoğunlukla kabul edildi. Bu işe çok sevindim. Adeta vakfın hayır dualarının üzerimde olduğuna inanarak ferahladım.

Bilirkişi meselesi : Konya'da Mevlâna ahfadından üç kişi, üç gayrimenkul için bir şahıs aleyhine dava açarak "şu üç parça gayrimenkul ceddimizden kalma, adımıza tapulu iken kadastroda davalı kendi adına tesbit ettirmiş olduğundan bu üç parça gayrimenkulün adımıza tescilini isteriz" demişler. Davalı "burada başkasının hakkı yoktur, tarlalar babamdan kalmadır, elli - altmış seneden beri babam, sonra da ben ziraat etmekteyiz, daha önce de dedeminmiş" diye itiraz etmiş. Mahkeme dört kere keşif yapmış, bilirkişiler "elli - altmış senedir davalı ve babası bu tarlaları eker biçerler, daha önce de dedeleri sürermiş, bu tarlaların Mevlâna'ya ait olduğunu hiç duymadık" dedikleri gibi "okunan üç tapunun kuzey sınırında hark vardır ama bu hark yirmi kilometre uzunluktadır. Pek çok tarlanın kuzey sınırını teşkil eder, ama gerek mevki gerekse diğer üç sınırın bu tarlalarla hiç bir alâkası

yoktur binaenaleyh tapular bu tarlalara uymaz" demişler. Duruşmada hâkimin sorusu üzerine "bu tarlaların tapumuz içinde olduğunu bilen hiç kimse yoktur" diyerek zabtı imzalamışlar. Mahkeme davayı red etmiş. Temyiz üzerine Yedinci Hukuk Dairesi "ortada bir tapu var bir de hark mevcut, davacılar başkaca bilen olmadığını söylediklerine göre kendilerinden kimin hangi tarlayı istediğini tesbit ettikten sonra keşfe git, davacıyıym deyenı ayır, geri kalan iki kişiyi bilirkişi tayin et ve böylece neticeyi tayin et" demişler. Hâkim direnmiş olduğu için iş Genel Kurula geldi. Bozan Dairenin Başkanı ilk sözü alarak bozmalarını izah etti. Arkasından ben söz aldım ve "kısa konuşacağım" diye başladım ve meşhur sözdür (kadı ola davacı, muhzir dahi şahit, ol mahkemenin hükmüne derlermi adalet) sanki bu dava için söylenmiş, dava açarak davalıya karşı husumetini izhar eden şahısların bilirkişi seçilmesini akıl ve mantık kabul etmez, ısrar kararı doğrudur" dedim. Bir tek muhalife karşı kahir bir ekseriyetle hüküm onandı.

Genel Kurulda bir şufa işi: Bir Ermeni vatandaş İstanbul'da kıymetli bir gayrimenkulün yarı hissesini satın almış ve diğer paydaşa durumu bildiren bir ihbarname göndermiş, "şu kadar parayı bu ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde bana ödediğiniz takdirde tapuda adınıza kaydını yaptıracam, aksi halde şufa hakkınızdan vazgeçmiş sayacağım" demiş. İhbarname tebliğ edilmiş, 29 gün sonra paydaş şufa davası açmış, davalı duruşmaya gelerek "dava açılmasına gerek yok idi, paramı ödesin derhal tapusunu vereyim" demiş. Davacı olan kadın "parayı yatıracam" diye mehil almış, uzun bir mehil içinde yatırmamış, mahkemede davalı, "maksat oyalamak, ben çok para ödedim, bana da yazık, tekrar mehil verecekseniz kesin olsun" ricasında bulunmuş, mahkeme uzun bir mehil vererek kesin olduğunu ve parayı mahkeme veznesine yatırmadığı takdirde davanın red edileceği tehdidini de belirtmiş. Mehil dolmuş, taraflar gelmiş, davacı "parayı bulamadım tekrar mehil istiyorum, ben bir kadını para bulmak zor" demiş, davalı ise "kesin mehil verildiğine göre davanın reddini dilerim" savunmasını yapmış. Mahkeme, tekrar yine kesin ibareli mehil vermiş, yine para yatırmamış, bu kesin sözlü mehiller uzun sürelerle tam onbir kere tekrarlanmış. Nihayet kadın kendi hissesi ile şufalı hisseyi bir bankaya satışını vadederek şufa bedeli olan paranın mahkeme emrinde olduğuna dair banka yazısını ibraz edince mahkeme davayı kabul etmiş, temyiz üzerine biz "kesin mehiller kesin sonuç doğurur, mahkemenin kesin mehilden sonra sebepsiz olarak işi uzatmağa ve davacıya istediği kadar yeni yeni mehiller vermeye hakkı yoktur" diye hükmü bozduk. Mahallî mahkeme ısrar edince dosya Genel Kurula

geldi ve bozularak gitti. Tashihi karar talebi ile yine geldi. Beş altı kere müzakeresi yapıldı red diyenler çoktu ama 24 oyu bulamıyordu. Son müzakerede 24'e karşı 23 oyla tashihi karar talebi kabul olunarak, 1951 tarihli Tevhidi İçtihat'ta "hâkim mahkeme bitinceye kadar parayı yatırılabılır" cümlesine dayanarak direnme kararı onandı. Halbuki tevhidi içtihadın bu meseleye taallûku olmadığı gibi aksine kesin mehil netice doğurur yollu binlerce daire ve genel kurul kararları da hiçe sayıldı. 22.1.1958 tarihli bu kararın yanlışlığı sayın Profesör Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Şufa adlı eserinin 389. sahifesinde de eleştirilmektedir. Bu karar üzerimde çok büyük bir tesir yarattı. Çok hüzün duydum. Demek oluyor ki bir adam parayı buluncaya kadar hâkim mehil verecek ve aradan kaç sene geçerse geçsin ödediği zaman iş bitecek ve hâkim Genel Kurul kararını elinde bir kalkan olarak tutacaktır. Üzülmemek elde değildir. Kadının yalvarışları hem tevhidi içtihadı hem de hukuka inançları yaramış oldu.

Yüksek Yargıtay H.G.K. 22.1.1958 günlü kararında:

"20.6.1951 tarih ve 5/13 sayılı Tevhidi İçtihat Kararında şufa davasında hâkimin hükümden önce davacının satış bedeli ile şefie ait olması lazım gelen satış masraflarını tediye veya tevdi etmesi için tayin edeceği münasip mehil H.U.M.K.da yazılı müddetlerden olmadığından bu mehilin tayini, hadisenin bünyesine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu tevhidi içtihat kararında paranın hükümden evvel tediyesinin derpiş edilmesi, paranın tahsili bakımından davalı lehine kolaylık teminine matuftur. Bu itibarla, para hükümden evvel yatırılmış olduğu takdirde verdiği müteaddit mehillerden sonra yatırılmış olması şufa davasının esasına tesir etmez" denmiş iken, aynı Kurul 1.12.1971 günlü kararında: "Şufa parasını yatırmıyarak davayı sürüncemede bırakılmasına şufa davasından söz konusu mehilin ilanihaye uzatılmasına cevaz verilemez" denmiştir. Burada Usul Kanununun 163. maddesini de arzedince geriye pek mesele kalmamaktadır.

Madde 163: Kanunun tayin ettiği müddetler katidir. Bu müddetlerde yapılması lazım gelen muamele yapılmazsa o hak sakıt olur. Hâkim tayin ettiği müddetin katî olduğuna da karar verebilir. Aksi takdirde tayin olunan müddeti geçirmiş olan taraf yenisini isteyebilir. Bu suretle verilecek müddet katidir, bir daha verilemez.

Halbuki 22.1.1958 günlü kararda kati olarak verilen mehilin adedi onbirdir ki bu hal 163. maddenin açık emrine taban tabana zıddır.

Yargıtay'da bulunduğum süre içinde ceza dairelerine gelen davalardan sadece basın suçları tehlike saçıyordu. Çünkü mahkumiyet hükmü bozulursa, bozanlardan bazen bir veya ikisi derhal 39. madde ile emekliye sevk ediliyordu. Buna rağmen şu arzedeceğim iş o zaman vazife gören cezacı arkadaşların ilim, haysiyet, şeref, cesaret ve vekarlarının açık bir örneğini teşkil eder. Eskişehir'de bir vatandaş, gazeteye bir yazı yazarak zamanın Cumhurbaşkanı ile Başbakanını eleştirmiş, derhal Savcılık yazar aleyhine hakaret davası açmış, mahkeme işi bilirkişiye vermiş, bilirkişi "bu yazıda hakaret yok sadece eleştirme vardır" yollu rapor vermiş, mahkeme sanıkları beraet ettirmiş, temyiz üzerine Yargıtay 3. Ceza Dairesi "hakaret sabit olup mahkumiyet kararı verilmek gerekir" diye hükmü bozmuş, mahkeme bozmaya uyarak mahkumiyet kararı vermiş, sanıkların temyiz ettiği dosya aynı daireye gelmiş, Daire Başkanı bu dosyayı getirip "arkadaşlar durum budur, hemen tasdik edip gönderelim" deyince Üye Sayın Kâzım Akdoğan: "Ben dosyayı okumadan oyumu vermem mutlaka okumam gerekiyor" demesine karşılık Başkan "evvelce cezasını ver diye bozulduğuna göre beyhude çabalıyorsun" diye tekrar oy istemiş, Sayın Akdoğan "bir ceza kararı kesinleşinceye kadar incelenir ve bir haksızlık varsa telafi edilir ve cezada aleyhe usulî müktesep hak diye bir şey tasavvur dahi edilemez, dosyayı okuyacağım" diyerek Başkandan evrakı almış, eve götürüp okumuş ve ertesi gün toplanan heyete yazıyı, bilirkişi raporunu okuyarak" bu yazıda asla hakaret kasit ve unsuru yoktur ve bozulması gerekir oyundayım" sözüne diğer üç üye de iştirak edince Başkanın muhalefeti ile mahkumiyet kararı bozulmuştur. Başkanın isteği üzerine bu karar aleyhine Başsavcı itiraz etmiş isede Ceza Genel Kurulu, dairenin kararını doğru bularak itirazı iki oya karşı 18 oyla red etmiştir. Sanık lehine oyunu kullanan zevat, başlarında Demoklasin kılıcı gibi duran 39. maddeyi gayet iyi bildikleri halde temiz vicdanlarının sesini bu kararda göstermiş oldular ki bu husus Yüce Yargıtay için daima bir iftihar vesilesi olmuş ve olacaktır.

Bir tevhidî içtihat olayı : Mesleğe başladığım zaman izalei şuyu davalarında hissedarlar arasında intifa hakkı olan varsa gayrimenkulün satılmak suretiyle şuyunun izalesine şu kadar hissede şu kadarının intifa sahibi olan falana verilmesine, geri kalan paranın veraset belgesi ve tapu kaydına göre taraflara verilmesine intifa hakkı sahibi öldükten sonra o paranın çıplak mülkiyet sahibi olanlara tevdiine karar verilir ve bu karar 3. şayet miras tasfiyesi ise 2. Hukuk Dairelerinde incelenerek karara bağlanırdı. Bu işler Yargıtay'da Beşinci Hukuk Dairesi kurulunca oraya verildi. Beşinci Hukuk Dai-

resi de böyle kararları onarken Başkanın değişmesinden sonra "gayrimenkulün intifa hakkı ile yükümlü olarak satılması gerekir" diye bozmalara başladı. Bilahare Altıncı Hukuk'un kurulması ile bu izalei şuyu işleri bu daireye verildi. Ben Yargıtay'a geldiğim zaman son içtihadı göre kararlar çıkıyordu. Bir gün bir temyiz dilekçesinde mümeyyiz vekili olan avukat "intifa hakkı ile yükümlü satışların fiyatları adamakıllı düşürdüğünü ve kuru veya çıplak mülkiyet sahibi olanların haklarının ortadan kalktığını ve müvekkilinin de bu yüzden büyük zararlara uğradığını" yazıyordu. Arkadaşlarla konuştuk ve intifa hakkı ile yükümlü satışlarda çok pürüzler çıktığını ve bir takım hakların yok olduğunu kabul ederek ilk içtihadın daha adilane olduğunu ittifakla benimsedik. Bir de yeni içtihadıtan dönmek için tevhide içtihadı lüzum olup olmadığını tartışıp "Beşinci Daire tevhide içtihadı gitmeden eski içtihadıtan döndüğüne göre biz de tevhide içtihadı gitmeden ilk içtihadı dönebiliriz" dedik ve böylece gelen dosyaları bozmaya başladık. Nihayet bir gün Birinci Başkanın daveti üzerine Tevhidi İçtihat Genel Kurulu toplandı. İlk sözü Beşinci Daire Başkanı rahmetli Osman Yeten aldı ve yeni içtihadlarının kanuna uygun olacağını izah etti. Sonra ben söz aldım. "Intifa hakkı ile yükümlü satışlarda bu hak sahibinin ne zaman öleceği önceden kestirilemeyeceğine göre müşteri gayet düşük bedel teklif edip alıyorlar. Bundan yararlananlar da çok zaman diğer hissedarlardan birisi olmaktadır. Çünkü hissesi olmayanlar pürüzlü bir mal almaktan kaçınmaktadırlar. Böyle olunca satılan malda intifa hakkı olan hisse değerinin tesbitine de imkân olamaz. Bazen satın alanlar intifa hakkı sahibi ile anlaşip büyük paralar vererek tapuya götürüp sanki bedava veriyormuş gibi tapudaki intifa hakkını sildiriyor. Bu bir iade zorunluğuna olan durum olduğuna göre çıplak mülkiyet sahibi ne alacaktır ve kimden alacaktır, sonra satılan mallar arasında bir kat yatak, bir at, bakır, bir tarla dolusu kavun karpuz var iade borçlusu olan intifa hakkı sahibi bunlardan nasıl faydalanacak ve sonra nasıl iade edecek? Görülüyorki intifa hakkı ile yükümlü satış pay sahiblerinin bir kısmının hakkını yok ettiği gibi çok paydaşa da zarar veriyor ve ilk içtihat doğru idi" diye maruzatta bulundum. Beni dikkatle dinleyen Rahmetli Osman Yeten "ben Kahraman Koç'u dinledim ve intifa hakkı ile yükümlü satışların zararlı olduğunu iyice anladım, şayet arkadaşlar da razı olurlarsa ben Altıncı Hukuk Dairesi'nin ve daha doğrusu ilk içtihadın doğru olduğunu ve arkadaşları da razı iseler kendi içtihadlarından döndüğünü ve tevhide içtihadı gerek kalmadığını" söyledi. Beşinci Hukuk Üyeleri de "biz de Başkanımızın fikrine iştirak ediyoruz" demeleri üzerine genel kurul tevhide içtihadı gerek kalmadığını kabul ettiği için ben ayrılınca ya kadar izalei şuyu satışlarında intifa hakkının satış bedeline konması yo-

lundaki içtihadada devam edildi. Ancak, ben Yargıtay'dan ayrıldıktan dört ay sonra 14.3.1960 gününde "intifa hakkının satılan mallar üzerinde kalması lazımdır" biçimindeki tevhide içtihat çıktı. Bu içtihadı doğrusu pek acı duydum. Zira, benimle bu uğurda mücadele eden daire arkadaşlarım dahi son içtihadı muvafık oy kullanmış ve karar ittifakla alınmıştır. Demek oluyor ki son toplantıda bu işin seyri hakkında bilgi verilmemiş ve rahmetli Osman Yeten'de ya rucuunu unutmuş yahut da toplantıda bulunmamıştır. Naciz kanaatime göre bu tevhide içtihat yanlıştır ve bünyemize de uygun değildir. Çünkü: Bern Üniversitesi profesörlerinden Pierre Tuor, Amil Artüs tercümesi olan (İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme Kararlarına Göre Sistemli İzahı) adlı kitabının 606. sayfasında intifa hakkını "muayyen bir şahsa, başkasına ait bir malın tam istifadesini bahşeden itifaktır" diye tarif etmektedir. Bu tarife nazaran mallar intifa hakkı ile yükümlü satıldı ve bunu Ahmet aldı. Şimdi Ahmet intifa hakkı sahibine mirasçının intifa payı ne kadarsa o miktarı üzerinde istifade ettirme zorundadır. Yukarıdaki misalimize göre intifa hakkı sahibi kavun ve karpuzdan nasıl faydalanacaktır? Pierre Tuor kitabının 611. sayfasında: "Intifa hakkı sahibi veya mirasçıları şeyi, istifade haklarının hitamında iadeye mecburdurlar" diyor. Yani intifa hakkı sahibi feragat veya ölüm sebebiyle ortadan çekilince çıplak mülkiyet sahipleri hakkını kimden ve nasıl alacaktır? Satış ilamında şu kadar hisse üzerinde falanın intifa hakkı tanınmak ve bu hak sahibinin faydalanma hakkı zeval bulduğunda o hisselerin çıplak mülkiyet sahibi falanın olmasına diye karar vermesine imkân olmadığına ve şayet böyle bir karar verirse bunu şuyunun izalesi olarak kabul etmeye kanun hükümleri müsaade etmeyeceğine göre hissesi tam mülkiyet haline gelen mirasçı satın alan kimseden hakkını isteyemez. Feragat eden intifa sahibinden ne kadar para isteyecektir o da belli değildir. Son içtihadın kabulünden beri mal satın alanlar intifa hakkı sahibini bol para ile ikna ederek bu hakkı satın alıp tapuda da kaydını sildirip pürüzden kurtuluyor. Bu halde çıplak mülkiyet sahibinin hakkını kim ödeyecektir? Gerçi 1991 yılında Medeni Kanunun mirasta intifa hakkına dokunan maddeleri değiştirilmiş ise de kanunun tadili tarihinden önce ölenlerin mirasçıları eski maddeye nazaran intifa hakkını tercih edebildiklerine göre bu tevhide içtihat üzerinde düşünerek çıplak mülkiyet hissesi olan mirasçıları korumalarını ve bu hakkın ortadan kaldırılmasına müsaade etmemelerini ilgili zevattan bilhassa istirham ederim. Şimdi ilk tatbikatı düşünelim: Taksimi kabil değilse bütün mallar satılır, para üzerinde intifa hakkı sahibinin payı ölüm veya feragatına kadar sadece kullanmak ve sonunda aynen iade etmek üzere kendisine verilir veya bir bankaya yatırılarak faizi o hak sahibine verilir ve intifa hakkı zeval

bulunca parası kendisinden veya mirasçısından, şayet bankaya konmuşsa oradan alınıp çıplak mülkiyet sahibine verilir. Netice itibariyle çıplak mülkiyet hakkı korunmakla birlikte intifa hakkı sahibi ile satın alan arasındaki aldatici işlemlere de engel olunur. Bu intifa işinin uygunsuzluğu Kanununun tadili ile de belli olmuştur.

Niçin erken emekli oldum : Yüce mesleğe girdiğim günden itibaren durmaksızın çalışmaktan büyük zevk aldım. Bir çok yerde adım; "Ateş Hâkim", "Yıldırım Hâkim", "Ekspres Hâkim" olarak anıldı. Yargıtay'a geldiğim zaman adım da beraberimde idi. Birinci Başkan bile ilk görüşmemizde Yıldırım Hâkimliğiniz Altıncı Daireye yararlı olacaktır diye taltifte bulunmuşlardı. Bu dairede ilk iş dosyaları okumak, rapörtörlerin okudukları dosyaları takrir sırasında alıp söylenenlerle karşılaştırmak, mülhakattan gelen evrakı birer birer inceleyip dairemizin görevi içinde olanları ayırıp kaleme, diğerlerini de ait olduğu dairelere göndermek, mürafaaya çıkmak, her Çarşamba toplanan Hukuk Genel Kurulu ve ara sıra toplanan Tevhidi İctihat Genel Kurulunu kaçırmamak, dört sene Avukatlık Haysiyet Divanı Üyeliği, iki sene de Ayırma Meclisi Üyeliği yapmak, dairede rapörtörlerin takrir ettiği kararları yazmak, diğer arkadaşların da okuyup karara bağladığımız kararlar da dahil kalemde tebyiz edilen kararları gözden geçirip imza etmek görevini üzerime alıp sonuna kadar yürüttüm. Bundan da sonsuz zevk aldım.

Bu işleri yaparken iyice yorulduğumu da arzetmem gerekir. Mübaşir Hüseyin Harman evime dosya taşımaktan usanmıştı. Geceleri de çalışmazsam iş aksayacaktı. Gerek daire arkadaşları gerekse kalem arkadaşları ile aramızda sevgi ve saygı bağları tamdı.

Bir gün, bir hâkim arkadaşın ziyaretini iade için Bakanlığa gitmiştim. Ayrılırken beni Müsteşar gördü ve ısrarla odasına götürdü. Konuşurken odaya bir zat geldi. Müsteşar bizi tanıştırdı. O zat Personel Dairesi Başkanı Necati Aras Beyefendi imiş. Müsteşar "bak arkadaş, ağabeyimizin kardeşi Tosya Hukuk Hâkimidir, ilk kararnamede ona iyi bir yer bul" dedi ve bana da "nereyi emredersin" sorusunu yöneltti. "Kardeşim Tosya'da altı senesini doldurdu, batıda iyi bir il veya ilçeye hukuk hâkimi yaparsanız memnun olurum" dedim. "Başüstüne" dediler. On gün sonra kararname çıktı ama kardeşime bir şey yoktu. Aldırış etmedim. Ama iki gün sonra rahmetli Necati Bey geldi ve utanarak arzedeyim, "ben kardeşinizi Bandırma Hukuk Hâkimi olarak kararnameye koymuştum, Müsteşar bana kızarak çıkardı ve ben sırf eğlence olsun diye sormuştum sen ciddi mi sandın" sözleriyle de azarladı, dedi.

Bundan çok üzüntü duydum. Adalet Bakanlığı'nda bu denli bir Müsteşarın nasıl olupda bulunduğuna şaşırıp kaldım. Derhal kardeşime bir mektup yazarak "hemen istifa ederek gel" dedim. O da böyle yaptı. Ankara'ya gelip Avukatlığa başladı. Gerek daha evvel arzettiğim şufa işi, gerek Müsteşarın muamelesi beni meslekten soğutmuştu. Kardeşimi yalnız bırakmayı da doğru bulmadığım için emekli olmaya karar verdim. Gelmiş geçmiş Adliye Bakanlarının en iyilerinden birisi olan muhterem Esat Budakoğlu'nun bütün çabalarına rağmen istifada direndim ve ayrıldım. Ama gönlüm yine burada ve adaletinizi gördükçe iftiharla kabarmakta ve zevk almaya devam etmektedir.

Yirmialtı sene iki aylık görevim süresince dilimden düşmeyen ve adeta düstur haline gelmiş olan Namık Kemal'in:

*Muîni zalimin dünyada erbabı denaettir,
Köpektir zevk alan sayyadı-bi-insafa hizmetten.*

mısraları ile Ziya Paşa'nın:

*Zalim yine bir zulme giriftar olur âhir,
Elbette olu olur ev yıkanın hanesi viran.*

mısraları idi. Amma görevim bittiği için Yargıtay'ın kapısından çıkarken hem hüzün hem de manevî bir zevkin sonsuz heyecanı içerisinde Ahmet Haşim'in şu mısraları bütün benliğimi sarmıştı:

*Gök yeşil, yer sarı, dallar mercan,
Dalmış üstündeki kuşlar yada.
Bize bir zevki-tahattur kaldı
Bu sönen gölgelenen dünyada.*

Beni dinlemek lütfunda bulunduğunuz için tekrar şükranımı arz ederim.

"YARGITAY'DAN ANILAR" KONULU
KONFERANSTA, YARGITAY TİCARET
DAİRESİ EMEKLI BAŞKANI SAYIN
SIKTI AKYAZAN'IN YAPTIKLARI
KONUŞMA. 22.5.1992

Efendim, hepinizi sevgiyle, saygıyla selamlıyorum.

Adalet ailesine mensup eski arkadaşların, emeklilerin burada hatıralarını dile getirmelerine vesile olan, bu toplantıları düşünen, düzenleyen ve gerçekleştiren Sayın Yargıtay Başkanımızı huzurunuzda hararetle kutluyorum. İnşallah bu toplantılar bir gelenek haline gelecek ve yıllarca bu vesile ile kendileri de şükranla yadedilecektir.

Efendim, hakikaten mümasil birçok toplumların, toplulukların böyle zaman zaman bir araya gelip konuştukları, dertleştikleri oluyor. Maalesef bizde bugüne kadar böyle bir şey olmamıştı. Bu bir özlemdi, bir ihtiyaçtı. Çok şükür gerçekleşti. Burada dile getirilen anılar hakikaten öğretici, düşündürücü, bazen de şaşırtıcı olaylarla dolu. Bu bakımdan bunun yararlarını burada uzun uzadıya açıklamaya lüzum görmüyorum. Fakat, bilhassa bizim demeyeceğim, ben şahsımı kastederek, benim gibi feleğin çarkına paçasını taktırmamış henüz yaşlı kuşak emekliler, bilhassa bu toplantılardan çok mutlu oluyoruz. Sebep, yıllarca göremediğimiz yakın arkadaşlarımızı bu vesile ile görüyoruz. Onların adlarını hatta yüzlerini neredeyse unutmaya başladığımız bir anda, onları karşımızda görünce hafızalarımızı canlandırıyor ve biraz dertleşiyor ve bundan çok mutlu oluyoruz.

Bunun için, bu toplantıların bilhassa böyle henüz ayakta durabilecek yaşlılar için önemini tekrar vurgulamak istiyorum. Şimdi, biraz evvel anılarını zevkle dinlediğimiz Sayın Kahraman Koç Beyefendinin anılarına ben de küçük bir bölüm eklemek istiyorum.

Efendim, ben Adana şur'a' orta tahsilimi bitirdim. Tesadüfen adli hayatımda da Adana mıntıkasında görev yaptım. Göksun Savcılığı, Ceyhan Savcılığı, Kozan Ağır Ceza'sında yetkili olarak, üye olarak bulundum ve sonunda da Adana İcra Hâkimliğine atandım. Adana, dediğim gibi hem orta tahsi-

limi yaptığım, hem de bilâhare böyle önem verdiğim bir mıntıka olduğu için hâlâ Adana için kendimi daha yakın hissederim. O zaman Adana'da iki adliye mahkemesi vardı. Fakat o kadar iş yoğunluğu varki, iş sahipleri, avukatlar nerdeyse mahkemeye düşmektense bir özveri ile hakkından kısmen feragat etmeyi tercih eder duruma gelmişlerdi. Mahkemeye gitmek istemiyorlar. Bu durum, tabi adliyeciler olarak ve Adana'yı seven insanlar için azcık üzüntü veriyordu.

Nihayet beni Antep Hukuk Hâkimiğine tayin ettiler. Ben, ordan ayrıldım. Fakat zaman zaman Antep'le Adana arasında gelip giden avukatlardan Adana'yı soruyordum. Nasıl durum? Mahkemelerin şeysi hâlâ öyle mi? diye. Fakat avukatlar bana iyi haberler vermeye başladılar. Ve Kahraman Koç Bey'in isimlerini o zaman duydum. Dediler ki, şimdi Adana'ya genç, dinamik, çalışkan bir hâkim geldi, o sizin bildiğiniz mahkemeler artık yok. İşler temizlendi. Ve ben Kahraman Bey'i Antep Hukuk Hâkimi iken gıyaben böyle tanıdım. Sonra Yargıtay'da buluştuk, kendilerini yakinen de tanımak şerefine nail oldum. Bu küçük anımı kendilerine ithaf ediyorum.

Fakat, asıl belirtmek istediğim bilhassa biz yaşlı, emektar meslektaşlar için bu toplantı cidden çok yararlı oluyor ve ben bugün, bakın senelerce görmediğim arkadaşlarımı bugün görme fırsatını elde ettim ve bu beni mutlu etti. Size küçük bir anımı, belki biraz hazin, belki biraz trajik komik bir şey. Hukukun ilk sınıfından son sınıfına kadar aynı sırada yanyana, beraber oturduğumuz çalıştığımız bir arkadaşım vardı. Şimdi Allah'ın rahmetine kavuştu. O zamanlar hem çalışıyor hem de hukuka devam ediyordum. Öğleden sonra da aynı Devlet dairesinde beraber çalışıyorduk bu arkadaşım ile. Bu kadar yakınlığımız vardı. Sonra, mezun olduk mesleke atıldık. O Mudanya Savcısı oldu, beni Isparta Savcı Yardımcılığına tayin ettiler. Kademelerden geçtik, nihayet Yargıtay'da gene buluştuk. Hem hukuk arkadaşım, hem daire arkadaşım, hem de meslekte aynı meslektaş olarak birbirimizi çok yakından tanıyan, seven insanlarız. Nihayet Yargıtay'da zaman geçti. O da daire başkanını oldu, bendeniz de daire başkanı oldum. Ve yıllar geçti. Birkaç sene arayıla O da emekli oldu, ben de emekli oldum. Ben, hayat şartları icabı İstanbul'a gittim. Birkaç yıl İstanbul'da kaldım. O, Ankara'da kaldı.

Orda daire başkanıydı. Ben beraber, yan yana O da o zamanki eski adıyla Divan-ı Muhasebat, ben de Divan-ı Muhasebatta hem çalışırız, okula gideriz. Nihayet İstanbul'dan ben Ankara'ya döndüm. Ve bir gün bu arkadaşım ile Kızılay'da karşılaştık ve 10-15 metre mesafeden birbirimize kollarımızı

açarak koőtuk. Sarıldık, öpüőtük biraz dertleőtik, konuştuk Őurdan burdan. Ve nihayet ayrılma zamanı geldi. El sıkıőtık, tekrar sarıldık. Ayrılırken bana doğru eğildi, sanki kulağıma bir sır tevdi eder gibi: "Yahu senin adın ne" demez mi? Alın Şimdi. Ağlarmısınız, gülermisiniz? Trajik, komik bir Şey. Ama bunda bizim kabahatimiz ne? Zaman acımasız, hafızalar vefasız. Onun için yaşılların kusuruna bakmasınlar. Şayet, herhangi bir Şekilde çoklarında biriyle karşılaşırsa biraz afallarsam beni mazur görsünler. Yaşıma baęıŐlasınlar. Fakat dediğim gibi, kabahat ne yaşıllarda, ne onda, ne bende. Kabahat acımasız zamanda.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

EŞKİŞEHİR YARGITAYI (*)

Doç. Dr. Mukbil ÖZYÖRÜK (**)

Yargıtayımızın değerli başkan ve üyeleri,
Değerli yargıç ve savcılar,
Muhterem meslekdaşlarım,

Cumhuriyet Yargıtayının tarihçesinde bir bölüm teşkil eden "Eskişehir Yargıtayı" konusunda gördüklerimi, bildiklerimi arzetmek üzere huzurunuzda bulunuyorum.

Bana bu şerefi bahsettiklerinden dolayı sayın Birinci Başkan İsmet Ocakçioğlu beyefendiye teşekkürlerimi sunarım.

Yargıtayımızın Eskişehir'de geçen yılları için "Eskişehir Yargıtayı" deyişimini, kolaylık olsun diye kullanmama müsaadenizi rica ederim.

Sözünü edeceğim tarih dönemi, 1926-1933 yılları arasındaki 7 senelik bir dönemdir ve gerçekte de bugünkü Yargıtayımızın oluşum yıllarıdır.

Haddi zâtında, memleket ve devlet bütünlüğü içinde hiçbir müessese münferit ve mücerret olarak ele alınamayacağından, sözünü ettiğim dönemi daha iyi aydınlatacak gerçek renkleri verebilmek için konunun biraz daha öncelerine temas etmek gerekir diye düşünüyorum.

- (1) Biz, yâni rahmetli babam Halil Özyörük ve merhume annem ve ben, Eskişehir'e nakledişimizin iki yıl öncesindenberi Ankara'da oturuyorduk. Herkesin mutlaka bir soyadı bulunması gerekmeyen o yıllarda babama "İzmirli Halil İbrahim bey" derlerdi. Yakın arkadaşlarının dilendi ise adı "Hıfzı" veya onların telâffuzuyla "Hıvzı" idi.

Ankara'da evimiz, Samanpazarı'ndan yukarıya doğru çıkılırken sağ taraftaki bir sokağın üç beş metre içersinde, Ankara eşrâfından Bulgurluzâde

(*) Bu konferans, sözlü olarak sunulmamıştır.

(**) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

Hamdi beyin evinin bir bölümü idi. Ev bulamayan babama, hatır için kiralanmıştı.

Bir iki yıl öncesine kadar zaman zaman oradan geçip bu eve bakarak 5-6 yaşımıdaki günlerimi anmışımdır.

Karşımızda iki komşumuz vardı. Sağdaki evde İftar hanım ile gelini İkramiye hanım ve torunu, benimle yaşıt, Mehmet Ali... Solda, köşe başındaki dar ve çok katlı, sipsivri evde ise İstiklâl Harbi Kahramanlarından Orgeneral Yakup Şevki Paşa... ve onun, benim gözlerimde biteviye çıkan arpacıklara merhem yapıp onları tedavi eden kayınvaldesi hanımefendi...

Evimizde, tamamen ailemizden sayılamayacak olan fakat babamın akrabası ve tâ çocukluktan pek yakın arkadaşı bulunan Müderris Baha (Kantar) bey...

Baha bey veya aile içindeki adıyla Bahaddin bey ve kısaca "amca", yeni açılan Ankara Hukuk Mektebi ile Ankara Adliye Meslek Mektebinde hocalığa tâyin edilek İstanbul Hukuk Fakültesinden nakledip gelmiş, ancak sokakta kalma tehlikesi karşısında bizim evin üst katında, bağ evleri kulesi gibi yapılmış tek bir odaya sığınmıştı. Yemeklerini bizimle yer, çalışmak ve yatmak için buz gibi odasına çıkardı.

- (2) Bahaddin amcamın ve babamın İzmir İdadîsinden (lisesinden) hocaları olan ve her halde yeni hükûmetten bir memuriyet alabilmek için Ankara'ya gelmiş bulunan Rauf bey nâmındaki zayıf, kırmızı pos bıyıklı, elinde ağaçtan kalın bir bastonu bulunan ve fevkalâde sevimli olan dinç bir ihtiyar, yaz kış demez, karda, buzda, soğuklarda da, sabah namâzını edâ eder etmez her halde Baha beyi uyandıрмаğa ve alıp götürmeğe gelir ama ilk iş olarak tabii zavallı annemi sabahın hayrında sıcak yatağından kaldırtıp kendisine kapı açtırır ve hatırlayabildiğim kadarıyla da, mehrumeden bol bol "hayır duası" alırdı.

Rauf bey beni pek severdi. Güzel havalarda beni elimden tutup gezmeğe götürür ve bana, Türklere kolay Farsça öğretmek için manzum yazılmış meşhur TUHFE-İ VEHBİ'den mısralar ezberletmeğe çalışırdı. Şüphesiz baştanbaşa yanlıs olmak üzere bugün hâlâ bir kıt'ayı hatırlarım:

"Şülle lâpa, tefcire'dir baklava,
İster isen nush ederim ben sana,
Pek eyû helvâ imiş efrûşehem,
Eski hasır anda gühen büriyâ..."

İşte böyle... Görüyorsunuz... Ruhları rahmet isteyince, 66-67 sene sonra bile Fâtihâ okutturuyorlar... Allah cümlesine rahmet eylesin !..

- (3) Kaleye çıkan yokuşun yarı yerindeki bu evimizin fevkalâde bir manzarası vardı. Göz alabildiğine kırlar... Tarlalar... Tepeler ve çok uzaklarda mor dağlar... Çerçevelere sığmaz tam bir bozkır levhası.

Zaman zaman uzaklardan bir trenin geçtiğini de görürdüm. Uzun yıllar sonra merak edip buldum. Meğer bu tren, şimdi Cebeci'nin orta yerinde kalan demiryolundan Kayseri yönüne gidip gelen trenmiş... O tarihte şüphesiz son nokta olarak Kayaş'a, belki Asiyoğat veya Yahşihan'a işliyordu.

Ankara'nın kent sınırlarını da bilmek isteyebilirsiniz:

Şimdiki Merkez Cezaevi ve Ulucanlar'dan Samanpazarı'na, oradan İtfaiye meydanına, şimdiki Stat otelinin köşesinden Roma Hamamlarına ve Hacı Bayram'a...

Bu sınırın dışında mesken mahalleleri ve şehir içi yolları yoktu. Şimdiki Yıldırım Beyazıt Meydanı ve civarı, güzel havalarda gezmeğe gidilen, piknik yapılan Bentderesi kenarlarıydı... O yıllarda "piknik yapmak" denilmez, "kıra gitmek" denilirdi.

Bu söylediğim yerlerin yaklaşık bir misli ötesinde Ziraat Mektebi ve onun da civarında Kalaba köyü bulunuyordu. Yâni Millî Mücadele Başkumandanlık Karagâhı ve Genelkurmay dairesi...

- (4) Babam, Adliye Vekâletinde görevliydi. Yargıtay hakkında en ayrıntılı ve belgesel eseri yazmış bulunan merhum Recai Seçkin beyin kitabının 192 nci sayfasında bildirdiğine göre, babam 1925 yılı Nisanı ile 1926 Eylül başlarına kadar, 7.500 kuruş (yâni 75 lira) aylıklı bir Adliye Başmüfettişi imiş. Halbuki ben, kendisinin, Zat İşleri Genel Müdürü ve Teftiş Heyeti Başkanı olduğunu zannediyordum. Fakat biraz daha okuyunca bu zannımın doğru olduğunu gördüm. O tarihlerde (ve netekim ondan sonra da uzun yıllar ve belki şimdilerde bile) evleri, aileleri hep ikiye ayrılmış vaziyette bulunan ve çifte masraflara mecbur kalan müfettişlerin geçim sıkıntılarını bir parça olsun izale edebilmek için kendilerine sürekli teftiş görevi verilir ve gündelik almaları sağlanırdı. Babamın Ankara'daki başmüfettişliği de bundan geliyordu her halde.

Babamın çalıştığı "Vekâlet" neredeydi? Bunu da merak ederdim. Bildim bileli, rahmetli babam, fevkalâde çalışkan bir insandı. Sabah erkenden çı-

kar, akşam daima ve başı ağrır vaziyette geç gelir, bir başağrısı ilâcı alarak sofraya otururdu.

Onu bu kadar yoran yer neresiydi?

Birgün babam beni de yanına alarak çıktı. Bakanlığa gidecektik ve sonra da bana birşeyler alacaktık sanırım. Öğleden sonra idi. Önce Bakanlığa (Vekâlete) gittik. Babam orada, ayak üzeri bir iki kâğıt imzaladı ve hiç durmadan çıktık. İçime bir şüphe düştü. Babamın işi bu kadarlık idiyse, başka bir görevi vardı da oradamı o kadar çok yoruluyordu?

Bunu, yıllarca sonra babama söyledüğimde, gülüşüp geçmiştik.

Asıl maksadım sizlere o zamanki Adalet Bakanlığının nerede olduğunu söylemektir.

Adalet Bakanlığı, bugün, Hâl'den Hacı Bayram'a doğru gidilirken, kavşağı geçtikten sonra, Hacı Bayram istikametinde, sağdaki daracık sokağın başında bulunan, bodrum duvarları meyilli, iki katlı, Ankara taşından yapılmış kırmızısı binadır ki uzun yıllar anafartalar Polis Merkezi olmuştur. Sonra da bir ara üstü otel, bodrum katı da çarşı yapılmıştı.

Bu binadan sonraki Adalet Bakanlığı, Anafartalar caddesinde, Denizciler caddesinin baştarafında el'an "Büyük Adliye" denilen binadır. Ankara Adliyesi de Bakanlık binasında idi. Bu binanın, Samanpazarı yönünde, bir veya iki büyük mahkeme salonu bulunuyordu. İşte, YAVUZ-HAVUZ davası, yâni Bahriye vekili (Topçu nâmıyla meşhur) İhsan beyin yargılanması, Yüce Divan olarak bu salonlardan birinde vuku bulmuştur.

Şimdiki Adalet Bakanlığı, Bakanlığın üçüncü binasıdır.

- (5) O yılların Adalet Bakanı, meşhur MAHMUT ESAT BOZKURT bey idi. Mahmut Esat beyin en büyük başarısı, şeriatçı, saltanatçı olarak bilinmeyen, çok iyi yetişmiş genç hukukçulardan güçlü kuvvetli bir kadro kurmuş olmasıydı. Cumhuriyet döneminin bilinen bütün Hukuk başarılarını bu kadro hazırlamış ve gerçekleştirmiştir.

Mahmut Esat bey, Bakanlık ileri gelenlerinden sevdikleriyle her zaman beraber olmak ister ve kendisi Gazi Paşa'nın sofrasında bulunmadığı akşamlar, Çankaya'da kendi bağ evindeki sofrasına Bakanlık ricâlini toplardı. Ancak merhumun pek hoşça gitmeyen bir huyu, içki hususunda bütün misa-

firlerine sürekli ısrarlarda bulunmasıydı. Tahammül edebilenler bundan hoşnut kalabilirlerdi ama, alışkın olmayan ve bünyesi müsait bulunmayanlar çok rahatsız olur ve çok da şikâyet ederlerdi. Mahmut Esat'ın büyük meziyetlerine mukabil, böyle büyük bir kusuru da vardı.

- (6) Recai Seçkin beyin kitabından öğrendiğime göre, rahmetli babam Yargıtay üyeliğine 5 Eylül 1925 tarihinde 11.000 kuruş aylıkla tâyin edilmiş.

Bu tâyin üzerine, Ankara'dan Eskişehir'e gelişimizi ve ondan sonrasını da, tabiatıyla, daha iyi hatırlarım.

O tarihlerde Ankara-Haydarpâşa arası trenle 24 saat idi. İki taraftan da sabah binilir, ertesi sabah Ankara'da veya İstanbul'da olunurdu. Bu durumda trenler daima akşamları Eskişehir'e vâsıl olurdu.

Biz de bir akşam, doha doğrusu bir gece, Eskişehir'e vardık. Bizi babamın en sevdiği arkadaşlarından olan Niğdeli Nail İzgi bey karşıladı. Faytona bindik ve Yukarı Mahalle'de, bir bahçe kapsının önünde durduk. Buradan ağaçlık bir bahçeye ve eve geçiliyordu.

Evin alt katında, sağlı sollu birer karanlık oda vardı ki kapıları daima kapalı olurdu. Bunun üstündeki katta, gene sağlı sollu, fakat aydınlık birer oda ve koskoca bir sofa vardı. Sofanın özelliği, burada büyükçe bir kubbenin bulunuşuydu. Yere bir leblebi düşse, kubbe, bunu haber veriyordu. Tabii ben bu sofada gündüzleri bile yalnız kalmaktan hoşlanmıyordum.

Burası, şimdi aklımda kalmamış olan bir tarikatın tekkelerinden biriymiş. Ama biz bunun üzerine fazla durmadık ve zaten burada da fazla oturmadık. Niğdeli Nail beyin hazırlattığı odaya sığındık ve kendisinin bize gönderdiği bir büyük sininin başına oturduk. Hiç unutmuyorum. Pırıl pırıl kalaylı büyük bir sini, içinde koskoca bir tabak veya tencere pilâv ve nar gibi kızarmış bir hindi...

Arkadaşlıklara, hatır saymalara, incelikleri bakınız... Annem, babam ve ben, ne kadar huzur duymuş, nasıl sevinmiştik...

- (7) Eskişehir'e gittiğimiz yıldan bir sonrasında bile, kent nüfusunun ancak 32 bin 103 olduğunu şimdi istatistiklerden öğreniyoruz. 1990'daki kent nüfusu ise 413 bin 82 olmuş. Yâni 13 misli fazla.

Bana sorarsanız bu 32 binin en az üçte ikisi, "Aşağı Mahalle" veya "Tatar Mahallesi" denilen ve tren yoluna en yakın olan kısımlara iskân edilmiş

Kırım ve Kazan Tatarları ve Kıpçak Türkleri tarafından oluşturuluyordu. Bunlar, Sıcak Sular denilen semt ile demiryolu arasında, tek katlı, beyaz badanalı küçük evlerden mürekkep mahallelerde oturuyorlardı.

Ben ilk defa böyle Mançuryalılara benzer Türkleri o zaman görmüştüm. Bunlar fevkalâde çalışkan, enerjik, anlaşılılı insanlardı. Hiç boş oturmuyor ve ne iş olursa yapıyorlardı. Halbuki çoğu Eskişehirli biraz rahatlarına düşkün insanlardı. Tatarlar ise sürekli hareket yaratıyorlardı.

Bu sevimli insanlarla uzun ilişkilerimiz oldu. Aşçımız bir tatarlı. Ortalık hizmetçimiz bir tatarlı. Paraya fazla tamahkâr olmadıkları için bunları istihdam etmek de zor değildi.

Bir süre sonra bunlar, ailemizin fertleri hâline geldiler. Beni bunlara emanet ettikleri zaman gözleri arkada kalmayan annem ve babam, gece oturmalarına dahi gidebilir oldular.

Tatar hizmetçimiz veya ahçımız, bu karakiş gecelerinde saç sobada bana kestane kebab ederler, sâlep pişirirler, Tatarca türküler bile öğretirlerdi. Meselâ kocasından dayak yemiş genç ve gösterişli (heybetli) Medine, evden fırlıyor ve şalvarının paça bağları çözülmüş vaziyette koşa koşa Hükümet konağına varıp süzüle süzüle kocasını Kaymakama şikâyet ediyordu:

*"Curay curay zaydabay,
Balıh balon çözülgem,
Haybetligem Medinem,
Konaga varup süzülgen..."*

Veya Han'a başkaldırmış, isyan etmiş olan Seyit Osman (Seydosman) Han'ın sarayını sarmış taarruz ediyor da, sen, düğünde bile yoktun... Hoşgeldin...

*"Seydosman Sarayga saldırganay boygan da boyga,
Sen tugunde yok edin hay, hoşgeldin toyga..."*

Artık, yanlışlarım varsa, Tatar Dil ve Edebiyatındaki kültür cehaletime başışlansın. Ben bu kadarını biliyorum.

- (8) Bugün daha iyi değerlendirdiğime göre, o zamanın Eskişehiri, bugünün ölçülerine göre, orta boy bir kasaba hüviyetini aşamazdı. Zaten 1925'te vilâ-

yet olmazdan önce Müstakil Mutasarrıflık (livâ) ve ondan evvel de Kütahya vilâyetinin bir ilçesi imiş.

Eskişehir'in tarihi önemi, şehrin hemen batısında ve şimdi artık her halde onun bir mahallesi hâline gelmiş olacak Karacaşehir veya Karacahisar'dan gelir. Trenin penceresinden de güneye, yâni Eskişehir'e doğru bakarsanız, sağ tarafta (Batı'da) üzeri dümdüz bir dağ görürsünüz. Bu düzlüğün gene Batı (yâni sağ) ucunda bir takım taş yığınları seçilir. Burası Karacahisar imiş ve bu düzlük de bir "cuma yeri"... Rivayete göre Sultan Osman adına ilk hutbe burada, bu cuma yerinde okunmuş, yâni Bağımsız Osmanlı Hükümdarlığı burada ilân edilmiş. Gerçi Osmanlı Devletinin kuruluş tarihi ve şekli hakkında ispatlanmış kesin bir bilgi hiçbir tarihçi tarafından ileri sürülememektedir ama, şu rivayetin tezkip olunmadan ortalıkta dolaşması bile Eskişehir için büyük bir kazançtır.

Ne kadar sönük bir belde olursa olsun, Eskişehir'in ilk büyük talihi, Anadolu-Bağdat demiryolunun inşa edilmiş veya edilecek bütün şebekesi içinde en yüksek ehemmiyeti haiz olan kavşağı teşkil etmesindedir. Gerçekten bu demiryolu üzerinde bundan daha önemli bir kavşak yoktur ve olmaz. İzmir'den Anadolu içerlerine gelen hatlar da Bağdat hattına bağlandıktan ve hattâ Toros tünellerinin ikmalinden sonra Halep bile bu ehemmiyet derecesini gösterememiştir. Anadolu-Bağdat demiryolunun bütün politikası, bütün stratejisi Eskişehir kavşağında sahneye konulmuş gibidir. Bu özellik, bütün sönüklüğüne rağmen Eskişehir'i önemsetmiştir.

Bu sebeple, bu hat üzerinde, bütün güzergâhın en büyük deposu ve atölyesi Eskişehir'de kurulmuştur. Bu atölye, lokomotif imâl edebilecek bir seviyededir.

Bizi oraya taşıdığımız yıllarda, ikinci büyük kuruluş Binbaşı Celâl (Yakal) bey kumandasındaki Tayyare Taburu idi. Celâl bey zamanla ilerlemiş, orgeneral olmuş, tabur da ilerlemiş ve Türk Hava Kuvvetlerinin en büyük birkaç üssünden biri hâline gelmiştir.

Eskişehir'in üçüncü büyük tesisi olacak olan Şeker fabrikası, o yıllarda galiba, henüz ihale dahi edilmemişti.

- (9) Eskişehir'li içine kapanık olduğu için, Demiryolcular da, Havacılar da içlerine kapanık yaşarlardı. Aslında sosyal hayat ve muaşeretler de bunu böyle icabettiriyordu.

Eskişehir'e biraz canlılık veren, gittikçe sayıları artan genç, yakışıklı ve bekâr havacı subayların varlığıydı. Yıllar sonra bizzat şâhidi olmuşumdur ki, yüksek rütbeli havacılarımızın çoğunun eşleri, bir zamanların Eskişehir hanım kızları idi. Eskişehirliler, henüz uçaklara güvenemedikleri için, aslında kızlarının havacılarla evlenmelerine karşı çıkıyorlar, kızlarının genç yaşta dul kalmasını istemiyorlardı. Ama buna karşı müessir bir çâre de bulamıyorlardı. Bir Eskişehirli şöyle yakınıyordu:

"-Kızı virsen, uççak (uçacak)... Virmesen gaççak (kaçacak)... Hadi, virek de gurtulak (kurtulalım) dedik..."

- (10) Yargıtay'ın Eskişehir'e gelişi veya Eskişehir'de teşekkülü, sosyal ve kültürel hayatı hayli geri kalmış olan ve ekonomik bakımdan da tahıl ticaretinden öteye bir canlılık gösteremeyen bu kasaba kılıklı vilâyete sadece resmî bir ağırlık getirdi. Fakat o zamanki ölçüler içinde dahi Eskişehir, böyle bir Yüksek Mahkemeyi kaldıracak takatte değildi. Bir iki kasaba otelinden başka, duruşmaya gelen avukatların icabında kalabilecekleri rahat ve temiz bir otel olmadığı gibi, birkaç aşçı dükkânından başka yemek yiyecekleri bir yer de yoktu. İşin şaşılacak yanı, sermaye koyabilecek durumdaki Eskişehirliilerin bu ihtiyaçlara karşı kıpırdanmaları da yoktu.

Peki ama niçin Mahkeme-i Temyiz, Eskişehir'de bulunuyordu?

Bunun cevabı verilmelidir.

Meseleyi biraz daha kökeninden ele alalım.

Aziz Atatürk'ün zaferden sonra Padişah ve Halife olmağa hazırlandığını, bu iki mevkii ve sıfatı nefsinde birleştirmek için can attığını ama bu işi "beceremeyeceğini" anlayınca, Saltanatı da, Hilâfeti de lâğvederek Cumhuriyet ilân eylediğini ve zor kullanarak kendisini Cumhurbaşkanı seçtiğini döne döne ve ısrarla iddia eden ve akılları sıra hattâ bu hususta belge göstermekte olduklarını iddia eyleyen zavallıların sayısını az zannetmeyiniz... Hele bunların önemli pâyelerin, rütbelerin, mevkilerin sahibi olmayıp alelâde bir takım kişiler, bazı "ayak takımı" olduklarını da sanmayınız. Fakat man-yak, psikopat ve paranoyak olduklarına inanmakta serbest ve hattâ buna mecbursunuz. Çünkü bunun başka izahı yoktur.

Samsun ve Sivas üzerinden Erzurum'a geldiği ilk gün, Atatürk'e iltihak eden ve ölümüne kadar yanından ayrılmayan ilk sivil, Bitlis valiliğinden istifa

ederek ve aslında Bitlis'ten kaçarak Erzurum'a koşan Mazhar Müfit (Kansu)dur.

Mazhar Müfit, Amasya Tamimini okumuştur ve "anlamıştır". Fakat daha bir küçük taş bile yerinden oynatılamadığı için, istikbalde vüzuş şöyle dursun, rü'yet (görüş) bile yoktur. Mazhar Müfit sabredemez ve bir akşam Mustafa Kemal Paşaya sorar:

"- Paşam, muvaffak olacağımıza inanıyorum... Bunun için de emriniz altında bulunuyorum... Arkadaşlarla aramızda herşeyi görüştük... Fakat muvaffakiyet takdirinde hükümetin şekli ne olacaktır?"

M. Kemal'in cevabı:

"- Zamanı gelince, şekli-i hükümet Cumhuriyet olacaktır..."

Kaldı ki M. Kemal, 7-8 Temmuz 1919 gecesi, Millî Mücadelenin ilk sivil mensuplarından bir diğeri olan Süreyya Yiğit'in huzurunda, Mazhar Müfit'in defterine, "şimdilik son derece gizli tutulmak kaydıyla" şunları yazdırır:

"- Zaferden sonra şekli-i Cumhuriyet olacaktır.

İki: Padişah ve Hanedan hakkında zamanı gelince icap eden muamele yapılacaktır.

Üç: Tesettür kalkacaktır...

Dört: Fes kalkacak, medenî milletler gibi şapka giyilecektir."

Burada Mazhar Müfit artık kulaklarına inanamaz ve Mustafa Kemal'e, "hayalperestlik" isnat eder. Ama Paşa devam eyler:

"- Sen yaz... Beş: Lâtin harfleri kabul edilecektir..."

(11) Şimdi, Mustafa Kemal Paşanın yeni bir devlet kurup kurmayacağına diğeri bir açıdan daha bakalım:

10 Temmuz 1921 günü başlayan ve Türk Ordusunun Sakarya gerisine kadar çekilmesiyle sonuçlanan Kütahya-Eskişehir muharebelerinin en keder verici, en karanlık ve ümitler kırıcı günlerinde, Ankara'da bir Maarif Kongresi toplanmakta ve memleketin o günki ve gelecekteki maarif meseleleri tartışılmakta, kararlara bağlanmaktadır.

Mustafa Kemal'i İnkılâplar, Saltanat, Cumhuriyet, Hilâfet konularında günü birlik sürpriz kararlar almakla, çünkü niyeti çok başka iken onları ger-

çekleştiremeyince bu inkılâplara ve yeni bir devlet inşasına kalkışmış olmakla nitelendiren o Atatürk düşmanlarının, İstiklâl harbinin henüz başlangıcı sayılan bir tarihte, niçin Maarif Şûrası gibi şeylerle uğraştığını izah etmeleri, buna bir cevap aramaları, hiç değilse bir kulp takmağa kalkışmaları gerekmez mi?

Anadolu elden gidiyor mu gitmiyor mu henüz belli değilken, ancak yeni bir devlet kurulduğu takdirde ele alınacak meseleler görüşülüyor... Bunun bir sebebi yok mudur?

Varsa o sebep nedir?

(12) Buyurunuz, bir hâdiseyi daha ele alalım... İzmir İktisat Kongresini..

Büyük zafer kazanılmış, Lozan'da barış görüşmelerine oturulmuş ama bu görüşmeler 4 Şubat 1923'te, herkesi korkutacak ve büyük karamsarlıklara sürükleyecek şekilde kesilivermiştir. Yâni memleketin kaderi belli değildir. Gerçekten bir sulha ulaşılacak mı, yoksa Sevri reddettiğimiz ve Lozan'da da müzakereleri kestiğimize göre kendileriyle henüz sulh yapmamış olduğumuz Harbi Umumi düşmanlarımızla, yâni Düvel-i Muazzama ile, yeniden kapışmak mecburiyetinde kalacak mıydık?

Zaferi kazandık ama, ardından yeni bir Devlet mi gelecek yoksa 12 yıldır ardı arkası kesilmeyen savaşa, üstelik daha da fecî neticeler doğurmağa elverişli birkaç yıl mı eklenecekti?

Bu sorular, aklı başında her vatanseverin içini ezmektedir ama, 17 Şubat 1923'te de, İzmir'de bir İKTİSAT KONGRESİ toplanmaktadır...

Kimse kalkıp da Mustafa Kemal'e "– A Paşam !... Çayı görmeden paçaları sıvamak olur mu? Sulh yapıldı mı ki, ancak sulh zamanında yürütülebilir olan bir millî iktisat politikasının tesbitine girişiyorsunuz?..." dememektedir.

İki yıl önce Maarif Kongresi... Şimdi İktisat Kongresi...

Hem Mustafa Kemal'e "– Sulh oldu bitti mi?" diye sormuyorlar, hem de onu yeni bir devlet kurmağa hiç niyeti olmayıp padişahlığa, halifeliğe niyetlenmekle suçluyorlar.

Halbuki Mustafa Kemal, Osmanlı Devletinin yürüyemeyeceğine çoktan kararını vermiştir. Osmanlı İmparatorluğunu hiçbir şey kurtaramaz.

Yeni bir Devleti, hazırlamak lâzımdır... İşte, Maarif Kongresi bunun içindir, İktisat Kongresi bunun içindir ve Sivas'ta, 7 Haziran 1920'de bir "Temyiz Heyeti"nin kurulması da bundan dolaydır.

8 maddelik bir kanunla, biri Şer'îye, biri Hukuk, biri Ceza ve biri de İstida (Dilekçe) dairesi olmak üzere **4 dairesi ilk Yargıtay...**

Halbuki İstanbul'da İmparatorluk "Mahkeme-i Temyizi" mevcut ve çalışıyor. Daha da 4 Kasım 1922'ye kadar çalışacak... Zaten Temyiz'e gelecek davalar da İstanbul'un içinden, İzmir'den sosyal ve ekonomik ağırlığı olan bölgelerden gelecektir. O halde Sivas'ta bir "Temyiz Heyetine" ne ihtiyaç var?

Fakat her ne olursa olsun, yeni bir Devletin temelleri atılıyor ve bu temellerden biri de YARGI'dır... Cumhuriyet Yargısı'nın temelleri atılmalıdır.

Dava gelirmiş gelmezmiş önemli değil. Eşkiyanın tuttuğu ve Mustafa Kemal Paşanın bile, Erzincan'a gelirken, elde mavzerler, makineli tüfeklerle teenni içinde yol aldığı bir diyarda, halkı göçmüş ve kendisi çökmüş hangi ilden, ilçeden, Sivas Yargıtayına dava gelecek?

Gerçekten meraka değer bir konudur ve araştırılmalıdır: Sivas'taki Temyiz Heyetine acaba kaç dosya intikal etmiştir?

(13) Temyiz Heyeti için neden dolayı Sivas tercih edildi?

Zannederim bunun sebepleri iki'dir:

Birincisi stratejik sebeptir. Sivas, Batı'dan Doğu'ya doğru inkişaf etmekte bulunan düşman taarruzuna karşı şimdilik gerçekten emniyetli bir yerdir. Güney cephesinden yapılabilecek herhangi bir harekete karşı olduğu gibi, Karadeniz sahillerine vuku bulabilecek bir düşman müdahalesine karşı da muhafazalıdır.

İkinci sebep, her halde, Millî Mücadelede Sivas eşraf ve halkının gösterdiği vatanseverliktir. Millî Mücadeleyi Sivas çok samimi olarak bağrına basmıştır. Müstakbel yeni devletin böyle bir müessesesi, Sivaslılara emanet edilebilir.

(14) Temyiz Heyeti, Sivas'ta 3 yıl 4 ay çalıştıktan sonra ilga edilmiş ve 14 Kasım 1923 tarihli bir kanunla, Eskişehir'de, yeni bir **Mahkeme-i Temyiz** teşkil olunmuştur.

14 Kasım 1923, görüldüğü gibi, Cumhuriyetin ilânından 16 gün sonrasıdır. İnsan zanneder ki, Mahkeme-i Temyiz, mahz, Cumhuriyet denilen bir tarz-ı hükûmete mahsus bir müessesedir de, rejimi sür'atle tamamlamak zaruretinden dolayı hemen ihdas olunmaktadır.

Eskişehir Yargıtayının personeli Sivastakilerin aynıdır. Müesseseye Sulh Hukuk Dairesi adıyla yeni bir daire eklenmiştir. Yargıtay'ın birinci başkanlığı da, Adalet bakanı tarafından daire reislerinden birine ek görev olarak verilecektir.

Eskişehir'de kurulan bu Yargıtay, dairelerinin ve personelinin sayısı bakımından büyüyerek 11 yıl 8 ay müddetle Eskişehir'de hizmet vermiş ve 10 Haziran 1935 tarihli kanunla Ankara'ya naklolunmuştur.

1935-1936 adlı yılı, Yargıtay'ın Ankara'daki ilk yılıdır.

- (15) Yargıtay niçin Sivas'tan Eskişehir'e naklolunmuş veya Eskişehir'de yeniden tesis edilmiştir de, başka bir vilâyet tercih olunmamış veya doğruca Ankara'da kurulmamıştır?

Denebilir ki Yargıtay'ın Cumhuriyetin ilânıyla birlikte Ankara'ya getirilmemesi veya Ankara'da kurulmaması, müessese için bina ve mensupları için de mesken darlığından dolayıdır...

Bu, işin pratik izahıdır. Gerçi Ankara'da resmî bina bakımından bir sıkıntı vardı, fakat aynı sıkıntı 1935 yılında da mevcuttu. Gerçi 1935 yılında Yargıtay'ın kendi binası tamamlanmıştı ama, bu binanın her an çekilip alınarak bir Bakanlığa verilmesi de mümkündü. Zira 1935 yılında, Ankara'da eğreti binalara sığınmış bakanlık sayısı az değildi ve Eskişehir'de çalışmasını sürdüren Yargıtaya göre, bu bakanlıkların yerleştirilmesi daha da mübrem bir ihtiyaçtı.

Aslında bir husus kesindir: Atatürk, Yargı'nın, siyasî çevre içinde bulunmasını, siyasî müesseselerle bir arada olmasını istemiyordu. Öyle ki, devletin malûm ve muayyen müesseseleri teker teker Ankara'ya taşınırken, Eskişehir'deki Yargıtay için ortalıkta dolaşan rivayet iki idi: Birincisi, Yargıtay'ın İstanbul'a naklinden söz ediliyordu. İkincisi, İstanbul'a değil ama, Etimesut'a nakli idi. Etimesut'ta elverişli bir hizmet binasının ve münasip lojmanların inşasından bahsolunuyordu.

Biz, çocuklar olarak bu rivayetlere kulak misafiri oluyorduk.

Yargıtay İstanbul'a nakledilirse, ona Beylerbeyi Sarayının tahsisinin düşünülüğünü işitiyorduk.

Yok eğer Etimesut'a nakledilirse, Etimesut'ta özel bir Yargıtay sitesi tesis olunacaktı.

1923 yılı itibariyle ise, en uygun mahal Eskişehir idi. Kolay erişilen merkezî bir yerde idi. Gerçi siyasetin yolu üzerinde, fakat siyasetten çok uzakta idi.

Gerçekten Eskişehirdeki yıllar boyunca, Yargıtay'ın ve Yargıtaycılarının Siyaset ve siyasilerle hiçbir ilişkisi olmadığını söylersem inanınız.

14 Kasım 1923'teki kuruluşundan 10 Eylül 1943'e kadar tam 20 yıl müddetle hiçbir Cumhurbaşkanı veya başbakan Yargıtayı ziyaret etmemiştir.

Yargıtayı ilk defa olarak 10 Eylül 1943 günü, zamanın Cumhurbaşkanı İsmet İnönü, yanında Adalet bakanı Ali Rıza Türel olduğu halde, o yılın Temmuzunda Birinci Başkanlığa tâyin edilmiş bulunan Halil Özyörük'ü tebrik etmek ve kendisiyle tanışmak üzere Yargıtay binasına gelmiş ve ayrıca Daire başkanlarını da kabul ederek tanışmış, görüşmüştür.

Bundan sonraki ziyaret ise, 27 Mayıs ihtilâlinin 25 gün sonra, 21 Haziran 1960 tarihinde, İhtilâlin lideri Cemal Gürsel'in Yargıtayı ziyaretidir.

Bu tarihten sonra da bir Cumhurbaşkanı veya bir Başbakan Yargıtayı ziyaret etmiş midir, etmişse ne vakit etmiştir, şahsen hatırlamıyorum.

Ama şurası bir gerçektir ki, Sivas'ta kuruluşundan Recai Seçkin'in kitabının basıldığı 1967 yılına kadar, yâni en az 46 yıl boyunca, Yargıtayı sadece iki Devlet reisi ziyaret etmiştir.

Başbakan veya Meclis Başkanı yahut Ana Muhalefet lideri gibi zevatın hiçbir ziyaretini görmemiştir.

Bittabi Yargıtaydan da hiç kimse bu gibi zevatı ziyaret etmemiştir.

Tebrik ve teşekkürler daima mektup teatisiyle yapılmıştır. Olması gereken ve klâsik demokrasi ülkelerinde olan da esasen budur.

(16) Yargıtay Eskişehir'de, vaktiyle okul olarak inşa edildiği anlaşılan iki katlı ve yarı kârgir bir binada çalışıyordu. Zemin kattaki geniş avludan ve birinci kat-

taki aynı genişlikte sofadan, aradaki geniş ve yayvan merdivenden binanın okul olmak için yapıldığı belliydi.

Rahmetli babamın katıldığı tarihte Yargıtay üçü Hukuk ve üçü de Ceza olmak üzere altı daireden kuruluydu. Yargı personelinin 45 kişiden ibaret bulunduğunu okuyoruz. Ertesi yıl veya iki yıl sonra Ticaret ve İcra-İflâs dairelerinin ihdas edildiğini hatırlıyorum.

Eskişehir'de, sözü geçen binanın zemin katında her dairenin Kalem odası vardı. Onun üstündeki katta da müzakereler ve duruşmalar için her daireye ancak birer oda verilebilmişti. Baş Savcılık da aynı bina içindeydi. Sadece Birinci Riyaset için, bir şans eseri olarak, bu binanın bahçesinin bir-köşesinde bir villâ bulunup tahsis edilmişti. Bu villânın, Vali konağı olarak inşa edildiği anlaşılıyordu.

Mekân bakımından mevcut böyle bir sıkıntının yanı sıra raportörlük veya tetkik hâkimliği gibi bir müessese de bulunmadığından, daire üyeleri ve başkanlar öğleye kadar kendi evlerinde dosya okur ve öğleden sonra daire toplanarak müzakere ederlerdi.

Bu durumda da daire müvezzilerine ağır bir iş düşüyordu. Her akşam, daireler dağıldıktan sonra, müvezziler, branda bezinden yapılmış hayli iri ve sağlam torbalar içinde, üyelerin adına ayrılmış dosyaları sırtlanırlar ve sokak sokak dolaşarak üyelerin evlerine bırakırlar, ertesi gün de öğle vakti gelip aynı dosyaları aynı torbalar içinde dairelere götürürlerdi.

Belki tamamen lâtifedir ama, ilk zamanlarda, Eskişehir halkının, akşam üzerleri müvezziler tarafından evlere taşınan bu evrak torbalarının içinde para olduğunu zannettikleri söylenirdi. Eğer böyleyse, ertesi gün aynı torbaların gene tıka-basa dolu olarak dairelere geri götürülmesini nasıl yorumlardı bilemem...

Dairelerdeki müzakereler bitip de binadan ayrılınca, şâyet hava güzel-se şöyle kırlara doğru yürüyerek biraz temiz nefes almak tercih edilirdi. Aksi halde zaten kimsenin evi, daireden nihayet bir kilometrelik mesafenin ötesinde olmadığı için kapalı bir mekândan, diğer kapalı bir mekâna girmek hayli can sıkıcı olurdu.

Yargıtaycıların boş vakitlerini geçirdikleri herhangi bir mahfel, bir salon filân yoktu. Daha küçük memuriyetlerde buldukları yıllarda daha da ücrâ Anadolu kasabalarında yaptıkları gibi ahbapları olan eczacıların eczahanele-

rine uğrayıp sohbet filân da edebilecekleri bir vaziyet yoktu. Bu sebeple hayatları, bugünkü günde kimsenin tahammül edemeyeceği bir monotonluk içinde geçirdi. Zira ayrıca, herhangi bir yerde toplanıp biraz aperatif almak veya birkaç el kâğıt yahut satranç vesaire oynamak da söz konusu bulunmuyordu.

Ve hayrettir ki o devirde bu yüksek hâkimler BUNALIM veya STRES gibi kelimeleri işitmiş bile değildiler...

Ne demek bunalım?... Yargının en yüksek derecesinde, en itibarlı bir işin var... Evin var... Çoluk çocuğun var... Anadolu'nun tertemiz havalı bir beldesinde yaşıyorsun... Aç değilsin, çıplak değilsin... Yılda 45 gün tâtilin de var... Allaha hamd ve Devlete dua etmekten başka yapacak ne olabilir ki?

O zamanın Yargıtaycısının iş, aile ve hayat anlayışı buydu.

Ve hepsi de mutlu idiler...

(17) Şimdi müsaadenizle, bu yüksek hâkimlerimizin bir portresini çizeyim:

Pek az istisna ile, bunların hemen hemen hepsi orta sınıf veya daha alt sosyo-ekonomik basamaklardaki ailelerin çocuklarıdır. İçlerinde, babası veya dedesi şan vermiş büyük bir hukukçu olduğu için Adliyeye intisap ile onun yoluna düşmek istemiş hiç kimse yok gibidir. Büyük bir kısmı pek güç şartlar içinde öğrenimlerini başarabilmişlerdir. Fakat çoğunluğunun diplomaları en yüksek derecelerde dir. Erken evlenmişlerdir. Intisap ettikleri aileler de kendi ailelerinin dengidir. Bu itibarla da aile hayatları düzgün ve mutlu geçmiştir.

Rahmetli babamın akrânı olanların (ki çoğu akran ve ancak beş altı tanesi daha büyük yaşta idiler) hepsi de Balkan Harbinden Millî Mücadelenin sonuna kadar 10-11 sene düşman kuvvetlerinin veya iç ayaklanmalarda âsilerin ve en azından Millî Mücadele yıllarında dağları, taşları, yolları, köyleri tutmuş olan kanlı katil eşkiyanın önünde yahut İstiklâl davasına düşmüş Rum ve Ermeni çetelerinin silâhları altında yayan yapıldak yollara düşmüş, taze eşlerini, kundakta yavrularını kaybetmiş, karları küreyerek kendilerine uydurma çadır yeri açıp karakişta dağlarda yaşamış, gerektiğinde ve hiç tecrübeleri de olmadığı halde ellerindeki âriyet tüfeklerle eşkiya pusularına düşüp savaşmış insanlardı.

Rahmetli annem ve babama bazan bir kış boyunca ve önce Rus sonra da Ermeni ateşi altında Van'dan Diyarbakır'a kadar yayan-yapıldak nasıl hicret ettiklerini anlattıkları zaman göz yaşlarını da tutamazlardı. Onlar bu hicretten bahsederken, diğer bütün Yargıtaycıların, istisnasız her birinin, bizimkilerinkine benzer nice hikâyeleri bulunurdu.

İşte belki bir bakıma da bunun için, Eskişehir'de, bağımsız bir devletin bu yüksek mahkemesinde vaktiyle çektiklerinden artık kurtulmuş olarak buluştukları için Allaha şükrediyorlardı... Bunun içindir ki "bunalım" bilmiyorlar, "stres" kelimesini hiç işitmemiş bulunuyorlardı.

Bu yüksek hâkimler, hukukçuluklarını ve meslek hayatlarını, canlarını dışlerine takarak iğneyle kuyu kazar gibi edindiklerinden, Cumhuriyette gerçekleştirilen Hukuk İnkılâbında hiç bir sıkıntı çekmeden Batı kanunlarına intibak edebilmişlerdir.

Birbirlerinden değil, fakat yıllar sonra Yargıtay dışından dinleyip öğrendiğime göre bu çilekeş ama fevkalâde çalışkan yüksek hâkimler, öylesine kuvvetli ve kapsamlı bir hukuk formasyonuna sahip idiler ki onlar için Cumhuriyet devrinin gerçekleştirdiği resepsiyon kat'iyen bir problem olmamıştı. Bu hususu merak edenlerin başvurabilecekleri kaynaklar zorda değil, kolaydadır: Yargıtayın o yıllardaki kararlarıdır... Mantık, ifade, üslup, sâkk, hukukî yetenek bakımından her biri bir iftihar belgesidir...

Benim bilhassa hayran olduğum (zira o devirde ancak anlayıp idrak edebildiğim) yanları bunların, tam kelimesiyle, "BEYEFENDİLİKLERİ" idi.

Babamdan ve kendisinin çok iyi tanıdığım arkadaşlarından ölçüyordum ve hâlâ zaman zaman düşünerek hüküm vermekte ve verdiğim hükümleri teyid ve takviye eylemekteyim ki, bunlar gerçek birer BEYEFENDİ idiler.

Gülmezler, sadece "tebessüm" ederlerdi... Hiçbirinin kahkaha attığını duymamışmdır.

Öfkelenseler gerçi her hallerinden belli olur ama, asla bağırılmaz, hay-kırmazlardı...

Bunlar asla seslerini yükseltmezlerdi... En hararetle bir şekilde konuştuklarını görüp de yanlarına yaklaşırsanız, iyice kulak kabartmayınca, ne dediklerini duyamazdınız...

Bunların ellerini ceplerinde göremezdiniz... Ceketlerinin önünü açık göremezdiniz...

Bunlar birbirlerine isimleriyle dahi hitap etmekten kaçınır ve daima "Beyefendi..." diye seslenirlerdi.

Çocuklar nasıl olsa anlamaz diye, çocukların yanında pek çok hususiyetler konuşulduğunu biliriz. Ve hepimiz de çocuk iken, anlamıyacağımızı zannıyla yanımızda konuşulan herşeyi anladığımızı da biliriz. İşte bu bilgiye dayanarak arz ediyorum:

Mahkeme-i temyiz Reis ve âzâları olan bu beyefendiler asla birbirleri hakkında eleştiri yapmazlar, iyi veya kötü, kat'iyen gıyapta birbirlerinden bahsetmezlerdi.

Ben, ömrüm boyunca, rahmetli babamın, herhangi bir arkadaşından şikâyetini veya onun hakkında bir eleştirisini işitmemişimdir.

İlkbaharda mutlaka bütün Yargıtay, Reis-i Evvel beyefendiden odacısına kadar, bir Cuma günü kır'a (yâni pikniğe) giderdi. Güzel bir su başında, o kırılık yerde, bir kadeh olsun içki içilmez miydi?

Hayır, içilmezdi...

Peki, o gün o kırılık yerde olmasa bile, misafirliklerde, gece oturmalarında filân, poker gibi, bezik gibi kâğıt oyunları oynanmaz mıydı?

Hayır, hiçbir kâğıt oyunu oynanmazdı ve zaten kimse de kâğıt oyunu bilmezdi.

Yargıtaycılar müzik sevmezler miydi?

Severlerdi ama, nerede müzik var ki dinlesinler?... İstanbul'daki 2 kilovatlık radyo vericisini, binbir türlü takviye ile Belediyenin antenleri zor alır, aldığı yayını da Yediler parkında bir direğin üzerindeki çatırtılı oparlörden dinletirdi.

Gramofon vardı. Fakat yerli plâk yok denecek kadar azdı. Zaten 8-10 defa dinledikten sonra onlar da ses vermez olurdu.

Yargıtaycılar için müzik, ancak, Münir Nureddin bey, Ankara'dan İstanbul'a dönerken Eskişehir'de iki gün durup da bir konser verirse, o zaman söz konusu olabilirdi.

Ya tiyatro?... Tiyatro için de, İstanbul Şehir Tiyatrosunun (Darülbedayi) yıllık turnesini beklemek lâzımdı.

Ya sinema?... Evet üç tane sinema vardı. Asrî sinema ile Sizin sinemasına gidilebilirdi ama, o devirde henüz karı-koca sinemaya gitmek de âdet değildi.

Bir de Park sineması vardı ki orada, felâket bir saz takımı refakatinde sonradan Yüceses soyadını alan Hamiyet hanım şarkı söylerdi. Park sinemasına da zaten kimse gitmezdi.

Şimdi bir kaçınılmaz soru karşısında kalacağımı biliyorum:

"– PEKİ, BU YARGITAYCILAR EVDEN VE İŞTEN BAŞKA HIÇBİR ŞEY BİLMEZ VE HIÇBİR ŞEY İSTEMEZLER MİYDİ ?..."

Ben yukardanberi gerçekleri yazıyorum. Bu soruya artık siz cevap veriniz.

İslâm tasavvufunda nasıl bir mü'minin kendisini Allah kavramı ve varlığında yok etmesine "Fenâ-f'illâh", Peygamber kavram ve varlığından yok etmesine "Fenâ-f'ir-resûl" denilirse, Yargı ve Dâvâ kavram ve müesseselerinde kendilerini yok eden bu Yargıtaycılara da "FENÂ-F'İD-DÂVÂ" veya daha kapsamlı olarak "FENÂ-F'İL-KAZÂ" demek gerekmez mi ?

Bunlar da, dâvâ ve kazâ suretinde, Hukuk içinde eriyip gitmişlerdi.

(18) Şu çizmeğe çalıştığım Yargıtay Yüksek Hâkimi tipini yetiştiren, onu şu tasvir etmeğe çalıştığım surette oluşturan faktörler nelerdi ?

Şüphesiz en başta onların devrinde, onların yaşadıkları toplum kesiminde geçerli olan Türk-İslâm değer yargıları, ferdi ve sosyal ahlâk ilkeleri geliyordu. Sonra, siyasi ve iktisadî tesir ve nüfuzu bulunmayan insanların da hayatta pek âlâ yükselebilecekleri, fakat bunu gerçekleştirebilmek için fevkalâde çalışkan olmaları şartı geliyordu. Mâlûmdur ki, Osmanlı toplumunda ve yönetiminde en yüksek mevkiler daima bütün halk çocuklarına açık tutulmuştur. Üçüncüsü, bunların, her halde gerek yetişme devirlerinde, gerek memuriyet hayatlarında dûcâr oldukları mahrumiyetler, eziyetler, ızdıraplar oluyordu. Hepsi de, yukarda bir kısmına temas ettiğim eziyetlere uğramışlardı. Dördüncüsü, bunların "meslekî büyüklerinin" bunları yetiştirmek diye bir tasalarının olması, bunları şahsen ve ferdan yetiştirmek için çırpınmaları-

dır. Sanırım, meslekî başarıları hususunda, bunların her birinin şükran borcu duydukları birer büyüğü olmuştur. Rahmetli babamın böyle bir büyüğü var mıydı, varsa kimdi, bilmiyorum. Fakat burada ben, umumî kaideyi zikrediyorum. Babamın da bizzat yetiştirmeğe çalıştığı bazı kimseler olduğundan haberdarım.

Son bir faktör olarak, Hukuk eğitimlerindeki bir özellikten söz etmek istiyorum.

İtiraf etmeliyiz ki, Cumhuriyet devrindeki Hukuk Fakültelerimiz, genç hukukçuların iyi yetiştirilmelerinde muhakkak ki belli bir önem ifade eden bazı öğretim konularını affedilmez bir gafletle ihmal etmişlerdir.

Meselâ, bunlardan biri Adlî Sâkk veya Hukukî Sâkk yahut İlmî Sâkk denilen bilgi ve san'at koludur.

Her medenî ülkenin Hukuk tatbikatında rastlanan ve bilinen ve Hukuk Üslûp ve Edebiyatı becerisi, bir vakitler bizde de varken kaldırılmış ve Hukuk tatbikatının bu tarafı çökertilmiştir. Adlî Sâkk'in sadece bir alanda, meselâ Noter belgelerinde ihmalinin, ortaya ne garabetler çıkardığı âşikârdır. Buna bakmak bile kâfidir.

İhmal edilen daha da önemli bir öğretim konusu, YARGININ MESLEK KURALLARI (yâni Yargı Deontolojisi)dir. Sözüünü ettiğimiz zamanın Yargıtaycıları bu kuralları ezbere biliyorlardı. Bunlar kısmen Mecelle'nin Kitab-üddavâ'sında ve esas itibarıyla de Kitab-ül-kazâ'da yer almıştı ve babalarımız Mecelle'yi ezberlemişlerdi. O devirde Yargı'nın deontolojisi şimdiki gibi meslekî hayat tecrübesiyle ve zaman içinde öğrenilmiyor, fakat daha mesleğe adım atarken biliniyordu.

Bu kuralların neler olduğu hakkında, Kitâb-ül-kazâ'yı açtığımız zaman hiç akla gelmedik ilkelerle karşılaşılıyor değiliz, fakat bu ilkeler, birer kanun hükmü mahiyetini aldığı için, bunlara uyup uymamak şahsın meslekî ahlâk telâkkîlerinin kuvvet derecesine tâbî olmuyor, birer kanun emri olarak da kendilerini şahsa empoze ediyorlardı. O halde bu kuralları ihlâl edenler, şimdiki gibi kendi vicdanlarına karşı mesul olmakla kalmıyor, fakat kanunu çiğnemiş ve meslek suçu da işlemiş oluyordı.

İşte, çizmiş olduğum Yargıtay Yüksek Hâkiminin tipi, bütün bu faktörlerin etkisi altında teşekkül ve tekemmül etmiş ve âdetâ bir aziz'in, bir velî'nin tipidir.

- (19) Sözünü ettiğim YARGI DEONTOLOJİSİ kurallarında yargıca teminat bahşedenler de vardı.

Meselâ, 1812 nci maddeye göre:

"- Hâkim gam ve gussâ (yâni keder, tasa) ve açlık ve galebe-nevm (yâni uyku bastırması) gibi sıhhat-ı tefekkûre (yâni sağlıklı düşünmeğe) mâni olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş (yâni akli karışmış) olduğu halde hükme tesaddi etmemelidir (yâni hüküm vermeğe kalkışmamalıdır)".

Bana verilen isme göre, Yargıtay üyelerinden Maraşlı Abdullah Aytemiz bey, Üsküdar mahkemesi hâkimi iken bir kış mevsiminin ortasında mahkeme odunsuz kalmış. Adliye Nezareti yakacak tahsisatını bir türlü vermiyor ve bu sebeple de mahkeme sobalarına odun alınamıyormuş. Bir gün, bir davanın orta yerinde Abdullah bey Adliye Nezaretine şu meâlde bir tezkere yazdırarak mahkemenin kapısına kilidi asmış:

"- Üstüste başvurularıma rağmen bir türlü mahkememizin yakacak ödeneği gönderilmedi. Ben ve diğer personel paltolarımızla oturmamıza rağmen soğuktan titremekteyiz. Bu hâl, benim zihnimizi karıştıran ve sağlıklı düşünmeme engel olan bir ârıza teşkil ettiğinden ve bu hâl ile hüküm vermeğe kalkışmam kanunen yasak bulunduğundan, yakacak tahsisatı gönderilip odun alınarak mahkeme sobaları yakılana kadar mahkemeyi kapattığımı bildiririm".

Hâkimin söz konusu kapatma kararının ve yazdığı müzekkerenin derhal netice verdiğini belirtmeğe hacet olmasa gerektir.

- (20) Eskişehir denilen bu "kasaba kılığındaki" vilâyet merkezinde Yargıtaycılar zaten bütün gün beraber oldukları ve onların eşleri ve çocukları da Eskişehir'in Yukarı Mahalle'sinde kat'iyen bir kilometre kare'yi geçmeyen bir sektör içinde oturdukları ve her sokağa çıkışta karşılaştıkları halde, ev halklarının en büyük heyecanı, akşam misafirlikleri olurdu.

Eğer önceden bir ziyaret kararlaştırılmamışsa, aile reisi Yargıtaycı, işinden evine dönüşte soyunur, eline dünki gazeteyi alarak köşesine çekilir, vakit gelince akşam yemeğine oturulur, fakat kulak kırışte, gazete müvezzinin "-Avadiiiiisss..." nârâsı beklenirdi. Zira tam o sıralarda İstanbul treni gelir, müvezziler hemen gazeteleri kapışırlar, bembeyaz ve kütür kütür karların üzerinde "-Avadiiiiisss..." nâraları atarak Yukarı Mahalleye koştururlardı.

Ve gene bu sırada âzâ falan veya reis filân beyefendinin küçük oğlu yahut da evlâtlık kızı gelir ve "– Annem, babam selâm söylediler, eğer bir mâniiniz yoksa, size oturmaya gelmek istiyorlar..." derdi.

Bu cümle hiç değişmeyen bir formül gibiydi.

Eğer başka birilerine oturmaya gitmek için gündüzden sözleşme olma-
mışsa derhal müsbet cevap verilir, "– Aman buyursunlar... Bekliyoruz" deni-
lirdi.

Böyle bir müsbet cevaba yegâne engel olarak bir başkasına verilmiş
söz varsa, bu belirtilir, gelmek isteyen misafirler gidilecek olan eve davet
edilirdi. Yoksa kat'iyen, "–Başka bir akşam bekleriz" filân gibi bir geri çe-
virme söz konusu olamazdı.

Gelecek misafirlerin vâkî bu ihbarı üzerine evde bir telâştır başlar, ye-
mek çabuk bitirilip sofraya kaldırılır, misafir odasındaki soba hemen yakılır, ki-
lerde eksik olmayan nar, portakal, limonların suları sıkılarak enfes şuruplar
hazırlanır, çay demlenir, kahvenin sıcak suyu hazır edilirdi.

Bu vesileyle şunu belirtmek isterim: Türkiye'de çay, esas itibariyle ikinci
Cihan Savaşından sonra ve özellikle kendi üretimimizin artmasıyla popüler
olmuştur. Onda önce çay da kahve gibi ithal edilirdi ve pahalıydı. Halk kah-
veye asırlardanberi alışık olduğu ve nihayet bu nesne Osmanlı ülkesi dahi-
linde üretildiği için fiyatına katlanılıyordu. Çay ise hem hafif, hem daha pa-
halı olduğundan yaygınlaşmamıştı. Halk sabahleyin çayla değil, çorbayla
kahvaltı eder, gün boyunca da içerse eğer, çay değil, kahve içerdi. Misafir-
liklerde de bu sebeple çaydan çok kahve ikram edilirdi.

- (21) Yargıtaycılar arasında kaç-göç yoktu. Ziyaretler, misafirlikler karı-koca birlik-
te yapılırdı. Fakat bu toplantılar biraz kalabalıklaşınca, kendiliğinden bir ha-
rem-selâmlık ayrımı teşekkül ederdi. Böylece erkekler de, kadınlar da daha
rahat olur, daha serbest konuşurlardı.

Kaldı ki hep beraber oldukları takdirde, eğer fazla samimî ahbablık kur-
muş iki aile değillerse, sohbet mevzuu da bulunamazdı.

Ne üzerine konuşunlar ?... Politika zaten memlekette yok... Ekonomi-
den kimse anlamıyor. Turizm, moda ve benzeri konular da henüz memleki-
tin gündemine gelmemişti. Beyler, ille de Hukuktan başka birşey konuşmak
istemediklerinden, hanımlar çok sıkılırlardı. Bu sebeple misafir odası beylere
ayrılır, hanımlar oturma odasında toplanırdı.

Beyler hukukî konular, geçen gün verdikleri filân veya falan karar üzerinde veya memuriyet hatıraları bahsinde sohbeti koyulaştırırken, beride hanımlar bir süre sonra peçiç oynamaya otururlardı.

Peçiç pek basit bir oyundu. Peçete kadar bir bez üzerine, bazı çizgiler, haneler işlenir ve birkaç pul ve bir çift deniz kabuğu ile oynanırdı.

Benim yaşım henüz müsait sayıldığı için ben de hanımlar tarafından oturur ve bilhassa üye Arif beyin eşi Behiye hanımın masal anlatmasını beklerdim. Behiye hanım beni yanına alır, hattâ dizine oturur ve her seferinde uzun ve apayrı bir masal anlatırdı.

Sonraki yıllarda çocukluk hâtıralarımı andığımda düşünürdüm ki, Behiye hanımın üzerine ne radyolarda, ne televizyonda daha mükemmel masal anlatabilecek kimse olamaz... Yalnız ben değildim, fakat Behiye hanım masala başladığı zaman, herkes susar, herkes onu dinlerdi. Behiye hanım gerçekten bu işin üstâdı, san'atkârı idi.

- (22) Bir de bazı günler öğleden sonra hanımlar kendi aralarında toplanırlardı. Bu toplantılar "müzikli" olurdu. Meşhur bir üdfî-kemânî Melek hanım vardı. Melek hanım celbedilir, hanımlar arasında diğer çalgı çalanlar da çalgılarını alıp gelirler, saatlerce icrâ-yı ahenk edilirdi.

Bu da çilekeş ve mütevekkil Yargıtaycı eşlerinin yegâne eğlencesiydi.

- (23) Hayat bu minval üzere devam edip giderken, ben 1932 ders yılı sonunda Eskişehir'deki Turan İlkokulunu bitirdim. Babam beni Galatasaray Lisesine verdi. O yılın 16 Eylül günü Galatasaray'dan içeri adımımı attığım zaman hayatımda gerçekten bir devrin kapanıp, ikinci bir devrin açıldığını anladım.

Herşey bambaşkaydı... İstanbul bambaşka, mektep binamız bambaşka, sınıfımız, hocalarımız bambaşka, derslerimiz büsbütün başkaydı...

Aile çevresinden kopmuş, Galatasarayın "bekâr" öğrencileri arasına karışmıştım. İstanbul'da yalnız yaşayan anneannem bana bakamayacağı için tâtillerde de her gece mektepte kalıyordum. "Bekâr Yatakhaneinde"...

İlk sômeatr tâtilinde Eskişehir'e, evimize döndüğüm zaman "herşeyin" çok değişmiş olduğunu hissettim... Eskişehir'de hayat aynen eskisi gibi devam ediyordu ama, artık ben, o hayata, o çevreye mensup değildim.

Bu "mensubiyetin" kayboluşu ve bununla da "eski günlere dönülmezlik" hayatımda hissettiğim ilk büyük acı olmuştur.

- (24) Eskişehir ile İstanbul arasındaki bu gelip gitmeler 3 yıl kadar devam etti ve son seferinde artık Haydarpaşa'da bindiğim trenden Eskişehir'e gelince inmedim... Vagonun penceresinden gözlerim yaşarak Eskişehir'i seyrettim. İstasyonda bir yabancı gibi simit aldım, salep içtim. Gözlerim boşu boşuna âşinâ bir çehre aradı... Arkamdan biri adımları seslenecek, uzaktan bir başkası belki el sallayacak diye bekledim... Ve altı yaşında bir çocuk olarak geldiğim, yıllarımı Turan İlkokulu ile evimin arasında tükettiğim, olmadık şeylere kahkahalarla gülüp eğlendiğim bu diyarda, bu sevgili Eskişehir'de, "gurbette olmanın" yürek sızısını duydum.

Tren Ankara yönünde ağır ağır hareket ederken, evime doğru gidiyormuşum değil de, sanki evimden kaçıyormuşum, evimi ret ve terkediyormuşum gibi bir duygu içindeydim.

Zannediyorum, Eskişehir'de oturmağa devam eden bir yakınımız olsa, meselâ bir teyzem, bir amcam olsa, o treni oracıkta terkeder, hiç değilse Ankara'ya ertesi günü trenle devam ederdim.

Eskişehir'den inmeden gelip geçmek bana her zaman öylesine dokunmuştur ki, kaç defa, otomobille yaptığım seyahatlerde Eskişehir'e uğrayıp eski yollarımda, eski kaldırımlarımda artık geri gelmeyecek yaşımın ve mutlu bir çocukluk hayatının hasretiyle dolaşmışımdır.

- (25) On yıl sonra tekrar Ankara'ya döndüğüm zaman orada da artık herşey çok değişik, herşey bambaşka idi. 1926'nın Ankara'sı, ancak gene Samanpazarı'ndan yukarı doğru sapılınca ortaya çıkıyordu.

Ya "Eskişehir Yargıtayı" ?... Onu artık ne Eskişehir'de, ne Ankara'da bulmak mümkündü.

Tarih, Eskişehir Yargıtayının sayfasını çevirmiş, kapatmıştı...

- USUL HUKUKU
(CEZA)

SUSMA HAKKI

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

- ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. II- Susma hakkının niteliği. a- Dolaylı zor. b- Uyuşmazlık. c- Susmanın sonuçları. III- Sonuç.

I – GİRİŞ

Usul Yasamız (m. 135) sorgunun başında sanığa "cevap vermek isteyip istemediğinin" bildirilmesini zorunlu saymıştır. Bu zorunluk bütün Batı Avrupa Kanunlarında benimsenmiştir, hatta Common-Law uygulanan ülkelerinde sorguyu yapan zabıta susma hakkı olduğunu, konuşursa söylediklerinin ilerde aleyhine delil olabileceğini sanığa bildirmek zorundadır (1).

İtalyan Usul Kanunu (m. 78/3) susma hakkı olduğunu, yalnız yargıcın değil, Adli Zabitanında sanığa bildirmek zorunda olduğunu kabul etmiştir. Eğer ihtar unutulmuş, sorgu yapılmış ise bundan sonra yapılacak ihtarın önemi yoktur. Eğer sanık sonraki safhada ikrardan dönerse evvelki zabta geçirilmiş sözleri hükme esas tutulamaz. ihtarın unutulması sadece "biçimsel usulsüzlük" sayılmaktadır (2). Böyle bir sonuç haklı değildir.

II – SUSMA HAKKININ NİTELİĞİ

"Susma hakkı"nın aleyhindeki düşünceler şunlardır: İtham usulünün esası karşılıklı olmaktır. Bu sebeple susmak hakkı bu usule uygun sayılmaz. Soru sormak hakkına sahip olan sanığa, kendisine sorulana cevap vermek hakkı tanınmamalıdır.

Şüphelendiği kimseden hadise hakkında izahat istemesi toplumun hakkıdır. O halde sorguda sorulana cevap mecburiyeti düşünülebilir. Fakat çağdaş usul hukukunda "cevap mecburiyeti"ni ve bu mecburiyet yerine getirilmezse sanığa, şahitler hakkında olduğu gibi (CMUK. 63) "tazyik tedbirleri"nin tatbikini kabul edenler istisnadır. Susan sanığı, davete ica-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Pradel (J.), *Procedure penale* (Paris, 1989), m. 293.

(2) Conso (G.) – Grevi (V.), *Commentario al Codice di procedura penale* (Padova, 1987), s. 79.

bet etmemiş sayılarak "i h z a r"ı suretile tazyik yolsuz bir muameledir. Aynı şekilde sanığın maddi veya manevi cebre (tehdide) maruz bırakılması (vayite bulunması, suç ortaklarını ele verirse hakkında dava açılmayacağı vadi gibi), tevkif kararı olmaksızın tecrit edilmesi kanuna aykırı tatbikattır. Hatta bazı kanunlar bu çeşit tatbikata "disiplin cezası" tayin etmeği uygun görmüşlerdir (3).

a) Dolaylı zor : Sanığın bedenine ilişkin ameliyelerin meşru olup olmadığına tereddüt edilmektedir. Kan alarak alkol muayenesi bile düşündürücü olabilir. Sanığın rızası olmadığı halde bu yola gidilmesini ve sadece muayeneden ibaret sayılması mümkün araştırmalar bakımından da tereddüt edilebilir. Zira bu muayenelerin yapılması bir zaman alacağından bu yolla sanık hürriyetinden mahrum edilmiş olacaktır, eğer sanık muvafakat etmezse zor kullanmak gerekecektir. Her halde bu gibi hallerde sanığın bir müdafie müracaat imkanı tanınmalı, sanığın muameleyi durdurucu etkisi olan itiraz hakkından istifadesi mümkün bulunmalı, mahkeme zor tedbirine emretmeden evvel mutlaka bir bilirkişinin mütalâasını almalıdır. Buna mukabil vahim olmayan tedbirlerin alınmasına sanık mani olmamalıdır, mesela tanıkların sanığı teşhis edebilmeleri için, sonradan bırakıldığı iddia edilen sakal zorla kesilebilmelidir. Sanığın fotoğrafını çekmek, bunları tanıklara göstermek için başka bir mahale göndermek gibi usullere gayri meşru demek mümkün değildir.

b) Uyuşmazlık : Kendini koruma iç güdüsü ile doğruyu söylemek mecburiyetini telife imkan olmadığını kabul eden kanun sanığa "susma hakkı" vermiştir. Sorgunun başında sanığa isnad edilen suçun ne olduğu bildirilecek ve "bu hususta cevap vermek isteyip istemediği" kendisinden sorulacaktır (CMUK. 135,f.1). Bu, sanığa susma hakkı olduğunun hatırlatılması demektir. Bu hüküm "susma hakkı"nın resmen tanındığı manasına alınmalıdır (4). Sorgudan evvel yalnız duruşma hâkiminin değil, davanın her hal ve safhasında hazırlıkta zabitanın, savcının, sulh hâkiminin son soruşturmada hâkimin "sanığa ifade vermemek hakkı olduğu" ihtarını yapması ve bu ihtarın yapıldığının tutanağa geçmesi gereklidir. Kanunda bu hüküm 135. maddede ve usulün genel hükümleri arasındadır. Bu sebeple bütün usul

(3) Bk. Gillieron (Charles), L'interrogatoire dans le proces penal en suisse, s. 45, Alman Usulünün yeni şekline göre sanığın, "kendi mahkumiyetinin hazırlanmasına iştirak" mecburiyeti kaldırmıştır. Sanık, sorgu için zabıta veya savcılığın çağrısına gitmemek hakkına sahiptir. Esasında sanığa tanınmış olan "susma hakkı" da bu anlamdadır. Fransa'da General Gamelin (1942), Mareşal Petain (1945) susma hakkını kullanmışlardı.

(4) Kşz. Gölcüklü, (a.g.e.). s. 48.

safhasını kapsayan bir hükümdür (5). Fakat tatbikatta bu hüküm gereği gibi uygulanmamaktadır. Sanığın yakın akrabası olan şahide çekinmek hakkını tanıyan kanunun sanıktan susmak hakkını reddetmesi makûl olmazdı. "Savunma hakkı, bir genel hukuk prensibidir, yargıdan ayrılması imkansızdır" (6).

c) Susmanın sonuçları : Bununla beraber sorguya tabi tutulmanın bir konuşma mecburiyeti doğuracağı tabiidir. Zira susmadan çıkacak mana sanığın aleyhine kabul edilebilir. Bu ihtimale binaen, "yargıcın sanığa sükutundan çıkarılabilecek neticeleri bildirmesi doğru olur" (7). Bunu mecburi bir ihtar olarak kabul eden kanunlar da vardır (8). Fakat susmanın, ender olsa dahi, her zaman "zımni itira" sayılması gerçeğe uymaz. Başkasını ele vermemek için, çeşitli sebeplerle susan sanıklara rastlanmıştır. Sanık susma hakkını kullanırsa bu mutlaka tutanağa geçirilmelidir. Susma, sanığın suçluluğuna delil sayılmamalıdır, zira bir "hakkın kullanılması" aleyhe sonuç veremez. Kaldı ki bu konuda ihtiyatlı olmak icap eder. Zira sanığın kendini savunması yerine susması, bir "heyecan" hali, ümitsizlik içinde olduğunu veya marazi bir ruh yapısına sahip bulunduğunu gösterebilir (9). Hâkim, susmayı yalan söyleyen sanık hakkında cezayı arttırabilir, fakat sadece susan sanık hakkında böyle hareket edilemez (10). "Susma hakkı"nın takdirde aleyhe kabulü usule uygun sayılamaz (11).

III - SONUÇ

Sanığın "susmak hakkı" neticede hakikatı gizlemek demektir. Bunun bir "hak" olarak kabulünde güçlük yok değildir. Diğer taraftan sanığa adeta "yalan söylemek hakkı" da tanınmıştır, zira sanığın yalanı cezalandırılmamıştır. Sanığı susmak hakkından mahrum etmeğe usul hukukunun bugün eriştiği seviye, imkan vermeyecektir. Fakat sanık tarafından söylense dahi "yalan" usul hukukunda müeyyidesiz kalmamalıdır.

(5) "Susma hakkı davanın her safhasında mümkündür. Yalnız soruşturma safhasına indirgeli değildir" Conso-Grevi, s. 78.

(6) Belçika Yg. kararı: 2.5.1961; Vanwelkenhuyzen (A), La protection des droits du prevenu dans la proces penal en Belgique (Rev. int. de droit penal, 1966, n. 1-2, s. 39, nt. 21) İngiliz Hukukunda, eğer sanık suçsuz olduğunu ileri sürerse, tanık olarak yemin dinlenir. Çapraz sorguya (Cross-Examination) tabi olur.

(7) Kantar, s. 144.

(8) Bk. Gölcüklü, s. 46.

(9) Vidal-Magnol, n. 747, s. 853, nt. 4. Bu hususta bk. Leone (Trattato... 1961), II, s. 254.

(10) Conso-Grevi, s. 78.

(11) Conso (G.)-Grevi (V.), Commentario al Codice di procedura penale (Podova 1987), s. 78.

"Susmak hakkı" diye isimlendirilen yetkinin kanunun tanıdığı bir "sübjektif hak" olup olmadığı üzerinde de durmak lazımdır. Herkesin bu arada sanığın adliye idaresine karşı tabi durumda olması kaidedir. Sanık sorulanlara cevap vermemekle bu kaideyi ihlal etmiş olur. Kanun susan şahidi cezalandırır, fakat sanığı cezalandırmaz, susan şahidi söylemeğe icbar eden zor tedbirleri vardır, sanık söylemeğe zorlanamaz. O halde kanun sadece susan sanığın cezalandırılmamasını, zorlanmamasını kabul etmiştir. Bu kabul kanunun sanığa susmak, hususunda bir "sübjektif hak" tanıdığı anlamına gelmez (12).

(12) Bk. Montalbano, s. 34, Sanık – Her hangi bir sebeple – "Susma hakkını kullanabilir. Bu hak davanın her hal ve safhasında (zabıtada, savcılıkta, son soruşturmada) kullanılabilir. O halde susma hakkı olana baskı (işkençe) doğru değildir.

ÖTANEZİ

Doç. Dr. Mehmet Emin ARTUK (*)

• **ANLATIM DÜZENİ :** Giriş. I- Ötanezinin tanımı. II- Ötanezinin suç teşkil edip etmediği konusu. 1- Ötaneziyi suç sayanlar. a- Ötanezinin kasden adam öldürme suçu olduğu görüşü. b- Ötanezinin ayrı ve bağımsız bir suç olduğu görüşü. 2- Ötaneziyi suç saymayanlar. III- Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısında Ötanezi. S o n u ç .

GİRİŞ

Bugün insan hayatında çok büyük değer verildiği için hayatın kanunların güvencesi altına alınması, ferdin olduğu kadar toplumun menfaatlerini korumak bakımında da gerekli ve zorunlu görülmüştür. 1982 Anayasasının 17 nci maddesinin 1. fıkrasında herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu şeklinde ifadesini bulan yaşam hakkı, TCK. ikinci kitabının "Şahıslara Karşı Cürümler" başlıklı dokuzuncu babının birinci faslının 448 vd. maddelerinde tecavüze uğraması halinde ceza hükümleriyle koruma altına alınmıştır. Bu şekilde korunan yaşam hakkına bazı tecavüzlerin cezalandırılıp cezalandırılmıyacağı tartışma konusu olmuştur. Gerçekten örneğin bir kimse bir başkasının kendisini öldürmesine rıza ve muvafakat gösterebilir mi? Veya bir şahıs tıbben şifa bulamıyacağı kesin olarak saptanan bir hastalığa müptelâ olan kimseyi, çektiği ızdıraptan bir an önce kurtarmak amacıyla öldürebilir mi? (Ötanezi). Diğer bir deyişle insani hislerle ölümü çabuklaştırmak suç sayılacak mıdır? Ötedenberi birçok ülke ceza hukuku doktrinde tartışılan bu konular ülke mevzuatlarında da değişik uygulama şekilleri bulmuşlardır. Aşağıda sadece tıbben şifasız ve kurtuluşu imkânsız bir hastalığa yakalanan ve ızdıraplar içinde kıvranan bir kimseyi, acılarından bir an önce kurtarmak amacıyla öldürme şeklinde tanımlanan "ötanezi"yi inceliyeceğiz. Ötanezi'nin tanımını müteakip, mukayeseli hukukun da gözönüne alınması suretiyle cezalandırılmasının gerekli olup olmadığı hususunda ileri sürülen fikirleri, TCK., TCK. Öntasarısı ve Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin durumunu ve sonuç olarak görüşümüzü belirteceğiz.

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I. ÖTANEZİNİN TANIMI

İlk defa Bacon tarafından kullanılan ötanezi, "kolay, rahat ölüm" (1), "ızdırapsız tabii ölüm", "iyi ölüm", "tatlı ve acısız ölüm" (2), "hoş, güzel, kolay, iyilik edici ölüm" (3) anlamına gelir.

İsviçre Hukuk Literatüründe Ötanezi, dar, geniş, en geniş anlamlarında ele alınmaktadır. "Dar anlamda ötanezi", ızdıraplar içinde ölmekte olan birinin acılarını hayatının kısaltılmasıyla hafifletmedir. "Geniş anlamda ötanezi" ise, kurtuluşu imkânsız ve şifasız bir hastalığa yakalanana ızdırabını dindirmek amacıyla ölüme yol açacak bir biçimde icrai bir hareketle yapılan yardımdır. Ötanezinin bu iki şekli arasındaki fark zamana ilişkindir. Gerçekten "dar anlamda ötanezi"de şifasız ve kurtulunması imkânsız bir hastalığa tutulan kişinin "ölümün eşiğinde, ölmek üzere olduğu" kabul edilirken, "geniş anlamda ötanezi"de, ölüm hemen gerçekleşebileceği gibi haftalarca veya senelerce sonra da vukua gelebilir. Her iki ötanezinin pratik sonuçlarına gelince, ötanezinin dar anlamda anlaşılması halinde, ancak "ölmek üzere" olan ve ızdırap çeken bir hastaya ötanezi tatbik edilebilirken, diğer bir deyişle her geçen gün ölüme sürüklenen bir hasta öldürülemezken, "geniş anlamda ötanezi"de, öldürme fiili, ölmek üzere olan veya ölüme sürüklenmekte olan kişinin ızdırabını dindirmek için uygulanabilir. İsviçre literatüründe "geniş anlamda ötanezi"nin şekilleri arasında intihar, intihara yardım, talep üzerine öldürme, talep gerçekleşmeden öldürme sayılmaktadır (4). Bütün bu hallerde tedavi edilmesi imkânsız bir hasta, ya kendini öldürmekte, veya kendini öldürmesi için ona yardım edilmekte yahut da onun talebiyle veya talep olmadan öldürme fiili icra edilmektedir. İntihara yardımda öldürme fiilini bizzat hasta icra ederken, talep üzerine veya talep olmadan öldürme fiilinde hareket üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilmektedir (5). Öldürme hareketini bizzat hastanın icra ettiği intihar ve intihara yardım fiillerini ötanezi kabul etmiyoruz. Aşağıda da belirteceğimiz gibi ötanezi'de öldürme fiili üçüncü bir şahıs tarafından işlenmelidir. "Gerçek olmayan ötanezi" diye de adlandırılan "en geniş anlamda ötanezi" ise yaşamaya değeri olmadığı kabul edilen hayatların imhasından ibarettir. Bu nevi ötaneziye örnek olarak

-
- (1) Pars Tuğlacı, Tıp Sözlüğü, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 110.
 - (2) M. Muhtar Çağlayan, Ötanezi ve İntihar, Adalet Dergisi, sy. 1, Ankara 1966, s. 3-33, 5; Sevim Tunç, Ötanezi, Ankara Barosu Dergisi, s. 2, s. 700-705, 700-701.
 - (3) Fritz Hauser, Die Frage der Euthanasie im schweizerischen Strafrecht (Zürich Doktora Tezi), Zürich 1952, s. 8.
 - (4) Hauser, a.g.e., s. 18.
 - (5) Hauser, a.g.e., s. 21.

tedavisi imkânsız akıl hastalığına yakalanan şahıslar ve bitkisel hayata girenler gösterilebilir (6). En geniş anlamda öteneziyi kabul etmiyoruz.

Şifasız hastalar hareket yönünden iki şekilde öldürülebilirler: Ötenezi ve ortotenezi. Ötenezi icrai bir hareketle hastanın ölümünün sağlanması olduğu halde, ortotenezi hastanın hayatını uzatan müdahalenin yapılmaması suretiyle onu öldürmektir. Ortotenezi, ihtimam göstermeyerek veya ihmali bir hareketle hastanın tabii ölümünü temindir (7).

Yukarıda belirtilen ötenezinin bütün şekillerinin (dar, geniş, en geniş anlamda ötenezi) aslında kasten adam öldürme fiillerini oluşturdukları ancak bazı şartların varlığı halinde cezalandırılmamaları gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Bu şartlardan birinin eksikliği ötenezinin uygulanmamasına sebep olur.

1. Öteneziden bahsedebilmek için bir hastanın bulunması şarttır. "Hastalık" kavramı geniş anlamda anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle "hastalık" ibaresi her türlü hastalığı ifade eder.

2. Hastalık tedavi edilemez olmalıdır. Yani tıp ilminin bugünkü durumuna göre vaktinden önce ölüme yol açabilecek nitelikte olmalıdır, örneğin ileri derecede kanser. Tedavi edilemez hastalıklar arasına, aslında tedavi edilebilen fakat herhangi bir nedenle kötüleşmenin meydana geldiği ve söz konusu sebepten dolayı şifası imkânsız hale gelen hastalıklar da girer. Sıhhatli bir insanın maruz kaldığı bir olay da - örneğin trafik kazası, cürüm - kurtuluşu imkânsız ve şifasız ölümcül bir duruma yol açabilir.

3. Hastalık dayanılmaz derecede ızdırap verici olmalıdır. Acıların devamlı olması şart olmayıp kuvvetli olmaları yeterlidir.

4. Herşeye rağmen yaşamak isteyen hastaya ötenezi uygulanmamalıdır. Hastanın sarîh ve zımni muvafakati ötenezinin uygulanması için yeterlidir. Muvafakatte üçüncü şahıs hastanın hayatına son vermek istediğini hastaya bildirmekte, onun da kabulü üzerine fiili gerçekleştirmektedir. Ancak

(6) Hauser, a.g.e., s. 10; Ötenezinin kötürüm ve körlere uygulanmasını savunanlar da bulunmaktadır. İrççi düşünce ötenezinin kapsamını daha da genişletmiştir, bkz. Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu (Doktora Tezi), İstanbul 1972, s. 150, dn. 16.

(7) Bayraktar, a.g.e., s. 150; Ortotenezi, ihtimam göstermeme veya ihmali bir hareketle hastanın ölümünün sağlanması anlamına gelirken, distanazi (dysthanasie) şifasız hastanın ölümünü çoğu kez pahalı olan vasıtalarla (tüpler, ilaçlar vs.) uzatmaktır, bkz. Antoun Fahmy Abdou, Le consentement de la victime, Paris 1971, s. 327 ve 329-330.

hastanın rızası yoksa veya öteneziyi reddeden bir hareketi belirlenebiliyorsa, fiilin tatbikinden vazgeçilmelidir. En ağır hastaların dahi yaşama arzularına hürmet edilmelidir (8). Ancak tedavi edilemeyen bir hastalığa yakalanmış olup da şuur ve hareketlerinin serbestisine tam olarak sahip olmadığından talep veya rızasının elde edilmesi mümkün olmayan bir kimseye ötenezi uygulanmıyacak mıdır? TCK. Öntasarısına göre kasten adam öldürme sayılan bu gibi durumlarda ancak "takdire bağlı hafifletici sebepler" (m. 34) tatbik edilebilecektir.

Öteneziyi uygulama yetkisinin kime verileceği konusu da önem arz etmektedir. Belirtelim ki doktorlar dışındaki kimselerin şifaları mümkün olmayan hastaları öldürmeleri de ötenezi tanımına girmektedir (9). Bununla beraber ötenezinin yasallaştırılması için yapılan tekliflerde daima bu gibi ameliyelerin doktorlar tarafından yapılması öngörülmüştür.

5. Öldürme fiili hastanın ızdırabından bir an önce kurtulmasını temin maksadıyla gerçekleşmiş olmalıdır.

Yukarıda belirtilen şartlara dayanmak suretiyle ötenezi, tedavisi mümkün bulunmayan ağır ve son derece ızdırap verici bir hastalığa müptelâ olan kişinin, ızdırabına son vermek maksadıyla öldürülmesi şeklinde tanımlanabilir.

II. ÖTANEZİNİN SUÇ TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ KONUSU

Doktrinde ötenezi fiilinin suç teşkil etmesi gerektiğini savunanlara rastlanıldığı gibi söz konusu fiilin ceza sorumluluğunu gerektirmediğine ilişkin fikirle de tesadüf edilmektedir. Ötenezinin suç oluşturduğunu benimseyenler de iki gruba ayrılabilir. Aşağıda bu düşüncelere değineceğiz.

1. ÖTANEZİYİ SUÇ SAYANLAR

a) Ötanezinin kasten adam öldürme suçu olduğu görüşü

Doktrinde çeşitli yönleriyle eleştirilen (insanın değeri, tıbbın gelişimi, dini, insanın iradesi, kötüye kullanma ve ceza hukuku) ötenezinin kasten adam öldürme suçundan farklı olmadığı ileri sürülmüştür.

(8) Hauser, a.g.e., s. 12.

(9) Bkz. Hauser, a.g.e., s. 17; Mustafa Reşit Belgesay, Tıbbî Mesuliyet, Türk Tabipler Birliği Kanunu, İstanbul 1953, s. 72; Bayraktar, a.g.e., s. 150; aksi fikir için bkz. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. Bası, İstanbul 1990, s. 29.

Gerçekten öteneziyi insanın değeri açısından reddeden bir görüşe göre (10) insanlığın gelişimi hastaların öldürülmesi suretiyle değil, onların tıbbi bakım görmeleri ile gerçekleşebilir.

Tıbbi yönden de konu değerlendirilmiştir. Denmiştir ki tıpta hata olasılığı daima vardır. Hastalığın şifasız olduğunun kesin bir şekilde tesbitine imkân yoktur. Doktorların hayatlarından ümitlerini kestikleri birçok hastaların iyileştikleri her zaman görülmektedir. Bu bakımdan iyileşmesi imkânsız gözükken bir hastaya ötenezinin uygulanması hiçbir surette kabul edilemez (11). Bu düşünceyi savunanlardan Fransız doktoru E. Forgue meslek hayatında karşılaştığı şu hâdiseyi zikretmektedir: Birgün kendisinin Paristeki muayenehanesine gelen bir hasta, çok fazla acı ve ızdırap çektiğinden söz ederek muayene edilmesini ister. Hastayı muayene eden doktor hastalığa "mide kanseri" teşhisi koyar. Hastasının kurtulmasına imkân olmadığına kati surette inanarak, onu teselli için sadece bazı ilaçlar vermekle yetinir. Aradan birkaç sene geçtikten sonra yanına yaklaşan bu eski hastası, uyguladığı tedavi nedeniyle kendisine teşekkür eder. Olayı hatırlayan doktor, şahsa muayenehanesine uğramasını tenbih eder. Bir müddet sonra muayenehanesine gelen bu şahsı tekrar muayene eden doktor, midesinde evvelce gördüğü ve kanser teşhisi koyduğu belirtinin tamamen kaybolduğunu müşahade eder. Eğer bu hastanın tedavisinin mümkün olmadığına hükmedilerek, ızdırap çektiği anlarda ötenezi uygulansaydı, bu hayatı kim telâfi edecekti ? (12). Ayrıca tıbbi gelişme ve yeni ilaçların keşfedilme olasılığının da öteneziye engel teşkil ettiği belirtilmiştir. Tıbbi yönden öteneziye getirilen diğer bir eleştiri de, bu ameliyeye müsaade edilmesinin, tıbbi araştırmalar ve tıbbin gelişmesi için engelleyici olduğudur. Gerçekten evvelce öldürücü bir hastalık olan kan kanseri bugün ilik nakli vs. yöntemleriyle tedavi edilmektedir. Eğer o zamanlar acı çeken hastaların ızdıraplarını dindirmek için doktorlar araştırma yapmak yerine kolay yoldan ölümü seçselerdi belki de bugün kan kanseri şifasız bir hastalık olarak da devam edecekti (13).

Ötenezinin hata olasılığı nedeniyle kabul edilmemesine karşı çıkılarak hatanın özellikle hastalığın ilerlemiş safhasında gerçekleşmesinin çok nadir

(10) Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie, Selbstmord und Teilnahme am Selbstmord (Doktora Tezi), Leipzig-Strassburg-Zürich 1933, s. 34.*

(11) Bayraktar, a.g.e., s. 155; Çağlayan, a.g.m., s. 8.

(12) E. Forgue, *Euthanasie*, in *La Revue de Paris* 1925, sy. 5, s. 163 vd., zikredenler Velidedeoğlu, *Şifasız Hastalar ve Toplum, Devirden Devire, c. II, İstanbul 1975, s. 316-317; Çağlayan, a.g.m., s. 9.*

(13) Bayraktar, a.g.e., s. 155; Jale Bafra, *Euthanasia (Ötenezi), Yayınlanmamış Adli Tıp Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990, s. 25.*

olduğu, cerrahi müdahalelerde de hata yapıldığı, hattâ bu hatanın, ötanezi- nin uygulanmasıyla oluşan hatadan –zira orada hastalığın tedavi edilemiye- ceğine ilişkin belirtiler bulunmaktadır– çok daha ağır ve tesirli olduğu belirtil- miştir. Cerrahi ameliyelerde veya diğer bütün tıbbi müdahalelerde, ölüme yol açabilecek hataların meydana gelebilmesi olasılığı, şahısların kendilerini sıhhatte kavuşturacak tıbbi olanaklardan kaçınmalarına yol açmamaktadır. Braun'un dediği gibi hata insanın bütün fiillerinde gerçekleşebilir. Prof. Ug- hetti'nin belirttiği gibi teşhisdeki hatalar adli hatalardan çok daha azdır. Bir kişide hata edilecek ve onun hayatına son verilecek diye binlerce kişiyi ızdı- rap içinde kıvrandırmak doğru olur mu? Hata görüşünü zayıflatan diğer bir delil de, hastanın öldürülmesini talep etmesidir. Gerçekten hiçkimse arzusu hilâfına tıbbi müdahalelere tâbi tutulamaz. Bundan çıkan sonuç, ölüme yol açabilecek nitelikte olsa dahi hastanın arzusunun mutlaka gözönüne alına- cağıdır. Bu bakımdan ızdıraplarına son verilmesi gayesiyle hayatının kısaltıl- masını talep eden hastanın da isteğine uyulmalıdır (14).

Dini bakımdan da ötaneziye karşı çıkılarak, insana hayat veren Allahın onu almak hakkına da sahip olduğu belirtilmiştir. İslâm Dininde ötanezi ke- sinlikle uygulanmaması gereken bir davranıştır. Çünkü ötanezi "Allah'ın ver- diği canı yalnız ol alır", "Allah, her derdin dermanını da yaratmıştır" kuralları- na aykırı düşmektedir. Hz. Muhammed bir hadisinde "Ey Allah'ın kulları te- davi olun. Çünkü Allah yarattığı her hastalık için mutlaka bir şifa veya deva yaratmıştır..." demektedir (15). Şu halde tedavi olunmalıdır. Bu bakımdan İsl- lâm Dinine göre ölüm döşeğinde bulunan bir kimsenin veya kendi emriyle bir şahsın öldürülmesi cinayettir. Bunun da uhrevi (ahirete ilişkin) sorumlulu- ğu pek ağırdır (16). Hristiyan Katolik Kilisesi uzun zaman 5 inci emre daya- narak hayatın kısaltılmasını reddetti. 1935 yılında kilise tarafından aziz mer- tebesine yükseltelen Thomas Morus'un (1478-1535) "Ütopia"sında ölmek üzere olmamasına rağmen, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa tutuldu- ğundan ölüme rıza gösteren hastanın hareketini hem akılcı hem de Allahın isteğine uygun sayması durumu değiştirmedir. Hukuk ve kanunların yorumu- nun dini etkilerin tesiri altında kaldığı ülkelerde, hukukçular ötaneziyi hukuka aykırı olarak kabul ettiler. Bununla beraber uygulamada söz konusu fiilin ic- rasına tahammül gösterildi. Papa XII Pius'un 24.2.1957 tarihinde 9. İtalyan Anestezi Kongresinde yaptığı konuşma dini bakımından bir dönüm noktası

(14) Hauser, a.g.e., s. 30-31.

(15) Bafra, a.g.e., s. 5.

(16) Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuki İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiye Kamusu C. III, İstan- bul 1951, s. 47.

oluşturur. Esas olarak ötaneziyi reddeden Papa, bu konuşmasında ötaneziye bir istisna getirir. Konuşmasının en önemli bölümünde Papa, "eğer nar-kotik ilaçların verilmesi iki etkiye yani bir taraftan acıların dindirilmesine, di-ğ er taraftan hayatın kısalmasına neden olursa buna müsaade edilir. Bunun-la beraber bu iki etki arasında akılcı bir ilişkinin bulunup bulunmadığına bak-mak ve birinin faydaları ile diğ erinin zararları arasında bir denklik bulunup bulunmadığını gözönüne almak lâzımdır" demektedir. 9.9.1958 tarihli konu-şmasında da Papa ötanezinin kabulünü şu şekilde ifade etmektedir: "Eğ er hasta kabul ederse onun acılarını dindiren ve ölümünü ç abuklaşt ıran uyuş -turucu maddelerin verilmesi caizdir". Dayanılmaz acıların dindirilmesi gaye-siyle ilâç verilmesi, hayatın kısaltılmasını kabul sonucuna götürür ve doktor bu nedenle sorumlu tutulamaz (17).

Konuya hastanın iradesi yönünden yaklaşan bir görüşe göre (18) "ken-disinin öldürülmesine razı olan kimsenin akli melekelerinin bozulmuş olması ve bu itibarla muteber bir rızaya ehil olmaması muhtemeldir. Çünkü en kuv-vetli sevki tabiiilerden biri olan kendini koruma sevki tabiisine aykırı olan bu hareket ruhi bir muvazenesizliğin mevcudiyetine delâlet eder".

Ötanezinin kabulüne yapılan en büyük itiraz, bu ameliyenin kötüye kul-lanmalara müsait olmasıdır. Örneğin bir an önce mirasa konma, bakım yük-ümünden kurtulmaya çalışma gibi çeşitli nedenlerle hastanın ölümünü iste-yen yakınlarının ricalarını kabul ile ş ifası umulan bir hastayı öldürecek dok-torlar bulunabilir (19) veya bizzat yakınları hastayı öldürebilirler. Bu görüşe karşı denebilir ki, bu tür doktorların varlığı istisnadır. Böyle kimselere her meslekte rastlanır. Hasta karşısında yakınlarının tutumuna gelince, onlar ötaneziye başvurmadan da isteseler aynı sonucu elde edebilirler ve hatta muhtemelen gerçekleştirirler (20).

Kanunda belirtilmeyen saikin ceza sorumluluğu yönünden önemli olma-dığı da vurgulanmıştır (21).

Uygulamaya gelince ötanezinin kesinlikle tatbik edilmemesi gerektiği çe-şitli tıbbi kongrelerde (örneğin Fransız Siyasal ve Ahlâki Bilimler Akademisi-

(17) Gerhard Simson - Friedrich Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeits-delikte in rechtsvergleichender Sicht, München 1969, s. 58-60.

(18) Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, c. IV, Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985, s. 289.

(19) Belgesay, a.g.e., s. 72-73; Çağlayan, a.g.m., s. 8; Bayraktar, a.g.e., s. 155.

(20) Hauser, a.g.e., s. 31.

(21) Dönmezer, a.g.e., s. 33.

nin 14 Kasım 1949 tarihli kararı) (22) belirtilmiştir. Birçok ülke –örneğin, Fransa (1810 CK.) (23), Arjantin, Belçika, Brezilya (24), Bulgaristan, Yugoslavya (25), İsveç, Sovyet Rusya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti, Çekoslovakya, Macaristan, 1889 İtalya (1889 CK.) ve Türkiye sayılabilir– ötaneziye cezakanunlarında yer vermeyerek söz konusu fiili kasten adam öldürme saymaktadırlar (26). Bu ülkelerden örneğin Belçika'da ötanezi, 1950 Tıbbi Deontoloji Kanununun (Code de déontologie médicale) 21 inci maddesinde ve Fransa'da aynı kanunun 23.maddesinin 2. fıkrasında açıkça yasak edilmiştir. Bizde de 13.1.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14 üncü maddesi ötanezinin icrasını yasaklamaktadır.

Şifası mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acılar içinde kıvranan bir kimseyi merhamet duygusu ile öldürenin kasten adam öldürme hükmüyle cezalandırılmasını doğru bulmuyoruz. Bu hususa aşağıda tekrar değineceğiz.

b) Ötanezinin ayrı ve bağımsız bir suç olduğu görüşü

Bu görüşü savunanlara göre her ne kadar ortada kasten adam öldürme suçu varsa da, talep üzerine öldürme ve ötanezi fiili ile kasten adam öldürme cürmü arasında nitelik ve suçun saiki bakımlarından büyük fark var-

(22) Bayraktar, a.g.e., s. 156.

(23) Talep üzerine öldürmenin, kasten adam öldürme cürmü gibi cezalandırıldığı Fransız Ceza Kanununda, intihara yardım fiili cezasız bırakılmıştır. Bu bakımdan Fransız Ceza Kanununun sistemine göre bir kimse, başkasının talep ve ısrarı üzerine bir morfin enjeksiyonu yaparak onu öldürürse kasten adam öldürmüş gibi cezalandırılacak ve fakat bu enjeksiyonu hazırlayıp kendisini öldürecek olan şahsa verir, o da enjeksiyonu vücuduna tatbik etmek suretiyle intihar edecek olursa ceza görmeyecektir. Kanundaki bu boşluk Fransız Müellifleri (bkz. Georges Vidal - Joseph Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, c. I, Droit pénal général- Science pénitentiaire, 9. Bası, Paris 1949, s. 390, dn. 3) tarafından eleştirilmiştir. Fransız Yargıtayı da talep üzerine öldürme fiilini kasten adam öldürme cürmü gibi cezalandırmak eğilimindedir, bkz. Velidedeoğlu, a.g.e., s. 11-12 ve s. 91, dn. 24. Bununla beraber ağır ceza mahkemeleri önünde getirilen bazı davalarda jüri merhametli davranarak, ötaneziyi uygulayanları beraat ettirmiştir, bkz. Roger Merle - André Vitu, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, c. II, Paris 1982, s. 1366.

(24) Talep üzerine öldürme suçuna yer vermeyen 7.12.1940 Brezilya CK. kasten adam öldürme suçunun cezasının hafifletilmesine 121 nci maddesinde imkân tanımaktadır. Brezilya CK. için bkz. Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940 (çev: Dietrich Lang-Hinrichsen), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXI, Berlin 1953.

(25) 2.2.1896 Bulgaristan (m. 251) ve 27.1.1929 Yugoslavya (m. 168) CK. yer alan talep üzerine öldürme suçu, söz konusu ülkelerin yeni ceza kanunlarına alınmadı.

(26) Gerhard Simson - Friedrich Geerds, a.g.e., s. 43 ve aynı sayfa dn. 146; Dieter König, Die Tötungsdelikte in : Materialien zur Strafrechtsreform, c. II, Rechtsvergleichende Arbeiten, Besonderer Teil, Bonn 1955, s. 219.

dir. Talep ile veya acıma duygusunun etkisiyle adam öldürenler "tehlikeli suçlu" değildirler. Bu fiilleri icra edenlerde diğer suçlularda olduğu gibi ahlâki redâet yoktur. Talep üzerine veya mağdurun içinde bulunduğu durumdan etkilenererek fiili işlemlerdir. Bununla beraber bu gibi suçları işleyenlerin de tamamen cezasız bırakılmaları doğru değildir. Bu nedenle bunların adam öldürme cürmünün cezasına oranla daha hafif bir ceza ile cezalandırılmalarını sağlamak için kanunlara ayrı ve bağımsız hüküm koymak yerinde olur.

Fransız Müellifleri Vidal-Magnol talep ile veya acıma duygusunun etkisiyle adam öldürme fiilini işleyen kimsenin, kasten adam öldüren şahısla bir tutulamıyacağını şu şekilde ifade etmektedirler: "ihtirasın etkisinde körleşmiş olarak, rıza gösteren mağduru öldüren ve bundan sonra bizzat kendini öldürmeye teşebbüs eden veya şifası mümkün olmayan bir hastalığa yakalananın yalvarması üzerine onu öldürerek acı ve ızdıraplarına son veren kimseyle herhangi bir adam öldürme fiilini işleyen bir tutulamaz. Bu demek değildir ki fiil cezasız kalmalıdır. Fiilin cezalandırılmaması kanunun korkutuculuk etkisine aykırıdır... Adam öldürmenin içinde mütalâa da adil değildir. Hafifletici sebepler yeterli olmadıklarından genellikle jüriler beraat kararı vermektedirler. Hakikat ikisinin arasındadır (yani hakikat cezalandırmama ile tam cezalandırma arasındadır): Talep üzerine öldürme yabancı mevzuatlarda olduğu gibi adam öldürmeden farklı bir şekilde cezalandırılan özel bir suç olarak düzenlenmelidir" (27).

Netice olarak faildeki ızdıraplara son verme saiki, acıma duygusu ve mağdurun içinde bulunduğu durum itibarıyla faili etkileyişi gerekçelerine (28) dayanarak ötanezinin kasten adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir ceza ile karşılanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Bu düşünce çeşitli ülkelerin kanunlarında da yer almıştır. Gerçekten örneğin 1930 İtalyan CK. (m. 579) (29), 22.5.1902 Norveç CK. (m. 235/2) (30), 27.5.1852 Avusturya CK. (m. 139a) (31), 21.12.1937 İsviçre CK. (m. 114) (32), 3.3.1881 Hollanda CK. 1.5.1976 şekliyle (m. 293) (33), 15.4.1930

(27) Vidal-Magnol, a.g.e., c. I, s. 390 dn. 3.

(28) Bayraktar, a.g.e., s. 156-157.

(29) Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930 (Königl Dekret Nr. 1398), (çev: Roland Riz), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XC, Berlin 1969.

(30) Norveç CK. 235 inci maddesinin metni için bkz. Dieter König, a.g.m., s. 231.

(31) Avusturya CK. 139a maddesinin metni için bkz. Dieter König, a.g.m., s. 232.

(32) Code pénal suisse du 21 Décembre 1937, publié par la Chancellerie fédérale 1969.

(33) Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881, (çev: Dieter Schaffmeister), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCVIII Berlin-New York 1977.

Danimarka CK (m. 239) (34), 17.8.1950 Yunanistan CK. (m. 300) (35), 19.4.1969 Polonya CK. (m. 150) (36), 18.3.1936 Romanya CK. (m. 468/1) (37), 2.2.1975 şekliyle Federal Almanya CK. (m. 216) (38) ları, talep üzerine öldürmeler ve öteneziyi, kasten adam öldürmeye nazaran daha hafif bir ceza ile cezalandırmaktadırlar. Ancak unsurlar bakımından söz konusu kanunlar birbirlerinden farklılıklar arzederler. Şöyle ki İtalyan (m. 579), ve Norveç (m. 235/2) CK. sadece rızadan bahsederken kanunların büyük bir kısmı (örneğin Avusturya CK. m. 139a, Federal Almanya CK. m. 216, İsviçre CK. m. 114, Hollanda CK. m. 293, Danimarka CK. m. 239, Yunanistan CK. m. 300, Polonya CK. m. 150, Romanya CK. m. 468/1) rızayı yeterli saymayarak insiyatifin diğer bir deyişle isteğın, rıcanın öldürülen (mağdur) tarafından gelmesini ararlar. Bu kanunlardan Romanya "rıca"yı ararken Hollanda, Federal Almanya, Avusturya ve Yunanistan CK. isteğın (talep) "açık ve ciddi" olmasını şart koşarlar. İsviçre CK. "ciddi ve ısrarlı" istekten bahseder. Danimarka CK. "ısrarlı istek" kavramını kullanır. Yukarıdaki kanunlardan Norveç CK. 235 inci maddesinin 2. fıkrası ilginçtir. Fıkra, rıza üzerine öldürme dışında, şıfası mümkün olmayan bir hastanın hayatına acıma duygusuyla son verenin veya hayatına son verilmesine katılanın çarpıtılacağı kasten adam öldürme cezasının indirileceğini öngörmektedir. Görüldüğü gibi Norveç CK. ötenezinin icrasını öldürülenin talebine veya rızasına bağlamamaktadır. Diğer bir deyişle rıza veya talep olmadan da ötenezi tatbik edilebilir. Bu suretle Norveç CK. diğer kanunların aksine rıza veya talebi aramamaktadır.

2. ÖTANEZİYİ SUÇ SAYMAYANLAR

Ötenezinin kasten adam öldürme suçundan farklı olması sebebiyle failin cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.

Ötenezi tatbik eden kimseye herhangi bir ceza verilmemesini savunan ve intihar ile ötenezi'yi birbirlerine yakın kavramlar olarak kabul eden bir gö-

(34) Code pénal danois, (çev: Richaume Lambert - N.V. Boeg) in : Les codes pénaux européens présentés par Marc Ancel-Yvonne Marx, c. I, Paris 1956.

(35) Das griechische Strafgesetzbuch vom 17. August 1950, (çev: D. Karanikas), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LIX, Berlin 1953.

(36) Der polnische Strafkodex, Gesetz vom 19 April 1969, (çev: Georg Geilke), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. XCII, Berlin 1970.

(37) Rumänisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960, (çev: Paula Tiefenthaler-Alois Provasi), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXXI, Berlin 1964.

(38) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, c. II, Besonderer Teil (§ § 80-358) von Hans Joachim Rudolph-Eckhard Horn-Erich Samson, 3. Bası, Frankfurt am Main 1985.

rüşe göre, intiharı cezalandırmayan kanun, söz konusu fiilin başkasına yaptırılmasını da cezalandırmamalıdır. Kimsenin yardımı olmadan intihar edenin hareketiyle üçüncü bir şahsın, doktorun fiili ile intihar eden kimsenin hareketi arasında hiçbir fark yoktur (39).

Ötanezinin cezalandırılmaması gerektiği manevi unsur bakımından da savunulmuştur. Faildeki kastın mağdura acı ve ızdırap çektirmek, ona zarar vermek –bu görüş adam öldürmede cümi kast yanında zarar verme kastını da aramaktadır– olmadığı aksine onun ızdıraplarına tatlı bir şekilde son vermek olduğu belirtilmiştir (40).

Failin ötaneziden dolayı sorumlu olamayacağını merhamet hissi ile açıklayanlara göre, şifası mümkün olmayan bir hastalığa yakalanıp acılar içinde kıvranan hastanın öldürülmesi insani bir vazifedir. Hakiki insanlık kişilerin ızdıraplarından kurtarılmalarını gerektirir. Ötanezinin suç halinden çıkarılmasının uygulamada suistimallere yol açabileceği ileri sürülmekte ise de bu hususta alınacak bazı tedbirlerle suistimallerin önüne geçilebilir (41).

Konuya toplumsal bakımdan yaklaşan bir görüşe göre dejenere nesil yetişmesini ve lüzumsuz masraflar yapılmasını önlemek için ötanezi uygulanmalıdır (42). Şifasız akıl hastalarının ortadan kaldırılması, neslin dejeneleşmesine ve bu gibi kimseler için boş yere masraflar yapılmasına engel olur denmiştir. Bu çeşit öldürmenin en tipik örneğine Almanya'da 3. Reich Naziler döneminde rastlanmaktadır. Gerçekten Hitler 1939 Ekiminin sonunda ötanezinin tedavileri mümkün olmayan hastalara uygulanması emrini verir. Ancak bu emir daha önceki bir tarihi 1 Eylül 1939 tarihini taşımaktadır. Emir ismen tesbit edilecek doktorları şifaları kabil olmayan hastaların öldürülmesine yetkili kılmaktadır. Bu emre dayanarak hastaların seçimiyle, mali konularla ve mağdurların öldürülecekleri ötanezi müesseselerine (örneğin Hessen'de Hadamar, Linz'de Hartheim, Württemberg'de Grafeneck) nakilleriyle uğraşacak teşkilâtlar kurulmuştur. Bu teşkilâtlarda çalışmayı kabul edenler hareketin gizli kalacağı hususunda yemin ettirilmişler ve kendilerine yeminlerini bozmaları halinde ölüm cezasının verileceği belirtilmiştir. "Ötanezi programı"na alınan ve gaz odalarında veya kendilerine iğne yapılarak öldürülen akıl hastası sayısının 70.000 olduğu tahmin edilmektedir. Ancak bu

(39) Bayraktar, a.g.e., s. 151.

(40) Bayraktar, a.g.e., s. 151-152; Çağlayan, a.g.m., s. 7.

(41) Velidedeoğlu, a.g.e., s. 30; Çağlayan, a.g.m., s. 6.

(42) Velidedeoğlu, a.g.e., s. 31; Çağlayan, a.g.m., s. 6.

sayıya akıl hastası ve hilkat garibesi çocukların öldürülmeleri dahil değildir. Daha sonra gizliliği kalmayan ve kamu oyunda nefret uyandıran "ötanezi programı" 1941 yılının sonbaharında durdurulmuştur. Bununla beraber yaşmaya değeri olmadıkları kabul edilen akıl hastası ve hilkat garibesi çocukların öldürülmeleri savaşın sonuna kadar devam etmiştir. İlginçtir, program devam ederken dahi, Nasyonal-Sosyalist Ceza Hukukuna göre ötanezi Alman Ceza Kanununun 211 vd. maddeleri gereğince adam öldürme sayılıyordu. Savaştan sonra 12.8.1947 tarihinde verdiği kararlarla Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi ve 24.8.1946 tarihli kararıyla Berlin İstinaf Mahkemesi yaşamaya değeri olmayan hayatın yok edilmesini adam öldürme olarak kabul etmektedir. Bunlar konuyla ilgili ilk kararlardır (43).

Ötanezi'nin tatbiki suretiyle birini öldürenin cezasını hafifleten ilk kanun Büyük Frederik zamanında çıkarılan 1.6.1794 tarihli Prusya Devletleri için Umumi Memleket Hukukudur. Kanunun 833 üncü paragrafına göre ölümcül bir şekilde yaralananı veya can çekişmekte olan bir hastayı iyi niyetle öldüren kimseye taksirle adam öldürmenin cezası (778 ve 779 uncu paragraflar) uygulanır. Kanun ötaneziye başvurulması hususunda yaralı veya hastanın talebini aramıyordu.

Ötaneziye yapılan en büyük eleştiri, bu fiilin suistimallere (44) müsait olmasıdır. İşte bu nedenle, ötanezinin suç halinden çıkarılmasına karşı konulmuştur. Ötanezinin kötüye kullanmalara neden olmaması için ötaneziyi benimseyenler tedbirler düşünmüşler ve halen de düşünmektedirler. Ötane-

(43) 3. Reich'in ötanezi programı hakkında geniş bilgi için bkz. **Hauser**, a.g.e., s. 61 vd; Belirtelim ki Nürnberg Mahkemesi Doktorlar davası kayıtlarına göre ötanezi programı sadece akıl hastaları hakkında geçerli olmuştur. Bu gibi fiiller nedeniyle 26.2.1965 tarihine kadar 488 kişi hakkında dava açılmıştır. Söz konusu tarihe kadar biten 40 davada 5 idam, 4 müebbet hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiştir, bkz. **Simson-Geerds**, a.g.e., s. 52.

(44) Alman müelliflerinden Jost "Das Recht auf den Tod" adlı eserinde ötaneziyi savunur. müellif genel olarak ötaneziye karşı ileri sürülen itirazları inceler ve bunları cevaplar: 1) İnsan hayatının ölçülemeyecek derecede büyük bir kıymet ifade etmesi nedeniyle ötaneziye başvurulmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe karşı çıkan Jost, Devletin siyasi ve ekonomik nedenlerle savaşta olduğu gibi çoğu kez yüzbinlerce kişinin hayatını tehlikeye attığını belirtir. 2) Ötanezinin uygulanmamasını ileri sürerler, şifanın gerçekleşmeyeceğinin ve kişinin kurtulamayacağına kâfi olarak tesbit edilemeyeceği görüşündedirler. Bu konuda Jost, bir hatadan kaçınmak için bin kişinin ızdırapları içinde bırakılmasının doğru olamayacağı fikrindedir. Bir reformdan istisnai olarak mahsurları var diye vazgeçilemez. 3) Ötanezinin kabulü halinde başkanlarının hayatına tecavüzlerin çoğalacağı iddiasına karşılık veren Jost, Devletin bazı şartlarla hayata son verme hakkının olduğunu belirtmektedir. Bu husus savaş münasebetiyle veya ağır suçlular hakkında ölüm cezasının infazı suretiyle gerçekleşmektedir. Eğer toplum veya kişilerin menfaati böyle bir imhayı gerektiriyorsa Devlet de aynı hakka sahip olmalıdır, bkz. **Velidedeoğlu**, a.g.e., s. 31-32.

ziyle ilgili kanun tasarıları da bu fiile hangi şartlar altında müracaat edilebileceği hususunda detaylı hükümler içermektedir.

Konunun tartışıldığı İngiltere'de 1935 yılında Dr. Millard, ötanezinin serbest bırakılmasıyla ilgili olarak bir dernek kurdu. Derneğin bir toplantısında büyük bir çoğunlukla şifası bulunmayan ölümcül ve ızdıraplı hastalığa yakalananlar hakkında gerekli tedbirlerin alınmasına müteakip insani düşüncelerle ötanezinin uygulanmasının arzu edilen birşey olduğuna karar verildi. Dernek hukukçuların yardımıyla bir ötanezi tasarısı hazırladı. Tasarıda ötanezinin uygulanmasının hastanın imzalı resmî bir talebine bağlı olduğu belirtildi. Ayrıca imzanın tanıklardan birinin görevli olduğu iki kişi tarafından tasdik edilmesi gerektiği ve hastanın iki doktor raporu getirmesi öngörüldü. Raporlarda hastalığın şifası kabil olmadığı, ölümcül ve ızdıraplı olduğu hususlarının yer alması arandı. Tasarıya göre ötanezinin serbestçe icrası hususunda verilen izin ancak 7 gün sonra icra edilebilirdi. Ötaneziyi icra edecek doktora Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsat verilmiş olmalı idi. Kamuoyunda tartışılan tasarı 1.12.1936'da Lordlar kamarası tarafından reddedildi (45). Derneğin 1947 Mayısında yapılan toplantısında konuşan Dr. Barton şunları söylüyordu: "Kamuya, aşağıdaki itirafı yapan ilk doktor olmak istiyorum. Ben, Edwin Alfred Barton, acılar içinde kıvranan ve tedavileri mümkün olmayan hastalara talepleri üzerine onları kurtaran işneyi yaptığımı beyan ederim. Bu fiili sık sık icra etmedim ve birinci defa yaptığım zaman adalet nazarında bu ülkenin hukukunun idam cezası öngördüğü adi bir katil olduğumun bilincindeydim. Ancak kendimi katil olarak hissetmiyorum ve hiçbir şekilde vicdan azabı çekmiyorum". Bu konuşması nedeniyle Dr. Barton Tabipler Odası tarafından herhangi bir kovuşturmaya tâbi tutulmadı (46).

Amerika Birleşik Devletleri'nde ötaneziyi hukuka uygun hale getirmek için yapılan çalışmalara XX. Asrın başından itibaren rastlanmaktadır. Gerçekten 1906 tarihli bir İngiliz tıp dergisinde (British Medical Journal) çıkan habere göre, İOWA Eyaleti'nde ötaneziyle ilgili olarak Dr. R.H. Gregory bir kanun tasarısı teklif etmişti. Teklif, tedavi edilemeyen bir hastalığa tutulanların, yaralanma sonucu vücutları tamamen deforme olanların ve akıl hastası küçüklerin uyuşturucu maddelerle öldürülebilmelerini öngörmekte idi. OHIO'da da yukarıdaki tasarıya benzer bir kanun tasarısı hazırlanmıştı. Ancak bu tasarı akıl hastası küçüklerin öldürülmelerine ilişkin bir hüküm ihtiva etmemekte idi. 1946 yılında "Amerikan Ötanezi Derneği"nin Başkanı Dr. Rob.

(45) Hauser, a.g.e., s. 83-84.

(46) Hauser, a.g.e., s. 86.

Dickinson tarafından hazırlanan ve 1500 doktor ve 54 rahip tarafından desteklenen bir kanun tasarısı New York Eyaletine sunuldu. Tasarı tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve 21 yaşını dolduran herkesin ölümünü isteme hakkına sahip olduğunu öngörmekte idi. İsteğin hukukçu ve doktorlardan meydana gelen bir heyet tarafından inceleneceği tasarıda belirtilmişti. Ötanezi icrasının hukuka uygun olduğunu belirten yukarıdaki tasarılar kanunlaşmadı (47).

Uygulamada 1933 Uruguay CK. 37 inci ve 1935 Kolombiya CK. 364 üncü maddeleri, acıma saikiyle işlenen adam öldürme suçunda mahkemenin cezaya hükmetmekten kaçınabileceğini öngörmektedirler (48). 21.12.1962 tarihli İsveç CK.nun (49) 33 üncü faslının 4. paragrafı çok özel durumlarda hâkimin cezayı hafifletebileceği gibi tamamen kaldırmabileceğini de belirtmektedir. İsveç Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 20 nci faslının 7. paragrafının 3. bendi 1.1.1965 tarihinden itibaren bu gibi durumlarda dava açmaktan vazgeçilebileceğini öngörmektedir. Davanın açılması mutlaka mahkemenin cezaya hükmetmesini gerektirmez, İsveç CK. Fasıl 33, paragraf 4, 1.6.1922 tarihinde yürürlüğe giren Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanununun 143 üncü paragrafı, mağdurun ısrarlı talepleri üzerine ve merhamet saikiyle işlenen adam öldürme fiillerinin cezasız kalacağını belirtmişti. Ancak bu hüküm söz konusu kanunun 11.11.1922 değişikliğiyle ortadan kaldırıldı. 1926 ve 1960 Ceza Kanunları talep üzerine öldürme fiiline yer vermediler (50).

III. TCK. VE TCK. ÖNTASARISINDA ÖTANEZİ

Türk Ceza Kanunda talep üzerine öldürmeler ve ötaneziyle ilgili bir hükme rastlanmamaktadır. Bu nedenle doktrinde genellikle (51) talep üzerine öldürmeler ve ötanezi kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir. Hatta şartları varsa bu gibi hallerde şiddet sebepli katil hükmünün (TCK. m. 449, 450) uygulanması gerektiği ileri sürüldüğü gibi hâkimin takdiri hafifletici sebepler (TCK. m. 59) müessesesine başvurarak cezayı indirebileceği de belirtilmektedir. Belgesay (52) ise, hastayı rızasıyla öldürenin, intihara yardım

(47) Hauser, a.g.e., s. 86-87.

(48) Simson-Geerds, a.g.e., s. 57; Bayraktar, a.g.e., s. 153.

(49) Das schwedische Kriminalgesetzbuch vom 21.Dezember 1962, (çev: Gerhard Simson), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher Nr. XCVI, Berlin – New York 1976.

(50) Hauser, a.g.e., s. 89.

(51) Erem, a.g.e., c. IV, s. 290; Dönmezer, a.g.e., s. 35-36.

(52) Belgesay, a.g.e., s. 73.

etmesi nedeniyle, TCK. 453 üncü maddesinde öngörülen intihara ikna ve yardım suçunu gerçekleştirdiğini ileri sürmektedir. Ötanezi halinde 454 üncü maddenin uygulanması gerektiğini belirten müellif, hâkim görüş gibi, fail lehine takdiri hafifletici sebebin kabul edilmesi düşüncesindedir.

TCK. 453 üncü maddesinde yer alan intihara ikna (azmettirme) ve yardım suçunun oluşabilmesi ikna ve yardımın birlikte (53) bulunabilmelerine bağlıdır. İkna ve yardım unsurlarından birinin yokluğu ve fakat hastanın talebi üzerine öldürüldüğü durumda kasten adam öldürme suçu meydana gelir. İkna ve yardım unsurlarını gerçekleştiren, öldürmede esas fiili icra etmişse, diğer bir deyişle asli maddi fail ise, kasten adam öldürmeden sorumludur. Buna karşılık hastanın fiiline fer'i olarak iştirak eden fail, şartların gerçekleşmesi halinde intihara ikna ve yardım suçunu gerçekleştirmiş olur (54).

13.1.1960 tarih ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle yürürlüğe konan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin (RG. 19.2.1960, sy. 10436) 2 inci maddesi hekimin başta gelen vazifesinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olduğunu öngördükten sonra, 13 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası, hekimin teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayacağını belirtmiştir. Teşhis, tedavi veya korunma gayeleri dışında hastanın bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayan hekim, hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, Nizamnamenin 14 üncü maddesinin 1. fıkrasına göre hastanın ızdırabını azaltma veya dindirmeye çalışmakla yükümlüdür. Bu suretle nizamname, talep üzerine öldürmeler ve ötaneziyi yasaklamaktadır.

Adalet Bakanlığının TCK. Öntasarısını yeniden gözden geçirmek için görevlendirdiği ikinci komisyon tarafından hazırlanan metnin (55), "Talep üzerine öldürme" kenar başlıklı 135 inci maddesine göre "iyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırıp verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdırıplarına son vermek maksa-

(53) Mehoz 1889 İtalyan CK. başkasını intihara azmettiren veya intihara yardım edeni cezalandırmakta idi (m. 370) bkz. Code pénal d'Italie (30 Juin 1889), (çev: Jules Lacointa), Paris MDCCC XC. 1930 tarihli Yeni İtalyan CK. başkasını intihara ikna eden, intihar kararını kuvvetlendiren veya ne şekilde olursa olsun intiharı icrasını kolaylaştırarak cezalandırmaktadır (m. 580).

(54) Bayraktar, a.g.a., s. 158.

(55) Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara - Mart 1989.

dıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir". Böylece Öntasarı öteneziyi kasten adam öldürmeye nazaran daha hafif cezalandırılan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle Öntasarı, öteneziyi adam öldürmenin özel bir şekli olarak öngörmüştür.

Belirtelim ki Öntasarının 135 inci maddesinin lâfzıyla, ülkelerin genellikle konuyla ilgili düzenlemeleri arasında bir fark mevcuttur. Gerçekten mukayeseli hukukta bugün için hâkim olan görüş, talep üzerine öldürmenin kasten adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir ceza ile karşılanan, ayrı ve bağımsız bir suç oluşturduğudur. Bu görüş mevzuatta da etkisini göstermiştir. Talep üzerine öldürme fiilleri arasına hiç şüphesiz ötenezi de dahildir. TCK. Öntasarısının 135 inci maddesinin kenar başlığı "Talep üzerine öldürme" olmasına rağmen maddenin lâfzı esas itibarıyla öteneziye ilişkindir. Başka bir anlatımla TCK. Öntasarısını hazırlayan 2. Komisyon, talep üzerine öldürmenin esas şekli olarak öteneziyi görmektedir. Bu şekilde bir düzenleme ötenezi dışındaki, talep üzerine öldürme fiillerinin, Öntasarıdaki boşluk dolayısıyla kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu da âdil değildir. Durumu örneklerle açıklayalım: Birbirlerine kavuşamadıklarından ümitsizliğe düşerek birlikte intihar etmeye karar veren iki sevgiliden biri tabancalardan birini kendisinin diğerini sevgilisinin çenesine dayadıktan sonra tabancaların tetiğini çekse ve fakat kendisi yaralanıp sevgilisi ölse, ateş eden, talep üzerine sevgilisini öldürdüğü halde kasten adam öldürme suçunun cezasıyla cezalandırılacaktır (56). Diğer bir örnek trafik kazasına ilişkindir. Ağır bir trafik kazası geçirmesi nedeniyle her iki bacağına kaybederek yürüme imkânından yoksun kalan kişi, hayatını yaşama-ya değer bulmadığından yakın arkadaşından kendisini öldürmesini ısrarla talep etse ve arkadaşı onun bu arzusunu yerine getirirse olayda, ölümcül ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalık mevcut olmadığından, diğer bir de-

(56) Bu gibi olaylara gerçek hayatta da rastlanmaktadır. Gerçekten 1838 de Copillet adlı bir şahısla Julienne Blin adındaki sevgilisi aşklarına engel çıkarılması nedeniyle birlikte intihara karar verirler. Tabancalardan birini kendi çenesinin altına diğerini sevgilisinin göğsüne dayayan Copillet, tabancaların tetiğini çeker. Genç kızın ölmesine karşılık Copillet yaralanır. Sorgu hâkimi Copillet'in üzüntüyle hareket ettiği, kötü ve adi bir his taşımadığı ve ölseydi suçlu sayılmayacağı, basit bir tesadüften bir cürmün oluşamayacağı gerekçeleriyle men'i muhakeme kararı verdi. Yargıtay bu kararın talebin suçluluğu ortadan kaldırmayacağı düşüncesiyle kabul etmedi, bkz. **Beccaria**, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, (çev: Muhiddin Göklü), 3. Bası, İstanbul 1964, Maurice Garçon'un ilâve notu, s. 279; **R. Garraud**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, c. V, 3. Bası, Paris, Nouveau Tirage 1953 s. 285 ve aynı sayfa dn. 21; **Chauveau Adolphe - Faustin Hélie**, *Théorie du code pénal*, c. III, 5. Bası, Paris 1872, s. 454-456.

yişle ötenezi durumu bulunmadığından fail kasten adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Halbuki talep üzerine öldürme fiilleri arasına öteneziyi de alan mukayeseli mevzuat (57), talep üzerine öldürmeyi kasten adam öldürme suçuna oranla daha hafif bir ceza ile karşılanan ayrı ve bağımsız bir suç olarak kabul etmiştir. Netice olarak Öntasarının 135 inci maddesinin kenar başlığı maddenin lâfzına da yansımalıdır. Diğer bir deyişle talep üzerine öldürme öteneziyi de kapsıyacak bir biçimde –ötenezi Öntasarıda mutlaka muhafaza edilecekse. Biz aşağıda belirteceğimiz gibi ötenezinin ayrı bir kanunla düzenlenmesi düşüncesindeyiz– düzenlenmelidir.

S O N U Ç

TCK.unda Öteneziyle ilgili bir hüküm bulunmaması nedeniyle söz konusu fiil doktrinde genellikle kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir. TCK. Öntasarısı ise, 135 inci maddesinde öteneziyi kasten adam öldürme fiiline oranla daha hafif cezalandırılan bir suç olarak düzenlemektedir. Bu suretle mukayeseli hukukta birçok kanunun tuttuğu yolu takip eden Öntasarı, ötenezi fiilini ayrı ve bağımsız bir suç olarak öngörmüştür. Bu şekilde bir düzenleme hukukumuzda hiç şüphesiz bir yenilik teşkil etmektedir. Bununla beraber ötenezinin yer aldığı Öntasarının 135 inci maddesinin, mutlaka muhafaza edilmesi halinde bazı değişikliklere, eklemelere tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten iyileşmesi kabil olmayan bir hastalığa tutulan kişiden bahseden madde, iyileşmesi kabil olmama durumuna kimin karar vereceğini belirtmemiştir. Hasta veya öldürme fiilini gerçekleştirenin bu konudaki kanaati mi aranmaktadır, yoksa bir hekim veya hekimlerden oluşan bir kurulun mu, karar vermesi gerekmektedir? Bu soruların diğer bir deyişle iyileşmesi kabil olmama durumunun tesbiti konusunun açıklığa kavuşturulması için maddeye gerekli ilâve veya ilâveler yapılmalıdır. Ayrıca madde metninde iyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalıktan bahsedilmektedir. İyileşmesi kabil olmayan hastalıktan ölümcül bir hastalığa yakalanana mı anlamak gerekmektedir? Yoksa ileri derecede ızdırap verici ve iyileşmesi kabil olmayan herhangi bir hastalık mı anlaşılmalıdır? 135 inci maddenin gerekçesinde de konuya ilişkin bir kayda rastlanmamaktadır. Doktrin iyileşmesi kabil olmayan hastalıktan, vaktinden önce ölüme yol açabilecek nitelikte bir hastalığı anlamaktadır. Bu bakımdan maddeye ölümcül hastalığı belirten bir ibarenin ilâve edilmesi gerektiği kanaatinde-

(57) Örneğin 1937 İsviçre CK. m. 113; 23.1.1974 Avusturya CK. § 77; 15.4.1930 Danimarka CK. m. 239; 11.7.1932 Polonya CK. m. 227; 19.4.1969 Polonya CK. m. 150; 18.3.1936 Romanya CK. m. 468; 1930 İtalyan CK. m. 579; 2.2.1975 şekliyle Federal Almanya CK. § 216.

yiz. Bu ilâveler yanında madde metninde bazı değişiklikler yapılması düşüncesindeyiz. Gerçekten maddenin uygulanması, mağdurun şuur ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı "ısrarlı taleplerin" mevcudiyetine bağlanmıştır. Oysa birçok halde iyileşmesi kabil olmayan ve dayanılmaz acılar içinde kıvranan kimsenin "...şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak..." sahip olması mümkün değildir. Bu durumdaki bir hastanın öldürülmesi halinde başka bir anlatımla mağdurun şuur ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip olmadığı olayların çoğunda ötanezi fiilinin icrası kasten adam öldürme hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. Bu son halde ceza ancak takdire bağlı hafifletici sebepler (Öntasarı m. 34) gözönüne alınarak indirilebilecektir. Böyle bir sonuca engel olmak için kanaatimizce "...şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri..." ibaresinin maddeden çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz. Netice olarak şuuruna sahip olmayan hakkında, ötanezinin icrasını talep şartına bağlı tutmuyoruz. Ancak şuru yerinde olan hastanın ötaneziyi reddeden bir hareketi üzerine bu fiile başvurulmasını kabul etmiyoruz. 22.5.1902 tarihli Norveç CK. 235 inci maddesi talep olmadan da ötanezinin icrasına müsaade etmektedir. Söz konusu kanun talep üzerine öldürme veya ötanezi hallerinde cezanın indirileceğini veya ceza nevinin hafifletileceğini öngörmüştür. Talep olmadan da işlenmesini kabul ettiğimiz ötanezinin uygulanması sıkı şartlara bağlanmalıdır. Gerçekten ötaneziye yapılan en büyük eleştiri, bu fiilin suistimallere yol açabileceği konusuna ilişkindir. Bu husus Öntasarınının 135 inci maddesinin gerekçesinde de "her türlü kötüye kullanmayı önlemek amacıyla maddede, bu tür adam öldürmenin gerçekleşmesi bakımından lüzumlu şartların nelerden ibaret bulunduğu ayrıntılı olarak gösterilmektedir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan ötanezinin uygulanmasıyla ilgili şartları ayrıntılı bir biçimde düzenleyen bir kanunun yapılması ve Ceza Kanununun sadece ötanezi dışında kalan talep üzerine öldürme fiillerini kapsamına alması düşüncesindeyiz. Hatta biz yukarıda zikredilen Norveç Ceza Kanunundan bir adım daha ileri giderek ötanezi fiilinin failine ahlakî redaeti bulunmadığından, saiki iyi olduğundan ceza verilmemesi kanaatindeyiz. Tabii ki bu ceza vermeme ötanezi kanununun öngöreceği ayrıntılı şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür.

● MİRAS HUKUKU

MİRASÇININ ALACAKLISININ MİRASIN REDDİNİ İPTAL
ETTİREBİLMESİ HAKKI
(MK. 557)

Osman HOŞLAN (*)

● **ANLATIM DÜZENİ** : I- Genel olarak. II- Reddin iptali davası. a- Ancak dava yoluyla ileri sürülebilmesi. b- Koşulları. aa- Malların yeterli olmaması. bb- Zararlandırma amacı. cc- Teminat gösterilmemesi. c- Süre. d- Davacı. e- Davalı. f- Görevli ve yetkili mahkeme. III- Tasfiye. IV- S o n u ç .

I- GENEL OLARAK

1) Mirasın reddi, hiç kimse iradesi dışında hak ve borç sahibi edilemez kuralının bir sonucudur ve bir tür küllî halefiyet olan mirasçılıkla, mirasbırakanın hak ve borçlarının tüm olarak mirasçıya geçmesini, daha değişik bir anlatımla, mirasçının iradesi dışında hak ve borç sahibi olmasını önlemeye yöneliktir (MK. 545-558).

Bu yönelmeden hareketle, mirasın reddi, "... Terekenin borca baki olduğu'nun sabit veya şayi olmasıyla hükmen, böyle olmazsa bile mirasçı tarafından kabul edilmediği tek taraflı bir hukukî muamele ile süresi içinde açıkça beyan edilerek, mirasbırakanın mamelekinin hak ve borçları ile birlikte mirasçıya geçmesinin önlenmesidir" (1), şeklinde tanımlanabilir (2).

2) Açıklananlardan ve tanımlamadan anlaşılacağı üzere, mirasın red kurumunun amacı, iradeye aykırı olarak hak ve borç kazanılmasını önlemektir. Yasa koyucu, mirasın red kurumunu kişileri irrasyonel davranışlara iten psikolojik durumlar (siyasal düşüncelerini beğenmediği mirasbırakanından kalacak malı kabul etmemek), özgeci eylemler (alt derecedeki fakir hısımlara yararlı olsun diye mirasın red etmek) vb. gibi çok değişik nedenlerin varlığını da düşünerek kabul etmiştir.

Bu şekliyle mirasın red kurumunun, örneğin alacaklılardan mal kaçırmak gibi kötü niyetli kullanmalara da açık olacağı ortadadır. Ancak yasa koyucu,

(*) Eşkişehir Hâkimi.

(1) Hoşlan, O.: Mirasın Reddi, Ad. Der., y. 1974, s. 7, sf. 557.

(2) Öğretideki mirasın reddin değişik tanımları için bk.: Aynı eser, sf. 557, dn. 1.

mirasçı yararına mirası red kurumunu getirirken, bunun yanında, bu hakkın böylesine kötü niyetli kullanılmasını da MK. 557. madde ile önlemeyi amaçlamıştır (3). Varlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarını mirasbırakanından kalacak maldan yararlandırmamak üzere zararlandırmak amacıyla mirası red ederse, alacaklıları ve iflası durumunda iflas masası bu reddin iptalini isteyebilirler.

3) Miras, bir kişinin beklenen hakkı olup, alacaklıları açısından onun kredisini arttıran bir unsurdur (4). Öğreti, mirasçının, varlığı borcunu karşılamadığı halde (5), alacaklılarının alacaklarının ödenmesini zorlaştıracak ve hatta olanaksız kılacak olan mirasın reddi yoluna gitmesinin, iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı düşüncesinde birleşmektedir (6) (7). Ancak kanımızca, tek başına varlığının borçlarını karşılamaması, mirasçının redde kötü niyetli olduğunu göstermez. Ayrıca mirasçının mirası, alacaklılarını zarara sokmak amacıyla red etmesi gerekir. Ve hatta denebilir ki, kötü niyet asıl bu zararlandırma amacıyla yatmaktadır. Nitekim, MK. 557. maddede bu unsur, varlığın borcu karşılamaması yanında, "ızrar kastı ile" denerek, ayrıca ve açıkça belirtilmiştir. İleride "ızrar amacıyla" daha geniş olarak açıklanacağı üzere, gerçekten borca batık terekenin reddini, ızrar kastı olamayacağından, mirasçının varlığı borcuna yetmese de alacaklısının iptal ettirememesi bunun bir başka kanıtıdır.

4) Genel hüküm niteliğinde olarak, MK. 2. maddesine göre, yasa, bir hakkın kötüye kullanılmasını korumaz. Bu durumda, mirasın açıklandığı şekilde kötü niyetle red edilmesi, MK. 2. maddesi uyarınca zaten geçersiz sayılacağından, ayrıca MK. 557. maddesine gerek var mıydı sorusu akla gelebilir. Şener'e göre, yasa koyucu, mirasın reddinde bu genel hükümle yetin-

(3) "Medeni Kanunumuzun mirasın reddi hakkındaki hükümleri, mirasçıların menfaatleri düşünülerek tanzim olunmuştur. Fakat bunun sırf alacaklıları zarara sokmak maksadıyla kullanılmaması gerekir... Bu gibi kötü niyetli davranışlara karşı, Kanunumuz alacaklıları korumuş ve bunlar lehine özel birer hüküm koymuştur...", diyerek, aynı düşüncede İmre, Z.: Türk Miras Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul, 1972, sf. 497.

(4) Aynı yolda, Ayiter, N.: Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1971, sf. 189; İmre, sf. 498.

(5) İnan, bunu, "Borç ödemekten aciz halinde olan veya iflas etmiş olan mirasçı..." şeklinde ifade etmektedir. Bk. A.N. İnan, Miras Hukuku, Ankara, 1969, sf. 337.

(6) "...Suiniyetli hareketini..." diyerek, Tanju, F.: Miras Hukukunda Tereke ve Tatbikat, Adana, 1957, sf. 178; Şener, E.: Miras Hukuku, Ankara, 1977, c. I, sf. 271; Berki, A.H., Miras ve Tatbikat, 3. Bası, Ankara, 1968, sf. 247; İmre, sf. 498.

(7) Şu Yargıtay kararı da aynı yöne işaret etmektedir: "Kötü niyetle reddeden söz edebilmesi için, mirasçının mal varlığının borcuna yetmediğinin sabit olması gerekir". 2. HD. 15.5.1973, 2579/3227, Şener, c. II, sf. 421-422. Aynı karar, Bolak, A.E., uygulamada Miras ve Tereke Hukuku, İstanbul, 1980, sf. 824-825.

memiş, doğabilecek tartışmaların önünü alabilmek için MK. 557. maddeyi özel bir hüküm olarak getirmeyi uygun görmüştür (8).

Oysa, olayın tersine döndüğü şu sorunda, MK. 2. maddesi ile yetinilmemiş olması, kötü niyetin varlığı halinde dahi bizce haksız sonuçlara götürülen tartışmaya neden olmaktadır: Varlığı borcuna yetmeyen mirasçının, sırf alacaklılarını zarara sokmak için borca batık terekeyi kabul etmesi durumunda ne olacaktır? Öğretide buna, yasa koyucunun diğer durum için MK. 557. maddeyi getirdiği halde, bunun için ayrıca düzenleme yapmaması nedeniyle, alacaklının mirasın kabulünün iptalini isteyemeyeceği yolunda cevap verilmektedir (9).

Bize göre, kötü niyetli reddin iptaline MK. 2. maddesi de yeterli dayanaktır. MK. 557. maddesinde ayrıca "varlığın borca yetmemesi" ve "ızzar amacı"ndan bahsedilmesi gereksiz ve tartışma doğurucu olmuştur. Yine MK. 2. maddesi uyarınca, ispatındaki güçlülere rağmen, borca batık terekenin kabulünün iptali de mümkün sayılmalıdır (10).

5) Mirasçının varlığının borcuna yetmemesi ve terekeyi alacaklısını ızzar kastı ile red etmiş olması, reddin iptali için yeterli bulunmaktadır. Reddederken ayrıca diğer mirasçılarla anlaşmış olması gerekli değildir (11).

6) Öğretide, MK. 557. maddenin İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı maddelerinde yer alan iptal davası ile ilişkisine de değinmektedir. *Ayiter*, arada yakın bir ilişki bulunduğunu ileri sürerken (12), *Şener'e* göre, benzer olmakla beraber birbirinden tamamen ayrı hukukî sebep ve düşüncelere dayanmaktadır (13). *İnan* ise, bazı tasarrufları hükümsüz hale getirmekle beraber ikisinin farklı olduğunu düşünmektedir (14).

(8) Şener, c. I, sayfa 271.

(9) Tanju, sf. 179-180; Berki, sf. 248.

(10) Alacaklının bu halde ayrıca İİK. 277 ve dv. maddelerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorunu konumuz dışında kalmakla birlikte, Tanju, M.R. Belgesay'ın yararlanacağı düşüncesinde olduğuna işaret etmektedir. Bk. Tanju, sf. 180.

(11) "Alacakları mevcut borçlarını ödemeye kafi gelmeyen kanuni veya mansup bir mirasçı DİĞER VARISLER ile UYUŞARAK kendi alacaklılarını ızzar kastıyla mirası red etmiş...", diyerek aksi düşüncede, Dalamanlı, L.: Tatbikatta Hukuk Davaları, Ankara, 1971, sf. 470 ve ayrıca aynı yazar, Hukuk Davaları ve Tatbikatı 2. Bası, Ankara, 1961, sf. 318.

(12) Ayiter, sf. 189.

(13) Şener, c. I, sf. 273.

(14) İnan, sf. 337, dn. 200.

Kanımızca, konu, usul ve sonuç bakımından farklı olmakla beraber, her iki kurumun alacaklıyı korumak amacı ortadadır.

7) Uygulamada, MK. 557. maddeden doğan iptal olanağı ile, red süresinin geçmesi, terekeye sahip çıkılması veya terekeye ait bir malın gizlenmesi, ya da zimmete geçirilmesi nedeniyle red hakkından mahrum olduğu (15) halde (MK. 550) yapılan reddin iptali istemi karıştırılabilmektedir: "Olayların açıklanması taraflara, hukukî nitelikleme ise hâkime aittir. Dava dilekçesinde sıralanan olayların izah şekliyle anlaşıldığı gibi dava, mal varlığı borçlarını karşılamayan mirasçının, alacaklılarını zarara sokmak için mirası red etmesi sebebine değil (MK. 557), red süresi içinde terekeye tesahup edildiği (MK. 550) sebebine dayanmaktadır" (16).

"Red hakkını yitirmesine rağmen mirasçının mirası red etmesi halinde bundan zarar gören alacaklılar red kararının iptalini isteyebilirler. Olayda davacının açtığı dava bu niteliktedir" (17).

"Dava, davalılar Hazineye borçlu olarak vefat eden mirasçısı (S)nin terekesinde tasarrufta bulunmuş ve bulunmakta olmaları dolayısıyla red hakkından mahrum oldukları halde Sulh Mahkemesine müracaatla mirası red ve tescil ettirmiş olduklarından tescile dair Sulh Mahkemesince itiraz olunan kararın iptali talebinden ibaret bulunmuş olmasına göre hadisede Medeni Kanunun 557 nci maddesinde yazılı üç aylık sükutu hak müddeti kabili tatbik bulunmamış olduğu halde..." (18).

8) Mirası reddin iptali ihtimaline karşı, özellikle mirasbırakanın ölümüne yakın yapılacak mirastan karşılıksız feragat sözleşmesi (MK. 475 vd.) ile de mirası redle aynı sonucun sağlanıp sağlanamayacağı sorunu ise konumuz dışında kalmaktadır.

II- REDDİN İPTALİ DAVASI

a) Ancak Dava Yoluyla İleri Sürülebilmesi

1) Mirasçının alacaklısı tarafından, mirası reddin iptali ancak dava yoluyla istenebilir (19). Başka türlü düşünülemeyeceği gibi, MK. 557 nci mad-

(15) Bu konuda daha geniş bilgi için bk. Hoşlan, O.: Mirası Red Hakkından Mahrumiyet, Adalet Dergisi, y. 1978, s. 1-2, sf. 139-166.

(16) 2. HD., 9.3.1973, 1487/1439, Şener, c. II, sf. 422.

(17) 2. HD., 20.3.1978, 2034/2195, Yargıtay Kararları Dergisi, y. 1979, s. 1, sf. 22.

(18) 2. HD., 5.3.1953, 1180/1176, Yazıcı, H. - Atasoy, H.: Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı, (1952-1970), sf. 1217.

(19) Aynı düşüncede, Imre, sf. 499.

dedeki, "Reddin iptaline hüküm olunursa...", sözünden de bu açıkça anlaşıl-
maktadır.

Burada, mirasçının, mirası reddin tescili için açtığı davada (MK. 549), alacaklısının olayda MK. 557. koşulların bulunduğu iddiası ile davaya müdahale edip edemeyeceği, diğer bir deyişle MK. 557'nin tanıdığı olanağı davaya müdahale yoluyla sağlayıp sağlayamayacağı sorusu akla gelebilir. Yargıtayın şu kararı müdahaleye olanak tanıdığını düşündürmektedir: "Borçlunun alacaklısı üçüncü şahıs MK.nun 557 nci maddesine müsteniden mirası red talebinin sırf kendisini ızrar maksadıyla icra edildiğini ve bu itibarla kabul olunmamasını istemiştir. Filhakika meskûr 557 nci maddedeki şartların mevcudiyeti halinde ve icabında reddin iptali mümkündür. Alacaklı davaya dahil bulunmuş olmak itibarıyla bu itirazın defan tetkiki ve neticesine göre bir hüküm tesisi icabederken yazılı şekilde reddin tesciline karar verilmesi usul ve kanuna muhaliftir" (20).

Oysa, mirası red hakkından mahrumiyete (MK. 550) ilişkin olmakla beraber, aralarındaki paralellik nedeniyle konumuz için de uygun olabilecek şu kararda müdahale açıkça kabul edilmemektedir. "Davacı, (i.T.) mirasçılarını, Medeni Kanununun 546 ncı maddesi uyarınca üç aylık süre geçmeden mirasın reddi isteği ile Sulh Hukuk Mahkemesine başvurduklarına göre mahkemece yapılacak iş, tek taraflı bir isteği maddeye uygun şekilde tescilden ibarettir. Bu istekten iki ay sonra mirasın alacaklıları tarafından davacıların red hakkından mahrum bulduklarına ilişkin iddiaları bu mahkemede bahis konusu edilemez. Alacaklıların bu istekleri, yetkili mahkemede açacakları davanın konusunu teşkil eder. Ve orada incelenmesi gerekir. Mirasın alacaklılarının bu usulsüz müdahalelerinden ve alacak miktarından bahisle vazifesizlik kararı verilmesi yolsuzdur" (21).

Usul ekonomisi açısından, önce reddin tescili, sonra bu tescil edilmiş reddin iptali şeklinde, iki ayrı işlem pek uygun görülüyorsa da, reddin tescilinin yasa gereği Sulh Hukuk (MK. 549), iptalinin ise ileride değinileceği üzere Yargıtay kararları uyarınca Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevine girmekte olması nedeniyle, kanaatimizce sadece bu görev sorunundan bile, müdahale yolu mümkün değildir.

2) Reddin tescilinin iptali davası, bir "yenilik doğurucu (inşai) dava"dır; çünkü sonuçta geçerli olmayan reddin iptali ile "tasfiye"ye karar verilmekte

(20) 2. HD., 16.2.1962, 468/1068. Yazıcı - Atasoy, sf. 1216-1217.

(21) 2. HD., 10.1.1969, 7353/203, Bolak, sf. 833.

ve yeni bir hukukî durum yaratılmaktadır. Bu nedenle, sadece tespit davası şeklinde açılacak olaylarda, MK. 557. maddedeki iptal ve tasfiyeden yararlanma olanağı yoktur: "Mirasla bir ilgisi olmayan davacının hakkı, kira karşılığı olarak davalıya verdiği iddia ettiği paraya ilişkin bulun(ma)maktadır. Şu halde, davacının, Sulh Mahkemesi kararının iptalini istemekte hukukî bir menfaati yoktur. Açılmış dava ise, hukukî nitelikçe bir tespit davası yani mirası red beyanının muteber olmadığına tespiti davasıdır ki böyle bir davanın açılabilmesi için davayı açanın bu davayı açmakta hukukî bir menfaati bulunması şarttır. Burada ise davacı, davalı ile yapmış olduğu kira akdine dayanarak hak isteyebilir yani bir eda davası açabilir ve bu eda davasında mirasın reddinin muteber olmadığını ileri sürebilir. Eda davasının açılabilirdiği hallerde ise tespit davası için aranan hukukî menfaat yok sayılır" (22).

3) Öğretide, hükmen red durumunda MK. 557. maddenin uygulanabilirliği ayrıca tartışılmakta ve kural olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir (23). Ancak bu tartışma "hükmen red"den, aynen "gerçek red" gibi dava şeklinde ileri sürülebileceğinin düşünülmesinden (24) kaynaklanmaktadır.

Bize göre, hükmen reddin, gerçek red gibi bir dava şeklinde ileri sürülerek tescil ettirilebilmesi (MK. 549) mümkün olmayıp (25), açılmış bir dava veya icra takibinde ancak "itiraz" şeklinde savunulabileceğinden, MK. 557. maddede öngörülen ihtimal zaten gerçekleşmeyecektir.

(22) HGK., 7.11.1962, 2-98/58, İKİD., 1960-1965, c. I, sf. 850-851 ve ayrıca sf. 852. Aynı karar için ayrıca bk., Dalamanlı, L.: Miras Hukuku, Ankara, 1975, sf. 340-341; Bolat, sf. 832-833; Dalamanlı, Hukuk Davaları (1971 Bası), sf. 474.

(23) İmre, sf. 499, dn. 94; Şener, c. I, sf. 275. Ancak, İmre "... Terekenin borca batık olduğunun yanlış olarak sabit veya şayi olması halinde...", Şener ise "... Mirasçı hileli yollarla terekenin borca batık olduğu hakkında karar almış veya bir mirasçının böyle bir ilam almasını sağlamış ya da açılacak bir davada hükmi reddin şartlarını temin etmiş ise..." istisnaen reddin iptalinin istenebileceğini düşünmektedirler. Bk. aynı eserler, aynı sayfa.

(24) Bu düşüncedeki öğretiyi ve Yargıtay kararları için bk. Hoşlan, Mirasın Reddi, sf. 583 ve dn. 119. Ayrıca bk. Dalamanlı, Miras, sf. 321; İmre, sf. 471; Şener, c. I, sf. 261; 2. HD., 17.5.1977, 4007/4186, Şener, c. II, sf. 386.

(25) Hükmen reddin ne şekilde yapılabileceği sorunu konumuz dışında kalmakla beraber, neden sadece "itiraz şeklinde ileri sürülebileceğinin birkaç nedeni kısaca şöyle açıklanabilir: Bir defa, MK. 545. maddesinde "... reddedilmiş olur" denerek kendiliğinden oluşacağı saptanmıştır. İkinci olarak, MK. 549. maddesine göre süresi içinde Sulh Mahkemesine yapılan red gerekçesi ne olursa olsun sonuçta gerçek red sayılır. Üçüncü olarak, hükmen red, niteliği gereği süreye bağlanamaz; bu nedenle, herhangi bir tarihte açılacak davada itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Oysa, dava olarak düşünüldüğünde, bu niteliği gereği süre bakımından duraksama ve tartışma yaratmaktadır (Bu konudaki tartışmalar için bk. Hoşlan, Mirasın Reddi, sf. 581). Ayrıca açılacak davada itiraz olarak ileri sürülme olanağı varken, tek başına ayrı bir dava konusu yapılabilmesi gereksizdir ve usul ekonomisine aykırı olup, hukuktan yarar bulunmamaktadır. Tanju da, dava yolunu lüzumsuz görmektedir (Bk. Tanju, sf. 172 vd.).

b) Koşulları

Reddin iptalinin istenebilmesi ve ayrıca kabul görmesi için şu üç koşulun birlikte bulunması gerekmektedir: Mirasçının red zamanındaki varolan malları borçlarını ödemeye yeterli olmamalı... Mirasçı, mirası reddederken alacaklılarını zararlandırma amacını izlemiş olmalı... Reddin iptali dava eden alacaklıya teminat gösterilmemiş olmalıdır.

aa) Malların Yeterli Olmaması

1) Diğer ikisinin doğum nedeni olduğundan ana koşul olan bu koşulun gerçekleşmesi için, mirası red eden mirasçının aktifi, borçlarını ödemeye yetmemelidir. *Inan*'a göre bu, "... kendisine miras yolu ile intikal edecek kıymetler dışında kişisel mal varlığı borçlarını ödemeye kifayet etmemesi..." anlamına gelir (26). *Şener* ise, bundan, "... borca batık olması, başka bir deyimle, alacaklının alacağıının tehlikede bulunması..."nı anlamaktadır (27).

2) Malların borçları karşılayıp karşılamadığı mirası red tarihindeki duruma göre hesaplanmalıdır. Yargıtay da böyle kabul etmektedir. "Onun için herşeyden önce, davalı durumda bulunan mirasçının red tarihinde mal varlığının, borçlarını karşılamaya yeter olup olmadığı hususunun etraflı şekilde araştırılıp tespit edilmesi gereklidir" (28).

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, reddin iptali, vadesi gelmemiş, muhtemel, şarta veya izne bağlı alacağı olanlar tarafından da istenebileceğine (29) göre, böylesi bir durumda, malların hesaplanmasında sözkonusu borcun vade, gerçekleşme, şart veya izin tarihinde mirasçı lehine kazanabilecek para, mal ve haklar da özellikle araştırılıp gözönüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle, borcun ödenebilir (muaccel) olacağı tarihte, red tarihindeki duruma göre, yeterli mal olma ihtimali varsa, iptal isteği kabul edilmemelidir.

3) İİK.nun 105 ve 143 üncü maddeleri uyarınca "borç ödemededen aciz vesikası" alınmış olması, mirasçının mallarının yeterli bulunmadığını gösteren bir unsurdur (30). Ancak bu zorunlu değildir (31).

(26) *Inan*, sf. 337-338.

(27) *Şener*, c. I, sf. 273.

(28) 2. HD., 15.5.1973, 2579/3227, *Şener*, c. II, sf. 421-422. Ayrıca, *Bolak*, sf. 824-825.

(29) Bu konu geniş olarak, ileride, "Davacı" bölümünde incelenecektir.

(30) Buna karşılık Yargıtay, bir kişi hakkında icra takibinin uzun süre devam etmesinin aczini göstermeyeceğini düşünmektedir. 2. HD., 15.5.1973, 2579/3227, *Şener* c. II, sf. 421-422. Aynı karar için bk. *Dalamanlı*, *Miras*, sf. 334.

(31) Aynı düşüncede, *İmre*, sf. 499, *Şener*, c. I, sf. 273; *Inan*, sf. 338 ve dn. 201'deki yazarlar.

bb) Zararlandırma Amacı

1) Zararlandırma amacı reddin iptalinin ikinci koşulu olup, mirasçının alacaklısını zarara sokmak amacıyla mirası red etmesidir. Bu, yeterli malı olmadığı için borcun tahsilinin zorlaşacağını ve hatta olanaksız duruma geleceğini bile bile mirasın red edilmesidir (32).

Mirasçının, mallarının borçlarını karşılamaya yetmediğini bilerek mirası red yoluna gitmesi, ızzar amacını açıkça ortaya koyduğu halde, red dolayısıyla alacaklıların kendi payını almaktan engellediğini bilmesinin yeterli olmayacağı yolundaki (33) düşünceye katılmak mümkün değildir. Aynı şekilde, mirası reddin zararlandırmadan başka bir nedene dayanması durumunda bu davanın açılmayacağı (34) savı da doğru görülemez.

Malların yeterli olmaması halinde alacaklının mutlak zararı bulanacağından kanaatimizce, ızzar amacı yeterli olup, bunun sonucunda alacaklıların bir zarara uğramış olmalarının aranmayacağı fikri de (35) maddenin getiriliş amacına uymaz.

2) Mirasçıda "zararlandırma" amacının bulunması gerekli ve yeterlidir. Ancak reddin sadece bu amaca dayanması gerekmez (36). Mirasçı da, red ederken zararlandırma amacı yanında örneğin mirasın daha muhtaç bulunan alt derece mirasçısına geçmesi amacının da bulunması sonucu etkilemez.

3) Aynı şekilde, mirasçının, alacaklısını zararlandırma amacıyla mirası red ederken, diğer mirasçılarla anlaşmış olup olmaması da sonuca etkili değildir (37).

4) Mirasçıda zararlandırma amacı olduğunu davacı olan alacaklı veya iflas masası ispat etmelidir. Öğreti, bu konuda fikir birliği içindedir (38).

(32) "... mevcut mallarının borçlarını ödemeye kafi gelmeyeceğini bilerek mirası reddetmesi..." diyerek aynı yolda, Gönensay, S. – Birsen, K.: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1968, sf. 256.

(33) Bu düşünce için bk. Kanunu Medeni Şerhi (Hâkimlere Mahsus), c. II, Miras-Aynı Haklar, İstanbul, 1930, sf. 208, n. 2.

(34) Bu düşünce için bk. Tanju, sf. 178.

(35) Bu düşünce için bk. İnan, sf. 338.

(36) Aynı yolda, Hâkimlere Mahsus, sf. 208, n. 2.

(37) "... diğer varisler ile uyularak..." diyerek aksi düşüncede, Dalamanlı, Hukuk Davaları, 1971, sf. 470, 1961 Basısında sf. 318.

(38) İmre, sf. 499; Tanju, sf. 178; Hâkimlere Mahsus, sf. 208, n. 2.; Dalamanlı, Hukuk Davaları, 1971 basısı, sf. 471, 1961 Basısı, sf. 318, Berki, sf. 248.

5) Mirasçıda zarar vermek amacının olup olmadığını her somut olaya göre yargıç takdir edecektir (39). Bunu yaparken, *Berki*'ye göre, mirasçının mali durumuna göre ve red edilen mirasın haline bakılmalıdır (40). *Inan*'a göre, hadisenin cereyan tarzından (41), *Imre*'ye göre, objektif olarak ve hadiselerden çıkarılmak suretiyle (42) tespit edilmelidir. Yargıtay ise, red için akla yatkın başka neden olmaması ve olayın gerçekleşme şeklini ölçü almaktadır: "Mirası makul bir sebebe müstenit olmaksızın sırf davacılara olan borcunu ödememe kastıyla red etmiş olduğunun hadisenin cereyan tarzı ve şahitlerin sureti beyanları ile sabit olması kafidir" (43).

cc) Teminat Gösterilmemesi

1) Reddin iptali için üçüncü koşul, alacaklıya, mirasın reddi ile tehlikeye girmiş alacağı için yeterli teminat gösterilmemesidir.

Teminatın, reddin iptali davası sonuçlanıncaya kadar gösterilmesi mümkün bulunmaktadır. Reddin iptali davası açılmazdan önce teminat gösterilmesi durumunda, iptal hakkı düşer ve artık iptal davası açılmaz. Dava açıldıktan sonra gösterilirse dava konusu ortadan kalkar (44).

2) Amaç alacaklının redle tehlikeye giren alacağının güvence altına almak olduğundan teminatın kim tarafından gösterildiği önemli değildir. Reddeden mirasçı, reddeden yararlanan veya diğer bir mirasçı, yahut üçüncü bir şahıs tarafından gösterilebilir (45).

3) Teminat, yeterli miktar ve değerde olmalıdır. Ancak yeterlik hangi borca göre saptanacaktır? İstek dışı bir koruma düşünülemezine göre, teminatın sadece iptal davacısının alacağını güvence altına alacak değerde olması yeterli görülmelidir. Bu durumda, alacaklı dava etti ise onun alacağı, iflas masası dava etti ise masaya kayıtlı borçlar kadar teminat gösterilmelidir (46).

(39) *Berki*, sf. 248.

(40) Aynı eser, aynı sayfa.

(41) *Inan*, sf. 338.

(42) *Imre*, sf. 499.

(43) 2. HD., 21.5.1951, 5888/6287, *Inan*, sf. 338, dn. 203. Aynı karar, *Tanju*, sf. 417.

(44) Bu konuda bk. *Şener*, c. I, sf. 275; *Imre*, sf. 499; *Hâkimlere Mahsus*, sf. 209, n. 10; *Inan*, sf. 338; *Berki*, sf. 248; *Gönensay-Birsan*, sf. 258.

(45) *Tanju*, sf. 178; *Hâkimlere Mahsus*, sf. 209, n. 10; *Inan*, sf. 338; *Şener*, c. I, sf. 275.

(46) Bu konuda bk. *Tanju*, sf. 179; *Hâkimlere Mahsus*, sf. 209, n. 8, *Şener*, c. I, sf. 275; *Berki*, sf. 248.

Fakat bu teminat miktarının her durumda, reddedilen miras payı tutarı ile sınırlı olması gerektiği de ayrıca belirtilmelidir (47).

4) Teminatın yeterli gelip gelmediğinin, iptal davasına bakan mahkemeye takdir edileceği ise duraksamaya yer bırakmayacak açıktır (48).

C) Süre

1) Reddin iptali davasının açılması, yasa koyucu tarafından oldukça kısa bir süre olan "3 ay" ile sınırlandırılmıştır. Bir süre getirilmesi, Şener'in de işaret ettiği (49) gibi, terekenin bölüşümünün sürüncemede bırakılarak diğer mirasçıların haklarının zarara uğratılmaması, alacaklıların olmadık zaman ve durumlarda dava açarak diğer mirasçıları tedirgin etmemeleri için yerinde olmuştur. Ancak, aşağıda yeniden dönüleceği üzere, bu süre reddin tescil tarihinden başlatıldığından öngörülen 3 aylık süre uygulamada bazı haksız sonuçlar yaratabileceğinden çok kısa kalmaktadır (50). Alacaklının 3 ay gibi bir sürede, hem mirasçının mirası reddettiğini öğrenip ve hem de ileride davayı yitirmemek için, mirasçının mali durumunu etraflıca araştırıp, mallarının borçlarına yetip yetmediğini saptaması gerekmektedir ki, bu bazı durumlarda oldukça güçlük yaratabilir.

Kaldı ki, karara varmasını sağlayacak tüm verileri bilmesi gereken mirasçıya, mirası red için de aynı süre verilmiş (MK. 546), ayrıca haklı bir nedenle bu sürenin uzatılması olanağı (MK. 555) dahi tanınmışken, büyük bir ihtimalle yeterli bilgiden yoksun alacaklıya daha uzun bir süre düşünülmesi hakkaniyetli olacaktır.

Nitekim İsviçre Medeni Kanununda bu süre, daha uygun olarak, 6 aydır (51).

2) Öngörülen bu 3 aylık süre, mirasın reddinin MK. 549 ile Velayet, Vesyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına dair Tüzüğün 40. maddeleri uyarınca Sulh Hâkiminin reddi tescil ettiği tarihten başlar (52).

(47) İnan, sf. 338.

(48) Şener, c. I, sf. 275; Hâkimlere Mahsus, sf. 209, n. 10.

(49) Şener, c. I, sf. 271-272.

(50) Şener'in bu süreyi de yerinde bulduğu anlaşılmaktadır, c. I, sf. 272.

(51) İsviçre Medeni Kanunundaki bu süre için bk. Imre, sf. 500, dn. 96; Hâkimlere Mahsus, sf. 208.

(52) Aynı düşüncede, Tanju, sf. 179.

Bu konuda, sürenin mirasçının mirası reddettiği günden başlayacağı yolunda görüşler de bulunmaktadır (53).

Şener ise, tescilden itibaren başlama yanında, "...alacaklı reddi öğrenmiş ise, tescil gecikse bile, iptal davası hakkı tescilden değil, reddin öğrenildiği andan başlar" düşüncesindedir (54).

Uygulamaya gelince, başlangıç ânı konusunda Genel Kurul ile Özel Daire kararları arasında bir çelişki görülmektedir. Şu Genel Kurul kararında açıkça tescil tarihi başlangıç alınmaktadır: "Medeni Kanunun 557 nci maddesinde öngörülen üç aylık süre... reddin öğrenildiği günden değil, mahkemece tescilinden itibaren başlar" (55).

Oysa Özel dairenin şu kararları mirasçının red tarihinin başlangıç alındığı anlamını vermektedir: "Üç aylık sürenin başlangıcı, mirasçının mirası red ettiği tarihtir. Reddin geç öğrenilmiş olması müddetin uzamasını gerektirmez. Çünkü: Mirasın reddi, Medeni Kanunun 549. maddesi ve (velayet, velayet, miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğü) 40. maddesi gereğince mahkemece tescil edileceği cihetle ilgililer bunu kolaylıkla öğrenmek imkanına sahiptir... Esasen kanun koyucu terekenin bir an önce hak sahiplerine ulaşmasını öngördüğü için bir mirasçının şahsi durumu yüzünden hakların uzun süre askıda kalmasını önlemek amacı ile itilâa (öğrenmeye) yer vermek istememiştir..." (56).

"Medeni Kanunun 557 nci maddesinde yazılı süre, borçlu mirasçının mirası red talebinde bulunduğu tarihten itibaren ceryan etmeğe başlar" (57).

Mirasçının mahkemeye red için başvurusunu alacaklının öğrenebilmesinin son derece güç olması, öğrense bile istemin reddi (58) ihtimaline karşı

(53) İmre, sf. 500; Berki, sf. 248; "Red beyanının teslim ve tevdiinden..." diyerek, Hâkimlere Mahsus, sf. 209, n. 6.

(54) Şener, c. I, sf. 272.

(55) HGK. 2.10.1974, 1971/2-400 E., 1037 K., Olgaç, S.: Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, Ankara, 1976, sf. 439.

(56) 2. HD., 30.12.1974, 8465/8181, YKD., 1976 s. 3, sf. 304-305. Aynı karara için ayrıca bk. Dalamanlı, Miras, sf. 333; Şener, c. II, sf. 423; Şener, E.: Eski ve Yeni Miras Hukuku, İki cilt birarada, Ankara, 1981, sf. 1247-1248. Aynı yolda, 2 HD., 8.1.1971, 6650/54, Dalamanlı, Miras, sf. 337-338; Şener, c. II, sf. 424; Şener, iki cilt birarada, sf. 1248-1249; Bolat, sf. 830-832; TİK., 1971, c. I, sf. 65.

(57) 2. HD., 22.11.1965, 5880/5658, Olgaç, Emsal İçtihatlarla, sf. 439-440 ve ayrıca, Yazıcı-Atasoy, sf. 1216.

(58) Mirasın reddi istemi mahkemece örneğin red için gerekli 3 aylık sürenin geçmiş olması nedeniyle tescil edilmeyip reddedilebilir. Bk. Hoşlan, Mirasın Reddi, sf. 562.

beklemesinin gerekmesi karşısında, sürenin, alacaklının kolaylıkla bilgilenebileceği ve zaten amacın da üçüncü şahısları haberdar etmek olduğu reddin tescilinden başlatılması, kanaatımızca, en doğru çözüm yolu olacaktır.

Buradan hareketle denebilir ki, mirası red isteminin veya tescilinin alacaklıya tebliği gerekmediği (59) gibi, tescilin öğrenildiği tarihin araştırılması da gerekmez (60). Alacaklının süre geçtikten sonra öğrenmesinin ise bir önemi yoktur, sonuç değişmez (61).

3) Söz konusu süre bir hak düşümü süresidir (62). Bu nedenle, mahkeme kendiliğinden gözönüne alınmalı ve süresinde açılmamışsa davanın reddine karar verilmelidir.

d) Davacı

1) İlgili maddede açıkça belirtildiği üzere, reddin iptali davasını ancak red eden mirasçının alacaklıları ile bu mirasçının iflası halinde iflas masası açabilir.

Birden fazla alacaklı bulunması durumunda, bunlardan birisi yalnız başına dava açabileceği gibi, birkaçı veya tümü birlikte de açabilirler (63). İstem kabul edilirse sonuçta tasfiyeye karar verileceğinden, dava sonucu verilecek karar tüm alacaklılar için geçerli olmakla beraber, ödemeye öncelikle davacı alacaklı veya alacaklılardan başlanacağından "davacı" olmak, işte bu ödeme sırası bakımından önemlidir.

2) Alacaklısının bu davayı açabilmesi için, red eden mirasçının, yasal mirasçı olması (MK. 439, 440, 441, 442), yahut vasiyetname veya miras mukavelesi (MK. 463) ile mirasçı atanmış bulunması farketmez (64). Ancak, pek haklı olarak, musalehin (MK. 464) alacaklısının bu davayı açamayacağı kabul olunmaktadır (65).

(59) Bk. Tanju, sf. 179.

(60) Bk. Şener, c. I, sf. 272-273.

(61) Krş. İmre, sf. 500; Hâkimlere Mahsus, sf. 209, n. 6.

(62) Gerçekten bu konuda öğreti ve Yargıtay kararları fikir birliği içindedir: Şener, c. I, sf. 272; İmre, sf. 500; Berki, sf. 248; 2. HD., 17.3.1977, 2162/2356, Şener, c. II, sf. 423 ve ayrıca, Şener, iki cilt birarada, sf. 1247; HGK., 2.10.1974, 1971/2-400 E., 1037 K., Olgaç, Emsal içtihatlarla, sf. 439; 2. HD., 7.11.1978, 7684/7879, Şener iki cilt birarada, sf. 1247; 2. HD., 8.1.1971, 6650/54, Şener, c. I, sf. 272, dn. 116 ve ayrıca, İmre, sf. 500, dn. 97. Aynı yoldaki iki karar için bk., dn. 56.

(63) İmre, sf. 500; İnan, sf. 339.

(64) Hâkimlere mahsus, sf. 208, n. 1.

(65) Tanju, sf. 178; İmre, sf. 500; Berki, sf. 248.

Mirastan iskat edilmiş mirasçının alacaklısı da MK. 557. maddeden yararlanamaz (66).

3) Kesinleşmiş mahkeme kararına bağlanmış veya kesinleşmiş icra tabibine konu borcun sahibi alacaklının iptal davası hakkı, duraksama yaratmaz. Kanaatımızca, bunun dışında, vadesi gelmemiş, muhtemel, şarta veya izne bağlı alacak için de iptal davası açılabilir (67). Ancak kesin olmayan alacağa karşı mirasçının itirazı ihtimali her zaman bulunmaktadır. Böylesi bir durumda, alacaklı davacıya, alacağını ispat için ayrı bir dava açmak üzere süre verilmeli ve bu yolda açılacak dava sonucu beklenmelidir.

4) Alacaklı dava açmadan ölürse dava açmak, açtıktan sonra ölürse davaya devam etmek hakkı küllî halefi sıfatıyla mirasçılara aittir (68).

e) Davalı

1) Reddin iptali davası, mirası red eden mirasçıya karşı açılır (69).

Davalının reddeden yararlanan mirasçılar olması gerektiği yolunda düşünce de (70) ileri sürülmekle birlikte, bu, Şener'in de pek haklı olarak belirttiği gibi, "...kötü niyetin var olup olmadığı, ancak, red edenin taraf olduğu davada..." (71) tartışılabileceğinden yerinde görülemez.

2) Dava açılmazdan önce reddeden mirasçı ölürse ne olacaktır? *Gönensay-Birsen*, bu durumda iptal davasının reddeden yararlanacak mirasçılara karşı açılacağını düşünmektedirler (72). Ancak, biz, durumda hiç bir değişiklik bulunmaması nedeniyle, yukarıdaki gerekçeyi aynen tekrarlar, davanın reddeden mirasçının mirasçılara karşı açılması fikrindeyiz.

f) Görevli ve Yetkili Mahkeme

1) 1951 tarihli eski bir Yargıtay kararında "Sulh Hukuk Mahkemesi" olarak belirlenmiş (73) olmasına rağmen, kararlılık kazanmış Yargıtay kararları-

(66) İmre, sf. 500; dn. 98; Şener, c. I, sf. 275.

(67) Krş. Hâkimlere mahsus, sf. 208-209, n. 4.

(68) Şener, c. I, sf. 274.

(69) Şener, c. I, sf. 274; İmre, sf. 500; Inan, sf. 339. Aynı düşüncedeki yabancı öğreti için bk., İmre, sf. 500, dn. 99.

(70) Bu düşüncedeki Escher için bk., Şener, c. I, sf. 274.

(71) Şener, c. I, sf. 274.

(72) *Gönensay-Birsen*, sf. 257.

(73) 2. HD., 4.10.1951, 5888/6287. Tanju, sf. 417.

na göre, reddin iptali davasında görevli mahkeme, şu nedenle, değere bakılmaksızın Asliye Hukuk Mahkemesidir: "Kanunda özel hüküm bulunmadığı ve Usulün 8. maddesinde yazılı davalar söz konusu olmadığı hallerde her dava Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür. MK.nun 557. ve diğer maddelerinde reddin iptaline ilişkin davalar için görevli mahkeme açıkça belirtilmiş değildir. HUMK.nun 8. maddesinin de uygulama yeri yoktur. O halde davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi gerekir" (74).

Öğretide de çoğunluk bu görüştedir (75). Ancak, *Inan*, görevli mahkemenin, davaya hakkı olan alacaklının alacağına göre saptanmasını istemektedir (76).

Bizce, Yargıtay kararlarındaki gerekçelere ek olarak, bu davada alacak ve miktarının bir öneminin bulunmaması, reddin iptali istenmekle tartışılacak hususun reddin kötüniyetle yapılıp yapılmadığının olması, herhangi bir alacaklının bu davayı açabilmesine göre, aynı reddin iptalinin alacak miktarına bakarak iki mahkemeden hangisine gideceğinin başlangıçta belirsiz olması, bunun ise duraksama yaratması nedenleriyle Asliye Mahkemesinin görevli sayılması uygundur.

2) Yetkili mahkemeye gelince, bu konuda iki görüş bulunmaktadır. *Tanju*'ya göre, bu davanın niteliği itibariyle tereke ile ilgili olmadığından, yetkili mahkeme, reddeden mirasçının ikametgâhı mahkemesidir (77). *Berki* de bu görüştedir (78).

Diğer görüş, mirasbırakanın son ikametgâhı mahkemesinin yetkili olduğu yolundadır (79). *Şener*'i bu düşünceye, MK. 518. maddesi yaptırmaktadır (80). Bizce de, bu davada, terekenin hesabının yapılması gerekip, sonuçta

(74) 2. HD., 8.1.1971, 6650/54, Şener, c. II, sf. 424-425. Aynı karar için ayrıca bk. İmre, sf. 499, dn. 95; Dalamanlı, Miras, sf. 338; TİK., y. 1971, c. I, sf. 65; Olgaç, Emsal içtihatlarla, sf. 440; Bolat, sf. 830-832. Aynı yoldaki diğer bazı kararlar: 2. HD., 11.5.1961, İKİD., 1960-1965, c. I, sf. 854 vd. ve Bolat, sf. 840-841... HGK., 6.6.1934, Tanju, sf. 417 ve 409; İnan, sf. 339, dn. 208; Dalamanlı, Hukuk Davaları (1961), sf. 372; Olgaç, S., Kazai ve İlmî İchtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, c. I, İstanbul, 1956, sf. 669... 2. HD., 26.3.1927 (37), 2037/935, Tanju, sf. 417; İnan, sf. 339, dn. 208; İmre, sf. 499, dn. 95; Olgaç, Kazai ve İlmî İchtihatlarla, sf. 668.

(75) Şener, c. I, sf. 273; Tanju, sf. 179; Berki, sf. 248; bu yoldaki Yargıtay kararlarına karşı koymayarak, İmre, sf. 499.

(76) İnan, sf. 339, dn. 208.

(77) Tanju, sf. 179.

(78) Berki, sf. 248.

(79) Şener, c. I, sf. 273; İnan, sf. 339, dn. 208. Bu düşüncedeki Tour-Picenoni için bk., İnan, aynı sayfa.

(80) Şener, aynı eser, aynı sayfa.

terekenin tasfiyesine karar verileceğinden, terekeyle doğrudan ilgisi nede-
niyle son görüş daha uygundur.

III- TASFİYE

1) MK. 557. maddesinde aynen, "Reddin iptaline hüküm olunursa mi-
ras resmen tasfiye olunur" denmesine göre, reddin iptalinin sonucunun mi-
rasın resmen tasfiye edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Buradan, reddin iptali-
nin istenmesinin yeterli olup, ayrıca resmen tasfiyesinin istenmesine gerek
bulunmadığı (81), reddin iptali isteminin resmen tasfiyeyi de içine aldığı
(82), mahkemenin reddin iptaline karar verdiğiğinde aynı kararda resmen tas-
fiyeye de karar vermesinin zorunlu olduğu (83) sonucuna ulaşılmaktadır.

Başka bir deyişle, mahkeme, reddin iptali yanında resen resmen tasfi-
yeye de karar vermelidir.

2) MK. 557. maddesinde tasfiye sonucunda mirasçının payına kalanın
ne yapılacağı yer almakla beraber, resmi tasfiyenin nasıl yapılacağı konu-
sunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu durumda reddi iptal edi-
len mirasçının payına gelinceye kadar tasfiyenin MK. 572 ve devamı mad-
delerinde yer alan (resmî tasfiye) hükümleri uyarınca yapılacağını kabul et-
mek uygun olacaktır (84).

Bu düşünce doğrultusunda, mirasın reddini iptal ettiren alacaklı, reddin
iptali ve mirasın resmen tasfiyesine ilişkin kararı, MK. 574. maddesi uyarın-
ca mirasbırakanın son ikametgâhı Sulh Hâkimliğine verecek, bu Hâkimlikçe-
de tereke tasfiye olunacaktır (85).

(81) İnan, sf. 339.

(82) İmre, sf. 500.

(83) Aynı yolda, "Mirasın reddine dair karar iptal edildiğine göre, resmi tasfiyeye karar ve-
rilmemiş olması kabul şekli bakımından usul ve kanuna aykırıdır", 2. HD., 15.5.1973,
2578/3226, Bolak, sf. 825; bu karar için ayrıca bk., İstanbul Barosu Dergisi, 1973, Ka-
sım-Aralık, sf. 1228. Aynı şekilde, "Hazine, M.İ.Y.'ın mirasçısı İ.M.Y.'ın sırf alacaklısı
Hazineyi ızzar kasdile M.İ.Y.'den gelen mirası reddettiğini iddia ile işbu keyfiyetini
usulen iptal ettirmiş bulunmaktadır. Alakalıların talepten haberdar edildikten sonra
Medeni Kanunun 557 inci maddesi gereğince mirasın resmen tasfiyesine karar veril-
mesi lazımgeldiği hususu düşünülmezsiniz...", 2. HD., 14.9.1964, 4304/4203, Yazıcı-
Atasoy, sf. 1216. "...Medeni Kanunun 557 nci maddesi dairesinde itiraz ederek reddin
iptaline karar almıştır. Maddenin sarahatına göre bu iptal üzerine mirasın resmen
tasfiyesi gerekmektedir...", 2. HD., 8.2.1968, 5778/1083, Yazıcı-Atasoy, sf. 1215-1216.

(84) Aynı düşüncede, Tanju, sf. 179. Bu konuda, MK. 572. maddesini karşılayan İsviçre MK.
593. maddesine yollama yaparak aynı düşüncede, Hâkimlere Mahsus, sf. 209, n. 13.

(85) Tanju, sf. 179. Öğretide ayrıca, iptale karar veren mahkemenin bu kararından tasfiye-
yi yapacak makamı haberdar edebileceğinden de söz edilmektedir. Bk. Hâkimlere
Mahsus, sf. 209, n. 13.

3) Reddeden mirasçı payına gelinceye değin tasfiyenin nasıl yapılacağı-
nın detayları bu incelemenin kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak tasfiyenin,
reddi iptal edilen mirasçı payında mı, yoksa terekenin tümünde mi uygula-
nacağı sorunu üzerinde, konuyla ilgisi nedeniyle durulmalıdır. Bu sorun öğ-
retide tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde, tasfiyenin terekenin tümünde yapıl-
ması gerektiği kabul olunmaktadır (86). Türk öğretisinde çoğunluk, birden
fazla mirasçı olup da, biri (veya tümünden az birkaçı) hakkında tasfiyeye
karar verilmesi durumunda tasfiyenin sadece o mirasçının payı üzerinde ya-
pılacağı düşüncesindedir (87). Bu düşünce, aksinin kabulü halinde diğer mi-
rasçıların hak ve yetkilerine haksız yere müdahale edilmiş olacağı ve zarar
verilebileceği gerekçesine dayanmaktadır (88).

Resmi tasfiyede, terekenin aktifinin saptanarak reddi iptal edilen miras-
çının payına ulaşılabilmesi bakımından öncelikle mirasbırakanın borçlarının
ödenmesi gerekmektedir (MK. 575). Terekenin sadece paradan oluşması
durumunda yukarıdaki düşünce doğrultusunda tasfiyenin mirasçı payında
yapılması sorun yaratmaz. Çünkü, mirasbırakanın borçları ödendikten sonra
kalanın mirasçılara bölünüp reddi iptal edilen mirasçı payına ulaşılmış olur.
Terekede, mirasbırakanın borçlarını ödeyip, mirasçının payına düşecek mik-
tarı karşılayacak kadar para varsa, diğer malların ayrılıp reddi iptal edilen
mirasçı payına sadece paranın verilmesi de bu yolda bir çözüm oluşturabilir.
Ancak bu ihtimallerin bulunmadığı bir terekede, resmi tasfiyenin sadece red-
di iptal edilen mirasçı payında yapılması uygulama açısından çok güçtür. Bu
nedenle, kanaatimizce, tasfiye terekenin tümünde yapılmalı, mallar paraya
çevrildikten sonra mirasbırakanın borçları ödenip kalan miktardan ilgili miras-
çının payı ayrılmalı ve MK. 557. de belirlenen aşamaya gelinmelidir (89).

Gerçekten MK. 557. maddede "Bu suretle tasfiye edilen mirastan mi-
rasçının hissesine bir şey isabet ederse..." denmiş olması da, kanaatimizi
doğrular niteliktedir.

(86) Bk. İmre, sf. 500. Bu düşüncedeki Curti-Forrer, Escher ve Tour-Picenoni için bk, aynı eser, sf. 500, dn. 100 ve ayrıca İnan, sf. 340, dn. 210. Aynı düşüncede, Hakimlere Mahsus, sf. 209, n. 12.

(87) İmre, sf. 501; Şener, c. I, sf. 274; İnan, sf. 340; Ayiter, sf. 190. Aynı düşüncedeki Tour-Picenoni şerhinin ikinci basısı için bk. İmre, sf. 500, dn. 100 ve 101 ve ayrıca, İnan, sf. 340, dn. 211.

(88) İmre ve Şener için bk. aynı eserler, aynı sayfalar. Ayiter ise, bu gerekçelerin yanında, burada, kanunda bir boşluk olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır. Bk., aynı eser, sf. 190.

(89) Aynı düşüncede, Gönensay-Birsan, sf. 258. "...yapılacak olan resmi tasfiye sonunda, red eden mirasçının hissesine bir şey isabet ederse..." diyerek, aynı düşüncede, Tanju, sf. 179.

4) Reddi iptal ettiren alacaklının, bu alacağının gerçek olmadığı yolunda veya tenkis için açılmış bir dava tasfiyeye engel olmaz: "...Gerçi borçlu olan davalı, bu senedin iptali için dava açtığını beyan etmiş ve muris Abide'nin vasiyetinin tenkis bakımından iptali için açılan davanın ayrıca görülmekte olduğu anlaşılmış ise de, bu davaların henüz sonuçlanmamış bulunmaları, bahse konu olan 557 inci maddenin resmi tasfiye hususundaki hükmünün geri bırakılmasını gerektirmez. Bu itibarla, madde hükmü dairesinde resmi tasfiyeye gidilmek, tasfiye sonuna kadar bu davalar bitirilmemiş olduğu takdirde sonları beklemek veya mevcut terekeden borçlu hissesine isabet edecek kısım bloke edilmek suretiyle tasfiye tamamlanmak gerekirken iptal ve tenkis davalarının görülmekte olmasının resmi tasfiye kararının uygulamayı imkansız kılacağı düşüncesiyle..." (90).

5) Reddi iptal edilen mirasçı payı bulunduktan sonra ne yapılacağı ise MK. 557. maddede duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmiştir: Tasfiye edilen mirastan mirasçının payına bir şey isabet ederse, önce reddi iptal ettiren alacaklı veya alacaklıların alacakları ödenecektir. Artanla mirasçının diğer borçları karşılanır. Yine artan olursa reddin yararlanacak olan mirasçı veya mirasçılara (MK. 551, 552, 553, 554) (91) kalır.

Mirasçının payı yeterli gelmediğinde bir sonraki aşamaya geçilemeyeceği gibi, kalan, o aşamadakilere dahi yetmediğinde, bir oranlama yapılarak o aşamadakilerin tümüne bir miktar ödeme yapılması yerinde olacaktır.

IV- SONUÇ

İncelememizin konusu olan MK. 557. madde, mirasçının alacaklısını (kötü niyetli redde) karşı korumak üzere getirilmiştir. Ancak MK. 2. maddesinde yer alan genel hüküm yanında böylesi bir düzenlemeye aslında gerek bulunmamaktadır.

Bu madde ile, mirasçının... mallarının yeterli olmaması... zararlandırma amacının bulunması... yeterli teminat gösterememesi... durumunda, alacaklısına reddin iptalini isteme hakkı tanınmaktadır. Fakat bu yolda getirilen 3 aylık hak düşümü süresinin yetersiz kalacağı da ortadadır.

Reddin iptaline karar verilmesi halinde, maddede öngörülen resmi tasfiye, MK. 557 ve devamı maddelerinde yer alan (resmi tasfiye) hükümlerine

(90) 2. HD., 8.2.1968, 5778/1083, Yazıcı-Atasoy, sf. 1215-1216.

(91) Redden yararlanacak mirasçılar için bk. Hoşlan, Mirasın reddi, sf. 571 vd.

göre yapılacak, reddi iptal edilen mirasçı payı belirlenince yine maddede öngörülen yöntem uyarınca alacaklı veya alacaklılara dağıtılacaktır.

KAYNAKÇA

- AYTER, N. : Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1971.
- BERKİ, A. H. : Miras ve Tatbikat, 3. Bası, Ankara, 1968.
- BOLAK, A. E. : Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku, İstanbul, 1980.
- DALAMANLI, L. : Hukuk Davaları ve Tatbikatı, 2. Bası, Ankara, 1961.
: Tatbikatta Hukuk Davaları, Ankara, 1971.
: Miras Hukuku, Ankara, 1975.
- GÖNENSAY, S - BİRSEN, K. : Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1968.
- HOŞLAN, O. : Mirasın Reddi, Adalet Dergisi, 1974, Sayı: 7, Sayfa : 554-585.
: Mirası Red Hakkından Mahrumiyet, Adalet Dergisi, 1978, Sayı: 1-2, Sayfa: 139-166.
- İMRE, Z. : Türk Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1972.
- İNAN, A. N. : Miras Hukuku, Ankara, 1969. Kanunu Medeni Şerhi (Hâkimlere Mahsus), c. II, Miras-Ayni Haklar, İstanbul, 1930.
- OLGAÇ, S. : Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, Ankara, 1976.
: Kazaf ve İlmi İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, c. I, İstanbul, 1956.
- ŞENER, E. : Miras Hukuku, c. I ve II, Ankara, 1977.
: Eski ve Yeni Miras Hukuku, İki cilt birarada, Ankara, 1981.
- TANJU, F. : Miras Hukukunda Tereke ve Tatbikat, Adana, 1957.
- YAZICI, H. - ATASOY, H. : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970), sf. 1217.

İLMİ VE KAZAF İÇTİHATLAR DERGİSİ

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA YARATAN
BAZI SORUNLAR (*)
(III)

Nihat YAVUZ (**)

KENDİ ÇIKARINA HAKSIZ OLARAK BAŞKASININ HUKUK ALANI-
NA GİRİP, İŞİNE KARIŞIP ELDE EDİLEN KAZANMANIN GERİ VERİL-
MESİ İLKESİNİN İŞİĞİ ALTINDA FUZULİ ŞAĞİL'İN SORUMLULUĞU-
NUN (TAŞINMAZDAN ELDE EDİLEN YARAR YA DA MALİKİN UĞRADIĞI
ZARAR AÇISINDAN) DAYANDIĞI ESASLAR

A) FUZULİ ŞAĞİL'İN SORUMLULUĞU

1- Kötü niyetli zilyed, haksız olarak elinde bulundurduğu şeyi aynen;
olmadığı takdirde kıymeten geri verecektir.

2- Geri verdiği şey'e "haksız alıkoymasından dolayı zararlar" vermiş
ise, onları da tazmin edecektir.

3- Bu devrede "şeyden elde ettiği semereleri" mevcutsa aynen, değil-
se değerini iade veya tazmin edecektir. Elde edilen semerelerin tazmini
kapsamı -1.3.1950 günlü İqt. Bir. kararına rağmen- ve fakat ostertag, Hom-
berger ve hatta Federal Mahkeme ile birlikte dar bir saha (sadece şeyden
elde edilen teknik anlamdaki doğal ve medeni semerelere) inhisar ettirme-
mek gerekir. Onun içindir ki bu ibare içerisine kötü niyetli zilyedin (şeyi kul-
lanma tarzında veya sair suretlerde elde ettiği yararlanmalardan ötürü) de
tazminatla sorumlu tutmak gerekir. Zira Kanun koyucu MK. 906-908. mad-
deleri ile özel bir sorumluluk halini düzenlemiş bulunmaktadır. Böylece de
fuzulî işgalcilerin cesaretleri kırılacak, mülkiyet kavramına herkesin saygı yü-
kümünü gerçekleştirmiş olacağız (1).

(*) Yargıtay Dergisi, Cilt: 18, Ocak-Nisan 1992, Sayı: 1-2, Sayfa: 148-168'den devam.

(**) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi.

(1) Feyzioğlu, sh. 322. cd.

4- Haksız zilyedlik olmasaydı malik taşınmazını ya bizzat işletecekti, veya kiraya verecekti veyahutta boş bırakacaktı. İlk iki ihtimalde hak sahibi ya kendi iktidar ve zamanının gerekleri oranında elde etmesi mümkün iken elde edemediği semereleri ya da "o yerin emseline göre getirebileceği kira bedeli" oranında bir zararı bulunmaktadır. Üçüncü ihtimalde ise "o yeri, haksız işgal olsa da olmasa da esasen semerelendirmek niyet ve tasavvurunda bulunmadığı zamanda ise, hak sahibinin elde edilmesi ihmal edilen bir semere" şeklinde herhangi bir mahrumiyeti, bir zararı düşünülemez. 1950 tarihli İçt. Bir. Kar. göre "elde edilmesi ihmal edilen semereler" in tazmini tamamen hak sahibinin niyet ve tasavvuruna bağlıdır. Dahası var "Yüksek Mahkeme aynı kıstası esas itibariyle elde edilen semereler hakkında da uygulamıştır. Fakat bazı özel daire kararlarında bu kıstastan ayrılmış gibi gözükmektedir. Örneğin 4. HD. 20.9.1951; 7360/5706 sayılı kararında "kabili intifa ve istirade mahallerin fuzuli şağillerinden -herhalde- haksız işgal tazminatı (ecrimisil) istenebileceğini" belirirken, 3. HD.'de 12.10.1950; gün ve 11781/6766 sayılı kararında "Ecrimisil istenilen gayrimenkulün musakkar han odası olduğu anlaşılmasına ve bu sebeple her zaman istifade etmek kabil bulunmasına göre davanın kabulü ile iddia ve müdafaa dairesinde inceleme yapılmak ve sonucuna göre karar verilmek lazım gelirken davacı hazinenin burasını herhangi bir şekilde kullanmak istediği halde zilyedliğinin gasbedilmiş olması yüzünden kullanamadığını ve zarara uğradığını iddia etmemesi gerekçe gösterilerek yazılı şekilde hüküm verilmesi yolsuzdur" diyerek bu hususu bir başka açıdan vurgulamıştır. Sayın Feyzioğlu bu karar hakkında şunları yazmıştır: "Adeta 3. Hukuk Dairesi bu mülahazaları ile evvelki hukukun "muaddün-lil-istiğlâl, yani geliri ile intifa edilmek üzere hazırlanmış yerler" de ecrimisil lazım geldiği esasını, yeni hukukumuz prensiplerine tahmil ederek" mahiyetleri icabı semelerendirmeğe her zaman müsait olan gayrimenkullerin haksız surette işgali, o yerin malikini ayrıca niyetini isbata lüzum görmeksizin, bu semerelerden mahrum kalmış, binnetice bir zarar görmüş farz ve kabul etmeyi lüzumlu kılar demek istemiştir. Bu mülahazaya şu düşüncelerin de eklenmesinin mümkün olduğunu sanıyoruz: Mülkiyet hakkının bünyesinde üç ana unsur (istimal, istifade ve istihlak yetkileri) malikin kendisine ait olan bir maldan faydalanmak niyetini, çok zaman mevcut farzetmeğe müsaittir. Buna mukabil bir kimsenin, başkasına aidiyetini bildiği bir yeri kullanmaması da asıldır. Binaenaleyh böyle bir kimseye karşı, hak sahibine "elde edilmesi ihmal olunan semerelerden" mütevellit zararını isbat zamanında, kendi mülkünü kullanmak niyet ve tasavvurunda olduğunu isbat külfetini yüklemek yerine, bu niyeti asıl farzederek, ona ancak "zararı-

nın miktarını" isbat külfetini tahmil etmek, fakat asıl kötünietli zilyedi mevcutsa malikin, mevzubahis yeri kullanmamak niyetinde olduğu iddiasını isbata davet etmek, öyle zannediyorumki daha âdil, daha mantıklıdır (2).

5) Başkasına ait aynı hakların, yetkisi bulunmayan bir kişi tarafından istismar edilmesinin ve bu kişinin kendi yararına vekâletsiz işgörme hükümlerine tabi tutulmasının mümkün olduğu İsviçre ve Alman hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Başkasına ait aynı hakkın istismarı, özellikle o aynı hakkın ilgisi bulunduğu şey üzerinde temlik, YARARLANMA, KULLANMA GİBİ TASARRUFLAR ŞEKLİNDE OLUR (3).

İlke : BAŞKASININ MALVARLIĞINDAN MALİKİN RIZASI OLMAKSIZIN YA DA KARŞI KOYMASINA RAĞMEN KÂR ELDE EDEN KİMSE, BUNU HUKUKEN KENDİ YARARINA DEĞİL, FAKAT YALNIZ, HESAP VERMEKLE YÜKÜMLÜ OLDUĞU MALİK İÇİN YAPMAĞA YETKİLİDİR (4). Zira hiç kimse kötünietini ileri sürerek başkasının işinden (taşınmazından) elde ettiği kârı muhafaza edememelidir. Bir başka anlatımla hiç bir kimse başkasının hukuk sahasına tecavüz ederek bundan bir fayda elde edememelidir. Zira hukuk düzenince haksız eylemler ve nedensiz zenginleşmeler için kabul edilmiş olan müeyyideler (yaptırımlar) bu nevi tecavüzlere karşı toplum üyelerini savunma için yeterli olamamaktadır. Çünkü haksız eylemden dolayı tazminat istemi uğranılan zararlar, nedensiz zenginleşmeden doğan geri isteme ise aleyhine iktisapta bulunulmanın malvarlığındaki fakirleşme ile sınırlıdır (5).

MK. 908/1 gereğince, şeyi geri vermekle yükümlü kötü niyetli zilyedi, şeyden elde ettiği ve hatta elde etmeyi ihmal eylediği semereleri tazminle yükümlüdür. Buradaki, şeyden elde edilen semereleri tazmin yükümü BK. mad. 414 deki esasın bir uygulama şeklidir; bu nedenle ayrıca sözü edilen hükme başvurmaya gerek kalmaz; Fakat MK. mad. 908 de öngörülmemiş hususlar için vekâletsiz işgörmeye ait esaslardan yararlanılabilir; ezcümle kötü niyetli zilyedi, hesap vermeğe mecbur kılmak mümkündür (6).

6) Başkalarının işlerini kendi yararına istismar etme vekâletsiz işgörme mahiyetini taşımaz. "Fakat işlerine müdahale edilen kimseyi himaye için

(2) Feyzioğlu, sh. 314 vd.

(3) Tandoğan, Hukuk: Vekâletsiz işgörme, İst. 1957, sh. 327.

(4) RO 34 11 694.

(5) Tandoğan, sh. 3.

(6) Tandoğan, sh. 316.

haksız fiillere ve haksız iktisaba müteallik müeyyideler kâfi değildir; hakları tecavüze uğrayan şahıslara bu tecavüz neticesinde elde edilen kârı temellük selahiyeti bahşolunmak lazımdır" (7).

O halde, burada "kendi çıkarına haksız olarak başkasının hukuk alanına girip, işine karışıp kazanç elde etme durumu ile hak sahibinin tazminat davasındaki gibi zararı ya da sebepsiz zenginleşmedeki gibi fakirleşmesi aranmaksızın bu haksız kazanmanın geri verilmesi yolundaki büyük bir prensip sözkonusudur (8). Bu ilke ise "vekâletsiz iş göre kisvesi altında yeni bir müessesese" olarak tanımlanmıştır. İstek bu hukuksal temel üzerine oturtulup kötünietli davalıyı hesap vermeye zorlamak gerekir.

7) Sungurbey'in özgün görüşü:

Eski Roma hukuku ile Pandekt hukukunda kötünietli ziyet, ziyedlik konusunun her türlü yararlanmalarından, yani gerek semerelerden, gerekse ecrimisilden değil ve fakat yalnızca semerelerden sorumlu tutuluyordu. Mecelle'de de aynı çözümün benimsenmiş olduğunu görmekteyiz.

Buna karşılık Avusturya ve Alman Medeni Yasaları gibi çağdaş Yasalar, kötünietli ziyedin hem ecrimisilden hem de semerelerden sorumlu tutulmasını öngörmüştür.

İsviçre-Türk Medeni Yasası ise yukarıda sözü edilen gelişmelere ayak uyduramamış ve MK. 908'de kötünietli ziyedin her türlü yararlanmalardan değil de yalnızca semerelerden sorumlu olacağı kuralına yer vermiştir.

Türk Yargıtay'ı da 8.3.1950 gün ve 22/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında maddeyi lafzi bir biçimde yorumlayarak kötünietli ziyedin ancak semerelerden sorumlu olup ecrimisilden sorumlu olamayacağı çözümünü kabul etmiştir.

Oysa ki, BK. 414'te ifadesini bulan ilke şudur: Kendi çıkarına haksız olarak başkasının hukuk alanına girip, işine karışıp kazanç elde etme durumu ile hak sahibinin tazminat davasındaki gibi zararı ya da sebepsiz zenginleşmedeki gibi fakirleşmesi aranmaksızın bu haksız karışma kazancının geri verilmesi gerekmektedir. Bu haksız karışma kazancını geri alma isteminin, işine karışılan kimsenin zararının tazmini istemindeki gibi zararına ya da

(7) Tandoğan, sh. 64 vd.

(8) Sungurbey, sh. 415. Ayrıca bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Tandoğan, sh. 56 vd.

sebepsiz zenginleşme istemindeki gibi fakirleşmesine bağlı olmadığı için, bu istemleri aşan, bunları tamamlayan önemli görevi vardır.

Buna karşılık İsviçre-Türk MK. 908 ise kötüniyetli zilyedi, zararlardan başka, Roma Hukuku ile Pandekt hukukundaki gibi yalnız semerelerden sorumlu tutmuş görünmektedir. Malik şeyi semerelendirmek amacıyla olmasa bile kötüniyetli zilyedin elde ettiği semereler malikin olacağından bunları olduğu gibi isteyebileceği; istihlâkları durumunda da tazminat isteyebileceğinden kuşku yoktur. Öyleyken Yargıtay 8.3.1950; 22/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında yanlış olarak, malikin semerelerin tazminini isteyebilmesi için bile onu semerelendirmek amacını aramış, ecrimisil isteyebilmesi için de zarara uğramış olmasını haydi haydi gerekli görmüştür. Oysaki İsviçre-Türk BK. 414'teki kendi çıkarına haksız olarak başkasının hukuk alanına girip, işine karışıp elde edilen kazancın geri verilmesi ilkesi, başkasının taşınmazını haksız olarak kendi çıkarına kullanan kötüniyetli kimseye, malikin zararı aranmaksızın, o malını kullanmayacak ya da kullandırmayacak olsaydı bile, ecrimisilin de ödetilmesini gerektirmektedir. Yoksa, malını kullanacağını ya da kullandıracığını, böylece zararını isbatlayamayan hak sahibi, kötüniyetli zilyed o şeyi başkasına kiralamış ise en aşağı o yerin getirebileceği kira karşılığını hukusal semere olarak isteyemeyecekti ki bu, mantıksız bir sonuç olacaktı. Bu nedenlerle İsviçre bilimsel öğretisi, İsviçre MK. 940'daki kötüniyetli zilyedin sorumlu olacağı semereler sözünü ihtirazi değil de vukui, yararlanmalara anlamca eşit sayılıp ecrimisili de içine alacak bir yolda geniş yorumlayarak malikin zararından ayrı olarak kullanma çıkarları karşılığının da (ecrimisil) ödetilmesine çalışmaktadır.

Eski hukukumuzda gelince: Hanefi fıkhına dayanan mecelle, "Menfai, mazmun değildir" ilkesini kabul etmiştir ki, buna göre kötüniyetli zilyed nesneyi haksız kullanarak malikin yararlanmasına engel olması yüzünden malikin gördüğü zararı tazmin etmeyeceği gibi kullanmayla elde ettiği çıkarlardan da sorumlu olamaz. Ancak "müaddün-lil istiğlâl" denilen kiralık nesnelere, tevîl-i mülk ve akid yolunda görünen (Mecelle, 597/598) iyi inançla olmayarak, zilyedliğinde bulunduran kimsenin, malike zımni olarak kira sözleşmesi yaptığı faraziyesine dayanarak, eski hukukumuz da ücret belli edilmedikçe bozuk bulunan başkaca kira sözleşmelerindeki gibi (Mecelle, 462), "ecr-i misil" ödemesi gerekiyordu. Bundan başka küçüklerle yetimleri, vakıfları korumak için, bunların mallarını kullananların bütün durumlarda "ecr-i misil" ödemesi kabul edilmişti. Örnekler: Mecelle, mad. 596: "Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa gasb kabilinden olarak me-

nafiini ödemek lazım gelmez. Fakat mal-i vakıf ya mal-i sagir ise her halde ve müaddün-lil istiğlâl ise te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde ziman-ı menfaat yani ecr-i misil lazım olur. Meselâ bir kimse aharin hanesinde akd-i icare etmeksizin hodbehod bir müddet sâkin olsa ücret vermesi lazım gelmez. Fakat ol hane vakfın ya bir sagirin malı ise gerek te'vil-i mülk ve akid bulunsun ve gerek bulunmasın her halde sâkin olduğu müddetin ecr-i misilini vermesi lazım gelir. Kezalik kirahane olup da te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde yine ecr-i misil lazım olur ve keza bir kimse sahibinin izni olmaksızın bir kira beygirini alıp da bir müddet kullansa ecr-i mislini vermesi lazımgelir”.

Mad. 472: "Min gayr-i akid ve bilâ izin bir kimse birinin malını istimal ettiği surette müaddün-lil istiğlâl ise ecr-i misil lazım olur. Değil ise lazım olmaz.

Fakat mal sahibi ücret mütalebe ettikten sonra istimal eder ise müaddün-lil istiğlâl olmasa dahi ücret itasi lazım gelir.

Zira bu halde istimal etmesiyle ücrete razı olmuş olur" (9).

B – SORUMLULUK İÇİN MALİKİN ZARARI MI YOKSA FUZULİ ŞAĞILIN YARARI MI GEREKLİDİR ?

1– YARAR ESASI : MK. 908. maddesindeki (bir şeye suiniyetle zilyed olan kimse o şeyi hak sahibine iade etmekle beraber, haksız alıkoymuş olmasından mütevellit zararları ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereleri tazmin ile de mükelleftir) hükmünü (... elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereleri ve diğer menfaatleri tazmin ile de mükelleftir) şeklinde anlayarak kullanmadan doğan yararlanmayı da semerelere benzetmek ve böylece malikin zararı bulunmasa bile, kötü niyetli zilyeden, yararlanmasının karşılığını isteyebileceğini savunmaktadırlar (10).

Nitekim Postacıoğlu'na göre her gasb fiili ecrimisili gerektirir. Zira fuzuli işgal olayı olmasaydı malik taşınmazını ya kiraya vermek veyahut bizzat işletmek yetkisini haiz olacaktı. Mülkiyet hakkının zorunlu bir sonucu olarak haiz bulunduğu bu tercih hakkını gasb nedeniyle kullanamamış ise, şimdi kullanmasına olanak vermek gerekir (Postacıoğlu, sh. 430). Yasanın amacı

(9) Sungurbey, İsmet: Kötü İnancı Elmen, yalnız verimlerden değil, kullanma karşılığın-
dan da sorumlu tutulmak gerekir. Medeni Kanun öntasarısının nesnel hukukunun
eleştirisi, İst. 1972, sh. 413 vd. –özet–

(10) Hırş, Ernest: Zilyedliği Gasb ve Ona tecavüz (fuzuli işgal)den doğan tazminat (ecrimi-
sil) talepleri, MK.nun 15. yıldönümü, İst. 1944, sh. 773/800; Postacıoğlu, İlhan: Suini-
yet Sahibi Zilyedlerin Ecrimisille Mükellef Olup Olmadığı, İHF'M. 1951, c. XVII, sayı:
1, 2.

fuzuli şagili gasb suretiyle elde ettiği semere ve bu semere kavramına girebilecek sair yararları mal sahibine iade ettirmektir. Sorunu bir de gasb nedeniyle mamelekte bir artma mevcut ise mütemmim cüz'ün asla tabiiyeti gereğince sözkonusu fazlalığın mal sahibine aynen ya da nakden iade edilmesi gerektiği yönünden ele almak gerekir (11).

2 – ZARAR ESASI

a) Bir malı sadece kullanmak, ondan yararlanmak olmakla beraber onun semerelerini toplamak sayılamaz. Zira Yasadan doğan borçlar yalnız Yasanın açık hükmüne dayanmakla varlık kazanabilir ve bir kimsenin, gasp dahi olsa, bir haksız fiil dahi işlemiş bulursa, tazminatdan başka bir borç ile sorumlu tutulmasını gerektiren genel bir Yasa hükmü yoktur. Bundan başka 1.3.1950 günlü ve 11/2 sayılı İçt. Bir. Kar. ile Yasadaki (semere)nin sadece doğal ve hukuksal semereleri anlattığı, bir malı kullanma ile elde edilen menfaatin hiç bir zaman semere olmadığı kabul edilmiştir. O halde, MK. 908. maddesinin semerelere ilişkin hükmüne dayanılarak kullanma ile elde edilen yararın karşılığının asıl hak sahibinin zararı olmasa dahi, kötü niyetli zilyeden istenebileceği kabul edilemez.

MK. öntasarısına ilişkin ve Prof. E. Huber tarafından yapılmış bulunan gerekçede "zilyed kötü niyetli ise, durum başkadır. Bu halde tam geri verme ve tam tazminat isteminin kabulü, adalete uygundur. Federal BK.da olduğu gibi, giderler dolayısıyla alacak hakkı, ancak şarta bağlı olarak tanınmıştır" denilmektedir. Böylece, MK. 908. madde hükümleriyle tam tazminat esasının kabul edilmemiş amacının güdüldüğü ve tazmitattan başka bir alacağın bu maddenin amacına uymadığı açıkça görülmektedir.

b) DAVALININ MALI SADECE KULLANMIŞ BULUNMASI, DAVACI MALIKIN ZARARI SAYILMAZ MI? Hayır. Zira zarar demek, belli bir olay dolayısıyla bir kimsenin mamelekinde meydana gelecek bir çoğalmanın önlenmesi ya da bir azalmanın meydana gelmesidir. Davada, yalnız davalının davacıya ait arsayı kullanarak o maldan yararlanmış bulunması yüzünden yararlanmanın karşılığının ödetilmesi istenilmiş ve davacı tarafca kiraya verilmesinin istenmesine rağmen davalının arsayı elinde bulundurması yüzünden kiraya verilmediği ileri sürülmemiş, bunun aksine, malın kiraya verilmek istendiğinin iddia edilmediği esastan hareket edilmiştir. O halde, davacının mamelekinde bir azalma veya çoğalmanın önlenmesi sözkonusu edilmiyor demektir ki, bu da davacının zararı olduğu iddia edilmiyor demektir.

(11) Postacıoğlu, sh. 434.

c) DAVALININ, DAVACININ ARSASINI KULLANARAK FAYDA SAĞLAMASI SEBEPSİZ İKTİSAP SAYILMAZ MI? Hayır. Zira sözü edilen maddede (aharın zararına mal iktisap eden) sözleri ile, sebepsiz mal edinmenin şartı olarak, şu durumları öngörmektedir: Davacının mal varlığında bir artma önlenmesinin yahut azalmanın gerçekleşmiş olması ve davalının mal varlığındaki değişikliğin davacının mal varlığındaki değişikliğin sonucu bulunması... Davacının arsasını kiraya vermek istediği halde davalının onu elinde tutması yüzünden vermediği ileri sürülmediğine göre davacının mal varlığında bir artma önlenmesi yahut bir azalma yok demektir ve böylece sebepsiz mal edinmenin iki şartı gerçekleşmiş değildir. O halde, sebepsiz mal edinme davası açılmaz.

d) YASALARIMIZDAKİ MÜLKİYETE AİT BÖLÜMLERİN HIÇ BİRİNDE ZARAR YA DA HAKSIZ İKTİSAP SÖZKONUSU OLMAKSIZIN BİR ALACAĞIN VARLIĞINI HAKLI GÖSTEREN BİR HÜKÜM BULUNMAMAKTADIR. Gerçekten MK.nun ve diğer Kanunların mülkiyete ait hükümleri incelendiğinde, mülkiyet hakkının malike başkalarının elinden malını her zaman geri almak ve başkalarının müdahalesini her zaman önlemek yetkisi veren hükümler bulunduğu ve fakat, haksız yere malını kullandıktan, zarar veya sebepsiz mal edinme sözkonusu olmaksızın herhalde bir alacak isteyebileceğini gösteren hiçbir hüküm bulunmadığı görülmektedir; o halde, bir yabancı malikin malını karşılıksız olarak kullanamayacağı cihetle mal sahibinin herhalde bir alacak isteyebileceği yollu görüş dahi yasal dayanaktan yoksundur. ZARARA UĞRAMAYAN MALIKIN HIÇ BİR ALACAK İSTEYEMEMESİNİN SOSYAL BİR SAKINCASI YA DA MÜLKİYET HAKKINI ZAYIFLATAN BİR YÖNÜ BULUNMAMAKTADIR. TAM TERSİNE MALİKLERİN MALLARI İLE İLGİLENMEK VE ONLARI DEĞERLENDİRMEK YOLUNA GÖTÜRMEK GİBİ ÖNEMLİ BİR SOSYAL FAYDASI DA VARDIR. Zira tazminatın, malik için meydana gelebilecek her türlü zararların karşılanmasını sağladığı gözönünde tutulursa, zarar meydana getirmemiş bir kullanmadan dolayı malikin hiç bir alacak isteyememesinin sosyal bir sakıncası yahut mülkiyet hakkını zayıflatan bir yönü olduğu ileri sürülemez. Bu görüşün, mal sahiplerini malları ile gereği gibi ilgilenmek ve mallarını değerlendirmek yoluna götürmek gibi önemli sosyal bir faydası da vardır (12).

e) Bu günkü hukukumuzda bir kimsenin sırf malikin rızası olmaksızın bir maldan yararlanmış olması nedeniyle ve malike herhangi bir zarar gel-

(12) HGK. 9.1.1963; 8/7; HGK. 15.4.1964; 223/330.

memiş olmasına rağmen ecrimisil adıyla veya diğer bir adla bir alacak ödenmesini haklı gösteren bir hüküm yoktur. Bu gibi olayda ancak yararlanmanın kötü niyete dayanması halinde ve belli bir zararın iddia ve isbat edilmesi kaydıyla MK. 908. maddesi hükmüne uygun bir tazminat davası söz konusu olabilir (13). Öyle ise şu husus belirtilebilir: İşgal tazminatına hükmedilmek için davacının bu işgalden ötürü zarara uğraması gerekmektedir (14).

C) HAKEM KARARLARINDA ZARAR VE YARAR ESASI

"Dava konusu yerin gelir getirebilen yerlerden olduğu davalıların üzerine ev ve dükkân yaparak yararlanmakta olmaları ile ortadadır. Davacı Belediye de aynı şekilde bina yapıp kiraya vererek yararlanabileceği gibi arzdan yararlanmak isteyenlere de kiraya vererek gelir sağlayabilir. Arz kısmının yukarıda açıklanan biçimlerde kiraya verilerek ne miktarda gelir sağlanabileceği uzman bilirkişi marifetiyle saptanarak hasil olacak sonuca göre ecrimisile hükmedilmek gerekir". 3. H.D. 25.11.1982. 4868/4891 (NOT: Mahkeme davalının Belediye hudutları dahilinde kalan ve fakat ev ve dükkân yaptığı yerin aslında kayalık bir yer olması nedeniyle davacı Belediyenin bundan bir zararının olamayacağı düşüncesiyle Belediyenin ecrimisil istemini geri çevirmiş idi.

"Davacı vekilli, özet olarak, mazbut Fatih Sultan Mehmet Vakfından olup tamamı müvekkili idareye ait bulunan arazinin İmar ve İskan Bakanlığı tarafından gecekondü önleme bölgesi olarak ayrıldığını, bir kısmının müvekkili idarenin rızası olmaksızın 8 blok halinde apartman inşa ettirilmesi suretiyle davalı Bakanlıkça işgal edildiğini, ecrimisilin ödenmesi için yapılan tebligata karşı bu yerin satın alınacağını bildirildiğini, ancak bu güne kadar satın alma hususunda herhangi bir girişime geçilmediği gibi hiç bir ödemede yapılmadığını bildirerek 59.015.67 TL. ecrimisilin faiz, yargılama gideri ve avukatlık ücreti ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekilli, gene özet olarak, işgal olunduğu iddia olunan yerin müvekkili Bakanlığın satın almak üzere davacı Genel Müdürlüğe teklifte bulunduğunu, davalı Genel Müdürlük İdare Meclisince bu hususta karar alındığını, bu kararın Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile uygunluğuna karar verildiğini, bölgenin henüz gecekondü önleme bölgesi olarak tastik edilmesinden

(13) 4. HD. 18.10.1966; 9207/9084.

(14) 4. HD. 24.4.1973; 17885/5059; HGK; 17.11.1976; 576/2907.

ötürü tasdikli planın gönderilmediğini, satışına girilmiş bir arazinin fuzulen işgal durumunun bahis konusu edilemeyeceğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Dava, belirgin olarak işgal tazminatı istemine ilişkin bulunmaktadır. Bu durumda olayda işgal tazminatı hakkının doğumu için gerekli koşulların gerçekleşmiş bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir.

Bilindiği üzere, işgal tazminatı hakkının doğumu, başlıca iki koşulun gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bunlar, sırasıyla -işgal eylemini işleyenin kötü niyetli oluşu ve bu işgal sonucu malikin zarara uğraması- halleridir. Bu tür tazminat davalarının kökünde MK. m. 908'e dayanmış olmaları, bu yönü kuşkusuz olarak ortaya koymaktadır. Esasen 8.3.1950 gün, 22 E. 4 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile 4.6.1958 gün, 15 E, 6 K, sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında bu hukuksal gerçeği hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak açıklıkta desteklenmektedir.

Bu olayda her şeyden önce davalı Bakanlığın kötü niyetli sayılmasına olanak yoktur. Tarafların üzerlerinde birleştikleri satın alma olgusu, davalı idarece de bilinebilecek biçimde çekişmeli yerde Bakanlık tarafından inşaat yapılması ve özellikle bu işgalin bir kamu ödevini yerine getirme amacına yönelik bulunuşu, bir var sayım olarak dahi kötü niyet olasılığını açıkça bertaraf etmektedir. Esasen davacı idarenin dahi bu yolda bir iddiası bulunmamaktadır. Olayda davacı idare bakımından bir zararın, bir başka anlatımla, davalı Bakanlığın işgalinden ötürü mal varlığında bir eksilmenin gerçekleştiği de söylenemez. Zira davacı idare dava konusu yerden işgalden önce faydalandığını, işgalden önce faydalanmakla birlikte sonradan faydalanma niyetinde bulunduğunu ileri sürmemiştir. Gecekondu önleme bölgesi olarak ayrılmış bulunmasından ötürü bu yerin davacı idarece bir başka kişiye satılmasına da yasaca olanak yoktur. Ayrıca davacı idare bu davanın açılmasından sonra da davalı Bakanlığın işgalinden ötürü ne'ini ve niteliğini belirtmek suretiyle zararının bulunduğunu iddia ve özellikle isbat etmemiştir.

Bu durumda koşulları gerçekleşmediği için işgal tazminatı hakkının doğduğu söylenemez. O halde, davalı Bakanlığın savunması kabul edilmeli ve dava reddolunmalıdır.

(Yargıtay 10. HD. Başkanı Mustafa ÇENBERCİ'nin Hakem sıfatıyla verdiği 9.2.1976 gün ve 2/2 sayılı kararı).

İSTEK

1.6.1972–30.8.1974 arası için ecrimisildir.

GEREKÇE : "İşgal edilen yer gecekondü önleme bölgesi olarak kabul edilmiş... halen istimlak muamelesi tekemmül ettirilmemiş ve Bakanlıklarla Vakıflar Genel Müdürlüğü arasında satın alınmaya ilişkin muamele de ikmâl edilmemiştir.

Bu arsanın depo, ambar, atölye ve imalathane yapılmak suretiyle kiraya verilmesi olanağı bilirkişiler tarafından tesbit edilmiştir.

Davacı umum müdürlüğü arazinin bu şekilde tasarrufuna rıza gösterdiğine dair her hangi bir belge ibraz edilmemiştir. Satın alma teşebbüsünün devamı bu nedenle iyi niyet kaideleri ile kabili telif değildir. Gerek istimlak konusunda ve gerekse Borçlar Kanunu hükümlerine göre istimlak veya rızanın alınmasına teşebbüs edilen bir araziye tasarrufun bu muamele tekemmül etmedikçe talip olan tarafa her hangi bir hak doğuracağına dair bir esas bulunmadığı gibi bu nedenle bir hakkın olduğu iddia edilemez. Davacının kullanma olanağı bulunduğu müddetçe zararın mevcut olduğunun kabulü hem hukuk kaidelerine ve hemde hukuk kaidelerini saptayan 8.3.1950 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına uygundur.

Bu nedenle davalının savunmasının reddiyle 71.210.75 liranın davalıdan tahsiline" (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Başkanı Sabri GÜÇLÜ'nün hakem sıfatıyla verdiği 26.3.1976 gün ve 7/2 sayılı kararı).

f) Yarar esasları ile ilgili içtihatlar: "arsanın gecekondü inşaatı suretiyle fuzulen işgal ve davalı tarafın istifade ve intifa karşısında malikin hiç bir zararı bulunmadığının farzedilmesi, mülkiyet esaslarına ve adalet ve nasafet kaidelerine uygundur bulunmamıştır" (15).

"Bilirkişi müddeabihin ekime elverişli münbit bir yer olduğunu ve ecrimisile mütehammil bulunduğunu beyan etmiş olmasına nazaran ecrimisil talebinin reddedilmesi yolsuzdur" (16).

"Davalının suinuyetle işgal ettiği yerden herhangi bir semere istihsaline imkan bulunmaması ve malikin hiç bir zararının mevcut olmayışı ecrimisil talebinin reddini gerektirir" (17).

(15) 4. HD. 26.1.1954; 546/328.

(16) 1. HD. 11.4.1963; 2284/2890.

(17) 3. HD. 14.12.1951; 16545/12469.

Ç- GÖRÜŞÜMÜZ : Yukarıda da açıklandığı üzere HIÇ KİMSE KÖTÜ NİYETİNİ İLERİ SÜREREK BAŞKASININ İŞİNDEN SAĞLADIĞI KÂRI MUHAFAZA EDEMEZ. Bir başka anlatımla denebilir ki kural olarak HIÇ KİMSE BAŞKASININ HUKUK SAHASINA TECAVÜZ EDEREK BUNDAN BİR FAYDA TEMİN EDEMEMELİDİR. Zira hukuk düzenince haksız fiiller ve nedensiz zenginleşmeler için kabul edilmiş olan müeyyideler, bu nevi tecavüzlere karşı toplum üyelerini savunma için yeterli olamamaktadır. Çünkü haksız fiilden dolayı tazminat istemi uğranılan zararlar, nedensiz zenginleşmeden doğan geri isteme ise aleyhine iktisapta bulunulmasının mamelekindeki fakirleşme ile sınırlıdır (18). Öyle ise burada "KENDİ ÇIKARINA HAKSIZ OLARAK BAŞKASININ HUKUK ALANINA GIRIP, İŞİNE KARIŞIP KAZANÇ ELDE ETME DURUMU İLE HAK SAHİBİNİN TAZMİNAT DAVASINDAKİ GİBİ ZARARI YA DA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDEKİ GİBİ YOKSULLAŞMASI ARANMAKSIZIN BU HAKSIZ KAZANMANIN GERİ VERİLMESİ YOLUNDAKİ BÜYÜK BİR PRENSİP SÖZKONUSUDUR" (19). Bu ilke ise "VEKALET-SİZ İŞGÖRME KISVESİ ALTINDA YENİ BİR MÜESSESE" olarak tanımlanmıştır.

Bize göre haksız şağilin elde ettiği fayda esas alınarak kendisinde ecrimisil tahsil edilmesine ılımlı yaklaşan Yargıtay kararlarının temeli bu düşünce ve ilkeye dayandırılarak daha iyi bir şekilde açıklanabilir. Zira haksız olarak taşınmazı işgal eden kötü niyetli davalı –eğer davacının bir zararı sözkonusu olmamışsa– ancak bu yolla hesap vermeye zorlanabilir. Yargıtay'a intikal eden bir olayda özel pansiyon sahibi davalı işyerinde çıkan yangın nedeniyle sorumluluğunu yüklediği öğrencileri yaz aylarında Edirne'deki Devlet Ortaokuluna yerleştirmiş idi. Hazinesinin ecrimisil istemini kabul eden yerel mahkeme kararı, özellikle Hazinesinin yaz aylarında zaten boş bulunan bir Ortaokulun işgalinde hiç bir zararı olamayacağı açısından temyiz edilmiş ise de Yüksek Mahkeme kararı bu ve buna benzer düşüncelerle onaylanmıştır.

Bütün bunlara rağmen uygulamada hâlâ görüşbirliğine varıldığı söylenemez. Örnekler:

a) HAZİNE TAŞINMAZINI DAVA DIŞI MİLLİ SAVUNMA BAKANLIĞINA TAHSİS ETSE BİLE BURADAN YARARLANAN DAVALIDAN ECRİMİSİL İSTEYEBİLİR.

(18) Tandoğan, sh. 3.

(19) Sungurbey, sh. 415; Ayrıca bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. Tandoğan, sh. 56 vd.

**ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA
YARATAN BAZI SORUNLARI (III)**

"Davacı Hazine, dava konusu 1 ada 76 parsel sayılı taşınmazın kayden malikidir. Davalının haklı ve gerekçeli bir nedene dayanmaksızın nizalı taşınmaza taşkın inşaat yapmak suretiyle elattığı uzman bilirkişi tarafından kadastrol yöntemle de uygun olarak yapılan çap uygulaması ile saptanmıştır.

Davaya konu edilen taşınmaz Hazinece Milli Savunma Bakanlığına tahsisli olduğuna göre Hazinesinin bu yere taşkın olarak yapılan muhdesatı, yıkımı aşırı zarar doğursa bile en az malzeme bedeli karşılığı temellükü düşünülemez ve Hazine temellüke zorlanamaz. Tahsis olduğu yönünden olayda 2805 ve 2981 sayılı Yasaların uygulama yeri de düşünülemez. O halde elatmanın önlenmesi ile birlikte Hazinesinin kal isteğinin de kabulü gerekirken kal'e ilişkin isteğin karar yerinde yazılı nedenden ötürü reddine karar verilmesi isabetsizdir.

Davalı, taşınmazdan yararlandığına göre ecrimisil ile sorumlu olması zorunludur. Devamlılık kazanan yargısal uygulamalar da bu yöndedir. Taşınmazın Hazine tarafından Milli Savunma Bakanlığına tahsis edilmiş olması olgusu davalıyı ecrimisille sorumlu olma yükümlülüğünden kurtarmaz. Bu nedenle taşınmazın niteliği ve günün ekonomik koşulları gözönünde tutulmak suretiyle ecrimisil tayininde bir isabetsizlik yoktur. Ne var ki davalı tarafından zamanaşımı savunması nazara alınarak dava tarihinden geriye 5 yıllık süre için ecrimisile hükmedilmesi zorunlu iken yazılı biçimde altı yıl dört aylık ecrimisile hükmedilmesi de doğru değildir. Hal böyle olunca tarafların öteki temyiz itirazlarının reddiyle hükmün kal'e ve ecrimisilin miktarına ilişkin bölümünün yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü H.U.M.K.nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin harcın iadesine 11.2.1986 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (20).

b) DAVALI KENDİSİNE AİT OLMAYAN TAŞINMAZI İŞGAL EDEREK ONDAN YARALANDIĞINA GÖRE, ECRİMİSİL ÖDEMESİ İÇİN DAVACININ AYRICA BİR ZARARI BULUNDUĞUNU İSBAT ETMESİNE GEREK BULUNMAMAKTADIR.

"1. Yargıtay ilamında benimsenen mahkeme kararında belirtilen gerekçeye göre 640 ve 679 sayılı parsellere ait karar düzeltme isteminin reddine.

2. 641 sayılı parsel gelince;

Keşif yerinde dinlenen davacı ve davalının şahitleri ittifakla ortaklık halindeki 640 ve davacıya ait olan 641 sayılı parsellerin davalının 1980 yılından beri, bir yıl hariç, her yıl ekip biçtiğini bildirmişlerdir. Mahkemenin, intifadan men koşulu gerçekleşmediği için 640 ve 679 numaralı parseller için ecrimisil istenemeyeceğine dair kabulü yerinde ise de, mülkiyeti bağımsız olarak yalnız davacıya ait olan 641 numaralı parsel için, bu parseli bir yıl dışında babasının ölümünden itibaren işgal ederek ekip biçtiği anlaşılan davalı aleyhine ecrimisile hükmedilmesi gerekir.

Davacının, davalının savunması ve hile 1985 yılında davadan iki ölçek buğday aldığına dair beyanı, ecrimisil isteminden vazgeçtiği anlamına gelmez. Davalı kendisine ait olmayan taşınmazı işgal ederek onu ekip biçmek suretiyle ondan yararlandığına göre, ecrimisil ödemesi için davacının ayrıca bir zararı olduğunu isbat etmesi de gerekmez. O nedenle davanın tümünün reddi doğru görülmüştür.

Davalı, haksız işgal ettiği 641 parsel için, işgali sabit olan süre ile ecrimisil ödemek durumundadır.

Davacının, yurt dışında olduğu için bu parseli kendisinin bizzat ekip biçmeyeceği kabul edildiğine göre parselin kira esaslı üzerinden getirebileceği ecrimisili bilirkişiye hesaplatılarak işgal süresi için belirlenecek miktarın hüküm altına alınması gerekir (21).

c) GELİR GETİRMEYEN ORTAK YER İÇİN ECRİMİSİL İSTENİLEMEZ.

"Kat mülkiyetli bir apartmanın zemin katındaki 11 ve 12 nolu işyerinin malik ve kiracısı olan davalıların tüm kat maliklerinin rızasını almadan ortak yer olan bahçeye ekleme bir oda yaptıkları ve bunun mimari projesine aykırı olduğu bilirkişi raporu ile tespit edildiğinden mahkemece bahçenin projesindeki duruma dönüştürülmesine ve bunun için de davalılara 15 günlük süre tanınmasına ve dava dilekçesinde yazılı ikinci bir eklemeye ilgili iddia sabit olmadığından bununla ilgili istemin reddine karar verilmesi doğru bulunmuş ve tarafların bu yönle ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmüştür.

Mahkeme ayrıca, bilirkişi raporu gereğince bahçenin davalılarca işgali nedeniyle beş yıllık ecrimisil olarak 498.000 liranın da davalılardan alınmasına karar vermiş ise de; gelir getirmeyen ortak yer için ecrimisil istenemeyeceği düşünülecek davacının ecrimisil ile ilgili istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ecrimisilin alınmasına hükümlenmesi doğru bulunmamıştır" (22).

d) BU KONUDAKİ YARGITAYIN SON UYGULAMASI :

"KENDİ ÇIKARINA BAŞKASININ HUKUK ALANINA GIRIP, İŞİNE KARIŞIP KAZANÇ ELDE EDEN DAVALININ; DAVACININ ZARARI YA DA YOKSULLAŞMASI ARANMAKSIZIN ELDE ETTİĞİ HAKSIZ KARIŞMA KAZANCINI İADE ETMESİ GEREKİR" GEREKÇESİYLE YARGITAY'IN VARDIĞI SONUÇ BİLİMSEL ÖĞRETİNİN UYGULAMACILAR TARAFINDAN DİKKAT VE ÖZENLE İZLENDİĞİNE İLİŞKİN ÖZGÜN BİR ÖRNEKTİR.

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa Dördüncü Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen

(21) 3. HD. 9.5.1988; 5010/5450.

(22) 5. HD. 20.3.1989; 16563/5327.

ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA YARATAN BAZI SORUNLARI (III)

7.6.1989 gün ve 979-594 sayılı kararın incelenmesi bir kısım davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi'nin 27.2.1990 gün ve 8272-1689 sayılı ilamıyla; (...taşınmazda payı bulunan Ali dışındaki davalılar Hilmi, Seyfi ve Fikret'in paydaş Ali'ye tebaen taşınmazı işgal ettikleri anlaşıldığına göre, hüküm olunan ecrimisilden bu davalıların da sorumlu tutulmaları doğru görülmemiştir.

Ayrıca İstanbul Bebek Semt'i'nde oturduğu anlaşılan davacının taşınmazı bizzat işleyeceği ya da ortaklığına vermek suretiyle taşınmazda gelir sağlayacağı konusunda bir iddiası bulunmadığı halde işgal edilen taşınmazdan ürün esaslı üzerinden ecrimisile hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.

Mahkemece yapılacak iş, davacıya ecrimisil istediği dönem açıklattırılarak iddiası ile sınırlı olmak üzere davalı Ali'nin taşınmazın kereviz ektiği veya ektirdiği bölümü için kira esaslı üzerinden bilirkişiye hesaplatılacak ecrimisile hükmetmek olmalıdır.

Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılarından Ali vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek, direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili, tarafların ortak murisinden kalan 4938 parsel sayılı taşınmazı bütün ihtarlara rağmen kullanmaya devam eden davalıdan, anılan taşınmazdaki kereviz ekiminden elde ettiği net gelirin miras payı oranına tekabül eden 1.220.000 liranın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Taraflar arasındaki davaya konu edilen taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesi davası açıldığı, davacıya ait hisse üzerinde tasarrufta bulunmaması (ekim dikim yapmaması) ve başkalarına da kullandırmaması hakkında, davalıya, çeşitli tarihlerde birden çok ihtarname gönderildiği ve de ortak taşınmaz üzerinde dikim yapılmaması için ihtiyati tedbir kararı alındığı halde, davalının, kereviz ekimi yapmak suretiyle yararlanmasını sürdürdüğü dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Yine dosyaya sunulan ve aksi iddia edilmeyen belgelere göre, davacının, paydaş olduğu taşınmazda kavak ekme girişimine davalı tarafta cebir ve şiddet kullanmak suretiyle engel bulunduğu, Bursa Vilayet Makamına davacı tarafından yapılan çeşitli müracaatlarla taşınmazı kullanmak iradesinin bir kez daha açığa vurulduğu anlaşılmış ve ayrıca bu olaylardan dolayı davalının işlediği müessir fiil sonucu Sulh Ceza Mahkemesince de mahkum edildiği saptanmıştır.

Yukarıdan beri yapılan tesbitlerin ışığı altında davalının, kendi çıkarına haksız olarak başkasının (davacının) hukuk alanına girip, işine karışıp kazanç el-

de ettiğinin kabulü gerekir. Öyle ise davacının, tazminat davasındaki gibi zararı ya da nedensiz zenginleşmedeki gibi yoksullaşması aranmaksızın, bu haksız karışma kazancının, istihsal giderleri çıkarıldıktan sonra payı oranında geri verilmesi zorunludur. Zira davacının, tüm ikazlarına (ihtarlarına) ve hatta adli ve idari mercilere başvurmasına rağmen, pay oranını dikkate almaksızın onun rızası hilafına kâr elde etmek amacıyla tüm taşınmazı, işgale devam eden davalı, pay oranı dışındaki kısımda süren bu eylemini yalnızca hesap vermekle yükümlü olduğu paydaş (davacı) malik için yapmağa yetkilidir.

Bundan ayrı olarak davacının, tüm ihtarlarına ve taşınmazdaki payını bizzat çalıştırmak istemesine rağmen davalının, taşınmazı işgal ederek yararlanmasını sürdürmek suretiyle haksız bir fiili işlemiş bulunması nedeniyle de, aynı sonuca bir başka açıdan ulaşmak olanaklıdır. Gerçekten de almış bulunduğu tedbirler dikkate alındığında olayların olağan akışı içerisinde davacının, Özel Dairenin bozma ilamında işaret eylediği üzere salt kira geliri üzerinden değil de, ürün esası üzerinden bir alacağa hak kazandığının kabulü gerekir. Zira olayın özelliği ile eyleme dayanan bir takım karineler kötü niyetli davalıya karşı davacının, isteminde haklılığını açıkça göstermeye yeterlidir. Çünkü, davalının tutumu, davacının mal varlığında meydana gelecek bir çoğalmayı önlemiş bulunmaktadır.

Bu itibarla, mevcut delillerin değerlendirilmesi suretiyle davanın kabulüne dair verilen yerel mahkeme kararı doğrudur.

O halde, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararı onanmalıdır" (23).

KAMU KONUTLARININ BOŞALTI MASINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME

A) 2946 Sayılı, 11.11.1983 Tarihinde Yürürlüğe Giren Kamu Konutları Kanununun Tahliye İle İlgili Maddeleri

Konuttan Çıkma

Madde 7 - Bu kanun kapsamına giren;

a) Özel tahsisli, görev ve hizmet tahsisli, konutlarda oturanlar tahsise esas görevin son bulduğu tarihten itibaren iki ay içinde konutlardan çıkmak zorundadırlar.

b) Sıra tahsisli konutlarda oturanlar; beş yıllık oturma süresinin bitiminden itibaren on beş gün veya yararlanacak başka biri olmaması nedeniyle oturmaya devam etmesine izin verilmiş ise çıkması için idarece yapılan tebligat tarihinden itibaren bir ay içinde emeklilik, istifa, başka bir yere nakil ve herne sebeple olursa olsun memuriyet sıfatı kalkanlar ilişkilerinin kesildiği tarihten itibaren iki ay içinde konutlardan çıkmak zorundadırlar.

**ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA
YARATAN BAZI SORUNLARI (III)**

c) Konutlarda oturmakta iken ölenlerin aileleri, ölüm tarihinden itibaren iki ay içinde konutu boşaltırlar.

d) Konutta oturmakta iken bulunduğu il veya ilçe dışındaki bir sıkıyönetim savcılık veya mahkemesine veya adli müşavirliğine veya sıkıyönetim komutanlıkları emrindeki aynı veya değişik bir göreve atanmalar ilişkilerinin kesildiği tarihten itibaren, sıkıyönetimin kalkması halinde görevleri nedeniyle konut tahsis edilenler sıkıyönetimle ilgili görevlerinin bittiği tarihten itibaren altı ay içinde konutları boşaltırlar.

e) Tahsis yapıldıktan sonra oturma şartlarına haiz olmadıkları anlaşılmal kendilerine yapılan tebligat tarihinden itibaren iki ay içinde konutu boşaltırlar.

f) Staj, kurs, tedavi amacıyla ayrılanlardan kurum veya kuruluşlarıyla ilişkisi kesilmeyenlerin aileleri normal süresini tamamlayıncaya kadar konuttan çıkarılmaz.

g) Geçici veya sürekli olarak yurt içi veya yurt dışı görevine atanmaların ailesini beraberinde götürmesinde siyasi, askeri veya emniyet mülhazası ile sakınca görülenlerin aileleri, görevinin bu görevi sona erinceye kadar konuttan çıkarılmaz.

Konuttan çıkarılma

Madde 8 - Konutlar 7. maddede belirtilen süreler sonunda boşaltılmaz ise, tahsise yetkili makam tarafından ilgili mülki veya askeri makamlara başvurulur. Bu başvuru üzerine konut başka bir bildirim gereke kalmaksızın, kolluk kuvveti kullanılarak bir hafta içinde zorla boşaltılır. Zorla boşalttırmaya karşı, idareye ve yargı mercilerine yapılacak başvuru boşalttırma işleminin icra ve infazını durdurmaz.

Konut tahsisine yetkili makam tarafından kendilerine tahsis yapılmadan konutları işgal edenler veya tahsis yapıldıktan sonra gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu anlaşılmal, konut blok veya gruplarındaki diğer konut sakinlerinin huzur ve sükununu bozucu genel ahlâk değerlerini zedeleyici tutum ve davranışlarda bulunmakta ısrar ettiği tesbit olunanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükmüne göre işlem yapılır.

**B – KAMU KONUTLARI YÖNETMELİĞİNİN TAHLİYE İLE İLGİLİ
MADELERİ (RG. 23.9.1984, sayı 18524)**

Konuttan çıkma, konuttan çıkarılma ve konutların yönetimi;

Konuttan çıkma:

Madde 33 - Bu yönetmelik kapsamına giren;

a- Özel tahsisli, görev tahsisli ve hizmet tahsisli konutlarda oturanlar tahsise esas görevin son bulduğu tarihten itibaren iki ay içinde,

b- Sıra tahsisli konutlarda oturanlar beş yıllık oturma süresinin bitiminden onbeş gün veya yararlanacak personel olmaması nedeniyle oturmaya devam edenler ise çıkması için ilgili idarece yapılan tebligat tarihinden itibaren bir ay içinde; emeklilik, istifa, başka biryere nakil ve her ne şekilde olursa olsun, memuriyet veya işçi sıfatı kalkanlar, ilişkilerinin kesildiği tarihten itibaren iki ay içinde,

c- Konutlarda oturmakta iken ölenlerin aileleri, ölüm tarihinden itibaren iki ay içinde,

d- Konutta oturmakta iken bulunduğu il veya ilçe dışındaki bir sıkıyönetim savcılık veya mahkemesine veya adli müşavirliğine veya sıkıyönetim komutanlıkları emrindeki kadrolu askeri ceza ve tutuk evi müdürlüklerine atananlar veya bu görevlerden başka bir yerdeki aynı veya değişik bir göreve atananlar, ilişkilerinin kesildiği tarihten ve sıkıyönetimin kalkması halinde, görevleri nedeniyle konut tahsis edilenler, sıkıyönetimle ilgili görevlerin bittiği tarihten itibaren altı ay içinde,

e- Tahsis yapıldıktan sonra konutta oturma şartlarını haiz olmadıkları anlaşılanlar, kendilerine yapılan tebligat tarihinden itibaren iki ay içinde,

f- Staj, kurs, tedavi amacı ile görevlerinden geçici olarak ayrılanların aileleri, normal oturma süresini tamamladıkları tarihte,

g- Geçici veya sürekli olarak yurt içi veya yurt dışı göreve atananlardan ailesini beraberlerinde götürmelerinde siyasi, askeri ve emniyet mülahazası ile sakınca görülenlerin aileleri, görevlinin bu görevi sona erdiği tarihte,

Konutları boşaltmak ve anahtarlarını, yetkili birime vermek zorundadır.

Konutta oturanlarda yukarıdaki fıkralara göre, konutun boşaltılmasını gerektiren bir değişiklik olduğunda, durum personelin bağlı bulunduğu en yakın yetkili amirince, değişiklik tarihinden itibaren en geç on gün içinde bir yazı ile ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

Konutları boşaltanlar, konutu ve anahtarını bir örneği ek (8) de gösterilen "Kamu Konutlarını Geri Alma Tutanağı" düzenlemek suretiyle ilgili birime teslim etmek zorundadır. Teslim sırasında konutta bulunan demirbaş eşya ve mefruşat listesi idarece kontrol edilir, noksansız teslim alınır.

Konuttan Çıkarılma;

Madde 34 - Konutlar, 33 üncü maddede belirtilen süreler sonunda boşaltılmaz ise tahsise yetkili makam tarafından ilgili mülki ve askeri makamlara başvurulur. Bu başvuru üzerine konut, başka bir bildirim gerek kalmaksızın, kolluk

ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA YARATAN BAZI SORUNLARI (III)

kuvveti kullanılarak, bir hafta içinde zorla boşalttırılır. Zorla boşalttırmaya karşı, idareye ve yargı mercilerine yapılacak başvuru, boşalttırma işleminin icra ve infazını durdurmaz.

Konutun tahsisine yetkili makam tarafından kendilerine tahsis yapılmadan konutları işgal edenler veya tahsis yapıldıktan sonra gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu anlaşılanlar ile konut blok veya gruplarındaki diğer konut sakinlerinin huzur ve sükununu bozucu, genel ahlak değerlerini zedeleyici tutum ve davranışlarda bulunan ve kendisine yapılan yazılı uyarılara rağmen bu davranışlarında ısrar ettiği tesbit edilenler hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

C – İÇTİHATLAR

1- KENDİSİNE LOJMAN TAHSİS EDİLEN MEMURUN BİR BAŞKA GÖREVE ATANMASI NEDENİYLE ÖDEMESİ GEREKEN TAZMİNAT ŞU ŞEKİLDE HESAPLANMAK GEREKİR : İLGİLİ MEMURUN (DAVALININ) KENDİSİNE TAHSİS EDİLEN LOJMANIN BOŞALTMASI GEREKEN GÜN-DEN DAVA TARİHİNE KADAR BURASININ BİR BAŞKA MEMURA TAHSİS EDİLMESİ DURUMUNDA ALINACAK PARA İLE DAVALININ HALEN ÖDEMEKTE OLDUĞU PARA ARASINDAKİ FARK HESAPLANARAK TAH-SİL EDİLMELİDİR.

"1- Davacı, Sosyal Güvenlik Bakanlığının buyruğu gereğince 1.1.1979 gününde davalıya özümlenen ve kendisine aynı günde teslim edilen 5 numaralı daireyi, Gümrük ve Tekel Bakanlığı Müsteşarlığına atanmasına karşın bu güne kadar boşaltmaması nedeniyle bu dairenin aylık kira raici üzerinden hesaplanan 142.458.17 liranın davalıdan alınması için istemde bulunmuştur. Davalı sava karşı koymuş ve davanın reddini dilemiştir. Mahkemece istem doğrultusunda ödetme-ye karar verilmiş, hüküm, davalı yanca temyiz edilmiştir.

2- Dava, görevi nedeniyle davalıya özümlenen lojmandan, başka bir göreve atanması üzerine orayı en geç 20.4.1980'e değin boşaltması istenildiği halde buna uymadığı savlanan davadan emsal kira parası üzerinden yapılan hesap sonucu 142.458.17 liranın ödettirilmesi istemine ilişkindir.

İddiâ ve savunmaya, dosyadaki yazılarla belgelere göre dava konusunda geçen 5 numaralı dairenin Sosyal Güvenlik Bakanlığının buyruğu gereğince davalıya özümlendiği, aylık 920 liradan oturması için bu dairenin 1.1.1979 günlü tutanak ve içeriği ile davalıya teslim edildiği, sonradan Gümrük ve Tekel Bakanlığı Müsteşarlığına atandığı, buna karşın lojmanı boşaltmadığı anlaşılmaktadır. Bilirkişinin düzenlediği 25.8.1981 günlü raporda, davalının yönetmeliğe göre herhangi bir borcu bulunmadığı belirtilmiştir. Öte yandan bilirkişi, istenilen dönem için bu lojmanın aylık olağan kira parasını da saptamıştır. İşte mahkeme, bu saptamayı gözetererek davalıyı lojmanın olağan kira parası ile sorumlu tutmuştur. Oysa, 5 no-

lu dairenin yalnızca görevlilere özgülenebileceği uyumsuzluk konusu değildir. Gerçekte de Sosyal Güvenlik Bakanlığının 25.10.1978 gün ve 7605 sayılı yazısında lojman komisyonunca uygun görülmesi üzerine 5 numaralı daire görevli davalıya özgülenmiştir. Yönetmeliğe ve yazılara göre davalının, Gümrük ve Tekel Bakanlığı Müsteşarlığına atanması nedeniyle lojmanı boşaltması sözkonusudur ki, bu durumda, davacı bir başka görevliye o yeri lojman olarak özgüleyecektir. Yoksa olağan kira parası üzerinden kiraya vermesi asla düşünülemez. Öyleyse, davalının kendisine özgülenen lojmanı boşaltması gereken günden sonra dava gününe değin geçen dönemde buranın bir başka görevliye özgülenmesi durumunda aylık özgüleme parasının ne olacağı araştırılıp saptanmalı ve davalı için aylık özgüleme parası 920 lira ile yeni görevliye bu lojmanın özgülenmesinde ödenmesi gereken özgüleme parası arasında bir fark oluşacaksa bunun belirlenmesiyle böylece yukarıda sözü edilen dönem yönünden fark tutarının ne olduğu saptanmalı, işte bu tutara karar verilmeli; eğer yeni görevliye özgülemeye aylık 920 lira özgüleme parası alınacaksa bu olasılıkta davanın reddine karar verilmelidir.

Şu yöne de deyinmekte açıkça yarar vardır: Sonradan çıkan yönetmelik hükümlerinin davacıya uygulanabilme olanağı yoktur. Gerçekten de lojmanın davalıya özgülenmesine dayanak olan yönetmelikte sonradan çıkan yönetmeliğin 25. maddesi gibi bir hüküm yer almamış ve oturanın lojmanı boşaltmaya sorumlu olduğu günden boşaltmanın sağlanacağı ana değin geçen süre için kurumca saptanacak ecrimisil yönünden istemde bulunma hakkı davacı kuruma tanınmamıştır.

Yerel Mahkemenin tüm bu yönleri gözetmemesi, bozmayı gerektirir" (1).

2- DAVALI MEMURA VERİLEN LOJMANIN TAHSİSİ KALDIRILDIKTAN SONRA TEKRAR TAHSİS EDİLMESİ HALİNDE İKİ TAHSİS ARASINDAKİ ZAMAN İÇİN ECRİMİSİLE HÜKMEDİLMEK GEREKİR.

"Davada davalıya hizmet evi tahsisinin 17.10.1978 tarihli idare encümeni kararıyla kaldırılması sonucu olarak davalının hizmet evini boşaltması gereken 12.5.1979 ve yeniden hizmet evi tahsisinin yapıldığı 26.11.1981 tarihleri arasındaki tahsis dışı oturduğu süreye ilişkin ecrimisil ve yakıt bedeli istenilmektedir.

Tahsisin kaldırılmasına ilişkin 17.10.1978 tarihli karara, davalının bu karara dayanan çıkarma işleminin iptali hakkında Danıştayda açtığı dava süre yönünden de olsa reddedilmesi sonucu kesinleşmiştir.

Bundan ayrı, davalıya yeniden hizmet evi tahsis edilmesine dair 2.7.1981 tarihli idare encümeni kararında, anılan karar ve yine aynı konuya ilişkin 17.4.1979 tarihli karar iptal edilmemiş olup aksine bu son karar tarihine kadar uygulanması kabul edilerek yürürlük tarihi de 2.7.1981 olarak gösterilmiştir.

(1) 13. HD. 10.3.1982; 1384/1616. Aynı paralelde 3. HD. 15.11.1983; 4461/4564 ve 15.11.1983; 4442/4569 sayılı kararları.

Adı geçen Encümenin, hizmet evi tahsisi konusunda ilgili yönetmeliğin 1. maddesi hükümleri uyarınca değişiklik yapma yetkisi bulunduğu da dikkate alınrsa davalıya tekrar hizmet evi tahsis edilmesi olgusu, daha önceki işlemin mutlaka yanlış olduğunu göstermeye yetmez.

O halde, davalıya yeniden hizmet evi tahsisine ilişkin idare encümeni karar tarihinin 2.7.1981 olmasına karşın davada, 26.11.1981 tarihine kadar geçen süre için ecrimisil ve yakıt bedeli istenmesinin nedeni davacı vekiline açıklattırılıp bu husus da kesin biçimde saptanarak, davalının hizmet evini, tahsisin kaldırıldığı ve yeniden tahsis edildiği tarihler arasındaki tahsisiz süredeki işgalinin haksızlığı söz konusu olacağından bu süreye ilişkin ecrimisil ve yakıt bedelinin usulünce tesbiti ve hüküm altına alınması gerekirken davanın reddi doğru değildir" (2).

3- YENİ GÖREVE ATAMA USULÜNE GÖRE TEBLİĞ EDİLMEDİĞİ SÜRECE İLGİLİNİN LOJMANDAN YARARLANMAYA DEVAM ETMESİ ECRİMİSİL ÖDEMESİNİ GEREKTİREMEZ.

"Ancak davacı tarafın temyiz itirazlarına gelince:

Davacının Belediye Başkan vekilliğine atama kararı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62. maddesine göre bizzat kendisine tebliğ edilmediği gibi eşine yapılan tebliğat günü olan 30.6.1977 tarihinden 8.1.1978 tarihine kadar davacının raporlu bulunması nedeniyle sözü geçen Kanunun 105 ve 170. maddelerine göre eski memuriyeti devam etmiş ve o memuriyete ait maaş ve ödenekleri de almış olduğuna göre Hizmet Evlerine Ait Talimatnamenin 3. maddesi davacı hakkında uygulanamayacağı dikkate alınmadan hüküm tesisi doğru değildir" (3).

4- YENİ GÖREVI DAHI TAHSİSLİ LOJMANI GEREKTİREN BİR MEMURDAN BU ATAMA NEDENİYLE ECRİMİSİL İSTENİLEMEZ.

"Dava hizmet evinden faydalanma hakkı sona eren davalıdan taşınmazı boşaltması nedeniyle işgal tazminatı istenmesine ilişkindir.

Davalı, dosyaya ibraz olunan 11.4.1980 tarihli yönetmeliğe göre yeni görevinde hizmet evinden istifadesine imkân verildiğini savunmuş, davacı vekili yönetmeliğin bu maddelerinin de değiştiğini ileri sürmüştür.

11.4.1980 günlü encümen kararına bağlı yönetmeliğin 1. maddesinde davalının yeni görev ünvanı, müşavirlere de hizmet evi tahsisi öngörüldüğüne göre bu maddenin değiştirildiği kanıtlanmadıkça davalının işgal tazminatından sorumlu tutulamayacağı dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru değildir" (4).

(2) 3. HD. 31.10.1984; 5217/5168.

(3) 3. HD. 9.11.1981; 4774/4733.

(4) 3. HD. 13.9.1983; 3263/3654.

5- İSTANBUL BELEDİYESİNİN FLORYA TURİSTİK TESİSLERİNDEN YARARLANAN KİŞİNİN YA OLAĞAN KİRA BEDELİNİ VEYA TESIS TALİMATNAMESİNDEKİ ÜCRETİ ÖDEMELİDİR.

"Davalı 1978 yılı 2. devre üst üste tesislerde kalmıştır.

Florya Turistik Tesisler Müdürlüğündeki ünitelerin 1978 yılı yaz sezonu tahsis talimatının 3. maddesi hükmü dikkate alınmadan davanın reddi doğru değildir" (5).

6- LOJMANIN BOŞALTI LMAMASINDA YAPILACAK İŞLEM :

"Davada başka bir göreve atıldığı halde hizmet evini gerekli tebligata rağmen tahliye etmeyerek işgale devam ederken 3.9.1981 tarihinde Yönetim Komitesinin aylık kira parasını 10 bin liraya çıkarması nedeniyle davalının hizmet evini boşalttığı tarihe kadar sorumlu olması gereken aradaki kira farkı ile elektrik ve yakıt giderleri parası toplamı 44.634.60 liranın tahsili istenilmiştir.

Davalı tarafın 9.4.1981 günlü başka bir göreve tayin emrini 27.4.1981 tarihinde tebellüğ ettiği halde lojmanı işgale devam ettiğinde ve davacı Kurumun Yönetim Komitesinin 3.9.1981 tarihinde ilişiği kesildiği halde lojmanda oturmaya devam ederken kira parası ve yakıt masrafı olarak 10 bin lira alınmasına karar verildiği hususlarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Sümerbank vazife evleri yönetmeliğinin 8. maddesinde vazife evinin tahliyesi gereken kişinin tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde evi tamamen tahliye etmediği takdirde idarenin kanun yolu ile tahliyeyi temin ve tazminat isteminin saklı olduğunu hükme bağlamış bulunmaktadır.

Mahkemece boşalan hizmet evinin başka bir görevliye tahsis edilmesi gerektiği düşünülerek davalının başka bir göreve atanması dolayısıyla işgalindeki evi yasal olarak boşaltması gereken tarih ile fiilen boşalttığı tarihleri kesin olarak saptamak, bu dönemle kendisine tahsis yapılacak görevlinin genel giderlerle birlikte ödemesi gereken aylık tahsis parası ile davalının ödediği bedel arasında fark olduğu takdirde buna hükmetmek ve aksi takdirde davayı reddetmek gerekirken yazılı düğüncelerle davanın eksik araştırma sonucu reddedilmesi doğru görülmemiştir" (6).

7- İDARİ BİR KARARLA HİZMET EVİ TAHSİSİ KALDIRILMIŞ İSE BU KARAR İPTAL EDİLMEDİĞİ SÜRECE ECRİMİSİLE HÜKMEDİLMEK GEREKİR.

"Dava, hizmet evinden faydalanmış, hakkı sona eren davalıdan taşınmazı boşaltmaması nedeniyle işgal tazminatı istemine ilişkindir.

(5) 3. HD. 22.9.1983; 3100/3731 (Not: Davacı İst. Belediyesi olup, davalı da vatandaşdır).

(6) 3. HD. 26.12.1985; 7941/8190.

ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA YARATAN BAZI SORUNLARI (III)

Davalı, dosyaya ibraz olunan 11.4.1980 tarihli yönetmeliğe göre yeni görevinde hizmet evinden istifadesine imkân verdiğini savunmuş, davacı vekili yönetmeliğin bu maddelerinin de değiştirildiğini ileri sürmüştür.

11.4.1980 günlü Encümen kararına bağlı yönetmeliğin 1. maddesinde davalının yeni görevi ünvanı, müşavirlere de hizmet evi tahsisi öngörüldüğüne göre, bu maddenin değiştirildiği kanıtlanmadıkça davalının işgal tazminatından sorumlu tutulamayacağı dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru değildir" (7). Bu karara vaki ısrar üzerine Yüksek HGK.ca aynen "Davalıya davacı idare tarafından idari bir kararla hizmet konutu tahsis edilmişse de, sonra gene idare, görev değişikliği nedeniyle gene idari bir kararla konut tahsisini kaldırmıştır. Bu karar görevli yargı organınca iptal olunmadıkça geçerli hukuki sonuçlar doğurur ve idare işgal tazminatı isteyebilir. Direnme kararı bu nedenle uygun bulunmuştur (8).

İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETTE DAVA AÇMA SORUNU

A) Genel Olarak :

1-a) *İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETİN TANIMI* : İştirak halinde mülkiyet, birden çok kimsenin eşya veya mal varlığı üzerinde yasada yazılı kişisel veya hukuksal ilişkilerden doğan ve yekdiğerinden ayrılması ve teşhisi mümkün olmayan birlikte tasarruf haklarıdır.

b) *FONKSİYONLARI* : Bu tür mülkiyette (miras şirketinde) mirasçıların payları belirlenmemiş bulunduğundan, her paydaşın iştirake konu teşkil eden haklar ve borçlar üzerindeki payı, hakların ve borçların tamamına yaygındır ve paydaşların belirsiz olduğundan onlardan hiç biri kendi payına ilişkin olmak üzere bağımsız tasarrufi muamelelerde bulunamaz. İçlerinden birini temlik ve idari tasarruflar için mümessil veya vekil tayin etmemişlerse, bu gibi işlemler ancak bütün paydaşların ittifakıyla yapılabilir (MK. 630).

c) *MİRAS ŞİRKETİNİN MAHİYETİ* : Miras şirketinin tüzel kişiliği yoktur. Miras şirketinin paydaşlarının dışında bir kişiliği olmadığı için, husumet ehliyeti de söz konusu değildir (MK. 45, 57). Bu bakımdan paydaşların birlikte dava açmaları ya da bütün paydaşlar aleyhine husumetin yöneltilmesi gereklidir. O halde miras şirketine dahil bir hakkın tümü, diğer paydaşları şahsın temsil yetkisi olmayan bir paydaş tarafından dava konusu yapıldığı zaman, ya paydaşların tümünün muvafakatının sağlanması ve muvafakatna-

(7) 3. HD. 13.9.1983; 3263/3654.

(8) HGK. 26.2.1986; 628/163.

melerinin mahkemeye ibrazı ya da terekeye bir mümessil tayin ettirmesi için dava açan paydaşa önel verilmesi gerekir. Çünkü dava açmak tasarruf kapsamına girer.

d) PAYDAŞ SİRF KENDİ PAYI İÇİN DAVA AÇAMAZ : Ancak, paydaşlardan biri, ya da bir kaçı, veraset belgesine dayanarak iştirak halinde bulunan mal üzerinde mefruf payları bakımından ve sırf kendi yararlarını koruma amacıyla bir dava açmış iseler, o takdirde böyle bir dava, davaya dahil olmayan diğer paydaşların muvafakatı ile ya da miras şirketine mümessil tayini suretiyle de görülemeyeceğinden, davanın esasına girilmeksizin reddi gerekir (1).

2- MİRASÇILARIN BİR BİRİ ALEYHİNE DAVA AÇMASINI ENGELLEYEN BİR HÜKÜM BULUNMAMAKTADIR. ANCAK 3. KİŞİLER ALEYHİNDE DAVA AÇILMASI GEREKEN HALLERDE MİRASÇILAR DAVA AÇMAKTA UYUŞAMADIKLARI TAKDİRDE MK. 630. MADDE DE LALETİYLE 581. MADDE GEREĞİNCE MİRAS ŞİRKETİNE MÜMESSİL TAYİNİ GEREKİR (2).

3- İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETTE ORTAKLAR ARASINDA ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI VARDIR. Örnek: "Terekeye dahil bir taşınmaz hakkında MK.nun 618. maddesine dayalı olarak mirasçılar 3. kişilere karşı açacakları davada birlikte hareket etmek zorunda oldukları gibi, aynı sebeplerle 3. kişilerin açacakları davalarda da davanın bütün mirasçılara yöneltilmesi gerekir" (3).

4- İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETTE DAVANIN AÇILMASINDAKİ İTTİFAK ŞARTI, BİR DAVA ŞARTI OLDUĞUNDAN BUNUN HAKİM TARAFINDAN KENDİLİĞİNDEN GÖZÖNÜNDE TUTULMASI GEREKİR. Ancak dava mirasçılardan biri veya bir kaçı tarafından diğer mirasçılar aleyhine ikame edilmiş ve bu suretle iştirakçilerin tamamı davacı veya davalı safında yer almış olurlarsa davanın ittifakla açılmış olma şartı gerçekleşmiş olur (4). Fakat bu koşulun oluşması için ortakların tamamının davacı veya davalı tarafta olmalarına gerek yoktur. Ortaklardan biri davacı ve diğeride davalı olabilirler. Böylece bütün ortaklar davada yer alınca, miras şirketine mümessil tayini de gerekmez (5).

(1) 4. HD. 30.4.1975; 861/5719.

(2) 2. HD. 20.4.1972; 2521/2458.

(3) HGK. 20.4.1983; 1869/390, Aynı şekilde Yarg. İç. Bir. Kar. 11.10.1982; 3/2.

(4) 8. HD. 2.10.1984; 7985/8448.

(5) HGK. 20.12.1982; 1972/993.

5- MİRAS ŞİRKETİNE TAYİN EDİLEN MÜMESSİL

a) GENEL OLARAK : Miras şirketine bir mümessil tayin edilmiş ise (MK. 581) o zaman, tereke namına yalnız bu mümessil tarafından dava açılabilceği gibi, tereke aleyhine açılacak davalarında mümessile karşı açılması lazımdır.

b) TEREKEYE TEMSİLCİ ATANMASI İLE DAVACININ SIFATI BİTER. ZİRA DAVAYI ARTIK MÜMESSİL TAKİP EDECEKTİR. Bu hususlar dava hakkına yönelik olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir (6).

c) DAVACI İLE DAVALI DURUMUNDAKİ DİĞER ORTAKLAR ARASINDA YARAR ÇATIŞMASI BULUNDUĞU TAKTİRDE TEREKEYE MÜMESSİL TAYİN EDİLEMEZ. Çünkü, çatışan yararların aynı mümessil tarafından savunulması ve de temsil edilmesi mümkün değildir (7).

d) TEREKE MÜMESSİL ARACILIĞI İLE TEMSİL EDİLDİĞİNE GÖRE, MÜMESSİLİ TARAFINDAN DAVADAN VAZGEÇİLMEDİKÇE YA DA KABUL EDİLMEDİKÇE İŞTİRAK HALİNDEKİ ORTAKLARDAN BİRİNİN VEYA BİR BÖLÜMÜNÜN VAZGEÇMELERİ HUKUKÇA SONUÇ DOĞURMAZ (8). Gerçekten ilke olarak tereke eğer temsilci eliyle davada temsil ediliyor ise dava içinde terekeyi temsilen tüm tasarrufların tereke mümessili tarafından yapılması ve hatta tebligatların da kendisine yapılması gerekir (9). Zira zaten tereke mallarına ilişkin yapılacak borç doğuran sözleşmelerde mirasçıların birlikte hareket etmeleri gerekmektedir (10). Bu cümleden olarak bir taşınmaz mal paydaşlardan birisi tarafından satılamaz (11), üzerinde bir paydaş tarafından sulh anlaşması yapılamaz (12), açılan dava kabul edilemez

(6) 6. HD. 16.10.1986; 9528/11450.

(7) HGK. 29.12.1982; 1972/993. Not: Olayda uyuşmazlık şu hukuksal nedenden kaynaklanmıştır: İştirak halinde mülkiyette, ortaklardan birinin, diğer bütün ortaklarla beraber, bunların payını satın almış olan 3. kişi aleyhine açtığı ve ortak taşınmazın terekeye dönmesini amaç tutan bir davayı, tek başına yürütüp yürütemeyeceği böyle bir davada MK. 581. maddesi uyarınca terekeye mümessil tayini, yani davanın atanacak mümessil marifetiyle yürütülmesi gerekip gerekmediğidir. Yüce kurul iştirak halinde tasarruf edilen taşınmazın tüm ortakları, davada davacı ve davalı olarak yer aldıkları na ve dava dışında kalmış bir ortak bulunmadığına göre, miras şirketine mümessil tayinine gerek yoktur sonucuna ulaşmıştır.

(8) 7. HD. 20.10.1982; 6657/12159.

(9) 7. HD. 2.12.1982; 10011/14351.

(10) 3. HD. 21.11.1955; 8555/5177.

(11) 4. HD. 17.6.1955; 2109/6763.

(12) 5. HD. 8.4.1957; 1311/2232.

(13), taşınmaz üzerinde rehin, irtifak hakkı tesis edilemez (14), iştirak halinde mülkiyet müşterek mülkiyete çevrilemez (15), tereke borcu paydaşlardan birisine ödenemez (16).

FAKAT ASLINDA TEMSİLCİNİN TEREKEYİ TASFİYE VEYA TAKSİM ETMEK HAKKI YOKTUR. TEMSİLCİYE ÖZEL YETKİ VERİLMEMİŞ İSE, TEREKEYE AİT BİR MALİ SATAMAZ. SULH OLAMAZ (17). Bu açıklamaya göre iştirak halinde maliklerden birisinin veya miras ortaklığına tayin edilen mümessilin kendisine özel yetki verilmediği sürece davadan ve davanın konusunu teşkil eden özel haktan feragatı hukuk açısından geçerli sonuç doğurmaz (18). Örnek: "Oysa sulh hakimliğince tayin edilen tereke mümessili iştirak halindeki paydaşların tümü tarafından feragata ilişkin yetki verilmedikçe davadan feragat edemez. Tereke temsilcisinin böyle bir tasarrufta bulunması bu yetkinin verilmesine bağlıdır" (19).

B) Bu Kurallar Kıra Tesbiti Davalarında da Uygulanmaktadır.

Örnek: İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETE KONU TAŞINMAZ İÇİN KİRA TESBİT DAVASININ İŞTİRAKÇILERİN TÜMÜ TARAFINDAN AÇILMASI GEREKİR. Zira MK. 539. maddesine göre miras açılınca, mirasçılar bunun tamamına sahip olurlar. Bu itibarla kiralanan iştirak halinde mülkiyete konudur. MK. 630. maddesine göre mirasçıların birlikte hareketleri veya terekeye 581. maddesi uyarınca bir mümessil tayini gerekir. Paydaşlardan biri olan davacının, yalnız başına tasarrufi bir işlem olan bu davayı açmaya yetkisi yoktur. Davacı, ya terekeye mümessil tayini veya diğer paydaşların iştiraklerini temin için süre verilmesi gerekir (20).

İŞTİRAK HALİNDE MÜLKİYETTE PAYDAŞLARDAN BİRİ KENDİ HİSSESİNE HASREN BİR DAVA AÇAMAZ. Zira sözü edilen mülkiyette iştiraklilik çözülmeyen paydaşların payından da sözedilemez. Hatta bu iştirak çözülmeyen tereke hakimliğinin davacının payına hasren verilen dava açma

(13) HGK. 19.8.1962; 40/55.

(14) 4. HD. 30.6.1949; 7897/5048.

(15) 2. HD. 27.6.1963; 4048/4062.

(16) HGK. 21.11.1962; 88/67.

(17) 7. HD. 9.12.1952; 3841/5652; Şener, Esat: Miras Hukuku, sh. 770.

(18) 8. HD. 9.10.1984; 8167/8716.

(19) 7. HD. 30.9.1981; 7996/10183.

(20) 3. HD. 24.2.1966; 1665/1275. Not: Davacı, murisinden kalan kiralanda oturmakta olan davalının murisi ile yaptığı kira sözleşmesindeki kira miktarının azlığından bahisle kiranın tesbitini istemiştir.

yetkisi de yeterli değildir. Bu durum karşısında mahkemece yapılacak iş; terekenin tamamını temsilen kira parasının artırılması davası açmak üzere, terekeye mümessil tayini için davacıya mehil verilmek ve buna riayetsizlik halinde davanın reddi cihetine gitmekten ibarettir (21).

C) Veraset Belgeleri

a) *GENEL OLARAK* : Hukukumuzda veraset belgelerinin ancak MK. 538. maddede öngörülen durumlarda verilmesi düzenlenmiştir. Bu da vasiyetnamenin açılmasından itibaren bir ay geçtiği halde haklarına, yasal mirasçılarla veya daha eski ölüme bağlı tasarruftan dolayı hak sahibi olduğunu ileri süren kimselerce itiraza uğramayan mansup mirasçıların mirasçılık belgesinin verilmesini Sulh Hukuk Hakiminden istemleri hallerinde olagelmektedir. Fakat uygulamada ihtiyaçların zorlaması ile yasal mirasçılara da "veraset belgeleri" verilmesinde duraksama gösterilmemiştir. Alman Medeni Yasası (22), yasal ve mansup mirasçı ayırımı yapmaksızın her mirasçıya isteği üzerine bir belge verileceğini hükme bağlamıştır. İsviçrede de kanton uygulamasında yasal mirasçılara bir belge verilmesi geleneği doğmuştur (23).

b) *TANIMI* : Türk Hukukunda bir mirasçının mirasçılık sıfatını belirleyen ve Sulh Hukuk Mahkemelerince verilen bir belgedir. Belgedir diyoruz, zira nizasız kaza kararlar HUMK. 295. madde de sözü geçen anlamda ilâm sayılmaz. Bunların aksi her zaman isbat olunabilir. Zaten uygulamada da bu tip kararlar aksi gerçekleşinceye kadar geçerli olmak kaydı ile verilmektedirler.

c) *MAHIYETLERİ* : "Veraset ilamları, ihtilalsız kaza yoluyla verilmiş vesikalardan ibaret olup gerçek ilamlar gibi muhkem kaziye teşkil etmeleri asla söz konusu olamaz. Nitekim tatbikatta bunlara çok zaman sadece veraset senedi denilmesi dahi bundandır. Noter faaliyetleri, nasıl ki ihtilafsız kaza faaliyetlerinden ise veraset senedi veren Hakim'in faaliyeti de ihtilafsız kaza faaliyetidir. Bundan dolayıdır ki nasıl bir Noter senedinin iptali için dahi aynı şekilde doğrudan doğruya dava açılabilir, nasıl ki Noter senedinin gerçeğe aykırı olduğu subut bulunca hükümsüzlüğüne karar verilirse, veraset senedinin de gerçeğe aykırı olduğunun subut bulunması halinde hükümsüzlüğüne karar verilir. Halbuki ihtilafli kaza yoluyla verilen ilam muhkem kaziye teşkil eder ve onun gerçeğe aykırı olduğu isbat edilerek hükümsüzlüğüne

(21) 3. HD. 21.9.1977; 4801/5306.

(22) BGB. Mad. 2353-2370.

(23) Ayiter, Nuşin: Miras Hukuku, Ank. 1964, sh. 149. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Esat ŞENER: Miras Hukuku, Ank. 1981, sh. 101 vd.

karar alınamaz. Gerçi ilamın, muhakemenin iadesi yoluyla hükümsüzlüğüne karar almak mümkünse de, bu yol tamamıyla istisnai bir yoldur. Hatta MK. 538. maddesi hükmünce mansup mirasçılara Sulh Mahkemesince verilerek veraset senetlerine vesika denilmiş olması dahi mahiyetçe ondan hiç bir farkı bulunmayan veraset senetlerinin ilam değil, senetten başka bir şey olmadığını iyice belirtmektedir" (24).

D) İştirak Halinde Mülkiyette Ecrimisil Davasının Açılması İle İlgili Örnekler :

1- "Davacı, ölü babasından kendisine kalan dava konusu taşınmazlara, davaların el atıklarından bahisle beş yıllık ecrimisil istemiştir.

Uyuşmazlığın çözümlenmesi için önce dava ehliyetinin araştırılması zorunludur. Bunun için davacıya ölü babasına ait öncelikle veraset belgesini ibraz ettirmek, davacıdan başka mirasçının olduğu saptandığı takdirde bunların davaya muvafakat ve iştiraklerini sağlamak, bu olmadığı takdirde MK. 581. maddesi uyarınca miras şirketine bir mümessil tayin ettirilmesi için davacıya mehil verilmek, bu sakınca ortadan kaldırıldıktan sonra işin esasına girilmek ve aksi halde iştirak hali nedeniyle dava red edilmek gerekir" (25).

2- "Davacı iştirak halinde paydaş bulunmaktadır. İştirak halindeki diğer paydaşlar davaya katılmak veya tayin ettirilecek mümessilin iştiraki sağlanmak suretiyle dava yürütülebilir. İştirak halindeki paydaşlardan birinin açtığı davaya bakılarak hüküm tesisi doğru değildir (26).

3- "Davalı tarafından işgal edilen taşınmaz mal davacılarla diğer paydaşlara murislerinden kalmış iştirak halinde bir mülktür.

Paydaşlar sadece davacılar ibaret olmadığına göre davacılarla diğer paydaşların da davaya katılmalarını veya dava açılması hususunda onlardan muvafakat alması veya onların kendilerini bir vekille temsil etmeleri için davacılarla önel verilmelidir. Yalnız davacıların açtıkları davaya bakılamaz" (27).

4- Fakat iştirak halindeki paydaşların birbiri aleyhine açtıkları davalarda diğer mirasçıların muvafakatı aranmayacağı gibi terekeye mümessil tayini de gerekmez. Örnek: "Tereke iştirak halinde bulunmaktadır. İştirak halindeki paydaşların muvafakatları bir paydaşın ancak üçüncü kişi aleyhine dava açması halinde sözkonusu olabilir. DAVALILARDAN BİRİSİ İŞTIRAK HALİNDE PAYDAŞ BULUNDUĞUNDAN, İŞTIRAK HALİNDEKİ PAYDAŞLARIN BİRBİRİ ALEYHİNE AÇ-

(24) 4. HD. 10.3.1958; 8431/1275.

(25) 3. HD. 22.3.1984; 1328/1353.

(26) 3. HD. 18.2.1982; 575/659.

(27) 3. HD. 27.12.1983; 4954/5138.

**ECRİMİSİL DAVALARININ UYGULAMADA DURAKSAMA
YARATAN BAZI SORUNLARI (III)**

TIKLARI DAVALARDA MUVAFAKAT ARANMAYACAĞI GIBI MÜMESSİL TAYİNİ DE GEREKMEZ.

Mahkemece davacıya terekeye mümessil tayin ettirmek üzere mehil verilme-
li ve mehil içerisinde dava açıldığı takdirde sonucu beklenmeli ve davacı mümessil
tayini için mahkemeye başvurmayacağını bildirdiği takdirde, o zaman üçüncü kişi
olan davalı Hasan ŞİMŞEK hakkında dava red olunmalı, iştirak halinde paydaş
bulunan diğer davalı Yusuf hakkındaki davanın esasını incelenerek bir karar veril-
melidir" (28).

(BİTTİ)

GEÇERLİLİK ŞEKLİNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI VE SINIRLARI

Yrd. Doç. Dr. O. Gökhan ANTALYA (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- Genel olarak. II- Araştırmanın amacı ve sınırlandırılması. III- Şekle aykırılığın hukuki niteliği. A- Klasik (Butlan) görüşü. B- Yokluk görüşü. C- Kendine özgü geçersizlik görüşü. IV- Şekle aykırılığa bağlanan geçersizlik hukuki sonucunu aşma denemeleri (Şekli geçersizliğin sınırlandırılması). A- Şeklen geçersiz sözleşmenin ifası. 1- Jaggi'nun teorisi. 2- Schmidlin'in eksik borç teorisi. 3- Giger'in fiili akit teorisi. 4- von Büren'in teorisi. B- Şekil noksanı sebebiyle geçersizliğin dürüstlük kuralıyla (Hakkın kötüye kullanılmasıyla) sınırlandırılması. 1- Hukuki işlemin ifasına rağmen şekle aykırılığa dayanmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi. a- İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması. b- Yargıtay uygulaması. C- Şekil noksanı sebebiyle geçersizliğin ahlaka aykırılıkla sınırlandırılması. V- S o n u ç .

I- GENEL OLARAK

Akit özgürlüğü; kurma özgürlüğünü, akit tipini belirleme özgürlüğünü, kapsamını belirleme özgürlüğünü (BK. m. 19/1), karşı tarafı belirleme özgürlüğünü, değiştirme ve sona erdirmeye özgürlüğünü ve şekil özgürlüğünü (BK. m. 11/1) kapsar (1).

BK. m. 11/1 aktin geçerliliğinin Kanunda aksi belirtilmemişse hiçbir şekle tabi olmadığını ifade ederek, şekil özgürlüğünü düzenlemiş (2) ve kendi içinde kanuni şekil zorunluluğunu saklı tutulmuştur (3).

Kanuni şekil zorunluluğuna aykırılığın hukuki müeyyidesi BK. m. 11/1'de geçersizlik olarak düzenlenmiştir (4).

Kanuni düzenleme şekle aykırılığın yaptırımını geçersizlik olarak belirtmesine rağmen, geçersizliğin anlam ve etkisini BK. m. 20/1'de olduğu gibi

(*) **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.**

(1) BGE. 80 II 39; von TUHR/PETER, s. 247; BUCHER, AT., s. 1; YAVUZ, I, S. 9; TANDOĞAN, I/1, S. 8; FEYZİOĞLU, ÖBİ., I, s. 14.

(2) Örneğin BK. m. 163/I, 213, 239/III, 350'de şekil zorunluluğu getirilmiştir.

(3) Karş. BGB. §§ 125 ff.; Akit serbestliği ile şekille bağlılık arasındaki ilişkinin pandekt hukukundaki gelişimi için bkz. LORENZ, AcP., 156, s. 381.

(4) BK. m. 16'da ispat veya geçerlilik şartı olarak hukuki işlemin işlem taraflarınca kararlaştırılması (iradi şekil) düzenlenmiştir.

"batıl" (mutlak butlan, kesin hükümsüzlük / nichtig, Nichtigkeit) olarak ifade etmemiştir (5).

Terim olarak "geçerlilik" (Gültigkeit) BK. m. 11/I'de "aktin sıhhati"; "geçersizlik" aynı maddenin ikinci fıkrasında "sahih olmaz" olarak ifade edilmiştir (6). Biz de Kanunumuzun kabul ettiği terimin daha iyi bir Türkçe karşılığı- nı teşkil eden "geçersizlik" terimini incelememizde kullanacağız.

II- ARAŞTIRMANIN AMACI VE SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmamızda, şekle aykırılığın hukuki niteliğine ve şekle aykırılığa hangi hukuki sonuçların bağlanması gerektiği tartışmalarına değinmek istemekteyiz. Özellikle şekil bir geçersizlik sebebi olarak kabul edildiğinden, buna bağlanan hukuki sonucu yumuşatmak için ileri sürülen görüşleri incelemeye çalışacağız. Bunun yanında konumuzun gerektirdiği ölçüde şekle aykırı akitten doğan ifa edilmiş edimlerin geri talep edilmesinin hangi hükümlerle dayanılarak istenmesi gerektiğini tartışacağız.

III- ŞEKLE AYKIRILIĞIN HUKUKİ NİTELİĞİ (7)

A. Klasik (Butlan) Görüşü

Klasik (butlan/kesin hükümsüzlük) görüşüne göre, şekil noksanlığı dolaşısıyla akit başından itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Hak ve borç doğurmayan böyle bir akitten doğan edimlerin ifasına da gerek yoktur (8).

Yargıtay (9) ve İsviçre Federal Mahkemesinin (10) uygulamalarında kabul gören butlan görüşüne göre, hakim emredici nitelikteki şekil şartını resen dikkate alır. Taraflar anlaşarak şekil şartını bertaraf edemezler. Şekil

-
- (5) İsviçre hukuk doktrininde MK. m. 11 ile BK. m. 20/T'de kullanılan kavramların değişik olmasının BK. m. 11'e bağlanan hukuki sonucun farklı olmasını gerektirmeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. GIGER, Verträge, s. 94.
- (6) MK. m. 657 ve BK. m. 213/II'nin Almanca aslında farklı terimlere yer verilmesine (unverbindlich, ungültig) rağmen, BK. ve MK.'umuz "muteber olmazlar (değildir)" terimini BK. m. 11'e paralel olarak tercih etmiştir.
- (7) Karş. BGB. § 125. Alman hukuku için bkz. SEROZAN, Überwindung, s. 21.
- (8) OSER/SCHÖNENBERGER, 216, N. 13; von TUHR/PETER, s. 237; ESENER, BH., s. 170; agy., Muvazaalı Muameleler, s. 62 vd.; FEYZİOĞLU, BH., I, s. 34; OĞUZMAN, BH., I, s. 102; agy., Şekil Noksanı, s. 249; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, EH., S. 674 TUNÇOMAĞ, II, s. 265; POSTACIOĞLU, s. 183; SCHWARZ (DAVRAN), s. 247; SEROZAN, Die Überwindung, s. 27; TUNÇOMAĞ, I, s. 236; YAVUZ, I, s. 125.
- (9) Y. İç. Bir. K. 10.7.1940 T., 2/77 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, c. I, 1926-1941, s. 525); 5.7.1944 T., 12/26 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, c. II, 1942-1944, s. 314); 7.4.1954 T., 8/18 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV, 1948-1956, s. 577); 30.9.1988 T. 2/2 (YKD., c. XV, sa. 2, s. 149); YHGK. 9.6.1982 T., 1979-15-1613 E., 1982/565 K. (YKD., c VIII, sa. 10, s. 1386).
- (10) BGE. 86 II 400; 92 II 324; 95 II 42; 98 II 316; 104 II 101; 106 II 151 ; 111 II 278.

noksanlığı tarafların onayı ile giderilemez. Şekil noksanlığını üçüncü kişiler de ileri sürebilir.

Şekle aykırılık halinde, karşı tarafın iyiniyeti dikkate alınmayacağı gibi, akti ifadan kaçınma ahlaka aykırılık teşkil etmez (11).

Akit tarafları şekle aykırı akit dolayısıyla yerine getirilmiş olan edimleri sebepsiz zenginleşme veya mülkiyet (istihkak - MK. m. 933) davasıyla geri isteyebilirler (12).

B. Yokluk Görüşü

KELLER / SCHÖBI tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, şekil geçerlilik değil, aktin kuruluş şartıdır. Böyle olunca tarafların iradeleri Kanunda öngörülen şekil içinde yapılmadığı takdirde aktin kurulmasına imkan yoktur (13).

Kanuni şekil aranan hallerde akitten doğan edimlerin bilerek ve isteyerek ifası, yokluğu yani şekil eksikliğini gidermez. Bilerek ve istenerek yerine getirilen ifa şekle sıhhat kazandırmaz. Edimlerin ifasından sonra şekil noksanına dayanarak hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez (14).

Yokluk görüşü Türk hukuku yönünden, BK. m. 11/I-II şeklin kurucu değil, geçerlilik unsuru olduğu açıkça belirtilmiş olduğundan savunulamaz (15).

Butlan görüşünün de aşılmaya çalışıldığı bir gelişim çizgisinde, biz de, bütün yolları kapayan, hiçbir şekilde hareket serbestliği vermeyen bu görüşe katılmamaktayız (16).

(11) Y. İç. Bir. K., 30.9.1988 T., 2/2 (YKD., c. XV, 1989, sa. 2, s. 153).

(12) OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 299; von TUHR/PETER, s. 237; Y. 29.2.1940 tarihli 21/47 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında resmi şekle uygun olmaksızın yapılan harici satımlarda alıcıya koruma düşüncesiyle iade davasının bir yıllık sebepsiz zenginleşme zamanasına değil, on yıllık zamanaşımına tabidir (RG. 30.4.1940 T. N. 4497). Ayrıca harici satışta satış bedelinin iadesinin kadar taşınmazı iadede kaçınma defii hakkı için bkz. 10.7.1941 T., 2/77 sayılı Y. İç. Bir. K. (DN. 7'de belirtilen yer), Y. HGK., 1.6.1968 T., 1966-1-512 E., 391 K. (ABD., 1968, s. 715-716).

(13) KELLER/SCHÖBI, s. 25-27.

(14) KELLER/SCHÖBI, s. 26.

(15) EREN, I, s. 361.

(16) Yokluk görüşünün eleştirisi için bkz. GÜRAL (AKIPEK), s. 76 vd.

C. Kendine Özgü Geçersizlik Görüşü

İsviçre hukuk doktrininde hakim görüşü savunan MEIER-HAYOZ (18) ve onu takip eden yazarlar (19), özellikle taşınmaz satımındaki şekil zorunluluğuna aykırı hareketin müeyyidesi olan geçersizliği, kendine özgü (sui generis)olarak kabul etmektedirler. Genel geçersizliğin sonuçları – örneğin extunc etki – bu geçersizliğin sonuçlarına da bağlanmaktadır. Farklı olarak yalnız akit tarafları şekli aykırılığa dayanabilirler, akit tarafları haricinde üçüncü kişiler şekle aykırılığı ileri süremez. Hakim şekle aykırılığı resen dikkate alamaz. Tapu sicil memuru böyle bir sözleşmeye dayanan tescil talebini yerine getirmekten kaçınabilir; bu takdirde açılacak tapu tescil davasında diğer taraf şekil eksikliğini ileri sürmezse, hakim şekil eksikliğini resen nazara alamaz ve tescile karar verir. Verilen tescil ilâmını tapu memuru yerine getirmek zorundadır.

SPIRO kendine özgü geçersizlik görüşünü farklı yaklaşım ve değişik gerekçeler ortaya koymuştur (20). Yazarın temel yaklaşımını şöyle özetleyebiliriz: Taşınmaz satımında kanuni şekil, bir yandan tapu sicilindeki mali değişikliğini hazırlarken; diğer yandan satıcının taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını korur. Alıcının korunması kanuni şeklin koruma amacı dışındadır.

Yazara göre, satıcının yükümlülüğü taşınmazı temlik etmek olduğundan, onun iradesi kanuni şekille ortaya konulması gerekir. Satıcının yükümlülüğünü ağırlaştıran herşey kanuni şekil içinde yer almalıdır. Buna karşılık satıcının sorumluluğunu herhangi bir şekilde hafifleten kayıtlar ise kanuni şekilde yer alması zorunlu değildir. Alıcının temel yükümlülüğü satım bedelini ödemek olduğundan, kanuni şekil zorunluluğuna tabi olmadan kendi akit kurma iradesini adi yazılı şekille veya sözlü olarak ortaya koyabilir (21).

(17) Tarihi gelişimi ve mukayeseli bir araştırma için bkz. LORENZ, AcP., 156, s. 381 vd.; SEROZAN, Die Überwindung, s. 27 vd.

(18) MEIER-HAYOZ, ZGB. 657, N. 130 vd. ve özellikle 142.

(19) HAAB, ZGB. 657, N. 34 vd.; LIVER, s. 137; GAUCH/SCHULUEP/JAGGI, 99, N. 456; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 108; KUNZ, S. 132; IBERG, s. 332; KELLERHALS, s. 38 ve bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. MERZ., s. 178, Dn. 28.

(20) SPIRO, Die Beurkundung, s. 23; agy., hafta, s. 203 ve özellikle s. 206; agy., Formzwang, s. 217. Yazarı görüşleri İsviçre hukukunda ESCHER (SJZ., 1964, s. 316) ve von BÜREN (AT., s. 148) tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. von BÜREN 1972'de yayınlanan Lehrbuch zum Besonderen Teil des Obligationenrechts isimli kitabının 74. sayfasında farklı satım bedelinin talebinin gündeme gelmemesi gerektiğini, satım bedelinde muvazanın söz olduğunu belirterek SPIRO'nun görüşüyle bağdaşmayan bir görüş ileri sürmüştür.

(21) Yüksek bir satım bedeli kararlaştırmalarına rağmen, satıcı taşınmazını kanuni şekilden dolayı ucuza vermek zorunda kalması halinde şekle aykırılık bulunmaktadır. Karşı görüş şekle aykırılığın değil, satım bedelinde muvaza söz konusu olduğu yolundadır (KRAMER, 18, N. 195).

SPIRO'nun hareket noktası haklı olmasına rağmen taşınmazlarda vardığı sonuç yanlıştır. Kanuni şeklin amacı, taşınmaz satımlarında, mülkiyet ilişkilerinde açıklığı ve kesinliği gerçekleştirmektir. Bu amaç çerçevesinde bile kanuni şekil zorunluluğunun sadece satıcı koruduğunu, alıcıyı korumadığını söylemek yanlıştır. Kanuni şekil alıcı açısından akti ispat güvencesi ve kolaylığı sağlar. BK. m. 213 satım aktinin kanuni şekilde yapılması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Her iki irade açıklamasınında kanuni şekil içinde yer almasını arayan bu hüküm karşısında, artık sadece satıcının iradesinin resmi şekilde ortaya konulması yeterli olacağı savunulamaz (22).

SCHMIDT kanuni resmi şekille ilgili olarak kendine özgü geçersizlik görüşüne yeni bir boyut getirmiştir. Yazara göre şekil eksikliği iki şekilde ortaya çıkabilir: Aşık (açık) ve ağır şekil eksikliği ve ağır olmayan şekil eksikliği. Yazar taşınmaz satımında açık ve ağır şekil eksikliklerini MK. m. 922'den hareketle tapu memuru tarafından aranan tapu siciline yazılması gerekli kayıtlar olarak belirlemiştir. Bunların haricindeki şekil eksiklikleri doğrudan tarafların menfaatine ilişkin olacağından, sadece akit taraflarının bu eksikliğe dayanabileceğini savunmuştur (23).

Bu görüşü savunan yazarlardan MERZ ise, modern hukukta etkili şekilden değil, koruma şeklinden bahsedileceğinden hareketle, İsviçre hukuk doktrininde hakim fikirce kabul edilen kanuni şekle aykırılığın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olarak sadece "inter partes" etkili olduğunu savunmaktadır. Yazar, ancak bu görüşün kanuni şeklin tarafları koruma amacı gütmesi halinde geçerli olduğunu belirtmektedir (24). Bu görüş taraftarları BK. m. 499/II ve 500/II'deki vasiyetnamede şekle aykırılığa ilişkin kanun hükümlerinden kıyasen yararlanmaktadır (25).

Bu yaklaşıma göre, şekil eksikliği taraflar arasında bir geçersizlik yaratıldığından, öncelikle şekil kuralının amacına (Zweckfomen) bakılmalıdır. Eğer şeklin sadece tarafları koruduğu ihtimalde bilerek ve isteyerek yapılan ifa akte geçerlilik kazandırır.

Akit taraflarından birinin şekil eksikliğine dayanması halinde, bu şekil eksikliğini ileri sürülmesi bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, bu defa hiçbir zaman hukuki koruma görmez.

(22) BGE. 90 II 154; KRAMER, 18, N. 194; KOLLER, ZBJV., s. 124-125; TANDOĞAN, I/1, s. 227; KILIÇOĞLU, YD., s. 296.

(23) SCHMIDT, s. 194.

(24) MERZ, Vertrag, s. 178.

(25) GUGGENHEIM, geçersizliği iptal edilebilirlik olarak ele almaktadır (SCHMIDLIN, 11, N. 33'den naklen).

Kendine özgü geçersizlik görüşü Türk hukuk doktrininde de AKİPEK (26), TANDOĞAN (27), SUNGURBEY (28), yazdığı profesörlük takdim tezinde GİRİTLİOĞLU (29) ve Yargıtay kararına yazdığı muhalefet şerhinde DOĞANAY (30) tarafından savunulmuştur. Taraflar arasında geçersizlik görüşü, özellikle bedelin düşük gösterilmesinin veya şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde, sözleşmenin ayakta tutulmasını daha iyi açıklama olanağı vermektedir (31).

Türk hukukunda bu görüşe katılan EREN'e göre, "şekil, kural olarak tarafları düşünmeye sevk etmek, acele karar vermelerini önlemek suretiyle onları korumak amacı güder. Bu sebeple taraflar akitten doğan borçlarını (edimlerini) bilerek ve isteyerek hiç bir yanılgıya düşmeden ifa ettikleri takdirde bu korumadan vazgeçmiş sayılmalı, böylece gönüllü ve bilinçli ifa ile geçersiz akit sağlık kazanmalıdır" (32).

Aşağıda görüleceği üzere, İsviçre Federal Mahkemesinin ve Yargıtay'ın butlan görüşünü dürüstlük kuralıyla sınırlama çalışmalarıyla bu görüşün sonuçları arasında bir fark kalmamıştır. Federal Mahkeme ve Yargıtay ifa sonunda edimin geri istenmesini hakkın kötüye kullanılması ilkesiyle engellerken, kendine özgü geçersizlik görüşü, şeklin koruma amacından hareketle aktin geçerlilik kazandığını ve iadenin talep edilemeyeceğini savunmaktadır (33).

Bu görüş özellikle şeklin tarafları koruma amacına ters düştüğü için eleştirilmiştir (34). Çünkü kanuni şeklin her halükarda tarafların menfaati yanında kamu yararına ve genel güvenliğe hizmet eder.

SCHMIDLIN, geçersizliği sui generis olarak kabul ettikten sonra şekle aykırılığa mutlak butlana ilişkin sonuçların bağlanması, bu görüşün en

(26) AKİPEK, s. 107.

(27) Les problemes concernant la forme la vente immobiliere en droit turc, La Forme dans les actes juridiques, Travaux de la 5 eme Semaine juridique turco-suisse, Journees d'Istanbul, 13-20 avril 1975, Istanbul, s. 233-241 (TANDOĞAN, s. 232, Dn. 33e'den naklen).

(28) SUNGURBEY, s. 27.

(29) GİRİTLİOĞLU, s. 109, 122.

(30) Y. HGK. 9.6.1982 T., 1979-15-1613/1982-565 sayılı kararına ilişkin YKD., c. VIII (1982), sa. 10, s. 1388-1390'da yazdığı muhalefet şerhi. Bkz. DOĞANAY, s. 231.

(31) TANDOĞAN, s. 232.

(32) EREN, I, s. 359.

(33) EREN, I, s. 360.

(34) EREN, I, s. 361.

zayıf noktasını teşkil ettiğini belirtmiştir (35). Şekil eksikliğine ancak tarafların dayanmasına imkan veren görüş, ortadan kaldırııcı yenilik doğurucu hak yaratmaktadır. Yenilik doğurucu hak, ya kanundan ya da hukuki işlemde doğar. Bu görüş her iki kaynaktan destek almaksızın kendine özgü yenilik doğurucu hak yaratmaktadır (36).

Bu görüşün kabul edilmez ikinci yaklaşımı da; şekle aykırılığın müeyyidesi olan kesin hükümsüzlüğü iptal edilebilirliğe dönüşmesidir. Böylelikle kesin hükümsüzlüğün uygulama alanını daraltmaktadır. Şekle aykırılığın müeyyidesi kesin hükümsüzlük olduğu halde, miras ve aile hukukundaki düzenlemeden hareketle bu düzenlemelerden kıyas yoluyla genel kural çıkarmak yanlıştır. Miras ve aile hukukunda şekle aykırılığa bağlanan sonuçlar kendilerine özgüdür ve genel kuraldan sapmadır. Bu farklılık kendini ileri sürebilecek kişilerin belirlenmesiyle ve hakkın kullanılmasının süreyle sınırlandırılmasında gösterir. Kaldı ki miras hukukunda ölüme bağlı tasarrufun şekle aykırılığını ileri sürebilme yetkisi tasarruftan yararlanan kişilere aittir. Son olarakda şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar tasarrufta bulunanın sağlığında değil, ölümden sonraki malvarlığına ilişkin tasarruflara yöneliktir (37).

IV. ŞEKLE AYKIRILIĞA BAĞLANAN GEÇERSİZLİK HUKUKİ SONUCUNU AŞMA DENEMELERİ (ŞEKLİ GEÇERSİZLİĞİN SINIRLANDIRILMASI)

Şekle aykırılığa bağlanan geçersiz sonucunu her zaman tatmin edici olmadığından adalet duygularını zedeler. Tarafların verdikleri sözlerin sırf şekil yüzünden çiğnenmesi şekle aykırılığın hukuki sonucunun hafifletilmesi veya bu müeyyideden tamamen kurtulma yollarının aranmasına sebep olmuştur. Bu bölümde doktrin ve uygulamada ileri sürülen şekli geçersizliğin sınırlandırılmasına ilişkin görüşleri ortaya koymaya çalışacağız.

(35) SCHMIDLIN, 11, N. 34. Kendine özgü geçersizlik görüşüne itirazlar yönelten HATEMI, a) şekil kuralları, sadece tarafları korumak amacı gütmeyiz. Şu halde kuralların, tarafları koruma amacı güttükleri ve dolayısı ile, ihlallerinin "butlan" müeyyidesine yol açmayacağı söylenemez. Kaldı ki kişiye kendisine karşı koruyan kurallara aykırılık bile "butlana" yol açabilir (Mesela: MK. m. 23/II b). "Butlan müeyyidesinin kabul edilmesi ile, somut olayda "hakkın kötüye kullanılması" varsa bunun "resen" gözönünde tutulması görüşü arasında çelişki yoktur. Çünkü "butlan" gibi, "hakkın kötüye kullanılması" olduğu olgusu da resen dikkate alınır" (s.9, dn. 2).

(36) SCHMIDLIN, Grundstückerkauf, s. 229.

(37) SEROZAN, Hafta, s. 153.

A. Şeklen Geçersiz Sözleşmenin İfası

Şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan bir akit, kural olarak, taraflarına akti yerine getirilmesini talep hakkı vermez. Akit ifa edilmediği sürece şekil eksikliğinin mutlak etkisi sözkonusudur. Bundan dolayı şekil eksikliği herhangi bir sebeple –ahlaka aykırılık veya dürüstlük kuralıyla– giderilemez ve şekil eksikliği ile geçersiz olan bir işlemin ifa edilmemesinden doğan zarar ziyanın tazmini istenemez.

Kanuni şekil zorunluluğuna riayet edilmediğinden geçersiz olan bir aktin, bilinçli olarak serbestçe gönül rızasıyla ifa edilmesinin geçersizlik hukuki sonucunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Kanunda ifanın şekil eksikliğini gidereceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır (38). Bazı münferit hükümlerde (BK. m. 238/II, MK. m. 169/II, 611, TK. m. 284, 288) bizzat kanun koyucu, şekil sebebiyle geçersiz olan akitlerde karşı ifa gerçekleştikten sonra şekil eksikliğine dayanılmıyacağını düzenlenmiştir (39). Bu hükümler kıyas yoluyla diğer ilişkilere uygulanamaz ve böyle bir genelleştirme şeklin koruma amacıyla bağdaşmaz (40).

Şekil eksikliğini bilmesine rağmen, akit taraflarından birinin bilinçli olarak akti ifa etmesi ve daha sonrada şekil eksikliğine dayanması birbiriyle gelişen iki davranış şekli olduğundan artık şekil eksikliğine dayanılmaması gerekmektedir. Şekli öngören kuralla izlenen özel koruma amacının değeri kalmamıştır (41). Aktin esas itibarıyla yerine getirilmesi yeterlidir.

Serbest arzuyla gerçekleşen tam ifanın şekil eksikliğini giderici bir eleman olarak değerlendirilmesi gerektiği mi yoksa temel olarak edimin ifasının

(38) BGB. § 313/II'de taşınmazın temlik işleminin ve tapuda tescil işleminin gerçekleşmesinin şekli eksikliği giderdiği düzenlenmiştir (Karş. BGB. §§ 518/II, 766/II). Satımın aynı olarak tam anlamıyla yerine getirilmesi durumunda hukuk güvenliği ve açıklık ilkeleri karşısında, yaratılan hukuki statüden geçersizlik sebebiyle geri dönme mümkün değildir. Şekil eksikliğini düzeltme iradesinin (Heilungswille) aranmasına gerek yoktur, düzeltme ex lege yürürlüğe girer. Düzeltmenin ex tunc mu yoksa ex nunc mu etkili olduğu tartışmalıdır. Bkz. FIKENTSCHER, s. 85.

(39) Alman hukukunda ifanın şekli eksikliği gidereceğine ilişkin hükümlerin tüm borç ilişkilerine ayırım göstermeksizin genel kıyas yöntemiyle (Gesamtanalogi) uygulanması gerektiğini savunan hakim görüşe (STAUDINGER/DILCHER, 125, N. 35; MÜNCKOM/FÖRSCHER, 125, N. 41; FLÜME, § 15 III 3b) karşın, şeklin üçüncü kişinin menfaatini etkilemediği olaylarda uygulanması gerektiği savunulmaktadır (REICHEL, s. 32). Geniş açıklama için bkz. LÖRENZ, s. 381, 397. TEKINAY ise kanunda özel düzenleme olmadıkça münferit düzenlemelerden genel bir kural çıkarılmıyacağı görüşündedir. TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, BH., s. 133.

(40) SEROZAN, Überwindung, s. 60.

(41) EDİS, s. 347.

tek başına yeterli mi olduğu tartışılabilir. Edimin tümünün yerine getirilmesi şartıyla her edimin ifasının değil temel edimin gerçekleşmesi halinde – örneğin taşınmaz satımında mülkiyetin geçirilmesi – temel edimin ifasının tek başına yeterli sayılması gerektiği savunulmaktadır (42). Federal Mahkeme uygulamalarında ifanın yanında tüm olayların serbestçe değerlendirilmesini esas almaktadır (43). Ayrıca tarafların gerçek iradelerine uygun hukuki durumun kurulmasına gerek yoktur.

İsviçre Federal Mahkemesi yeni kararlarında (44) kendi arzusuyla (freiwillig) gerçekleşen ifanın şekil eksikliğini giderdiğini belirtmiştir. Aktin ifasına rağmen, şekli eksikliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye sürülmesi niteliği taşır. İfanın ihtiyari olması yanında, şekil eksikliğine dayanan tarafın aktin kurulduğu esnada veya ifa esnada şekil aykırılığını bilmesi (irrtumsfrei) gerekir. İfanın şekil eksikliğine rağmen bilinçli olarak, borçlu olmadığı konusunda hataya düşmeden yerine getirmelidir.

Eğer akit tarafı, şekil eksikliğini bilmemesine rağmen sözleşme ile bağlı olduğu inancıyla isteyerek ifayı gerçekleştirdikten sonra, şekil eksikliğin dayanması ihtimalinde, sözleşmenin geçerlik kazandığı sonucuna varılamaz. Bu ihtimalde BK. m. 62'den yararlanarak ifayı "borçlu olunmayan şeyin hatırlanması" olarak kabul edilmesi gerekir. BK. m. 62'deki şartları kendi şahsında gerçekleştiren fakirleşen taraf, şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sözleşmenin yerine getirilmesi için verilen şey sebepsiz zenginleşme – veya istihkak– kurallarına dayanılarak geri istenilebilir (45).

Şekil eksikliğe rağmen, aktin ifasının akit geçersizliğini giderdiğine ilişkin yukarıda açıkladığımız görüşü, İsviçre Federal Mahkemesi hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar ise, aşağıda açıklandığı üzere ifanın şekil eksikliğini giderdiği yaklaşımına yeni hukuki dayanaklar bulmaya çalışmışlardır.

1. JÄGGI'NİN TEORİSİ

Akit için ön görülen şekil zorunluluğna aykırılık halinde hukuki işlem üzerinde şekle aykırılığın sonuçları gerçekleşir. Ancak Yazara göre, ihlal edilen şekle ilişkin kuralların geçersizliği, kural olarak, yalnızca tasarruf işle-

(42) MERZ, Vertrag, s. 215.

(43) BGE 104 II 99; 117 II 107; 112 II 335.

(44) 104 II 99; 112 II 107; 112 II 330.

(45) EDİS, s. 349; ESENER, BH., s. 104; MERZ, Vertrag, s. 216.

mi üzerinde değil, borçlandırıcı işlem üzerinde gerçekleşir. Borçlandırıcı işlem için geçerli olan bu kuralın, tasarruf işlemi için de geçerli olması tasarruf işleminin özelliğinin şeklinin hukuki koruma alanına dahil olması halinde mümkündür (46).

Özellikle borçlunun akitten doğan borcunu serbestçe ifa etmesi ihtimalinde, borçlu, ifayı yerine getirirken en azından örtülü iradesiyle yeni bir hukuki işlem iradesini yani tasarruf iradesini ortaya koymaktadır (47). Bundan hareketle Yazar, tasarruf eylemi geçerli olarak yapıldığından, borçlandırıcı işlemdeki geçersizliğin ileri sürülemeyeceği sonucuna varmaktadır (48). Bu bağlamda tasarruf işlemi borçlandırıcı işlemle aynı şekle mi tabi olacaktır sorusu gündeme gelmektedir.

JÄGGI'ye göre, bu sorunun cevabını kanun koyucu vermelidir; eğer kanun koyucu bu konuya açıklık getirmemişse, borçlandırıcı işleme ait şekle ilişkin kanuni düzenlemenin amacından ve tasarruf işleminin özelliğinden tasarruf işleminin de aynı şekle tabi olması gerekiyorsa, her ikisi de aynı şekilde yapılmalıdır (49).

GIGER şekle ilişkin kuralların yalnızca borçlandırıcı işleme ait olunca ve bu şekil tasarruf işlemin geçerli olmazsa, kanunda yer alan aklama kurallarının da bir anlamı kalmadığından, bu görüşü benimsememiştir (50).

Bu görüş, Türk ve İsviçre hukukunda kabul edilen sebebe bağlılık ilkesinin ihlal etmektedir (51). Bu görüş, bizi geçersiz ve etkisiz bir borçlandırıcı işlem yanında geçerli bir tasarrufi sözleşmesinin varlığının kabulüne götürür. Hem birbirinden etkilenmediğini söyleyip, hem de tersine tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemin geçersizliğinin ortadan kalktığını söylemek çelişkidir.

Şekil eksikliğinin her iki tarafça bilinmesine rağmen, tasarruf işlemi aynı kapsam ile aynı şekilde yapılması durumunda, geri iadenin talep edilemeyeceği görüşüne katılmayı imkansız görmekteyiz (52). Birbirinden bağımsız iki

(46) SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 11, N. 78 ff.

(47) SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 11, N. 80.

(48) Alman hukukunda tasarruf işleminin borçlandırıcı işlem olarak batıl borçlandırıcı işlemin yerine geçtiği savunulmaktadır (FLUME, II, s. 278).

(49) SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 11, N. 80.

(50) GIGER, Verträge, s. 99.

(51) GIGER, Verträge, s. 100.

(52) REINICKE, s. 56; FLUME, II, s. 280.

işlemden birindeki eksiklik diğerini etkiler. Etki olumsuzluğun diğerine yansımaları şeklindedir, yoksa birindeki olumluluk diğerindeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Ayrıca etki borçlandırma işleminden tasarruf işlemine doğrudur. Bu etki tersine işletilemez.

2. SCHMIDLIN'İN EKSİK BORÇ TEORİSİ

SCHMIDLIN şeklen geçersiz bir hukuki işlemi eksik borç (Naturalobligation) olarak nitelendirmektedir (53). Şeklen geçersiz olan bir akit ifa davası hakkı vermez (nec actio), eğer şekle aykırılığı taşıyan akit ifa edilen edimlerin geri iade davası açma hakkı vermez (nec repetitio).

Kanunda belirtilen şekle uygun olmayan bir borçlandırıcı işlemin ifa edilmesi halinde edimlerin geri istenmesi mümkün olmaz. Ancak akitten doğan borçların serbest arzusuyla aktin şekle aykırı olduğunun bilinmesine rağmen yerine getirilmiş olması gerekir. Serbestçe geçersiz akti ifa eden kişi aktin geçersizliğine dayanma ve ifa edilmiş edimi geri isteme hakkını kaybeder (54). Yazar yukarıdaki çözümü sadece geçersiz aktin tamamen ifasında halinde önermektedir.

Eksik borç görüşü ifanın kısmen gerçekleşmesi halinde savunulması güç ve karışık bir durum arz etmektedir. Zaten SCHMIDLIN eksik borç görüşünü kısmi ifa hali için savunmamaktadır (55). Yazar görüşünü yalnızca şekil mecburiyetinin tarafları veya özel menfaati korumaya yönelik olduğu ihtimalde kabul etmekte, kamu ve genel özellikle üçüncü kişinin korunması amacıyla yönelik şekli hükümleri hariç bırakmaktadır.

3. GIGER'İN FİİLİ AKİT TEORİSİ

Alman hukukunda geliştirilen fiili akit ilişkisi (56) görüşüyle şeklen ge-

(53) SCHMIDLIN, 11, N. 40, 41-55; LORENZ, s. 392. Karş. ABGB. § 1432.

(54) SCHMIDLIN, 11, N. 48; agy. Grundstückskauf, s. 239.

(55) SCHMIDLIN, 11, N. 126; agy., Grundstückskauf, s. 239.

(56) Fiili akit ilişkisi kavramı ilk defa Günter HAUPT tarafından 1941'de ortaya konulmuştur. HAUPT birbirinden farklı problem alanlarını birlikte değerlendirmiştir. Değerlendirmelerini üç grup içinde toplamıştır: 1. Sosyal ilişkileri. 2. Topluluk ilişkileri. 3. Sosyal edim ilişkileri. Fiili akit ilişkisine son grup içinde yer vermiş bulunmaktadır. Bu kavram için bkz. HAUPT, Über faktische Vertragsverhältnisse, FS-Siber, Bd. II, Leipzig, 1943; SIMITIS, Die faktischer Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt, 1957; WIEACKER, Willenserklärung von sozialtypisches Verhalten, Göttingen Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen, 1961, s. 263; SIEBERT, Faktischer Vertragsverhältnisse, Juristische Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft: 41; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 1, N. 543; BUCHER, s. 270; GIGER, Verträge, s. 105, karşı görüş için bkz. KRAMER, 1, N. 21, 22, 238, 241-253.

çersiz olmasına rağmen ifa edilen aktin hukuki etkilerine çözüm getirilmeye çalışılmıştır (57).

Kısaca fiili akit ilişkisi kavramını ortaya koymaya çalışırsak: Fiili akit ilişkisi (58), fiili durumun gücünden doğan hukuki olaylardan farklıdır. Fiili akit ilişkisi kaynağını yine akit taraflarının birbirine uygun iradelerinden alır, geçerli hukuki işlemde doğmaz (59). Kısmende olsa hukuki işlemle aynı kapsama sahiptir. Fiili akit ilişkisi akit benzeri hukuki etki olarak kabul edilmektedir. Akit tarafları arasında kommutatif bir uyuşma olmaksızın fiili ilişkisinden doğan bu akit, akit benzeri bir ilişki ortaya koyar (60). Akdi kurallar fiili akit ilişkilerine de uygulanmalıdır. İsviçre hukuk doktrini fiili akit ilişkisi kavramına ihtiyatla yaklaşmıştır (61). GIGER fiili akit ilişkisinin akit benzeri bir etki göstermesinin gözardı edilmesini hayretle karşılamaktadır. Zira kanun koyucunun bizzat kendisi vekaletsiz işgörmeye hükümleri çerçevesinde (BK. m. 410 vd./Or. Art. 410 ff.; ayrıca bkz. Art. 320 Abs. 3) akit benzeri bir ilişkiyi düzenlemiştir. Fiili akit ilişkisinin hukuki dayanağını intra legem boşluğun hakimnin hukuk yaratmasıyla doldurulması teşkil eder (62).

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında taşınmaz satımıyla ilgili olmasa da, taksitle satımda fiili akit ilişkisini çıkış noktası olarak kabul etmiş bulunmaktadır (63). İsviçre Federal Mahkemesi diğer iki kararında da kural olarak geçersiz veya sona ermiş, fakat fiilen uygulanmış sürekli bir borç ilişkisinde ex tunc etkiyi değil, fiili ilişkiden hareketle ex nunc etkiyi uygulamıştır (64).

GIGER'in fikrine göre fiili akit ilişkisi sadece geçersiz sürekli borç ilişkilerinde değil, akit taraflarınca uzun süre ifa edilmiş borç ilişkilerinde de söz konusu olabilir (65). Akit taraflarının geçersiz bir akte rağmen edimlerini ye-

(57) GIGER, Verträge, s. 104 vd.; Bu görüş için bkz. SEROZAN, Hafta, s. 163.

(58) Fiili akit ilişkisini LORENZ, sosyal davranıştan doğan borç ilişkisi (Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten) (SR., § 4 II), JÄGGI ise akit benzeri borç ilişkisi (Vertragsähnliche Schuldverhältnisse) olarak ifade etmektedir (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 1, N. 550).

(59) SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 1, N. 550.

(60) GIGER, Verträge, s. 105.

(61) SCHÖNENBERGER/JÄGGI, 1, N. 548; KRAMER, 1, N. 238.

(62) GIGER, Verträge, s. 106; Kanuni borç ilişkisi görüşü için bkz. BUCHER, s. 240.

(63) BGE. 110 II 244 ff.

(64) Kiracı olarak hakimiyetinde bulunduranın kira aktini fesih için bkz. BGE. 63 II 369; geçersiz laesing aktinde taksitle satımla ilgili şekil kuralına aykırılık için bkz. BGE. 110 II 244.

(65) GIGER, Verträge, s. 94 vd. özellikle s. 110.

rine getirmeleri fiili karşılıklılık (faktisches Synallagma) yaratır (66). Fiili karşılığın bulunduğu ihtimalde Yazar, hukuki sebepten yoksun edimlerin iadesine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Çözüm olarak da İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilen (67), Alman hukuk doktrininde savunulan fark teorisinden (Saldotheorie) esinlenerek (68) –geçersiz tam iki tarafa borç yükleyen akitte ex tunc etkili birbirinden bağımsız geri verme talebi bulunmadığını – geri verme borcunun karşılıklı olarak (Zug um Zug) yerine getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (69).

İradi olarak gerçekleşen ifa davranışları da şeklen geçersiz fakat karşılıklı olarak yerine getirilmiş olan akitte bir sosyal olguyu gerçekleştirdiğinden, akit taraflarının iradelerindeki uygunluk geri verilme taleplerini engeller. Geri verme taleplerini engelleyen olgu fiili akit ilişkisidir (70).

Şekil eksikliği olan bir akitte uygunluk değil, kanunda belirtilen şekil eksikliğinden dolayı hukuki etkinin ortaya çıkmaması söz konusu olduğundan GIGER'in görüşü kabul edilemez (71).

4. von BÜREN'İN TEORİSİ

von BÜREN bilinçli olarak karşılıklı ifanın şekil eksikliğine sonradan dayanılmayı engelleyeceğini, zira tam bir ifanın ahlaki bir vazifenin sonucu olduğunu belirtmektedir (BK. m. 62/II) (72).

Şekle uyulmadan yapılan sözleşmenin yerine getirilmesi konusunda ahlaki bir ödev var sayılmaz (73).

B. Şekil Noksanlığı Sebebiyle Geçersizliğin Dürüstlük Kuralıyla Hakkın Kötüye Kullanılmasıyla Sınırlandırılması

BK.'deki şekle aykırılığın yaptırımını emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, geçersizliğin etkisi mutlaktır. Aksi takdirde şekil kurallarının hiç bir

(66) LESER, s. 49.

(67) Bkz. BGE. 83 II 25.

(68) von TUHR/PETER, s. 507; LESER, s. 9, 19 ff.

(69) GIGER, Verträge, s. 109.

(70) GIGER, Verträge, s. 110, şeklen geçersiz taşınmaz satımında fiili akit görüşü için bkz. age., s. 114.

(71) SCHMIDLIN, Grundstückkauf, s. 233.

(72) Karş. ABGB. Art. 1432, von BÜREN, s. 147.

(73) HATFMI, s. 8. dn. 2; SEROZAN, Hafta, s. 160.

anlamı kalmaz. Ancak hiç kimse kendi kusuruyla sebep olduğu hukuki durumdan avantaj elde etmemesi gerekir. Şekil eksikliğini kendisi yaran tarafa ifa talebinden kaçınma hakkı verilemez.

Şekle aykırılığın ileri sürülmesi kesin telafisi imkansız bir sonuç doğuruyorsa, Kanun (MK. m. 2/II) bu sonucu himaye edemez (74). Yokluk görüşü haricinde diğer iki görüş açısından aktin şekil nedeniyle geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması durumunda, dürüstlük kuralına aykırılık hakim tarafından iresen nazara alınır (75). Hakim, hangi hallerin hakkın kötüye kullanıldığını, her olayda hal ve şartları değerlendirerek, şekil nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini serbestçe takdir eder (76). YAVUZ bu hususda kesin kurallar koymanın mümkün olmadığını belirtmektedir (77).

1. Hukuki İşlemin İfasına Rağmen Şekle Aykırılığa Dayanmanın Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Etmesi

Şekle aykırılığın sonucunun geçersizlik olarak kabul edilmesine rağ-

-
- (74) OSER/SCHÖNENBERGER, 11, N. 30'da şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği görüşündedir. MK. m. 2/II'nin uygulanmasını savunanlar için bkz. OĞUZMAN, Şekil Noksanı, s. 249, dn. 3.
- (75) Y. 14.2.1951 T., 1949-17 E. 1951-11 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında vakia ve karinelerden olayda kanunen iyiniet iddiasında bulunamayacak durumu belirlemiş olan kimsenin kötünietinin diğer tarafa ispat ettirmesine artık sebep vecih bulmayacağına ve dava hakkının doğmunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötü niyetin bu durumda mahkemece resen nazara alınabileceğine karar vermiştir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, c. 4, 1948-1956, s. 309 vd). Yargıtay 7.5.1991 T. 1/2 sayılı kararında 14.2.1951 tarihli kararda bir değişiklik ve ilaveye gerek görmemiştir (YKD., c. 17, sa. 8, s. 1154). Yargıtay Son İç. Bir. Kararında kötüniet iddiasının hukuki mahiyeti itibariyle itiraz niteliğinde bulunduğu ve bu nedenle de yargılama sona erinceye kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadan her zaman ileri sürülebileceğini 8.11.1990 gün, 1990/4 Esas 1991/3 karar no ile açıkca belirtmiştir (RG. 29.1.1992 T., sa. 21126). Alman Hukuku için bkz. MÜNCHKOMFÖRSCHER, 125, N. 57; REINICKF, s. 37.
- (76) BGF 104 II 101; OĞUZMAN, BH., I, s. 103; agy. Şekil Noksanı, 1955, s. 253; YAVUZ, I, s. 126; TUNÇOMAĞ, I, s. 237; SEROZAN, Die Überwindung, s. 122; TANDOĞAN, I/1, s. 237.
- (77) YAVUZ, I, s. 126; OĞUZMAN, Şekil Noksanı, s. 255; SEROZAN, Die Überwindung, s. 109'da hakkın kötüye kullanılmasının şablon haline getirilemeyeceğini belirtmektedir. Yargıtay 3.11.1980 T. ve 3/2 sayılı İç. Bir. Kararında "objektif iyiniet kuralının uygulanmasında kesin sınır koymaya imkan olmadığından ve her olayın özelliği nazara alınıp değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiştir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, c. 5, 1957-1980; s. 817 vd.). Diğer görüş ise hakkın kötüye kullanılmasına örnek olabilecek ilgililer açısından belirgin ve açık genel kıstasların tespit edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüşler için bkz. EDİS, s. 346; KILIÇOĞLU, YD., s. 300. Bu yönüyle tartışılan bir Y. İç. Bir. K. 30.9.1988 T., 1987-2/2 sayılı kararı (YKD., c. XV, sa. 2, s. 149 vd. özellikle Turgut Uygur'un (s. 161) ve İsmet Arslan'ın (s. 166) karşı oy yazıları.

men, şekle aykırılığın ifa ile düzeltilmesinin kaynağını MK. m. 2/II'deki dürüstlük kuralı teşkil eder (78).

İfadan önce şekil eksikliğine dayanılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumda dürüstlük kuralına aykırılık şeklen geçersiz akte dayanarak aktin ifası talep yetkisi vermez. Şekil noksanı akte dayanılarak işlemin yerine getirilmemesinden doğan zararın da tazmini istenemez (79).

İfadan sonra ise hakkın kötüye kullanılmasının sadece olumsuz değil, olumlu etkisinde bulunulduğu kabul edilmektedir (80). Başka bir deyişle, hakkın kötüye kullanıldığını ileri süren tarafa, yalnız sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle uğradığı zararın tazminini (81) talep yetkisi yanında, dilerse sözleşmenin ifasını talep yetkisi verilmektedir. İfayı talep yetkisi geçersiz sözleşmenin yerine getirilmesini istemek şeklinde olabileceği gibi, geçersiz sözleşmeye rağmen ifa edilmiş edimleri muhafa etmek şeklinde olabilir (82).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda belirttiği üzere, alıcı, kat mülkiyetine tabi olmak üzere yapılan taşınmazı yükleniciden satın alıp tüm borçları eda ettiği, davalıdan teslim alıp yıllarca kullandığı olgusu karşısında sözleşmenin şekil noksanı nedeni ile geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve hakim MK. m. 2'ye dayanarak davalıyı aynen ifaya mahkum edebilir. Taraflar arasındaki harici satım sözleşmesinin hukuki kapsam ve etkisinde 30.9.1988 tarihli Y. İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alınınca, talep edilen tazminatın hukuki dayanağı ve kapsamı borcun ifa edilmemesi ve sonuçlarını düzenleyen BK. m. 96-108. maddelerine göre tespit edilmesi gerekir. Yargıtay bu kararıyla şekle aykırılıktan dolayı geçersizlikten dolayı olumsuz zarar (sözleşmenin geçersizliğinden doğan zarar) haricinde, ifa sebebiyle şekli geçersizliğin giderilmesi halinde borçlunun kusuru ile ifanın yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklı nezdinde doğan zararın (olumlu zararın) tazmini gerektiğine karar vermiştir (83).

(78) von TUHR, ZHR., 40 (1921), s. 40; Aynı görüş YAVUZ, II, s. 144; SUNGURBEY, s. 193; MERZ, Vertäge, s. 223.

(79) BGE 49 II 63; MERZ, 2, N. 490.

(80) KRAMER, 11, N. 123; SEROZAN, Die Überwindung, s. 121; agy. hafta, s. 165; KILIÇOĞLU, YD., s. 301; TANDOĞAN, I/1, s. 239 ve age., s. 239, DN. 53c'de yer alan yazılar.

(81) Geçersizlikten dolayı hakim olumsuz zararın dışında, olumlu zararın ödenmesine karar verebilir (EDIS, s. 353).

(82) Y. İç. Bir. K. 30.9.1988 T., 1987-2/2 (YKD., c. 15, sa. 2, s. 159).

(83) Y. 13. HD. 15.1.1991 T. 1990-5909/238 (YKD., c. 17 sa. 6, s. 896).

a. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ UYGULAMASI

Federal Mahkeme akit taraflarının geçersizliği bilmelerine rağmen, bilinçli olarak akitten doğan tüm edimlerin yerine getirilmesi ihtimalinde, şekil eksikliği nedeniyle aktin geçersizliğine dayanılmasını hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini kabul etmektedir (84).

İsviçre Federal Mahkemesi ilk verdiği kararlarda ifanın tek başına şekil eksikliğini gidermeyeceğini, diğer hal ve şartların birlikte değerlendirilmesinden şekil eksikliğine dayanmanın hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini araştırmaktaydı. Daha sonraları tek başına ifanın hakkın kötüye kullanılması için yeterli görmeye başlamıştır (85).

Şeklen geçersiz bir akitten doğan edimlerin tamamen veya hiç değilse tamamına yakın bir bölümünün ifası halinde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir (86). Aktin ifasının tek başına hakkın kötüye kullanılmasının göstergesi olmadığını, geçersizliği ileri sürenin sözleşmenin şekle aykırı olduğunu ve bunun sonuçlarını bilmesine rağmen ifanın gerçekleştirildiğinin ortaya konulması gerekir (87).

b. YARGITAY UYGULAMASI

Yargıtayımızın şekle aykırılığa ilişkin çeşitli kararlarını konuları itibariyle tasnif ederek değerlendirmesini aşağıda yapmaya çalışacağız (88).

aa. Kat Mülkiyetine Tabi Bağımsız Bölüm Satımında Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Etmesi

Yargıtay 30.9.1988 tarihli ve 1987-2/2 sayılı İç. Bir. Kararında "Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngürdüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul

(84) BGE 84 II 376, 98 II 316, 104 II 104, 106 II 151, 112 II 333.

(85) Bu içtihadlar ve değerlendirmesi için bkz. BUCHER, Hafta, s. 132 vd.

(86) BGE 112 II 335; 112 II 107; 104 II 104; 98 II 316. Akit tarafları şeklen geçersiz birtaşınmaz satımını tapuda gösterilen üzerinde ödeme haricinde tamamen ifa etmesi halinde, satıcının kararlaştırılan tapuda gösterilenin üzerindeki paranın ödenmesini şeklen geçersizliğe rağmen mecbur tutabilmesi için bkz. BGE. 104 II 99 ve alıcının ayba karşı tekeffül talebinden kurtulamaması için bkz. BGE. 90 II 154.

(87) TUNÇOMAĞ, I, s. 238.

(88) OĞUZMAN, Dürüstlük Kuralı, s. 407 ve.; Vakıf kurma işlemleri esnasındaki şekle aykırılığın hukuki sonucu ve sınırları için bkz. HATEMİ, önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muameleleri, İstanbul, 1969, s. 239 vd.

edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazlardan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanılmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması halinde; olayın özelliğine göre hakim MK. m. 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edileceğine çoğunlukla karar" verilmiştir (89).

Yargıtayımız şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasının sonuçlarını, "ifa halinde" ve "ifadan kaçınılması halinde" olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir.

Ifanın gerçekleşmesi halinde, "taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılığdan uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa) bunun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği" Yargıtay uygulamalarında kabul edilmektedir (90).

Ifanın henüz gerçekleşmediği ihtimalde ise, kural olarak, şekle ilişkin düzenlemenin emredici niteliği ve Yargıtayın yerleşmiş içtihadlarında belirtilen esaslara uygun olarak "tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (butlan) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa reddi gerekir (91).

Yargıtay HGK.'unun 18.3.1981 tarihli kararına konu olan olayda, satıcı (müteahhit) alıcı ile arsa payının satışıyla ilgili olarak adi şekilde bir anlaşma imzalanmış, satış bedellerinin ödenmesi satıcı tarafından kabul edilmiş ve binanın inşaatının tamamlanmasından sonra bağımsız bölüme alıcının taşınmasına satıcı itiraz etmemiş ise alıcıya sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin bir güvence verilmiştir. Alıcı sözleşmenin yerine getirileceği inancı ile iyiniyetle kendisine düşen edimleri ifa etmiş ise alıcıya karşı sözleşmenin şeklen ge-

(89) YKD., c. XV, sa. 2, s. 159; Y. HGK., 6.6.1979 T. 14-190/799 (BATIDER., 1980, c. X, sa. 3, s. 809) sayılı kararı Y. HGK.'unun 18.3.1981 T., 1979-14-1641/146 (Y. HGK.'unun On Yıllık Emsal Kararları, 1975-1984, Ankara, 1985, s. 391) sayılı kararıyla teyid edilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, YD., s. 316, Dn. 81'deki kararlar, KARTAL, s. 562, Dn. 57-62; AYAZLI, s. 49.

(90) Y. HGK. 11.3.1953 T., 2/9; 10.9.1955 T., 1-62/63; 21.3.1986 T., 14-541/257 (YKD., c. XV, sa. 2, s. 154'ten naklen).

(91) Y. İç. Bir. K. 30.9.1988 T. ve 1987-2/2 (YKD., c. XV, sa. 2, s. 156).

çersizliğini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinden kanunen himaye görmez (92).

Yargıtay hakkın kullanılması yasağı kuralıyla şekil eksikliğinin giderilebilmesi için "olayın özelliğinin" ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Olayın özelliğinin hakkın kötüye kullanılmasını gerekli kılmalıdır (93). Bu sonuç, dürüstlük kuralının taliliğinin (ikinciliğinin) bir gereğidir.

Yargıtay, Kat Mülkiyeti Kanuna tabi bağımsız bölüm satımının şekle aykırılığını giderebilmesini, alıcının tüm borçlarını yerine getirmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının zilyedliğini sağlaması ihtimalinde kabul etmektedir (94).

bb. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Etmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi taşınır ve taşınmaz ayrımı gözetilmeksizin BK. m. 512'de belirtilen miras mukavelesine ilişkin şekle uygun olarak yapılmaması gerekir (95). Bu şekil kuralına uyulmamasına rağmen, ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan yükümler sanki geçerli bir sözleşme varmış gibi yerine getirilmişse, şekle aykırılığın ileri sürülmesi artık hakkın kötüye kullanılması teşkil eder (96).

Yetkili memur tarafından düzenlenmesi gereken ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yetkili memur huzurunda düzenlenmesi esnasında meydana gelen eksiklikle, tarafların kendi aralarında özel olarak düzenledikleri bir sözleşmenin geçersizliği arasında, geçersizliğin hukuki sonuçları ve sınırları arasında bir fark gözetilemez (97).

(92) Y. HGK.'unun On Yıllık Emsal Kararları, 1978-1985, Ankara, 1985, s. 393-394.

(93) Karş. Y. İç. Bir. K. 5.7.1944 T. 12/26 sayılı kararı.

(94) Bkz. Y. HGK. 7.12.1988 T., 1986-2-228/989 (İKİD., 29, (1989), s. 6771); Y. 14. HD., 27.12.1988 T., 1710/8799 (İKİD., 30 (1990), s. 7516); Y. 14. HD., 23.5.1989 T., 1845/5017 (YHD.; c. XIII, sa. 5, s. 715); Y. 15 HD., 5.4.1990 T., 1989-4035/1602 (YKD., c. XVI, sa. 10, s. 1618). 30.9.1988 günlü İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama alanı Y. HGK.'unun 23.5.1990 T., 14-134/332 (İKİD., 31 (1991), s. 7907) sayılı kararıyla alıcının satım bedelini tamamen ödenmediği, bakiye borç kaldığı ihtimalde de şeklen geçersiz sözleşmeye dayanarak taşınmazın tesciline karar vererek genişletmiştir.

(95) Y. İç. Bir. K. 5.6.1957 T. 13/20 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, c. 5, 1957-1980, s. 50 vd.).

(96) Y. HGK. 18.11.1964 T., 1-1261/658 (İKİD., 1965, sa. 5, s. 3613); 10.9.1958 T., 1-62/63 (RENDA/ONURSAN, s. 712); 15.2.1990 T., 1989-6760/1860 (YKD., c. XIII, sa. 7, s. 1063); Yargıtayın diğer yerleşmiş içtihadları için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, BH., s. 238, DN. 11.

(97) Y. 13. HD., 4.6.1976 T., 2605/4575 (ABD., 1976, s. 957).

Yüksek Mahkeme ölünceye kadar bakma sözleşmesinde şekle aykırılığın ifa ile giderilebilmesi için sözleşmesinin uzun süre uygulanış olması kistasını kullanmaktadır.

cc. Evlatlık Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Etmesi

Şekle aykırı olarak yapılan evlatlık sözleşmesine taraflar uzun süre sözleşmedeki şartlara uygun olarak davranmaları ve sözleşmenin gerektirdiği şartları yerine getirmeleri durumunda artık şekle aykırılık ileri sürülemez (98).

dd. Kira Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Etmesi

Özel kanunlarda ön görülen geçerlilik şekline aykırı olarak yapılan kira aktinin tarafları, kendilerine düşen edimleri zamanında yerine getirmemişler ve uzun süre bu ilişkiyi devam ettirerek sözleşmenin varlığı ve geçerliliği konusunda birbirine güven vermişlerse, kiraya verenin sözleşmenin geçersizliğine dayanması hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğiinden şekle aykırılığın hukuki sonucu olan geçersizliğe dayanılmaz (99).

Genel, katma ve özel bütçelerle idare edilen daireler adına alma, satma ve bunlara benzer işler 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapılır. Yargıtay 2886 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 2490 sayılı Kanunun 25. maddesine göre aykırılık halinde, müteahhit sözleşme gereği üzerine aldığı yükümlülüğü ifaya başlamış ve büyük bir bölümünü yerine getirmişse idarenin sözleşmenin geçersizliğine dayanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir (100).

2. Diğer Olguların Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Etmesi

Şekil kuralına aykırı sözleşme henüz ifa edilmemiş olsa bile borçlunun bazı davranışları hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Karşı tarafı aldatan veya şekli eksikliği kasten yaratan suinayet sahibi akit tarafının şekil eksikliğine dayanması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Şekil eksikliğini

(98) Y. HGK., 11.1.1964 T., 2-953/640 (ABD., 1965, s. 192); Y. HGK., 2.10.1970 T., 1971/7-810 E., 1043 K. (OLGAÇ, I, s. 11-13).

(99) Y. HGK., 17.6.1987 T., 1986/13-734 E., 517 K?, 16.3.1979 T., 13-602/263, 4.4.1975 T., 6-280/510 (ERDOĞAN, s. 29); Y. 1. HD., 10.4.1984 T., 4128/4128; 25.12.1981 (KILIÇOĞLU; YD., s. 305, Dn. 53a).

(100) Y. HGK. 1.12.1983 T., 1981-4-224/1276 (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun On Yıllık Emsal Kararları, (1975-1984), Ankara, 1985, s. 859.

bilerek yaratan veya kendi yararı için isteyen taraf şekil eksikliğine ilişkin rizikoyuda üzerine almıştır (101). Böyle bir şekil eksikliği sebebiyle akitten doğacak yükümlerden kurtulma girişimleri korunmamıştır (102).

Aktin ifa edilmesine rağmen şekle ilişkin hükmün amacının haricinde başka gayelerle örneğin sırf taşınmaz fiatlarının yükselmesinden faydalanmak, ayıba karşı tekeffül borcundan sıyrılmak yada vergi yükümlülüğünde kurtulmak için ileri sürülmesi halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusudur (103).

TEKİNAY'ın İsviçre Federal Mahkemesinden örneklerle açıklandığı üzere "butlanı ileri süren taraf: 1) Şeklin gerçekleşmesine kendi menfaati için veya yanıltıcı hareketlerle engel olmuş, mesela diğer tarafa yanlış kanaat aşılmışsa, 2) Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan sıyrılmak istemesi, ahlaki duyguları incitecek bir mahiyet alıyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir vesile olarak kullanıldığı anlaşılıyorsa, 3) Diğer taraf taahhütlerin mutlaka ifa edileceğini sözleşmenin yapılmasından sonra teyid etmiş ve onun sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse (104) hakim, şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin kurulmuş olduğunu kabul edebilir (105).

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği çok sayıda kararla şekli geçersizliğin ex tunc etkili olduğunu, her zaman ve herkes tarafından geçersizliğe dayanılabileceği uygulamalarında yerleşmiştir (106). Geçersiz bir akte dayanarak kararlaştırılan karşı edimin ifasını talep edemez.

Hakim tarafından resen bu eksikliğin nazara alınması gerektiği ve yerine getirilmiş edimlerin kural olarak mülkiyet davasıyla veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak istemeleri gerektiği Federal Mahkeme uygulamalarına yerleşmiştir (107).

(101) BGE 106 II 36.

(102) BGE. 88 II 24.

(103) TANDOĞAN, I/1, s. 237; KILIÇOĞLU, YD., s. 308.

(104) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, BH., s. 141, 142.

(105) İsviçre Federal Mahkemesi daha önceki kararlarında (BGE 68 II 229) geçersizliğin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde akten geçerlilik kazandığını kabul etmemekte, sadece hak sahibine tazminat talep hakkı vermekteydi. BEG 84 II 636, 87 II 121, 90 II 21, 104 II 99'de belirtilen kararlarıyla görüşünü değiştirmiştir.

(106) BUCHER, AT., s. 145.

(107) BGE 87 II 28 ff, Bkz. BUCHER, AT., s. 157.

C. Şekil Noksanı Sebebiyle Geçersizliğin Ahlaka Aykırılıkla Sınırlandırılması

Borçlu karşı tarafı aldatarak şekli bağlı bir sözleşmeyi şekilsiz yapılmasını sağladıktan sonra bilerek şekil eksikliğine dayanması halinde, aldatılan taraf BK. m. 41/II'ye dayanarak zararının tazminine veya aynen tazmine hükümlenmesini isteyebilir (108).

HATEMİ, aktin ifa edileceği zehabı uyandırılmış ise olumsuz zararını isteyebileceğini belirtmekle beraber, BK. m. 41/II aracılığı ile BK. m. 43/II'den yararlanmayı dolambaçlı bir yol olarak görmektedir (109).

V. SONUÇ

Şekle aykırılığın hukuki sonucu geçersizliktir; şekli geçersizlik, hukuki işlem tarafı veya tarafları hiçbir şekilde geçersiz işlemin yerine getirilmesini talep imkanı vermez, fakat ifa edilmiş edimlerin geri verilmesini talep hakkı verir.

Kanunî şekle aykırılığın hukuki sonucu olan geçersizlik iki şekilde sınırlandırılabilir: Ya şekilden doğan geçersizlik subjektif bir geçersizlik olarak kabul edilip, ancak tarafların menfaatlerini ilgilendiriliyorsa bu geçersizliğe dayanabileceği savunulur. Ya da şekli geçersizlik kanundan doğan gücü dolayısıyla hakim tarafından resen nazara alınır, fakat şekle aykırılığa dayanma hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa geçersizlik MK. m. 2 ile sınırlanır.

Şekle aykırılık, şeklin koruma amacının tarafların korunmasına veya taraflardan birinin özel hukuk alanını koruması amacına yönelik ise geçersizlik kendine özgü olduğu ve taraflar arasındaki bir geçersizlik yarattığı görüşüne katılmamaktayız. Miras hukukuna ilişkin düzenlemeden hareketle istisnai bir kuraldan genel bir kural çıkarılamaz. Kendine özgü geçersizlik görüşü subjektif efektif bir geçersizliği ve bununla birlikte iptal edilebilirliği çağrıştırmaktadır ki bu kabul edilemez.

Ifanın şekil eksikliğini giderici etkisi ancak kanunun öngördüğü hallerde söz konusudur, bu hükümlerden hareketle genel bir kural çıkarılamaz.

(108) SCHWARZ (DAVRAN), s. 247; EDİŞ, s. 352; EREN, I, s. 358; ESENER, BH., s. 170'de sadece zararını tazminini talep edebileceği görüşündedir.

(109) HATEMİ, s. 10, dn. 2.

Her iki tarafında şekil eksikliğini bilmesi durumunda, hukuki işlemin geçersizliğinde hakkın kötüye kullanıldığının kabulünü ihtiyatla değerlendirmek gerekir, ancak hakkın kötüye kullanılması sınırlı ve zorunlu hallerde kabul etmek gerekir (110). Her iki tarafında şekil eksikliğini bilmelerine rağmen gerekli dikkati göstermedikleri için şekle aykırılık doğmuş ise, akit öncesi davranış ilişkisinden doğan borç ilişkisi çerçevesinde (c.i.c), zarar gören taraf, geçersizlikten dolayı olumsuz zararın tazmini talep edebilir (111).

Akit taraflarından biri diğerini kasten yanıltarak, doğacak hukuki yükümlülüğünü azaltmış ve ortadan kaldırmış ise, aldatılan dürüstlük kuralından hareket ederek aktin geçersizliğini ve bununla birlikte olumsuz zararı ya da karşı edimin ifasını talep edebilir (112).

Şekle aykırılığın sınırlarını geçersiz hukuki işlemin ifa edilmiş olup olmasına göre şu şekilde belirleyebiliriz:

1. Şeklen geçersiz hukuki işlemde doğan yükümlülükler henüz ifa edilmemişse (113);

Kural olarak tarafların hukuki işlemde doğan yükümlülükleri talep hakkı yoktur (114). Örneğin; satım aktinde alıcı satılanın mülkiyetinin geçirilmesini ve teslimini, satıcıda satım bedelinin ödenmesine talep edemez (115). Bu geçersiz işleme dayanarak hukuki işlemde doğan bir sorumluluk (BK. m. 96 vd.) söz konusu olamaz (116).

Şekle aykırılıktan dolayı geçersizlik, MK. m. 2/II'de belirtilen hakkın kötüye kullanılması teşkil eden davranışlardan ileri geliyorsa, MK. m. 2/II'nin olumlu etkisi söz konusu olamaz ve zarar gören tarafın olumsuz zararı talep hakkı doğar (117). MK. m. 2/II'nin olumsuz etkisi ise culpa in contrahen-

(110) FLUME, II, s. 779'da hiç istisna kabul etmeksizin dürüstlük kuralının uygulanamayacağı görüşündedir. Karşı görüş için bkz. LARENZ, SR., s. 197.

(111) LORENZ, s. 400; FLUME, II, s. 283; MEDICUS, s. 233; BUCHER, Hafta, s. 131; SEROZAN, Hafta, s. 161.

(112) BUCHER, Hafta, s. 131; SEROZAN, Hafta, s. 161; FLUME, II, S. 280; LARENZ, SR., s. 147; MEDICUS, s. 231.

(113) Alman hukukunda ifadan önce şekle aykırılığın doğrudan doğruya sınırladığı kabul edilmektedir. Ancak kaynağının dürüstlük kuralı, hakim in takdir hakkı, güvenden doğan sorumluluk veya kanundan doğan talep olup olmadığını tartışmalıdır (Bkz. FLUME, II, s. 17; LARENZ, SR., s. 353; GIRİTLİOĞLU, s. 114).

(114) İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması için bkz. BUCHER, Hafta, s. 128.

(115) KRAMER, 11, N. 152; SPIRO, Die Beurkundung, s. 29; CAVIN, s. 135.

(116) Akit öncesi borç ilişkisinden (Culpa in contrahendo) sorumluluğu saklıdır (KOLLER, Grundstüekkauf, 366).

(117) SCHWARZ (DAVRAN), s. 247; KILIÇOĞLU, YD., s. 311; TANDOĞAN, I/1, s. 230; GIRİTLİOĞLU, s. 136.

doya dayalı olumsuz zararlarla sınırlıdır. Olumlu zararı talep hakkı yalnızca MERZ'in belirttiği üzere şekil konusunda yanıtlanmasaydı veya şekle aykırı olan hukuki işlemin yerine getirileceği hususunda bir güven yaratılmasaydı, şekle uygun bir işlem yapacağını ispatlamasına bağlıdır (118).

2. Şeklen geçersiz hukuki işlemde doğan tüm yükümlülükler yerine getirilmişse;

Kural olarak geçersiz bir hukuki işleme dayanarak kendine düşen edimi ifa eden, yerine getirdiği edimin geri verilmesi talep edebilir. Örneğin; geçersiz bir taşınmaz satımında alıcı satım bedelini ödemişse satım bedelinin geri verilmesini talep edebilecektir.

Geri isteme talebi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK. m. 62'ye dayanmaktadır (condictio indebiti) (119). BK. m. 62'de düzenlenen borç olmayan şeyin ifası ile sebepsiz zenginleşmenin tüm şartları şeklen geçersiz hukuki işlemde borcun yerine getirilmesi ihtimalinde mevcuttur (120). İfa amacıyla yapılan (causa solvendi) kazandırmanın yapıldığı anda ifanın dayandığı borç ilişkisi geçersizdir ve ifayı yapan kendi özgür iradesiyle kendisini borçlu zannederek geçersiz işlemi ifa etmiştir.

Yerine getirilen ifanın geri istenmesinin ilk sınırını bizzat BK. m. 62/II'nin kendisi düzenlemiştir: Zenginleşmenin iadesinde bulunan hataya düştüğünü yani ifanın dayandığı hukuki işlemi geçerli sanmakta olduğu hususundaki saik hatasını ispat etmek zorundadır (121). Şekil eksikliği nedeniyle hukuki işlemin geçersizliğini ve ifa yükümlülüğü olmadığını bilmesine rağmen kendi edimini ifa eden taraf geri verme talebinde bulunamaz. Satım ilişkisi örneğinde satıcıya yerine getirilen satım bedelini iadede kaçınma hakkı veren BK. m. 62/I alıcının mülkiyet -istihkak- talebinde de kıyasen uygulanır (122).

(118) MERZ, 2, N. 498; GİRİTLİOĞLU, Kusurun derecesine göre bir ayırım yapmakta, hileyle şekil eksikliğine dayanma halinde aynen ifaya imkan vermektedir (s. 136). Karş. TEKİNAY/AKMAN/BURÇOĞLU/ALTOP, BH., s. 131.

(119) BGE 115 II 28.

(120) Bkz. ÖZ., s. 83 vd.

(121) ÖZ, s. 88; HATEMİ, s. 546; von TUHR/PETER, s. 483; BUCHER, Hafta, s. 139; LORENZ, s. 392.

(122) SEROZAN, Hafta, s. 159; KOLLER, Grundstückskauf, 281; agy., s. 136; ifa esnasında şekil eksikliği taraflarca biliniyorsa tarafların edimlerini geri isteme yetkisi ortadan kalkar (Karş. BGB § 814). Bu geçersiz aktin geçerli hale gelmesi anlamına gelmez (MÜNCKOM/FÖRSCHLER, 125, N. 67). Şekil kurallarına uymadan doğan olgu BK. m. 65'deki şartları gerçekleştirmez (HATEMİ, s. 546).

İfa ve ifa dışında diğer davranışlar MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, taraflar hukuki işlemin şekle aykırılıktan dolayı geçersizliğini ileri süremezler. İfa tek başına hakkın kötüye kullanıldığını göstermez. Tüm olayların serbestce değerlendirilmesinden şekli geçersizliğe dayanmanın hukuka aykırı veya hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği araştırılmalıdır.

3. Hukuki işlem taraflarından biri kendi edimini tamamen yerine getirmesine rağmen karşı taraf kendi yükümlülüğünü hiç yerine getirmemişse; kural olarak karşı edimin ifası istenemez. Şekil eksikliğine rağmen karşı edimin ifasının talep edilebilmesi geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye teşkil etmesi gerekir.

Özellikle karşı edimi yerine getirmeden uzun süre diğer edimi kabul ettikten sonra şekle aykırılığa dayanmasını kanun himaye etmez. Örneğin satılan bir taşınmaza ilişkin taksitlerin ödenmesini uzun bir süre kabul edilmesi ve taşınmazın alıcının zilyedliğine bırakılması durumunda (123) veya devralan tarafından on yıl gibi uzun bir süre takas suretiyle başkasının kullanılmasına terk edilmesinde (124) olduğu üzere akden şekil nedeniyle geçersizliği ileri sürülemez.

Şekle aykırılık hakkın kötüye kullanılması ihtimalinde, karşı edimin yerine getirilmesinden vazgeçerek, kendi ediminin iadesini ve olumsuz zararının tazminini talep edebilir.

Edimini yerine getiren taraf kendi edimini geçersizliğini bilmesine rağmen yerine getirmişse geri ister. Hakkın kötüye kullanılması yine geri iadeyi talep hakkı verir.

İsviçre Federal Mahkemesine konu olan bir olayda (125), şekle aykırı taşınmaz satımında, taksit borçlarını ifa etmemesinden dolayı satıcılar sözleşmeden dönmesi üzerine, karşı edimi elde edemeyeceğini anlayan alıcı da ödediği paraların iadesini talep etmiştir. Alıcının talebine karşı satıcılar da BK. m. 62'ye dayanarak iadedden kaçınmak istemiştir. Federal Mahkemeye göre, davacı karşı edimin talep edilebileceğini bilerek yerine getiren kişidir.

(123) BGH., NJW., 1973, s. 1455.

(124) BGH., WPM., 1965, s. 480.

(125) Jdt 89 I 172. Bu kararın incelenmesi için bkz. ÖZ, Kararın Düşündürdükleri, s. 103 vd. Yazar, age. s. 107'de Federal Mahkemenin incelemesinde, iktisabın tasarruf işlemiyle gerçekleşip gerçekleşmediği ve buna ilişkin tartışmanın *conditio indebiti* yi etkileyip etkilemediğinin tartışılmamasını eksiklik olarak görmektedir.

Karşı taraf kendi edimini yerine getiremezse, daha önce yerine getirilen edimi sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Federal mahkeme, alıcının kazandırmasını geçersiz borcu ifa değilse, karşı edimi elde etme beklentisi ile yapılmış kazandırma saymış, böylece alacağı BK. m. 62 kapsamı dışında bırakarak, gerçekleşmeyen sebebe dayanan iktisap olarak olaya BK. m. 61 hükümlerini uygulamıştır (126).

Eğer akit taraflarından biri tamamen, diğeri ise kısmen edimi yerine getirmişse; tam olarak edimin yerine getiren taraf edimden kalan bakiyeyi talep etmesi kural olarak kabul edilemez. Hukuki işlemin tamamına yakın bölümü veya temel edim yerine getirene getirilmiş yahut talep edilen bakiye edimin yerine getirilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa bakiye edim talep edilebilir.

Borçlunun suiniyetle şekle aykırılığa dayanması halinde geri kalan edimin yerine getirilmesi BK. m. 41'e dayanarak haksız fiil hükümleriyle sağlanabileceği iddia edilmiştir (127). Gerçekten BK. m. 43'e göre hakim zarar görenin zararının tazminine aynen tazmin şeklinde karar verebilir. Aynı yoldan ifa edilmiş edimin geri verilmesi de sağlanabilir. Edimin yerine getirilmesi geçersiz aktin ifa ile geçerli hale gelmesine değil, hakim kararına dayanır. Haksız fiil hükümleri MK. m. 2/II ile yarışır.

(126) ÖZ, olayda ifa sebebiyle kazandırmada bulunmadığını söylemenin çok zor olacağını belirlemekte; bütün bunlara rağmen, iktisaba BK. m. 62 hükmünün uygulamanın adil olmadığından, devreye dürüstlük kuralını sokarak "taraflar arasındaki tasfiyeyi şekle aykırılık geçersizliği yerine sözleşmeden dönme rejimine tabi tutmak" için girmesini önermektedir (Kararın Düşündükleri, s. 136).

(127) SEROZAN, s. 90.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale** : Türk Eşya Hukuku, II, 2. bası, Ankara, 1973.
- AYAZLI, Pervin** : Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Hukuk Araştırmaları, c. 2, sa. 1, s. 43-51.
- BUCHER, Augen** : Schweizerisches Obligationrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1979.
- : Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, Travaux de la 5 eme semaine juridique turcosuisse, La Forme dans les actes Juridiques d'Istanbul, 13-20 avril 1975, Istanbul, 1976 (Kısaltılmışı : Hafta).
- von BÜREN, B** : Schweizerisches Obligationrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.
- CAVIN, Pierre** : Kauf, Tausch und Schenkung, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII/1, Basel, 1977.
- DOĞANAY, İsmail** : Taşınmaz Satımında Objektif İyiniyet Kuralı, Prof Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara, 1990, s. 231-257.
- EDİS, Seyfullah** : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. bası, Ankara, 1983.
- ERDOĞAN, Celal** : Tahliye, Kira Tespit ve Kira Alacağı Davaları, Ankara, 1990.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, 3. bası, Ankara, 1989.
- ESENER, Turhan** : Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956 (Kısaltılmışı: Muvazaalı Muameleler).
- : Borçlar Hukuku, I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara, 1969. (Kısaltılmışı: BH.).
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, İstanbul, 1976; Özel borç ilişkileri, c. I, İstanbul, 1978 (Kısaltılmışı: ÖBİ.).
- FIKENTSCHER, W** : Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin-New York, 1985.
- FLUME, Werner** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979.
- GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI** : Schweizerisches Obligationrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I-II, 4. Aufl., Zürich, 1987.
- GIGER, Hans** : Rechtsfolgen norm und sittengewidriger Verträge, Zürich, 1989. (Kısaltılmışı: Verträge).
- : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: Obligationrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragverhältnisse, Kauf und Tausch - Die Schenkung: 1. Teilband, 1. Abschnitt, Art. 184 - 215 OR., Bern, 1979.
- GİRTLİOĞLU, Necla** : Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Köyüye Kullanılması ile Sınırlandırılması, Yayılanmamış Profesörlük Takdim Tezi). İstanbul, 1989.

- GUHL/MERZ/KUMMER** : Das Schweizerische Obligationrecht, 7. Aufl., Zürich, 1980.
- GÜRAY (AKİPEK)** : Hükümsüzlük Nazarileri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara, 1953.
- HAAB, Robert** : Zürcher Kommentar, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich, 1929-37.
- HATEMİ, Hüseyin** : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976.
- IBERT, G.** : Formmangel beim Grundstückskauf, ZBJV., 110, 1974, s. 332.
- KARTAL, Bilal** : Arsa Payı Karşılığı Kat - Bağımsız Bölüm Yapma ve Özellikle Biçimi, YD., c. 9 (1983), sa. 4, s. 551-568.
- KANETİ, Selim** : Yargıtay İçtihadlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978, s. 291-344.
- KELLER/SCHÖBI** : Das Schweizerische Schuldrecht, I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt, 1988.
- KELLERHALS, Adolf** : Simulation im Grundstückskauf, Diss., Bern, 1952.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** : Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD., 1981, s. 209-222. (Kısaltılmışı: AÜHFD).
: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımın Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, YD., c. 15 (1989), sa. 1-4, s. 289-322 (Kısaltılmışı: YD.).
- KOLLER, Alfred** : Grundstückskauf mit Schwarzzahlung, ZBJV., 126, 1990, s. 124 (Kısaltılmışı: ZBJV).
: Der Grundstückskauf, St. Gallen, 1989 (Kısaltılmışı: Grundstückskauf).
- KUNZ, Hans** : Öffentliche Vertragsurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, Bienne, 1928.
- LARENZ, Karl** : Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München, 1983 (Kısaltılmışı: AT.).
: Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, 1987 (Kısaltılmışı: SR.).
- LORENZ, Werner** : Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP., 156 (1957), s. 381 ff.
- MEDICUS, Dieter** : Allgemeiner Teil des BGB., 3. Aufl., Heidelberg, 1988.
- MERZ, Hans** : Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg Schweiz, 1988 (Kısaltılmışı: Vertrag).
: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-10 ZGB., Bern, 1962.
: Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1976, ZBJV., 114, 1978, s. 142 ff (Kısaltılmışı: ZBJV., 114).

- MEIER-HAYOZ, Artur** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, 2. Teilband; Das Grundgesetzum I, Art: 655-679 ZGB., Bern, 1965.
- MÜNCHENER KOMMENTAR**: zum Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band 1, München, 1978 (Kısaltılmışı: MÜNCHKOM/YAZAR)
- LESER, Hans G.** : von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss., Freiburg, 1956.
- LIVER, Peter** : Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel, 1977.
- LORENZ, Werner** : Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP., 156, (1957), s. 381 vd.
- OĞUZMAN, M. Kemal** : Borçlar Hukuku, c. I, İstanbul, 1987 (Kısaltılmışı: BH.)
: Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali, İBD., 1955, sa. 6, s. 249 vd. (Kısaltılmışı: Şekil Noksanı).
: Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirisi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 407-415 (Kısaltılmışı; Dürüstlük Kuralı).
- OĞUZMAN/SELİÇİ** : Eşya Hukuku, 4. bası, İstanbul, 1985.
- OLGAÇ, Sezai** : Kazai ve ilmi içtihadlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, c. I, Genel Hükümler (m. 1-60), Ankara, 1976.
- OSER/SCHÖNENBERGER** : Zürcher Kommentar, Obligationrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich, 1929.
- ÖZ, Turgut** : Öğretide ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990.
: İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri, MHAD., 1991, s. 103-139 (Kısaltılmışı: Kararın Düşündürdükleri).
- POSTACIOĞLU, İhan** : Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul, 1954.
- RICHEL** : Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP., 104, s. 1.
- RENDA/ONURSAN** : Borçlar Hukuku, Ankara, c. I, 1972; c. II, 1973.
- SCHMID, Jörg** : Die öffentliche Beerkundung von Schuldverträgen, Diss., Freiburg, 1988.
- SCHMIDLIN, Bruno** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband/Lieferung 3: Art. 11-17 OR., Bern, 1986.
: Der formgültige Grundstückkauf, ZSR., 109 (1990), Bd. 131, H.3, s. 224 (Kısaltılmışı: Grundstückkauf).
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI** : Zürcher Kommentar, Das Obligationrecht, Teilband V 1 a; Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR., Kommentar zu 1 - 17 OR., Zürich, 1973.
- SCHWARZ, A.** : Borçlar Hukuku, Dersleri, c. I, İstanbul, 1948 (Çev. B. DAVRAN).

- SEROZAN, Rona** : Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968 (Kısaltılmışı: Die Überwindung).
: Die Überwindung der Formnichtigkeit, Travaux de la 5 eme semaine juridique turco-suisse, La Forme dans les actes Juridiques d'Istanbul, 13-20 avril 1975, Istanbul, 1976 (Kısaltılmışı: Hafta).
- SPIRO, Karl** : Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basel, 1964. (Kısaltılmışı: Die Beurkundung).
: Die Bedeutung der Beurkundung für Grundstückkauf, Travaux de la 5 eme semaine juridique turco-suisse, La Forme dans les actes Juridiques d'Istanbul, 13-20 avril 1975, Istanbul, 1976 (Kısaltılmışı: Hafta).
: Grundstückkauf und Formzwang, BJM., 12, 1965, s. 213 vd. (Kısaltılmışı: Formzwang).
- von STAUDINGERS** : Kommentar zum BGB., 12 Aufl., Berlin, 1978 (Kısaltılmışı: STAUDINGER/YAZAR).
- SUNGURBEY, İsmet** : Medeni Hukuk Sorunları, c. I, Istanbul, 1973.
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C I/1, 4. bası, Ankara, 1985.
- TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP** : Tekinay Eşya Hukuku, Cilt: 1, 5. bası, Istanbul, 1989 (Kısaltılmışı: EH.).
: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. bası, Istanbul, 1988 (Kısaltılmışı: BH.).
- von TUHR/PETER** : Allgemeiner teil des Schweizerischen Obligationrecht, Band I, Band I, 3. Aufl., Zürich, 1974/1979.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. I: Genel Hükümler, 6. bası, Istanbul, 1976.
- YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt: I, 2. bası, Istanbul, 1989; Özel Hükümler, Cilt: II, Istanbul, 1989.
- ZELLER, Ernst** : Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich, 1981.

KISALTMALAR

- ABD.** : Ankara Barosu Dergisi.
- ABGB.** : Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, vom 1.6.1811 (=1.6.1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu).
- AcP.** : Archiv für die civilistische Praxis.
- age.** : Adı Geçen Eser.
- agy.** : Adı Geçen Yazar.
- Art** : Artikel (= madde)

- AT.** : Allgemeiner Teil (= Genel Hükümler).
Aufl : Auflage (= bası)
AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
BATIDER. : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
Bd. : Band.
BGB. : Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18.8.1896 (=18.8.1896 tarihli Alman Medeni Kanunu).
BGE. : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (=İsviçre Federal Mahkemesi Kararları).
BGH. : Bundesgerichtshof (=Alman Federal Mahkemesi).
BGHZ. : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (=Alman Federal Mahkemesi Özel Hukuk Kararları).
BH. : Borçlar Hukuk.
BJM. : Basler Juristische Mittelungen
BK. : 22.4.1926 tarihli Borçlar Kanunu
Bkz. : Bakınız.
c. : Cilt.
Çev. : Çeviren.
Dn. : Dipnot.
Diss. : Dissertation (=Doktora Tezi)
E. : Esas
EH. : Eşya Hukuku.
H. : Heft (=Fasikül).
HD. : Hukuk Dairesi.
HGB. : Handelsgesetzbuch, vom 10.5.1897 5=10.5.1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu).
HGK. : Hukuk Genel Kurulu.
İBD. : İstanbul Barosu Dergisi.
İç. Bir. K. : İçtihadı Birleştirme Kararı.
İHFM (İHFD) : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
İKİD. : İlmî Kazai İçtihadlar Dergisi.
İİK. : 19.6.1932 tarihli İcra ve İflas Kanunu.
K. : Karar.
Karş. : Karşılaştırınız.
m. : Madde.
MHAD. : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.
MK. : 17.2.1926 tarihli Türk Medeni Kanunu.
MÜNCHKOM. : Münchener Kommentar zum BGB.
N. : No, Yan Numara.
OR. : Bundesgesetz über das obligationenrecht, vom 30.3.1911 (=30.3.1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu).
s. : Sayfa.

sa.	: Sayı.
SR.	: Schuldrecht (=Borçlar Hukuku).
T.	: Tarih.
TD.	: Ticaret Dairesi.
TK.	: 9.7.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu.
vd.	: Ve devamı.
WPM.	: Wertpapier-Mitteilungen.
Y.	: Yargıtay.
YD.	: Yargıtay Dergisi.
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi.
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi.
ZBJV.	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins .
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10.11.1907 (=10.11.1907 ta- rihli İsviçre Medeni Kanunu).
ZSR.	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

İHALENİN FESHİ DAVASINI AÇMA HAKKI

Y. Semih ÖKTEMER (*)

• **ANLATIM DÜZENİ** : I- *Konu.* II- 3494 Sayılı Kanundan evvelki hukuki durum. III- 3494 Sayılı Kanun ile İİK.nun 134. maddesine getirilen değişikliğin yasalaşma safhası. IV- 3494 Sayılı Kanundan sonraki hukuki durum. A- *İhalenin feshini kimler isteyebilir?* 1- *Satış isteyen alacaklı.* 2- *Tapu sicilindeki ilgililer.* a- *Aynı hak sahipleri.* b- *Ortaklar (paydaşlar).* 3- *Pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar.* 4- *Borçlu.* B- *Dava hakkına sahip olmayanlar.* C- *Dava hakkı ve hukuki yarar ilişkisi.* V- *Bazı özel hallerde fesih isteme hakkı.* 1- *İflas halinde.* 2- *Ortaklığın giderilmesinde.* VI- *Husumetin tevcih edileceği kişiler.* 1- *İcra takibine ilişkin satışta.* 2- *İflâs tasfiyesinde.* 3- *Ortaklığın satış yoluyla giderilmesinde.* VII- *S o n u ç.*

I- KONU

"İhalenin neticesi ve feshi" başlığını taşıyan İİK. 134 ncü maddesi, uygulaması pek bol bir düzenleme olup menfaat çatışmasının hayli sert geçtiği, icra daire ve yargı mercilerini yoran ve işgal eden bir konudur.

Anılan maddede yer almış "ihalenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili" ibaresinde, "şikâyet" sözcüğünün kullanılması, bu müesseseyi hükmeye bağlayan İİK. 16 ncı maddesindeki usule ve şekle uyulması mecburiyetinden doğsa gerekir. Gerçekten, şikâyette olduğu gibi, ihalenin feshi yolundaki başvuru, diğer icra işlemlerine benzer biçimde, icra müdürü veya satış memuru işleminin yahut kararlarının ya da satış hazırlığı ve ihalenin yasaya uygun düşmediği sebebine dayandırılacak ise, öğrenme (haber alma) gününden itibaren yedi gün içinde görevli mercie aksettirilmelidir. Bu nedenlerle, şikâyet deyimini kullandığı için, kanun yapıcıya hak verilebilir. Halbuki, sonuçları nazara alındığında, şikâyetten farklı biçimde, taraflar yönünden tıpkı bir davada olduğu üzere, "kesin hüküm" oluşur. Kesinleşmeden sonra, HUMK. aradığı şartlar var ise "yargılamayı iadesi" istenebilir. Aynı konu yeniden ve genel hükümler dairesinde mahkemeye götürülemez. İcra tetkik mercisinin bu konudaki faaliyeti yargılamadır, bir davanın çözümünde olduğu

(*) Yargıtay 12. HD. Onursal Üyesi.

gibi, vardığı ve açıkladığı sonuç, HUMK.daki manada hükümdür. Bu nedenlerle, ihalenin feshi bir davadır demek işin doğrusudur, bu başvurunun hukuki niteliğine daha uygun düşer. Bu incelemenin başlığında ve muhtevasında "ihalenin feshi davası"ndan söz edilmesinin gerekçesi budur.

Takibin usulen kesinleşmesinden, borçluya ait menkul veya gayrimenkul malın haczinden sonra, alacaklılardan biri, kanunun tayin ettiği hak düşürücü süre dolmadan (İİK. 106, 110), mahcuzun satışını istemek zorundadır. Satış isteği süresinde ise, satış hazırlıklarına geçilir. İhale ile ilgili kıymet takdiri, satış şartnamesinin düzenlenmesi, satış günü ve saati ve yerinin ilân ve ayrıca tebliği gibi işlemlerin ifasından sonra ihale gününde, kanunun tarifi dairesinde en çok pey sürene ihale edilir. İşte, bu ihalenin oluşmasındaki gerek şekli gerekse esasa ilişkin usulsuzluklardan veya fesat gibi dış etkenlerden dolayı, yasal süresi içinde "BK. 226 ncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere" kimler tarafından ihalenin feshi istenebileceği, diğer bir anlatımla, bu davayı açma hak ve yetkisine kimlerin sahip olduğu, nihayet husumetin tevcihi sorunu, davalı mevkiinde kimlerin yer alması gerektiği hususlarına ve bu konularda düşülen tereddütlere cevap aramak ve bulmaya gayret etmek bu yazının muhtevasını teşkil etmektedir.

II- 3494 SAYILI KANUNDAN ÖNCEKİ HUKUKİ DURUM

25.11.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3494 SK.la değişik İİK. 134 ncü maddesinin evvelki metnine göre oluşmuş hukuki durum ile, değişiklik ile gelen kanun metninin hayli farklı bulunduğu ve yeni bir hukuki ortam yarattığı gözden uzak tutulmamalıdır. 25.11.1988 gününden önceki uygulamayı evvela ele almak, neyin değişip değişmediğini daha iyi ve net biçimde ortaya koyacaktır.

538 SK.la değişen İİK. 134 ncü maddesinin ikinci fıkrası (3494 SK.dan önceki metin): "ihalenin feshi, Borçlar Kanununun 226 ncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere, yalnız tetkik merciinden şikâyet yoluyla ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istenebilir" şeklinde idi.

Görülüyor ki, kimlerin ihalenin feshi davasını açmaya hak ve yetkili olduğu gösterilmemiştir. Bir bakıma, bu düzenleme tarzı daha doğru idi denilebilir. Zira, "saymak" bazı ilgilileri devre dışı bırakmak gibi bir tehlike tevhit edebilirdi. Şimdi bazı görüşlerde olduğu gibi, amaç dışı dar ve lafza sadık yorum yolu ile haksız uygulamalara yol açılabilirdi. Halbuki, sadece, çerçeveyi tayin ve sınırlandırma yapılması, ilgisiz ve kötü niyetli kişilerin ortaya çıkıp dava açmalarını önlemek fikrinin eseridir.

Değişiklikten önceki metne göre, ilgili ilgisiz, hemen herkes dava hakkına sahipti. Borçlu aleyhinde bir başka icra takibi olan alacaklı, borçlunun malına haciz koydurmamış, ihaleye katılmamış olsa dahi ihalenen feshini isteyebilirdi (1). Yargıtayın uygulaması da bu yolda idi. Bırakınız alacaklı olmayı, bir üçüncü kişi ihaleye girmesinin engellendiği, pey sürmekten vazgeçirildiği iddiası ile dava açabiliyordu. Dava sonucunun önemi yoktu, fesih davası açmayı adeta meslek haline getirenler vardı. Bu gibi kişiler, açtıkları davadan vazgeçme karşılığında haksız menfaat sağlıyorlardı. Çünkü, ihale ile alıcı her ne kadar mülkiyeti iktisap eder ise de, tapuya tescil işlemi "şikâyeti neticelendiren kararın kesinleşmesinden sonra yapılır" şeklindeki İLK. 134/6, keza, "ihale kesinleşmedikçe ihale bedeli alacaklılara ödenmez" biçimindeki aynı maddenin 3 ncü fıkrası hükmü gereği, alacaklı alacağına kavuşmak, alıcı ise, tescil işlemi kısa zamanda gerçekleştirip temlik tasarrufla bulunabilme imkanına sahip olma amacı ile, fesih davasını ortadan kaldırmak ya da bir an evvel bitirilmesini sağlayabilmek bakımından, olağan üstü gayret ve sıkıntıya girmekte idi. İşte, bu mahzurları giderebilmek ve kötü niyetle dava açılmasını önlemek amacı ile İLK. 134 ncü maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir.

III- 3494 SAYILI KANUNLA İLK. 134 NCÜ MADDESİNE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİĞİN YASALAŞMA SAFHASI

İLK. 134/2 nci maddesinin hangi aşamalardan geçerek yasalaştığını incelemek, Kanun Yapıcının amacının ve konunun daha net ve iyi anlaşılmasına hizmet edecektir.

Şu husus çok açıktır: 3494 SK.İa sadece İLK. 134 ncü maddesinin ikinci fıkrası değişmiş, maddenin bütünlüğüne ve diğer fıkralarına ve genelde uygulama tarzına dokunulmamıştır.

a- 3494 SK.na ait tasarının Hükümetce düzenlenmiş Genel Gereğesinde: "...kanundaki boşlukların doldurulması, bazı kötü niyetli kişilerin bu boşluklardan yararlanma teşebbüslerinin önlenmesi", gayesi ile hazırlandığı açıklanmıştır.

b- Keza, kanun tasarısının "Madde Gereğeleri" kısmınının 23 ncü maddesinde yer bulan 134 ncü maddeye ait değişiklik gerçekleşince aynen: "GAYRİMENKULLE ve ÜZERİNDEKİ HAKLARLA HİÇ BİR İLGİSİ BULUN-

(1) Talih Uyar- İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, Sh. 691.

MAYAN, İHALEYE İŞTİRAK ETMEYEN bazı kimseler, art düşüncelerle, bin beşyüz lira harç ödemekle ihalenin feshini şikâyet ederek, ihalenin kesinleşmesine, alacaklının alacağına, alıcının aldığı mala sahip olmasına aylarca ve hatta yıllarca engel olmaktadır. İhalenin şikâyet yolu ile TALEP EDECEK KİŞİLER, O GAYRİMENKUL VE SATIŞ İLE İLGİLİ KİMSELERLE SINIRLANMAKTA ve satış değerinin yüzde onu kadar teminat yatırma zorunluluğu getirilmektedir" denilmektedir (2).

Kanun tasarısının İLK. 134/2 maddesine verilmiş yeni metninde ise "YALNIZ tapu sicilinde yazılı İLGİLİLER ile ALACAKLI, BOÇLU, pey sürmek suretiyle İHALEYE İŞTİRAK EDENLER" in ihalenin feshini isteyebilecekleri zikredilmiştir (3).

TBMM. Adalet Komisyonunun kabul ettiği metin biraz daha değişiktir. Bir kere esasa müessir olmayacak şekilde sıralama, "YALNIZ" kelimesini takiben yeniden yapılmıştır. Tekrar ediyorum, bunda özel bir niyet yoktur. Ayrıca, dava şartı olan yüzde yirmi oranındaki teminat gösterilmesi şartı kaldırılmış, yerine para cezası getirilmiştir. "Satış isteyen" ibaresinin metne ilave edilmiş olmasına rağmen, komisyonca yapılmış bu ilave sebebi hakkında Adalet Komisyonu gerekçesinde özel bir görüş açıklanmamıştır. Böylece genel gerekçe ile yetinilmiş olmaktadır. Komisyon çalışmalarında hazır bulunduğum için, bu ilavenin gerçek amacını aşağıda ve yeri geldiğinde açıklayacağım. Şurası muhakkak ki, dava açma hakkı, Adalet Komisyonunda zorlaştırılmamış, aksine genelde açıklık getirilmiştir.

IV-3494 SAYILI KANUNDAN SONRAKİ HUKUKİ DURUM

İLK. 134/2 maddesinin dava açma hakkı ile ilgili bölümüne, Adalet Komisyonunda şu şekil verilmek suretiyle kanunlaşmıştır: "İhalenin feshini Borçlar Kanununun 226 ncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler tetkik merciinden şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler".

A- İhalenin feshini kimler isteyebilir?

İLK. 134/2 nci maddesinin son metnine göre, ihalenin feshini istemeye hak ve yetkisi olan kişiler şöylece sıralanmıştır:

(2) TBMM (S. Sayısı 113), Dönem 18, Yasama yılı 2 - Sh. 4.

(3) TBMM. (S. Sayısı 113), Dönem 18, Yasama yılı 2 - Sh. 28.

- 1- Satış isteyen alacaklı,
- 2- Tapu sicilindeki ilgililer,
- 3- Pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler,
- 4- Borçlu.

Anılan maddedeki "yalnız" kelimesi, bu sıralamanın başında yer almakla sayılanların tümünü kapsamaktadır. Her bir kategori diğerinden bağımsızdır. Bir kategoride olan kişi bir başka kategoriye de girmiş olabilir. Birine girmeyen kişi, başka kategoriye dahil olmakla dava hakkına sahip olabilir.

Kanunun bu sıralamasını teker teker inceleyelim:

1- Satış isteyen alacaklı : Yukarıda açıklandığı üzere, tasarıda "alacaklı" kelimesi yer almış idi. Bu düzenleme, gerekçeye uygun düşmekte, eskiye nazaran bir farklılık getirmemekte idi. Bu sebeple Adalet Komisyonu "satış isteyen" ibarisini, aşağıda belirtilen amacı temin gayesiyle yasa metnine eklemek lüzumunu duymuştur.

Gerçekten, ihale konusu şey üzerinde, bir başka dosyaya ait kesinleşmiş haczin sahibi alacaklı, satış başka takip dosyasında istenmiş ve yürütülmüş olmasına rağmen, alacaklı sıfatını taşıdığı için, bu menfaat beklentisi, o alacaklıya ihalenin feshini dava etme hakkını veren nitelikte görülmüştür (4). Yargıtayın ve öğretinin fikri budur. Demek ki, 25.11.1988'den önce böyle bir kişinin dava hakkı tartışmasızdı. Şimdiki hukuki durumda ise, bu kişi "satış isteyen" pozisyonunda değilse ne olacaktır? Eğer, bu alacaklının haczi tapu siciline işlenmemiş ve durumu diğer kategorilerden her hangi birine de girmiyor ise, dava hakkı artık yoktur. İşte getirilen kısıtlamalardan biri budur. Menkul mal ihalesinde, satış günü ilan edilmiş olmasına rağmen, ihaleye katılmamış, o şey üzerinde haczi olan bir diğer alacaklının, ilke olarak dava hakkı kalmamıştır. Keza, gayrimenkul ihalesinde, ihale günü ayrıca tebliğ suretiyle iştirak imkânı kendilerine verildiği için, meselâ pey sürse idiler, "satış isteyen" durumunda olmadıkları halde ihalenin feshini isteyebileceklerdi. Yoksa satış isteyen sıfatını haiz olmadığı için dava hakkı tanımamak yanlıştır. Keza, o şeyde ipotek sahibi alacaklı, satış istemediği, hatta pey sürmediği halde, faraza bedelin rüçhanlı alacağını karşılamaması sebebiyle ve "tapu sicilindeki ilgili" sıfatı gereği fesih isteyebilir, "satış isteyen" ibaresi bu hakkını yok etmiş değildir.

(4) 12. HD., 28.3.1985 T., 1984/12800 - 1985/2868 sayılı içti.

Esasen, kanuna göre, muhtelif alacaklılardan sadece birinin satış istemesi yeterlidir. Hak düşürücü bir durum söz konusu olmadıkça, diğer alacaklıların satış istemelerine ve gider yatırımlarına artık gerek yoktur. Böyle bir durumda, diğerlerine, niçin satış istemediniz? O halde dava hakkınız düştü, sadece satış isteyen o ihalenin feshini isteyebilir" demek, kanun metnine, ruhuna, gerekçeye, değişiklik amacına, hatta adalet duygusuna sığmaz. Tapu siciline hakkı herkese karşı dermeyeran edilecek şekilde işlenmiş alacaklı, ihalenin feshini isteyebilmek için NE SATIŞ İSTEMEK NE DE PEY SÜRMEK zorundadır. Ters bir yorum tarzı ile Anayasanın himayesindeki dava hakkı kısıtlanamaz. Kendisine, ihaleye katılma imkânı verilmiş, tebliğ yapılmış, buna rağmen ihaleden sonra ortaya çıkmış, durumu diğer kategorilere girmeyen alacaklı, ihalenin feshini isteyemez. Bir başka dosyadaki sadece kesinleşmiş takibi nedeni ile alacaklı olan kişinin, kanun değişikliğinden evvel var olan fesih isteme hakkı artık mevcut değildir. Sırf bu neden ve amaçlarla, "satış isteyen" deyiminin metne ilave edildiğini, yasalaşma safhasını yakinen takip eden kişi sıfatıyla bilmekteyim. Her ne olursa olsun, kanun "satış isteyen" ibaresini kullanmıştır deyip, lafza saplanarak değerlendirme yapılması son derecede yanlıştır, hakların ziyasına sebebiyet verir, gerekçeye de ters düşer. Gerekçede ifade edilmiştir: İhalenin feshini talep edecek kişiler, O GAYRİMENKUL VEYA SATIŞLA İLGİLİ KİŞİLER olarak sınırlandırılmıştır. Öyle ise, bir alacaklının satış istemesinin yeterli olduğu durumda, diğer iki kategoriden birine giren, gayrimenkulle ipotek veya haciz şerhi gibi sebeplerle (ilgili) hale gelen yahut pey süren durumundaki alacaklıya, "satış isteyen" sıfatı olmadığından bahisle, fesih davası açma yolunu kapatmak, "ilgili" sıfatına rağmen kendisine satış günü tebliğ edilmediği ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak imkânından mahrum bırakıldığı iddiasını taşıyan bir alacaklının elinden, dava hak ve yetkisini almak, kanunun diğer bazı maddelerinin de müeyyidesiz kalmasını, fiilen ortadan kaldırılması sonucunu yaratır. İİK. 127 nci maddesi gibi. Bu anlayış tarzı, menkul ve gayrimenkul ihaleleri arasında çok önemli farkın (tebliğ işlemi) kaybolmasına müncer olur. İcra müdürü veya satış memurunun keyfi tutum ve davranışına sebebiyet verir, satış günü bazı ilgiliye tebliğ edilirken diğerlerine tebliğ edilmez.

Şu hususu da gözden uzak tutmamak lazımdır:

İİK.nun gayrimenkul ihalesini düzenleyen 123 ve takip eden maddeleri özellikle 134 ncü madde, yapısına uygun düştüğü oranda menkul mal ihalesinde ve feshinde de geçerlidir (5). Gayrimenkul ihalesinde de çoğunlukla,

(5) 12. HD., 23.10.1986 T., 1986/679, 11067 sayılı içti.

satış isteyen alacaklı "tapu sicilindeki ilgililer" ibaresi kapsamına girmesine rağmen, menkul ihalesinde böyle bir ilgili bulunmamaktadır. Alacaklıların satış gününden ayrıca tebliğ yolu ile haberdar edilmeleri mecburiyeti bulunmadığı için, satış istemiş veya pey süren dışında kalan sair alacaklılara, mesele haciz sahiplerine, evvelce tanınmakta olan fesih davası açma hakkı, 25.11.1988'den sonraki dönemde eğer "satış isteyen" sıfatını almamışlar ise, ellerinden alınmış bulunmaktadır. Bu, son değişiklikle gerçekten arzu edilen neticelerden biridir.

Kaldı ki, 3494 SK.la İLK. 134 ncü maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş olup, maddenin sair fıkralarına dokunulmamıştır. "Satış istemiş olsun olmasın", İLK. 127 nci maddesi uyarınca, kendisine ayrıca satış ilânı tebliği zorunlu "tapu sicilindeki ilgili" alacaklıya, bu duyuru yapılmamış ise, ihale tarihinden başlayarak bir yıl aşılılmamak kaydı ile ve ihaleyi öğrenme gününden itibaren yedi gün içinde, dava hakkı tanındığı (şikâyet), bu maddenin dördüncü fıkrası hükmünden de kolayca çıkarılmaktadır. "Satış isteyen" olmadığı için, böyle bir (ilgili) alacaklı elinden fesih davası açma hakkını almak, bizzatihi bu fıkra hükmüne ters düşer. Dördüncü fıkra, "satış ilânı tebliğ edilmiş ise, şikâyet (dava) süresinin ıttıla tarihinden başlayacağını" belirtmektedir.

Şunu da unutmamak gerekir ki, "satış isteyen" pozisyonuna girmemiş bir alacaklı, diğer kategorilere dahil (ilgili-pey süren) durumunun ihlâline sebebiyet verilmiş olması halinde, ihalenin feshi davası açma hak ve yetkisine sahiptir.

2- Tapu Sicilindeki Ilgililer: Bu ibare, 3494 SK.la metne girmiş olup "Ayrıca tebliğler" başlığını havi ve gayrimenkul ihalesinin satış hazırlığı safhasına ilişkin 127 nci maddede geçen "tapu sicilinde kayıtlı bulunan bütün alakalılar "ile eş anlama gelmek üzere kullanılmıştır. Anılan madde uyarınca kendilerine ayrıca satış ilânının tebliği zorunlu kişiler tapu sicilinde ya bir aynı hak nedeni ile ya da MK. 919-921 nci maddeleri icabı sicile düşülmesi gereken şerhden ötürü (ilgili) durumunu kazanmışlardır. Bu kişilere ilânla yetinilmeyip ayrıca satış gününün tebliği şartı, gayrimenkul ihalesini menkul ihalesinden ayıran başlıca fark olup, ihmal veya ihlâli, tek başına ihalenin feshi kararı verilmesini mucip hal olduğu, Yargıtayın ve öğretinin oturmuş görüşüdür. 3494 SK. bu anlayıştan sapmayı gerektiren bir değişiklik yapmamıştır.

"Tapu sicilindeki ilgililer" ibaresi ile kimlerin kastedildiği hususunu 127 nci maddeye göre çözümlenmek lazımdır. Aşağıda sayılan kişilerin İLK. 127, 134 ncü maddelerinde bahsi geçen "tapu sicilindeki ilgililer" kapsamına girmediği hakkında, Yargıtay ve öğretisi tam bir fikir birliği içindedir (6, 7, 8, 9).

a- Aynî hak sahipleri : Satışa konu gayrimenkul üzerinde ihtiyati veya kesin nitelikte haczi bulunan, bu haczin varlığı sicile düşülmüş şerhden anlaşılan ve adresi bilinen alacaklı ilgili sayılır, kendisine ayrıca satış gününün tebliği şarttır (10). Her derecedeki ipotek sahibi alacaklılar, ipotekli borç veya irat senedi alacaklıları, irtifak veya intifa hakkı sahipleri şufa, iştirak, vefa hakkı olanlar da "tapu sicilindeki ilgililer" deyimine girmektedir (11).

Kira aktini tapuya şerh verdimiş kiracının, bu hakkı ve sıfatını sonraki maliklere karşı öne sürme yetkisi mevcuttur (MK. 919). Siciline bu çeşit bir şerh olan gayrimenkulün ihalesinde, kiracının da "tapu sicilindeki ilgililer" ibaresine dahil olup kendisine satış ilânının tebliği gerektiği savunulmuştur (12). Kira akti şahsî hak doğurur, tapu siciline işlenmesi bu niteliğini değiştirmez. Buna benzer bir hal sicile geçirilmiş satış vaadi aktinde görülmektedir. Satış vaadi, lehdarına şahsî hak sağlar. Fikrimce, sicile işlenmesine rağmen, aynî hak niteliğini henüz taşımadığı için, kiracı, satış vaadi sahibi, "tapu sicilindeki ilgililer" kapsamına girmez, doyasıyla, bu kişilere ayrıca tebliğe gerek yoktur, ihalenin feshini isteme yetkileri bulunmamaktadır. Yargıtayın, fesih davası açma yönünden, "aynî hak sahibi" durumunda olanlara hak tanıdığı görülmektedir (13).

b- Ortaklar (paydaşlar) : Cebri müzayede yolu ile yapılan satışlarda, şufa hakkının kullanılmasının caiz olmadığı İçtihadı Birleştirme Kararı ile teyit edilmiştir (14). Gerçekten, HUMK. 572 nci maddesi uyarınca, şufa hakkının "müzayede için yapılmış ilk ilân tarihinden itibaren bir ay içinde kullanılması" lazımdır. Bu kişilere, satış ilânının ayrıca mutlaka tebliği zorunludur ki hiç olmazsa satışa iştirak edebilsinler, bu yoldaki haklarını kullanma imkanını bu-

(6) Talih Uyar, Age, sh, 235.

(7) Tahir Öğütçü, Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, Sh. 615.

(8) Senai Oğaç, İcra ve İflas, sh. 615.

(9) Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, sh. 377-378.

(10) 12. HD. 2.7.1987 T. 1987/7011-8218 sayılı içti.

(11) Talih Uyar, Age, Sh. 235.

(12) Talih Uyar, Age, Sh. 235.

(13) 12 HD., 7.7.1977 T., 1977/6676-6921 sayılı içti.

(14) 4.5.1940 T. 1940/57-17 sayılı İBK.

labilsinler. Ortaklar, fiilen satışa katılmış olmadıkça, "tapu sicilindeki ilgililer" sıfatını haiz olmaları sebebiyle, satış ilânının kendilerine ayrıca tebliğ edilmemesi, bu kişilere ihalenin feshini isteme hak ve yetkisini verir.

Gerek iştirak halindeki ortaklıkta, gerekse müşterek mülkiyetteki paydaşlık halinde hukuki pozisyon böyledir. Bunun yegâne istisnası 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda görülmektedir. Ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinin ihalesinde, diğer bağımsız bölüm (kat maliki) sahiplerinin şufa hakkı yoktur, "tapu sicilindeki ilgililer" ibaresi kapsamı dışında kalırlar (634 SK. 8).

"Tapu sicilindeki ilgililer" kapsamına girenlerin tesbiti işlemine gelince: İcra müdürünün (satış memurunun), tapu sicilindeki Kayıtlar dairesinde ilgili durumunu haiz kişilerin, var ise açık adresleri ile birlikte bildirilmesini tapu dairesinden sorması ve istemesi lazımdır. Sicilde adresi bulunmayan veya belirli bu adresini değiştirmesine rağmen bildirilmemiş ilgili yönünden, yeniden adres araştırılmasına gidilmez. Eğer satış günü ile bilginin verilmesi tarihi arasında uzunca bir zaman geçmiş ise veya talep vukubulursa, tapudan ilgililer hakkında yeniden bilgi istenir.

3- Pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar : Bu kategoriye alacaklı, tapu sicilindeki ilgililer, ihaleye iştirak eden üçüncü kişiler girebilir. Bu kişiler herhalde "satışla ilgili" olanlardır, yani çok kere fiilen ihaleye katılmışlardır. Bu kişilerin açtığı ihalenin feshi davasının lehlerine sonuçlanabilmesi için, (ihaleye katılıp en yüksek peyi sürdüğü halde, adına ihale yapılmadığı) ya da neden dolayı (menfaatinin muhtel olduğu) hususu isbat edilmelidir (15). Bununla beraber, ihaleye zor kullanılması suretiyle iştirakinin engellendiği iddiası, o kişi üçüncü kişi durumunda değil ise, dinlenmelidir, ihaleye girdikten sonra, pey sürmeye devam etmesine mani olunduğu iddia ve isbat edilebilir.

Kanun hükmü gereği, dava açma hakkına malik olduğu halde, ihaleye iştirak imkânının kendisinden esirgendiği iddiası, öncelikle geçerlidir. Diğer bir anlatımla, "tapu sicilindeki ilgililere" ihaleye katılabilme ortamı sağlanmış bulunmalıdır. Kendisine satış ilânı tebliğ edilmediği ve suretle fiilen ihaleye katılma yani pey sürme imkânı verilmediğini öne süren kişi "satış isteyen" kişi olmasa bile, sırf bu iddia ile ve "tapu sicilindeki ilgililer" kapsamına dahil olmakla, fesih davası açabilir. Fakat, satış ilânı tebliğ edilmemesine rağmen

men, mesela bu paydaşın ihaleye filen katılması halinde, bu sebebe dayanamaz. Bence, ihaleye katılma imkânının elinden alınması halinde, o şeyin takdir edilen değer in üstünde satılması, tek başına davanın esasına girilmesini engelleyen neden değildir; her olayın özelliğine göre, zarar unsurunun mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.

4- Borçlu : Takip borçlusunun ihaleye katılma hakkı yoktur (16). Borçlunun pey sürmek yerine, ihale konusu şeyi ipotek veya hacizden kurtarması iyi niyet kuralının icabıdır. Fakat, borçlunun malik sıfatını (çoğunlukla tapu sicilindeki ilgililerden biridir) taşıması sebebiyle, ihalenin feshi isteğinde bulunmak hak ve yetkisi tartışmasızdır. Aslında bu davanın gerçek sahibi borçludur, malının en yüksek pey sürene satılmasını sağlayacak ortamı yaratabilmek (ayrıca özel ilân vermek, müşteri temin etmek gibi) onun tabii hakkıdır, bu sebeplerle başta gelen "ilgili"dir.

Satılacak olan menkul mal borçlunundur. Konu gayrimenkul ise, tapuda borçlu veya murisi adına kayıtlıdır. O şeyin tümüne değil bir payına malik olma hali de yeterlidir. İştirak veya müşterek mülkiyet hali, tek başına malik bulunma, fesih isteme bakımından, borçlu aleyhine engelleyici bir fark yaratmaz.

Öğretide, borçlunun kefilinin de ihalenin feshini isteme yetkisi bulunduğu fikri öne sürülmüş ise de (17), bu görüş benimsenemez, zira kefilin o şeyle aynı bir irtibatı yoktur.

B- Dava hakkına sahip olmayanlar

Yukarıda (IV-A) bölümünde kimlerin ihalenen feshini isteyebileceklerini belirtmeye çalıştım.

Dava açma hakkı ile, hukuki menfaat (zarar) ilişkisini, fesih sebeplerini, yek diğerinden ayırt etmek lâzımdır.

Borca, borçlu ile birlikte adi veya müteselsil kefil olan kişi, aynı değil şahsi hak ilişkisi mevcut bulunmakla, fesih isteyemez. Bu hakkı tapuya şerh edilmiş olsun olmasın kiracı, gayrimenkulün satış yolu ile kendisine devre vaad edilen ve sözleşmede yer bulan bu hakkı tapu sicliinde lehine işlenmiş kişi, tüzel kişiliğe ait bir malın satışında, o tüzel kişiliğin ortak, paydaş veya

(16) 12. HD., 20.12.1984 T., 1984/9758 - 13285 sayılı içti.

(17) Talih Uyar, age., sh. 662.

üyeleri kendi adlarına, temsilci sıfatını haiz değiller ise, mensubu oldukları ticarî şirket namına, ihaleyi açıkca men etmeyen ihtiyati tedbir kararına dayanan kişi, istihkak iddiasında bulunan ya da istihkâk davası açmış kişi, ihalenin feshi davası açamaz.

Kat mülkiyetine geçilmiş ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat itifakına bağlanmış arsa payının satılması halinde, diğer kat maliklerinin yahut itifâk hakkı sahiplerinin şufa hakları yoktur, ihalenin feshini isteyemezler. Ancak, bir bağımsız bölümün paydaşlarından birine ait payın ihalesi söz konusu ise, öteki paydaşlar "tapu sicilindeki ilgililer" ibaresi kapsamına girer, fesih davası açabilirler (634 SK. 8/2).

C- Dava hakkı ve hukuki yarar ilişkisi

Genellikle, uygulamada dava (fesih isteme) hakkı ile hukuki yarar (menfaatin muhtel olması - zarar) ilişkisi birbiriyle karıştırılmaktadır. Halbüki, bu kavramlar tamamen farklı şeyleri ifade etmektedir, ikisi arasında dava hakkını ortadan kaldıracak biçimde bir rabita yoktur. İLK. 134 ncü maddesinde sayılan kişiler, mutlak surette dava (fesih isteme) hakkına sahiptir, fakat olumlu karar alabilmeleri, iddia olunan fesih sebebi nedeni ile, zarara uğradıklarını, fesih kararı verilmesinde hukuki yararları bulunduğunu isbat etmelerine bağlıdır. İLK. 134 ncü maddesinin 5 nci fıkrasında bu hal şöyle ifade edilmiştir: "İhalenin feshini şikâyet yolu ile talep eden İLGİLİ, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu isbata mecburdur". Görülüyor ki, fıkra bir usul hükmü niteliğinde olup, ilgiliye dava hakkı tanımakta olup, fakat fesih açısından neyi isbat etmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişi dava açabilmelidir ki, iddiasını isbat edebilsin.

Bir kaç misâl vermek gerekir ise:

Borçlu, diğer ilgililere satış ilanının tebliğ edilmediğini beyanla açtığı davada, ihalenin feshi kararı alamaz. Zira, belirtilen sebepten ötürü o paydaş fesih davası açabilir. Kendisine tebligat yapılmamış alacaklı (ilgili) (ihaleye girip gayri menkulü satın alma imkânının elinden alındığı) iddiası ile, tahmin edilen değerin üstünde gerçekleşmiş satışa rağmen, menfaati muhtel olmakla, fesih kararı alabilir. İhaleye girmiş kişi dava hakkına sahiptir, üçüncü kişi olsa bile. Fakat, en yüksek pey süren kişi olduğunu veya ihalenin neden kendi üzerine yapılmasının engellendiğini isbat etmedikçe, fesih kararı alamaz.

"Menfaatin muhtel olduğu" iddiası ne zaman gerçekleşmiş sayılır, ölçüsü nedir? Bu kriter, her olay ve davanın konusuna göre değerlendirilmelidir. Dava açma hakkı ile, davacı lehine hüküm tesisi ayırımını mutlaka iyi yapmak gerektiğine tekrar işaret etmek isterim. Gerek Yargıtay gerek se öğretinin oturmuş içtihat ve görüşüne göre, ihale konusu şeyin tahmini değeri ile satış bedeli arasında lehe veya aleyhe fark bulunması, tek başına ihalenin feshi sebebi sayılamaz, ya da ilke olarak, hukuki yararı (zarar) etkilemez. Özellikle daha yüksek bedelle satışın gerçekleşmiş olması halinde, artık zararın söz konusu olmadığı konusunda bir karine olarak kabul edilemez (18). Kanun yapıcı, bu durumu karine saysa idi, düşüncesi bu olsa idi, "ihalenin tahmin edilen bedelle yapılması halinde artık zararın söz konusu edilemeyeceğini, ihalenin feshine karar verilemeyeceğini" açıkca hükme bağlardı (19). Yargıtayın halen geçerli olması gereken bu içtihat ve adil görüşüne, aynen katılıyor, bu kararların altında bulunan imzalar arasında yer alan imzaman gereğini bugün de tekrarlıyorum.

V- BAZI ÖZEL HALLERDE DAVA HAKKI

1- İflâs halinde: İflâs kararı verildiği andan itibaren, müflisin tasarruf hakkı kısıtlanır, haczi kabil mal ve hakları masaya girer. İflâs idaresi, alacaklılar ve müflisin menfaatlerine en uygun yol ve usulü seçerek tasfiyeyi gerçekleştirir. Masayı teşkil eden mallar, iflâs idaresi marifetiyle, alacaklılar ikinci toplantısında alınacak karar gereği, pazarlık veya açık arttırma yolu ile satılır. Pazarlık usulüne göre satış, rehin sahibinin izni halinde caizdir. İşte, satış kararının belirlendiği ikinci alacaklılar toplantısı usulü veçhile toplanmamış veya usulsüz karar alınmış ya da rehin sahibi alacaklıların iznine başvurulmamış ise, iflâs idaresi pazarlık yolu ile satış yapamaz (20), yapar ise, müflisin süresiz şikayet veya ihalenin feshini isteme hakkı vardır. Keza, temsil yetkisi iflâs idaresine ait olduğu halde, açık arttırma veya pazarlık yolu ile paraya çevrime işlemine karşı, müflisin ihalenin feshi davası açma hakkının bulunduğu tartışmasız kabul görmektedir. Halbüki, ihale kendisini temsil eden iflâs idaresi eliyle yapıldığı, satış bedeli masaya girdiği, zaten mülkiyet hakkı müflis üzerinde bulunduğu için, müflise ayrıca satış ilanı tebliğ edilemez, arttırmaya katılamaz.

(18) 12. HD., 19.3.1979 T. 1979/2298-2358 sayılı içti.

(19) Talih Uyar, Age. sh. 685.

(20) 12. HD. 1.2.1977 T., 1976/12077-1977/905 sayılı içti.

2- Ortaklığın giderilmesinde: Ortaklığın satış yolu ile giderilmesine ilişkin ilânın infazı cümlesinden olmak üzere, davanın ve satışın konusu şeylerin ihalesinde, HUMK. 572 nci maddesi gereği, İcra ve İflâs Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Böyle bir ihalenin intacı ile görevlendirilmiş satış memuru, satış öncesi hazırlıklarında, satış sırasında, satış bedelinin alınmasında, İLK.nu gözetmeye mecburdur. O halde satış istemiş ortağa ve diğer ortaklara "tapu sicilindeki ilgililer" kapsamında bulunmaları nedeni ile, İLK. 127 nci maddesi uyarınca, satış ilânının mutlaka ve ayrıca tebliğinde yasal zorunluluk vardır (21). Bu haber verme işlemi yapılmamış ise, bizâtihi bu noksanlık, o ortağa ihalenin feshini dava hakkı verir, satışın tahmin edilen değer in üstünde gerçekleşmiş olması hali, sulh hukuk mahkemesi hakiminin fesih kararı vermesini engelleyemez. Ancak, tebliğ işlemi noksanlığı, sadece o ortak tarafından fesih davası konusu yapılabilir, diğer ortakların bu noksanlığa dayanmaları ve fesih istemeleri mümkün değildir (22). Gayrimenkulle aynı hak ilişkisi bulunmayan kişilerin, iştirak halindeki mülkiyete son veren bu ihalenin feshini dava hakları yoktur (23). Tabii ki, ihaleye iştirakla pey sürenlerin, (satışla ilgili) hale gelmeleri nedeni ile fesih davası açabilme hakları saklıdır.

VI- Husumetin tevcih edileceği kişiler

İhalenin feshi davası hakkında, kanunda her ne kadar "şikâyet" deyimini kullanılmış olsa bile, hâkim, İLK. 18 nci maddesinde bahsi geçen taktir hakkına sahip değildir. İcra tetkik mercii veya mahkeme, mutlaka duruşma açmak, usulüne uygun biçimde taraf teşkil etmek, husumet tevcihinde bir noksanlık var ise, bu eksikliği gidermek zorundadır. Bu işlemlerin ifası sırasında HUMK. hükümleri gözetilir. Eğer, hasım gösterilmesi gereken kişi davaya dahil edilmeden, yokluğunda karar verilmiş ise, Yargıtay haklı olarak bu kişiye de o kararı temyiz etmek hakkını tanımakta ve esasa girmeden sırf bu noksanlık nedeni ile kararı bozmaktadır (24).

1- İcra takibine ilişkin satışta: İcra dairesince yapılan ihale ile ilgili fesih davasının taraflarını, borçlu, alacaklı, alıcı teşkil eder. Bunlardan hangisi davacı ise, diğerleri davalı safında yer alırlar (25).

(21) 12. HD., 5.6.1978 T., 1978/5198-5227 sayılı içti.

(22) HGK., 21.3.1986 T., 1984/12-556 sayılı içti.

(23) 12. HD., 2.11.1984 T., 1984/10442-11158 sayılı içti.

(24) 12. HD., 1987/6428-1988/4058 sayı ve 31.3.1988 T.li içti.

(25) 12. HD., 22.1.1987 T., 1986/5451-1987/495 sayılı içti.

Alacaklı, satışın istendiği takip dosyasını yürüten kişidir. Bu kişi dışındaki diğer alacaklıların hasım olarak gösterilmelerine lüzum yoktur. Uygulamada, çok kere alacaklı ve alıcı sıfatlarının birleştiği görülmektedir. Bu davada icra müdürüne husumet tevcih edilemez.

2- İflâsın tasfiyesinde: Müflisin masaya giren malları, tasfiye ile görevli iflâs idaresi tarafından satıldığına göre, iflâs idaresinin fesih davası açma hakkı ve esasen buna ihtiyacı bulunmadığı aşikârdır. İflâs idaresinin gerçekleştirdiği ihaleye yönelik fesih davasında, iflâs idaresi mutlaka davalı tarafta yer alacaktır". Tapu sicilindeki ilgililer" ya da özellikle rehin hakkı sahibinin açacağı davada, müflisin yer alması gerekmez, husumet sadece alıcıya ve iflâs idaresine yöneltilmelidir. İhalenin feshini müflis isteyecek ise, müflis davacı, alıcı ve iflâs idaresi davalı safında olmalıdır.

3- Ortaklığın giderilmesinde: Sulh hukuk mahkemesi nezdinde açılacak bu davada, ortaklığın satış yolu ile giderilmesine dair ilâm gözönünde tutulmalıdır. İhalenin feshi davasını açan kişi, anılan ilâmda yazılı ortakların tümüne husumet tevcih etmelidir (26). Ortaklardan ölmüş olan var ise, mirascılarının tümü davaya dahil edilmelidir. Eğer ortaklar dışında kalan bir üçüncü kişiye ihale yapılmış ise, alıcı da davada yer almalıdır. Bu sayılan kişilerdenhangisi davacı ise, diğerleri aleyhine dava açılacaktır.

VII - SONUÇ

İhalenin feshi davasında, taraf teşkili konusunun, 3494 SK.la getirilen değişiklikten sonra, uygulamada kargaşaya, İLK. 134 ncü maddenin yorumunda, hatalara yol açtığı gözlenmektedir.

Bu incelemenin amacı, tereddüt uyandıran notkaları aydınlatabilmektir, gerçekleşebilir ise maksat hasıl olacaktır.

Özellikle, Yargıtay başta olmak üzere, yargı mercileri dar yorumu değil, Anayasamıza uygun yorum kuralını hukuka egemen kılmak zorundadır. Hak arama özgürlüğünü ve dava açma Yargıtaya başvurma yolunu tıkayan şekilde değil açacak biçimde yorum yapmalı, kutsal Adalet yolundaki sahte engeller kaldırılmalıdır. Modern hukuk siyasetinde, lâfza bağlı yorum tarzı çoktan terkedilmiştir. Hele, o kelimelerle kastedilen dışında uygulamaya yön verilmeye çalışması tasvip göremez.

(26) 12. HD., 22.1.1987 T., 1986/5451-1987/495 sayılı içti.

Yukarıdan beri, geniş biçimde "ihalenin feshi davasının kimler tarafından açılabileceğini" açıklamaya gayret ettim. Özellikle, hukukun bu dalında yıllar boyu hizmet vermiş bir kişi olarak, konuya ait samimi görüş ve kanaatimi belirttim. Yargıtay 12. HD.'nin, evvelki uygulamalarına tamamen ters düşen iki kararı, bu yazının ortaya çıkmasında baş rolü oynamıştır.

Bunlardan biri şöyledir: "Satılan pay borçluya aittir. İhalenin feshini isteyen davacı ise, taşınmazın diğer yarı payının malikidir ve satılan pay üzerinde aynı bir hakkı yoktur. İLK. 127 nci maddesinde yazılı (ilgili) kapsamı dışında kaldığından, başkasının payının satışından dolayı ihalenin feshini isteyemez. Şikâyetin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir" (27). Olayın mahiyeti karar metninden anlaşılmaktadır. Davacı ve davalı bir gayrimenkulün yarı payına (1/2) sahip ortak veya paydaştır. Eğer iştirak halindeki mülkiyet bahis konusu ise, kararda geçen (başkasının payında aynı hak sahibi olmayış), keza (ilgili deyimi kapsamı dışında kalmak) ibareleri, kanuna ters düşer. Zira, bu çeşit mülkiyette, her bir ortağın malikiyet oranı ne miktarda olursa olsun, mülkiyet hakkı, taksim yahut satış yolu ile ortaklığın giderilmesine kadar, o şeyin tamamına saridir, tefrik edilemez. Müşterek mülkiyet söz konusu ise, yine bu içtihatteki görüş doğru değildir. Çünkü, gayrimenkulün diğer yarı payının sahibi davacı, öteki ve davalıya ait yarı pay üzerinde şufa gibi aynı hakkın sahibi sıfatı ile İLK. 134 ncü maddesindeki "tapu sicilindeki ilgililer" ibaresi kapsamına dahildir. Bu içtihat, bu yazının (IV-2 ve V-2) bölümlerinde etraflıca açıklandığı gibi, HUMK. 572 nci maddesine, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasına, 4.5.1940 tarih ve 1940/57-17 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararına, 12 nci Hukuk Dairesinin evvelki kararlarına aykırıdır, dönülmesi şarttır.

Hukuk anlayışıma çok ters gelen ikinci karar ise oy çokluğu ile alınmıştır: "Yalnız satış isteyen ihalenin feshini isteyebileceği, olayda fesih isteyen bu alacaklı dışında biri olduğu, alacaklı durumundaki davacı haczini tapu siciline şerh verdirse bile, SATIŞ İSTEMEDİĞİ İÇİN, 134. maddeye göre dava hakkı yoktur" (28).

Bu kararın, kanunun 127, 134 ncü maddelerine ters düştüğünü yazmak zorundayım. Bu içhitatin savunduğu fikre göre, "tapu sicilindeki ilgililer" kap-

(27) 12. HD., 25.3.1991 T., 1990/10597-1991/3741 sayılı içti. (Yargıtay Kararları Dergisinde yayımlanmıştır.

(28) 12. HD., 3.7.1991 T., 1991/1023-8338 sayılı içti. (Yargıtay Kararları Dergisinde yayımlanmıştır.

samına girse bile, "satış istemediği için" artık o alacaklının ihalenin feshi davası açma hakkı kalmamıştır. Bu karara, karşı oy şerhi koyan Sayın Üye Mustafa Oskay'ın muhalefet şerhinde yer alan görüşü doğru buluyor ve aynen paylaşıyorum. 12 nci Hukuk Dairesi'nin sayın çoğunluğunun, bu yazının ilgili bölümlerinde açıklamaya çalıştığım kanunî sebeplerden dolayı, bu içtihatteki görüşü terketmelerini, kanuna tamamen mutabık azınlık fikrine katılmalarını dilemekteyim.

ÇOCUĞUN SUÇA YÖNELMESİNDE AİLE NE KADAR ETKİLİDİR ?

Doç. Dr. Mine MANGIR (*)
Araş. Gör. Figen BAŞAR (**)

Günümüzde suçlu çocuklar sorunu hızla artmakta ve üzerinde önemle durulması gereken problem haline gelmektedir. Fiziksel ve ruhsal yönden tam bir olgunluğa erişmemiş, toplumdaki rol ve görevlerini öğrenmekte olan, bakıma ve eğitime muhtaç bir varlık olarak nitelendirilebileceğimiz çocukların suça yönelmeleri bu konunun önemini açıkça ortaya koymaktadır.

Hiç bir çocuk suçlu olarak dünyaya gelmez. Çocuğun suça yönelmesinde, doğuştan sahip olduğu fizyolojik ve biyolojik özelliklerin yanısıra toplumsal yapı, ekonomik nedenler, aile yapısı eğitim ve bireyler arasındaki ilişkiler, sağlıksız yaşam koşulları, kentleşme ve sanayileşmenin meydana getirdiği hızlı değişim sonucu toplumsal değerlerde ortaya çıkan uyumsuzluklar da önemli rol oynayabilmektedir.

Çocuğun, doğumuyla birlikte ilk karşılaştığı ve ilk sosyal ilişkilerini kurduğu toplumsal kurum ailesidir. Aile, çocuğun beslenme, bakılma, korunma, sevilme ve eğitime ihtiyacını karşılamaktadır. Anne ve baba, severek özenli bakım vererek, çocuğa güvenli bir ortam yaratırlar. Onun sağlıklı büyümesini güvence altına alırlar. Yeteneklerinin gelişmesine yardımcı olarak, özgürce oynayacağı, denemelere girişeceği ve öğreneceği bir çevre sağlarlar. Yol göstererek, kuralları öğreterek davranışlarına yön verebilirler. Güç durumlarında çocuğun yanında olup destekleler. Gerektiğinde, denetleyerek, sınır çekerek, cezalandırarak, kurallara uymasını sağlayabilirler. Doğru ve yanlış ayırtmayı öğretebilirler. Anne ve baba, kız ve erkek çocuklarına kendi davranışlarıyla örnek oluşturarak, onların hem kişilik geliştirmelerine hem de kendi cinsel kimliklerini kazanmalarına yardımcı olabilirler. Ancak, bütünlük içerisinde bu unsurların gerçekleşmesi için anne ve babanın uyum içerisinde olması gerekmektedir.

(*) (**) Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Ev Ekonomisi Çocuk Gelişimi Anabilim Dalı.

Anne ve baba arasındaki uyum, çocuğun kişiliğinin oluşumu, karakterinin biçimlenmesi ve benlik saygısının gelişmesinde de önemli rol oynamaktadır.

Sağlıklı aile ilişkileri içerisinde sevgi ve anlayışla büyüyen çocuk, olumlu kişilik geliştirebilir. Anne ve babası tarafından sevildikçe ve desteklendikçe güven duygusu ve öz saygısı artar. Anlayış gördükçe hoşgörülü olmayı sorumluluk aldıkça bağımsız davranmayı öğrenebilir. Toplum kurallarını iyi-kötü doğru-yanlış kavramlarını benimsedikçe toplum içinde kendini yönetmeyi başarabilir.

Olumlu aile ortamında büyüemeyen, anne ve babası tarafından sürekli azarlanıp, hor görülen çocuk kendine ve çevreye karşı güvensiz bir kişilik geliştirebilir. Karmaşık duygu, düşünce ve çelişkiler içerisinde bulunabilir. Ve hiç kimsenin kendisini sevmediği kuşkusuna kapılabilir. Hiç kimseye inanmaz ve güvenmez. Büyüklerinin ilgisini çekmek için gereksiz davranışlara yönelebilir. Bu davranışlar bir sınırdan sonra çocuğun çevreye uyumunu bozabilir. Bu tür bozuklukların başında sürekli hırçınlık, sinirlilik, yalancılık, kavgacılık, söz dinlememe, kaygı ve korku hali gelmektedir. Yaş büyüdükçe bu tür davranışlar, çevreye ve topluma uyum bozukluğu şekline dönüşebilir. Evden okuldan kaçma, hırsızlık, yangın çıkarma, sürekli baş kaldırma tüm kuralları çiğneme ve saldırganlık v.b. görülebilir. Hatta bu uyumsuzluk belirtileri türlü suçlara neden olabilir. Bu suçlar arasında, yankesicilik, araba hırsızlığı, alkol kullanma, tabanca taşıma ve yaralama, öldürme, cinsel suçlar v.b. gibi hafiften ağıra giden suçlar yer almaktadır.

Ailenin çocuğa karşı tutumu aşırı koruyucu ise çocuk fazla bağımlı kendine güveni olmayan, duygusal kırıklıklılara sahip bir birey olabilir. Ailenin aşırı hoşgörülü olması ise, çocuğu bencil yapabilir. Bunun yanısıra ilgi ve şefkatten yoksun bir aile ortamında büyüyen bir çocuk bu ilgisizliği olumsuz yollara dönüştürerek suç işlemeye yönelmektedir.

Çocuğun suça yönelmesindeki diğer bir etken; tutarsız bir disiplin yöntemi olan "dayaktır". Dayak bazı ailelerde zaman zaman bazılarında ise, çok sık uygulanan ve hiç bir yararı olmayan yöntemdir. Döven anne baba ya aile içi huzursuzluğun yada iş yaşamındaki gerginliğinin etkisinde kalarak, çocuğu ile kuramadığı iletişimi dayak yoluyla bastırmak ister. Dövülen çocuk, itilen, horlanan ve duygularını dile getiremeyen çocuktur. Dayak, olumsuz ve itaatsiz çocukların yetişmesine sebep olmaktadır. Bastırılan çocuk, okulda saldırgan, arkadaşlarını ve öğretmenini rahatsız eden bir birey olabilir. Çocukta aşşağılık duygusu gelişebilir. Sonuçta çocuk toplumda istenmeyen,

saldırğan, toplum dışına itilmiş diğer bireylerle olumlu iletişim kuramayan bir birey olabilir.

Açıkça görülmektedir ki; Aile içi ilişkiler de doyum sağlayabilen çocuk, uyumlu kişilik özelliği göstererek, toplum içinde iyi ilişkiler kurup sürdürebilmekte, grup çalışmalarına katılabilmekte, sorumluluk yüklenebilmekte ve ortak yaşamın getirdiği koşullara uyarak paylaşmayı öğrenmektedir.

Sonuç olarak, yaşamın amacı olan ve yaşama anlam katan çocukların, Ebeveynler tarafından sevgi ve anlayış içerisinde büyütülmeleri olumlu kişilik geliştirmeleri açısından önemlidir. Bu noktada modern çağa uyum sağlama çabaları toplumların, sağlıklı gelişmesinin, gelecekteki başarılarının ve kültürel mirasın devamlılığının her yönden iyi yetiştirilmiş olan bugünün çocukları ile gerçekleştirileceği unutulmamalıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- BİLİR, Ş. ve DALABANLI, D.** : 1990. Ailelerde Boşanma Varlıkları Sonucu Çocukların Geliştirdikleri Tepkiler ve Bu Tepkileri Doğuran Faktörler. Aile Yazıları III Birey, Kişilik ve Toplum. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı. Bilimsel Serisi 5/III Ankara.
- FRANKENSTEIN, C.** : 1972. Varreties of Juvenile Delinquency. New-York.
- GIALLOMBORDO, R.** : 1972. Juvenile Delinquency. Chicage.
- GÖKÇE, B.** : 1990. Çocuk Kişiliğinin Gelişiminde Aile, Okul ve Dış Çevrenin Rolü. Aile Yazıları III Birey Kişilik ve Toplum. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı. Bilim Serisi 5/III. Ankara.
- GÜMÜŞÇUBUK, N.** : 1991. Ailenin Suç Üzerinde Etkisi H.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara.
- KOPTAGEL-İLAL, G.** : 1981. Ruhsal Etkileşim Açısından Çocuk ve Aile Ve Çocuk Ak. Yayınları. İstanbul.
- MANGIR, M. ve SİLLELİ, N.** : 1987. Çocuk Suçluyu A.Ü. Zir. Fak. Yayınları. Ank.
- NEUMEYER, M.** : 1967. Juvenile Delinquency in Modern Society. Third Editiron New Jersey.
- SARAN, N.** : 1990. Çocuk Suçluluğu ve Parçalanmış Aileler. Aile yazıları III Birey, Kişilik ve Toplum Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Bilim Serisi 5/III. Ankara.
- YAVUZER, H.** : 1987. Çocuk ve Suç. Evrim Matbaası. İstanbul.
- YAVUZER, H.** : 1991. Ana-Baba ve Çocuk. Evrim Matbaası 4. Basım. İstanbul.

- **FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI**
(Medeni Hukuk)

KAYYIMLIK ÜCRETİ

Av. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

Cenevre Kantonu vesayet makamına karşı (G)'nin açtığı dâvada 2. Hukuk Dairesinin 6 Kasım 1990 tarihinde verdiği kararın özeti (kamu hukuku müracaatı).

Kayımın Ücretli (Medeni Kanun m. 417/2).

Özellikle bir avukatın kayyım tayin edilmesi halinde (gerekçe 4b et c) kayyım ücretine uygulanacak ilkeler. Bu ücreti tayin etmekle yükümlü makamın takdir hakkını kullanmasının kabulü keyfi bir durum teşkil etmez (gerekçe 4b).

Gerekçelerin özeti:

4.b) MK. m. 417/2 hükmüne göre kayyımlik süresi ve ücreti vesayet makamı tarafından tespit edilir. Kanun bu ücretin nasıl tayin edilebileceği hususunda bir açıklama getirmemiştir. Bu güne kadar, Federal Mahkeme bu konuda özellikle, kayyımın ücretine kıyasen MK. m. 416 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanması halinde bunun derecesinin ne olacağı hususunda herhangi bir karar vermemiştir.

aa) *EGGER*e göre, kayyımın hakkaniyete uygun bir ücret almaya hakkı vardır. Bu ücret kayyımın verilen görevin önemine, güçlüğüne ve işin içeriğine göre tespit edilmelidir. Yönetici kayyım için ücret tesbiti ancak vasiinin ücretine uygulanan kurallara uygun olarak hesaplanmalıdır (MK. m. 417 no 13 ad). Vekâleti münasebetiyle, kısıtlı için vasi veya kayyım, bir avukatın dâva takip etmesi gibi kendi meslekî faaliyetine ilişkin işlemleri ifa etmeye davet edilebilir. Bu faaliyet, özel bir ücreti haklı kılabilir. Oysa bazı kantonların uygulamasında özellikle avukatlık ücret tarifesi uygulanmakta, diğer kantonlarda ise MK. m. 416 hükmündeki ilkelere dayanılmaktadır. Kuşkusuz, kay-

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK: Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse, II. partie Droit Civil Lausanne 4.3.1991/261, p.399-405.

yımlık (veya vasilik)ten doğan görevlerle meslekî faaliyeti her zaman birbirinden ayırdetmek kolay olmaz. Kısıtlının malî gücüne dayanmak haklı görünebilir. Eğer kısıtlının malî durumu yerinde ise, bu takdirde, vasinin veya kayyımın, meslekî tarifeye göre ücret almaya hakkı olur; buna karşın bu ücret eğer kısıtlının malî kaynakları az veya hiç yoksa azaltılabilir (no 19 ad MK. m. 416).

Bu düşünce, *KAUFMANN* tarafından az veya çok benimsenmiştir: MK. m. 416'daki bu ilkeler yönetim kayyımının ücretine kıyaslama yolu ile uygulanabilir; buna karşın, temsilci kayyımın ücretini tespit etmek için kayyımın sorumluluğuna ve işin önemine göre kısıtlının malî durumunu daha az dikkate almak gerekir (no 8 ad. MK. 417). Bir vasi meslekî faaliyetine özgü hizmet veriyorsa, her halükârda, kısıtlının geliri veya malı olduğu zaman MK. m. 416 hükmüne göre değil, özel bir ücrete hak kazanır. Böyle bir faaliyet özel bir eğitimi gerektirdiği zaman haklılık gösterir. Böylece ücret miktarı, ilke olarak, ilgili meslek tarifesine veya kurallara uygun olarak tespit edilmelidir; kısıtlının malî durumu daha az ölçüde dikkate alınır (no 20-22 ad. MK. m. 416). Bu ilkeler kısıtlının ücreti için de geçerlidir (no 8 ad. MK. m. 417).

DESCHENAUX/STEINAUR, kısaca kural olarak kayyıma MK. m. 416 hükmünün uygulanmayacağını, her halükârda, vesayet makamının yönetici kayyımın ücretine bu hükmün ilkelerinin uygulanacağını hatırlatır (gerçek ve tüzel kişiler no 1106 a ikinci baskı). Bu yazarlar temsilci kayyımın ücretinin nasıl tespit edileceğini açıklamamışlardır. Öte yandan, bu yazarlar, MK. m. 309/1'deki kayyımlığın temsilci kayyımlık olduğunu hatırlatmaktadırlar (no 1070 b yukarıda işaret edilen eser).

HEGNAUER (Hat die aussereheliche Mutter die Kosten der Beistandschaft nach Art. 311 ZGB für ihr Kind zu tragen? RDT 1977, vol. 32, p. 65 ss). meslekî tarifeye göre, ücret verilmesinin özellikle avukatlık ücret tarifesinin, kayyımın görevinin özel meslekî bilgileri gerektirmesi halinde uygulanabileceğini kabul etmektedir; eğer durum böyle değilse, sadece hakkaniyete uygun bir ücret verilmesi söz konusu olur (p. 66, ch. 4). Kısıtlı, reşit olmayan bir çocuk ise uygulama ve öğreti (cf. *Egger*, no 13 ad. art. 416 cc; *Albisser*, RDT 1946, vol. 1, p. 41; *Hegnauer*, no 116 ad art. 272 cc et no 76 ad art. 311 cc) kayyımın masraflarının çocuğun bakım masraflarının içine girdiği bu nedenle ebeveynin karşılaması gerektiğini kabul etmektedir. Zaten bu ilke, MK. 276/1 yeni metninde kanun koyucu tarafından yasa haline

konulmuştur; eğer çocuğun bizzat malî gücü yerinde ise, bu masrafların karşılanması için bu yola başvurulabilir (p. 65, ch. 3); eğer çocuğun malî gücü yoksa, babanın bakım mecburiyeti tesis edilmemiş ise, ana, özel gerekçeler haklı kıldığı zaman bu masrafları karşılaması için zorlanmalıdır. Böylece ana, yeterli imkâna sahipse veya ana, resmî bir kayyımın yerine bir avukatın kayyım olarak tayinini istemiş veya kabul etmiş ise durum böyledir (p. 66, ch. 3; p. 67, ch. 6; aynı şekilde p. 68, ch. 8). Sadece gerekli masraflar ona yüklenebilir; özel bilgiyi gerekli kılmayan faaliyetler için bu kayyım avukat olsa bile avukatlık tarifesine göre değil, ancak hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanır (p. 68, ch. 8); avukatlık ücret tarifesi bunun dışındaki hal için uygulanır (p. 66, ch. 4).

bb) Görüldüğü gibi, (cf. supra, let. aa; *EGGER*, no 19 ad art. 416 cc) kayyım olarak bir avukatın tayin edilmiş olması halinde, dâvayı takip söz konusu olduğundan kayyımın ücretinin hesabında kanton uygulamalarında farklılıklar görülmektedir. Bazı kantonlar avukatlık ücret tarifesini uygulamakta, bazıları ise MK. 416 madde hükmüne dayanmaktadırlar.

6 Aralık 1940 tarihli bir kararında Soleure Kantonu Danıştay, bu varsayımda bile, vesayet makamanın bazı takdir yetkisini koruduğu kanısındadır (RDT, vol. 2, no 51). 2 Nisan 1951 tarihli Lucerne Kantonu Danıştay'ının bir kararına göre, ücret istisnaen ve bazı koşullarda ancak özellikle ticarî acenteler (RDT, vol. 7, no 22) meslekî tarifeye göre tespit edilebilir. Zürih Kantonu Adalet Müdüriyeti 6 Nisan 1956 tarihli bir kararında kayyım olarak tayin edilen bir avukatın aldığı bu işte avukat gibi müdahale etmesi halinde avukatlık ücret tarifesindeki gibi ücrete hak kazandığını kabul etmiştir; bunun özel vekâlete veya resmî kayyımlığa dayanmış olmasının önemi yoktur; vekâlet ücretinden indirme yapılması ancak yapılan işe göre vekâlet ücretinin açıkça nispetsiz olması halinde söz konusu olur; bu karar yukarıda zikredilen ilkeler çerçevesinde (RDT, vol. 13, No 24) ücret tespitinde vesayet makamına takdir hakkının tanındığını göstermektedir. 18 Temmuz 1859 tarihli Vaud Kantonu vesayet Odasının bir kararına göre MK. m. 416 hükmü, MK. m. 417/2 hükmüyle birlikte ele alındığında (p. 30 infine) tarifeye göre ücretlendirilmesi gereken ve kayyımın meslekî faaliyetinden doğan muamelelerine uygulanır; bu durumda MK. m. 416 hükmü uygulanmaz (RDT vol. 16, no 7).

Berne Kantonu Obergerichte özel niteliği nedeniyle tayin edilen kayyımının özel tazminata hak kazandığını, fakat kayyımın mesleğinden doğan bir faaliyete ilişkin olması halinde bu ücretin MK. 416'ya göre tespit edile-

meyeceğini kabul etmiştir (16 Haziran 1960 tarihli karar RDT. vol. 17 no: 18 p. 64 ss; özellikle p. 66). Gisons kantonunda, vasinin ücretinin tayinine ilişkin hiç bir hüküm yoktur; eğer onun görevi mesleki faaliyetinden doğuyorsa özel bir ücrete hak kazanır; bu durumda bile, uygulamada kesinti yapıldığı görülmektedir; vasi meslek tarifesine göre ücret isteyemez; vesayet makamları ücreti ihtilâfın önemine ve içeriğine göre avukatın faaliyeti için vasinin çalışmasını dikkate alarak tespit ederler; o halde vasinin ücreti her olayda ayrı ayrı tespit ve takdir edilmelidir (Heizenberg Bölge Mahkemesi'nin 19 Ocak 1966 tarihli kararı RDT, vol 23, no. 15).

cc) Öğretide ve mahkeme kararlarında hemen hemen oy birliği halinde olan yukarıdaki ifadelerden anlaşıldığına göre, kayyım kendi faaliyetine özgü hizmetler temin etmesi halinde özel ücrete hak kazanır. Genelde, kabul edildiğine göre bu ücret kural olarak ilgili mesleğin ücret tarifesine dayanarak tespit edilir. Bununla birlikte vesayet makamının belli bir takdir hakkını kullanıp kullanmayacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur. İlgili tarife uyarınca tespit edilen ücretin duruma göre indirilmesi hatta ücretin bu tarife-den ayrı olarak tespit edilmesi gerektiği hususunda görüşler bulunmaktadır. Hukuk yazarları, kısıtlının malî durumunun dikkate alınması gerektiği görüşündedirler. Öte yandan, *HEGNAUER* ve *ALBISE* ananın bakım görevinin yerine getirilmesi nedeniyle kayyımın masraflarına katlanması gerektiğini dikkate alırlar. Çoğu kanton uygulamasında, meslekî ücret tarifesine bağlı olmaksızın vesayet makamına belli bir takdir hakkı tanınmaktadır.

c) Bu dâvada, kayyımın temyizdeki dâvalının talebi üzerine tesis edilmiş ve temyiz eden dâvalı kayyım ücretini ve masraflarını karşılama yükümlülüğü altına girmiştir. Kuşkusuz, bu amaçla 24 Kasım 1987 tarihinde vesayet makamına verdiği dilekçede temyizde dâvalı, resmi kayyımdan başka "**özel**" bir kayyımın tayinini açıkça istememiştir. Fakat bu mektuptan anlaşıldığına göre, çocuğun babalık bağının tesisi için gerekli hukukî işlemlerin yapılmasında "**özel**" bir kayyımın tayinini istemişti. Aynı gün temyizde dâvalı taraf, "**ücretlerini ve masraflarını kendisi karşılamak üzere özel bir kayyımın tayinini istediği**" bir talep formunu imzalamıştır. Bu durumda, açıkça özel bir kayyımın tayin edilmesi için mutabakat vermiştir. Bu kayyımın ücretini ve masraflarını karşılamak üzere zaten dâvalı bizzat avukatlık eğitimine sahip olduğunu inkâr da etmiyordu. Temyiz edilen karara göre müracaat sahibi dâvalıdan doğacak çocuğun babalık bağının tesisi için kayyım olarak tayin edilmiş olup danışma, nafaka alacağını isteme, tedbir niteliğinde ihtiyaç halinde kan tahlillerinin alınmasını temin etme gibi işlerde yardımcı ol-

ma yükümlülüğünü yerine getirecektir. O halde, MK. madde 309 anlamında temsilci kayımlığın tesis edilmesi söz konusudur (cf. supra, let b). Vekâletle, esasen müracaatçının meslekî faaliyetine özgü hizmetlerinin temin edilmesi istenmiştir. Bu da kısıtlının babalık bağının tespiti için gerekli olan hukuki işlemlerin yapılması ve nafaka alacağının talep edilmesidir. Temyiz eden, avukat sıfatıyla kayıım olarak tayin edilmişti. O halde, özel meslek tarifesine dayanılarak tespit edilebilirdi. (cf. supra, let, b). Bu görüş tarzı tayin edilen kayıımın bir avukat olmaması halinde, avukatlık ücret tarifesine dayanarak ücret tespit edilebilmesi halinde haklı olurdu. Fakat gördüğümüz gibi öğreti ve uygulama duruma göre, tarife uyarınca tespit edilen ücretin indirilmesi, bu tarifenin uygulanmaması suretiyle belli bir takdir hakkını vesayet makamının muhafaza etmesini hariç tutmamaktadır (cf. supra, let b).

d) Kanton makamı ilke olarak, bir avukatın tayin edilmesi halinde ücretin meslek tarifesine göre hesaplanmasını haklı kılar, fakat her zaman bu ücretin, tam ücreti isteme kuralı olarak, kabul edilemez. Ona göre, tam tazminat, ancak özel şartların varlığı halinde haklıdır. İşin karışık olması veya mali planlamaya dair menfaatlerin önemi hususundaki şartlar dâvada yerine getirilmemiştir. Kuşkusuz, Kanton Makamı *EGGER*'i yanlış olarak yorumlamaktadır. Bu yazar "**belli meslekî tarifeye istinaden hesaplanan tam ücrete genel kural olarak bir avukat hak kazanamaz**" dememiştir. Fakat aksine ilke olarak, bu tarife bazında tam ücret almaya hak kazanır demiştir. Kısıtlının parası, malı veya geliri olmaması hali, bunun dışındadır. Bu düşünce *KAUFMANN* tarafından da paylaşılmaktadır (cf. supra, let, b). Fakat bir yazarlar bir ilkenin söz konusu olduğunu, mutlak bir kuralın söz konusu olmadığını, somut bir durumda bu kuraldan ayıramayacağını kabul etmektedirler ki bu sorun üzerinde değişik kantonların uygulamaları bunu teyit etmektedir.

Bu dâvada, kısıtlının malî durumu, tayin edilecek kayııma verilecek ücret ve masrafları üçüncü bir şahıs taahhüt ettiği için, belirleyici değildir. Böyle olsa bile, eğer dâvalı böyle bir taahhüde girmemiş olsaydı yeterli imkânlarla tartışılmaz biçimde sahip olduğu için, bakım görevi karşısında bu masrafları karşılamaya zorunlu olduğu hususu gözden uzak tutulamaz (cf. supra, let b); ne olursa olsun bu sorun ihtilâflı değildir. Bizzat kendisi avukat olan temyiz eden "özel" bir kayıımın tayinini kabul etmiştir. Ayrıca avukatlık ücret tarifesi üzerinden düzenlenen ilk faturayı da itirazsız ödemiştir. Bu durum, Vesayet Odasına ve dâvalıya 3 Haziran 1988 tarihinde müracaat sahibi tarafından gönderilen mektuplardan anlaşılmaktadır. Her halükârda, dâvalı

kayım tarafından istenecek meblağı indirime tabi tutmadan ödeyeceğini kabul etmiştir. Aksine müracaat sahibine dâvalı tarafından gönderilen 11 Temmuz 1989 tarihli ve dâvalıya müracaat sahibi tarafından gönderilen 17 Temmuz 1989 tarihli mektuptan yeni masraflara katlanması gerektiğini öğrenince anlaşmazlık doğmuştur. İşte sadece bu gerekçeyle dâvalı Kanton ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmiştir. Burada kabul edilen meblağın fazla olduğunu söylemektedir. İlk derece mahkeme makamı, istenen ücretlere dair toptan bir meblağa hükmetmiştir. Bu hükümden anlaşıldığına göre, **"İlk kayyımlik ücret faturası Bayan (L) tarafından tamamen ödenmiştir. 4 Mart 1988 ve 17 Temmuz 1989 tarihli faturalara göre bakiye 4076.50 frank olarak tespit edilmiştir"**. Eğer Kanton makamı ilk derece mahkemesinin tespit ettiği meblağı indirdiyse ---Avukatlık tarifesinin yerine hukukî yardıma dair Kanton hükümlerini uygulayarak---, toptan tayin edilen ücretin çok yüksek olduğundandır. **"Zira 4 Mart 1988 tarihli ilk fatura tam tarife üzerinden ödenmişti"**. Bu savunma tarzı tenkid edilemez görünmektedir. Bu konuda makam belli bir takdir yetkisine sahiptir. En azından öğretinin ve uygulamanın bu fikirde olduğu düşüncesiyle kabul edilemez değildir.

Öyle olsa bile, tenkid edilen kararın gerekçeleri temyiz edilen kararın savunulamaz olması için yeterli değildir; ayrıca acaba sonuç olarak bu karar keyfi midir. Oysa, ilk meblağ olan 5500 FRF'nın ödenmiş olduğu ve temyiz edilen kararla tespit edilen 2304 FRF'lık meblağ ile ikisi birlikte açıkça karmaşık olmayan bir dâvada toplam 7804 FRF'na ulaşmaktadır. Bu durum ne ispat edilmiş ne de iddia edilmiştir. O halde, Kanton Makamı tarafından tespit edilen gerekçeler kısmen hatalı görünse bile, sonucunda temyiz edilen karar kabul edilemez değildir. Bu nedenle müracaat sonuç olarak reddedilmektedir.

KARŞILAŞTIRMALI CETVEL

Türk Medeni Kanunu Madde No:	İsviçre Medeni Kanunu Madde No:
276	287
309	322
416	433
417	435

- TÜRİK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI (Borçlar Hukuku)

HAKSIZ FİİL, MANEVİ TAZMİNAT, KAZANÇ KAYBI VE TEDAVİ MASRAFLARI

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (*)

• ANLATIM DÜZENİ : I- Konu. II- Salzburg Eyalet Mahkemesi'nin 14.12.1982 tarih ve 116/79 sayılı kararı. 1- Karar. 2- Gerekçe. 3- Hukukî değerlendirme.

I- KONU

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 25. maddesine göre, "haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir".

Milletlerarası özel hukuk alanında kesin kabul gören ve yaygın uygulama alanı bulmuş olan bu kural, yabancılık unsuru taşıyan haksız fiil eylemlerinde, olayın vukubulduğu yer hukukunun uygulanmasını öngörmektedir.

Aşağıda kısmen çevirisini verdiğimiz somut olayda, Alman ve Avusturya vatandaşı olan iki tır şoförü Türkiye'de bir haksız fiil eylemine karışmışlardır. Olayda Kapıkule'den Ülkemize giriş yapan iki şoförden birisi, çıkan bir kavga sonucu diğerini yaralamıştır. Yaralanan Avusturya vatandaşı ülkesine döndüğünde Salzburg Eyalet Mahkemesi'nde dava açmış ve Alman vatandaşı failden, uğradığı zarardan dolayı manevi tazminat, işinden kaldığı için kazanç kaybı zararı ve iyileşmek için yaptığı tedavi masraflarının ödenmesini talep etmiştir.

Avusturya hukuku da milletlerarası ilkelere uygun olarak haksız fiile, eylemin vukubulduğu yer hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Nitekim somut davada da olay Türkiye'de vukubulduğu için Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış ve Türk hukukunun konuya ilişkin maddi kuralları konusunda Ankara'daki Avusturya Büyükelçiliği'nden bilgi istemiştir. Avusturya Büyükelçiliği ise konuyu Adalet Bakanlığı'na intikal ettirmiştir.

(*) Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.

Adalet Bakanlığı'nca Borçlar Kanununun konuya ilişkin 46 ve 47. maddeleri ile uygulamadan örnekleri kapsayan bir görüş bildirmesi üzerine, Salzburg Eyalet Mahkemesi, olaya Türk Borçlar Kanununun söz konusu hükümlerini uygulayarak aşağıdaki kararı vermiştir.

II- Salzburg Eyalet Mahkemesi'nin 14.12.1982 tarih ve 116/79 sayılı kararı

1. Karar

Davalının 19.1.1979 tarihinden geçerli olmak üzere % 4 faiziyle birlikte davalıya 33.337.19 Şilin ödenmesine ve fazla talebin reddine karar verilmiştir.

2. Gerekçe

Davacı, 26.6.1977 günü Kapıkule Gümrük Kapısı'nın Türkiye tarafında, gümrük işlemlerini yaptırmak üzere beklerken, davalının otomobiliyle kendisine çarparak ağır yaralandığını iddia etmiştir. Kazada davacının kolu kırılmıştır.

Davacı yaralanması dolayısıyla 50.000 Şilin manevi tazminat, hastalığı dolayısıyla çalışmadığı günler için 19.567.34 Şilin kazanç kaybı ve 5.959 Şilin hastahane masrafı talep etmiştir.

Davalı ise davacının talebinin reddini istemiştir.

Davacı, Kairer Firması'nda kamyon şoförü olarak çalışmakta olup, 23.6.1977 günü giriş yaptığı Kapıkule gümrüğünde, gümrük işlemlerini yaptırmak üzere beklemektedir. Keza, Palfinger Firması'nda kamyon şoförü olarak çalışan davalı da aynı yerde beklemektedir. Davalı bu arada gümrük memurunu kucaklayarak kendisine birşeyler anlatmaya çalışmış ve içkili olduğu izlenimini bırakmıştır. Davacının davalıyı ikazı üzerine, davalı kendisini sakallarından tutmuş ve "bir öpücük ister misin" diye sormuştur. Davacının, davalıyı kendisine gelmesi için ikaz etmesi üzerine, davalı hiddetlenmiş ve suratına kuvvetli bir yumruk vurmuştur. Davalı kendisini korumak üzere koluyla yüzünü kapamışsa da, davalının attığı diğer bir yumrukla sol kolu kırılmıştır.

Davalının ilk tedavisi Edirne Hastahanesi'nde yapılmış ve kolu alçıya alınmıştır. Davalı elinin morarması üzerine İstanbul'a gitmiş ve orada alçı yenilenmiştir. Davalı Avusturya'ya döndüğünde Graz'da hastahane yatarak tedavi görmüş ve 2.8.1977'ye kadar kolu alçıda kalmıştır. Böylece kendisi, 13.7.1977-4.9.1977 tarihleri arasında çalışma gücünü yitirmiştir.

Davacı, Kaier Firması'nda şoför olarak çalışmış ve 1977 Şubat ayından Nisan sonuna kadar toplam 45.179.80 Şilin kazanmıştır. Böylece aylık kazancı ortalama 15058 Şilin tutmaktadır. Bu miktarın takriben 5.000 Şilin'i yol-luk olarak ödendiği için aylık net kazancı 10.058 Şilin'dir.

Davacı yaralanmamış olsaydı, bu meblağı 29.6.1977-4.9.1977 tarihleri arasında da kazanmış olacaktı. Kendisinin bu tarihler arasındaki işgücü kaybı dolayısıyla gelir kaybı, 67 günlük olarak 22.462.90 Şilin tutmaktadır. Davacıya hastalık parası ve işgücü kaybı parası olarak toplam 14.313 Şilin ödendiği için, geriye işgücü kaybı olarak net 8.149.90 Şilin'lik bir meblağ kalmaktadır.

Davacı ayrıca Türkiye'de, Edirne ve İstanbul'da hastalığının tedavisi için 5.959 Şilin ödemiştir. Ayrıca kavga sırasında 50 Şilin değerindeki gömleği de yırtılmıştır. Davacı Avusturya vatandaşıdır.

Davalı, Traunstein Eyalet Mahkemesi'nin 5.3.1982 tarihli kesinleşen kararıyla, kasten yaralamak suçundan günlüğü 50.- Mark'tan 15 günlük para cezası ödemeye mahkum edilmiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre, sanık 29.6.1977 günü şarhoş bir halde davalıya saldırmış ve onu ağır yaralamıştır. Davalı Alman vatandaşıdır.

3. Hukukî değerlendirme

Dava konusu olay, Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun yürürlüğe girmesinden önce Türkiye kara ülkesinde cereyan etmiştir. Davacı Avusturya vatandaşıdır ve Avusturya'da ikâmet etmektedir. Davalı ise Alman vatandaşıdır ve o da Avusturya'da ikâmet etmektedir. Her ikisi de 29.6.1977 tarihinde birbirini tanımamaktadır ve aralarında akdi bir ilişki bulunmamaktadır.

Olay tarihinde Avusturya'da yürürlükte olan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, suç teşkil eden yaralama olaylarına olayın vukubulduğu yer; somut olayda Türk hukuku uygulanır. Türk hukukunda da bu tür olaylara olayın vuku bulduğu yer hukuku uygulanacağı için, somut olayda Türk maddi hukukunun uygulanması gerekmektedir (Ankara'daki Avusturya Büyükelçiliği'nin 29.12.1980 tarih ve 147 sayılı yazısı).

8.5.1926 tarih ve 818 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre, suç teşkil eden yaralamalarda, mağdurun tedavi masrafları, çalışmamaktan dolayı kazanç kaybı ve manevi tazminat talep etme hakkı vardır (BK. m. 46/1-47). Tazminat miktarının belirlenmesi açısından ise kesin ölçüler yoktur. Tazminat miktarı olayın özelliklerine göre hâkimin takdirine bağlıdır.

Bu nedenle davacının makûl miktarda bir manevi tazminat talebine hakkı vardır. Davada, davacının müterafik kusuru iddia edilmediği gibi kanıtlanmadığı için, talep edilen yuvarlak meblağ olan 50.000.- Şilin manevi tazminat miktarını mahkeme makul bulmuştur.

Keza, talep edilen tedavi masrafları ve kazanç kaybı ise belgelere dayalı olduğu için, bunlar da haklıdır.

Haksız fiil dolayısıyla uğranılan zararların Türk hukukunda tazminat kapsamına girip girmediği bilinmediği için, mağdurun işverenin uğradığı zarar konusunda bir karar vermek gerekmemiştir. Esasen bunlar talep de edilmiştir.

YARGITAY YAYINLARI

- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
Andreas von TUHR
 Çeviren: **Avukat Cevat EDEGE**
 1128 sayfa, iki cilt birarada, lüks ciltli 27.000.- TL.
- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)**
İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ
 976 sayfa, üç renkli selefon korumalı kapak..... 11.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
Ali Rıza GENİŞ
 Yıl: 1975-1981, 593 sayfa, üç renkli gofre kapak 8.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
Ali Rıza GENİŞ
 Yıl: 1982-1986, 712 sayfa, üç renkli vernik korumalı
 gofre kapak..... 11.000.- TL.
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI**
HUKUK BÖLÜMÜ
 Cilt: VI, Yıl: 1981-1990 696 sayfa, lüks ciltli..... 53.000.- TL.
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**
 Cilt: 12, Yıl: 1986, Sayı: 1-12 16.000.- TL.
 Cilt: 13, Yıl: 1987, Sayı: 1-12 19.000.- TL.
 Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-12 29.000.- TL.
 Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-12 45.000.- TL.
 Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-12 64.000.- TL.
 Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12 159.000.- TL.

• **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt: 10, Yıl: 1984, Sayı: 1-4.....	7.000.- TL.
Cilt: 11, Yıl: 1985, Sayı: 1-4.....	8.000.- TL.
Cilt: 12, Yıl: 1986, Sayı: 1-4.....	9.000.- TL.
Cilt: 13, Yıl: 1987, Sayı: 1-4.....	10.000.- TL.
Cilt: 14, Yıl: 1988, Sayı: 1-4.....	11.000.- TL.
Cilt: 15, Yıl: 1989, Sayı: 1-4.....	13.000.- TL.
Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-4.....	15.000.- TL.
Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-4.....	21.000.- TL.
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4.....	53.000.- TL.

- 1- Yayın bedellerine % 6 oranındaki **Katma Değer Vergisi** dahildir.
- 2- 1986, 1987, 1989, 1990, 1991 ve 1992 yılı Yargıtay Kararları Dergisi ile Yargıtay Dergisi'nde ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6 adlı kitapta, Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.
- 3- Diğer yayınlarda indirim yapılmaz.
- 4- **Ödemeli gönderilmez. Temsilcimiz yoktur.**

HESAP NUMARALARIMIZ

- T.C. Ziraat Bankası Kızılay-Ankara Şubesi 304/110
- Posta Çekleri Merkezi 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 A N K A R A

