SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt : 1 Ocak - Haziran 1988 Sayı : 1

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

ÖZEL HUKUK

YAYIN HAYATINA BAŞLARKEN

Genç Üniversitemizin en yeni Fakültelerinden biri olan Hukuk Fakültesi, ilk dört yıllık eğitim öğretim programını başarı ile tamamlayarak, 1987 yılında ilk mezunlarını verme ve Fakülte Dergisinin bu ilk sayısıyla yayın hayatına katılma aşamasına ulaşmış bulunmaktadır. Böylece Fakültemiz, 1986-1987 öğretim yılı biterken, bir yandan yetiştirdiği genç hukukçuları ülke hizmetine sunmak, diğer yandan da kendi yayın organı olan Dergisi ile Türk Hukuk Dünyası'nın aydınlanmasına katkıda bulunmak gibi iki başarının kıvanç ve mutluluğunu birlikte yaşamaktadır.

Fakülte Dergisi, başta Fakültemiz öğretim elemanları olmak üzere, kardeş Fakültelerin öğretim elemanları ve hukukçuluk mesleğini değişik statülerde yürüten araştırıcı ve uygulamacıların görüş, inceleme ve araştırma yazılarına açık bulunmaktadır. Yazılar, Fakültemiz'in iç bölümlenmesine paralel olarak "Kamu Hukuku", "Özel Hukuk" ve "Ekonomi - Maliye" ana başlıkları altında, gruplandırılarak yayınlanacaktır. Bu suretle dergimizin bu üç ana konuda kamu oyunu aydınlatmanın yanı sıra, Türk Hukuk Dünyasında bilgi akışına ve her konuda olduğu gibi, hukukî konularda da eksikliği hissedilen yayın faaliyetinin gelişmesine de katkıda bulunacağına inanıyorum.

Her altı ayda bir yayınlanması düşünülen Fakülte Dergisi'nin, Türk hukuk dünyasının giderek aranan, istikrarlı ve başarılı bir kaynağı olması dilediği ile, Fakülte Dergisi'ne yazı vermek suretiyle bu ilk sayısının belli bir bilimsel seviye kazanmasını sağlayan, başta Sayın Rektörümüz olmak üzere diğer yazı sahiplerine saygı ve şükranlarımı arzeder, Dergimizin çıkmasında emeği geçen değerli arkadaşlarıma ve özellikle Fakültemizin eski Dekanı Prof. Dr. Şahabettin Yiğitbaşı'na teşekkürlerimi sunarım.

Prof. Dr. Süleyman ARSLAN
DEKAN

KAMU HUKUKU

BREF EXPOSE SUR L'EVOLUTION HISTORIQUE DES MOUVEMENTS DE CODIFICATION EN TURQUIE

Prof. Dr. Halil CİN(*)

I — EN GENERAL

Le terme codification peut être défini comme le fait pour l'Etat de faire des lois écrites ou de codifier systématiquement les règles juridiques existantes sous une forme soit écrite soit coutumière. Cette activité se rencontre dans toutes les sociétés organisées étatiquement. Les premiers exemples que l'on puisse déceler dans le cours de l'histoire en sont le Décalogue de Moïse contenant les Dix Commandements, la Loi des Douze Tables et le Code de Hammourabi. Quant au **Corpus Iuris Civilis,** il constitue certainement une codification des plus vieilles et des plus belles dans le monde. Et **l'Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten,** qui a été réalisé vers la fin du 18e siècle, est en général désigné comme un modèle typique de codification.

On peut constater que dans les Etats turcs qui ont existé soit en Asie centrale - mère patrie des Turcs -, soit ailleurs, les règles écrites ou coutumières ont aussi été édictées et appliquées..

La codification a toujours été considérée, pour la société ambiante et l'Etat lui-même, comme une condition d'existence selon un modèle du droit clair, juste et continuel.

La codification peut se manifester sous forme d'unification systématique des règles existantes par l'Etat en vertu de son pouvoir coercitif. Elle peut également avoir lieu en tirant parti des lois d'autres pays ou encore en les adoptant en bloc, - ce qu'on appelle 'réception' dans le langage juridique. Le fait que des pays mettent à profit les réalisations juridiques des autres pays est un fait historique et sociologique. Les diverses civilisations en contact ont naturellement été amenées à bénéficier les unes des autres en matière de droit. Les religions adoptées par les diverses nations ont de même pu jouer un rôle dans la consécration de nouveaux et différents systèmes juridiques. L'exemple qui puisse illustrer le mieux cette donnée, c'est la conversion des Turcs à l'Islam.

(*) Selçuk Üniversitesi Rektörü

II — LA CODIFICATION ET LA RECEPTION CHEZ LES TURCS

Les Turcs se sont convertis à l'Islam pendant la période qui s'étend du VIIe siècle jusqu'au XIe siècle. Pour eux, l'Islam a constitué à la fois une forme de religion, une espèce de droit et une manière d'existence.. Dés lors, il conviendrait de distinguer dans l'histoire juridique turque deux époques, dont l'une s'est déroulée avant leur conversion à l'Islam, et dont l'autre s'est déroulée après.

A — LE DROIT TURC AVANT LA CONVERSION DES TURCS A L'ISLAM

Nous savons par l'intermédiaire des sources relatives à l'histoire de ces temps que les Huns, les Turcs Zéne ou Aséna et les Oïgours possédaient une conception très avancée du droit. Les documents qui reflètent la réglementation du droit privé ches les Oïgours en particulier le prouvent à satisfaction.

B — LE DROIT TURC APRES LA CONVERSION DES TURCS A L'ISLAM

Nous observons que chez les Karakhans et les Ghaznévides, qui comptent parmi les premiers Etats musulmans, des recueils de lois ont été mis en œuvre afin de codifier le droit musulman. De ce recueils, le plus célèbre est le code préparé par le juriste musulman Sarahsi.

Pour pouvoir donner une vue plus ou moins complète sur les efforts de codification et de réception en droit turc, il nous faut expliquer les sources et l'essentiel de la doctrine du droit musulman, droit qui à réglementé la vie de la nation turque pendant plus de mille ans.

1 — LES SOURCES DU DROIT MUSULMAN

Les sources du droit musulman peuvent être ramenées à quatre sources principales.

a — LE CORAN

C'est le Livre saint composé de 114 sourates et de 660 versets coraniques. Ce Livre à été révélé au Prophète Mahommed de la part de Dieu. Les versets contiennent des ordres, des interdictions et des directives. Le Coran a d'abord été mémorisé par les personnes qu'on appelle **'Hafiz'**, c'est-à-dire ceux qui l'apprennent par cœur. Déjà durant la vie du Prophète, on a commencé à rédiger le Coran, pour éviter qu'il ne soit falsifié ou qu'il ne soit oublié. La rédaction de tout le Coran a été réalisée

à l'époque du chalife Ebabekr. Cependant, du fait que le risque de textes coraniques divergents existait dans les pays musulmans, le chalife Othman a fait procéder à l'établissement d'un seul texte officiel, en tenant compte de tous les exemplaires du Coran. Le Coran tel qu'il se trouve fixé maintenant, c'est celui établi par les soins du chalife Othman. Dans ce texte, les versets sont ordonnés selon leur longueur,- et non selon leur date de révélation. Toutofois, on n'a pas toujours observé cette règle. Par exemple, le sourate des Prières (**'Fatiha'**) prend place tout au début du Coran pour avoir la portée d'une introduction, alors qu'il est l'un des sourates les plus brefs..

Le Coran contient des règles concernant soit la servitude proprement dite, soit toute la vie sociale, soit encore les diverses apparitions du droit.

Lorsqu'il n'y a pas de règles ou de règles expresses dans le Coran à propos d'un point déterminé, ce sont les régles définies par le Prophète qui doivent s'appliquer.

Et enfin, le Coran est un livre saint qui permet des modifications des régles, dans le but de s'adapter de façon edéquate aux mutations intervenues dans le temps, ce tant qu'on demeure dans les limites de son propre contenu.

b — LA SOUNNA

Dans les cas où il n'y avait pas de préceptes dans le Coran ou qu'il n'y avait que des préceptes sujets à interprération, c'est au Prophète qu'incombait de résoudre les problèmes juridiques et sociaux. Les règles posées de la sorte par le Prophète sont obligatoires. Peu importe qu'elles aient pris naissance par écrit ou par voie orale!. Ces règles se nomment dans la doctrine musulmane 'Sounna'. Elles ont été transmises de générations en générations par les personnes qui avaient vu et parlé soit avec le Prophète lui-même, soit avec ceux qui étaient ses compagnons. Les dites prescriptions sont nommées 'Hadiths'. Les Hadiths conformes à l'Islam et transmis de plus par des gens de confiance doivent être considérés comme absolus et ils doivent nécessairement trouver application, lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes juridiques et autres.

Plusieurs recueils de Hadiths ont été entrepris. Parmi lesquels, les six sont les plus sérieux et les plus en vue. En particulier, celui de Bouhari fait le plus d'autorité, parce qu'il sélectionne soigneusement les Hadiths et qu'il ne consacre que ceux trés dignes de foi..

La rédaction des versets du Coran d'une part et la collection des

Hadiths d'autre part peuvent être comprises comme efforts de codification.

c — L'UNANIMITE DES GRANDS DOCTEURS DE L'ISLAM SUR LES POINTS DE LA DOCTRINE

Dans les cas où il n'existe pas de règles ni au Coran ni aux Hadiths, lorsque les grands juristes du temps pouvaient se mettre d'accord à propos de la solution d'un problème donné, elle devenait également obligatoire. Seulement, cette unanimité d'opinion qu'on nomme **'İcma'** ne devenait obligatoire qu'après la mort de tous ceux qui y avaient pris part. Remarquons qu'en droit musulman, plusieurs questions de droit public sont résolues par cette voie, - l'institution du chalifat, par exemple.

d — RAISONNEMENT PAR ANALOGIE

Les questions au sujet desquelles il n'y a pas de solution ni dans le Coran, ni dans les Hadiths, ni non plus dans les accords généraux des grands docteurs de l'Islam, le raisonnement par analogie est permis. On peut faire remarquer que la Sounna du Prophète permet aisément cette conclusion. L'ordre qu'il a donné au préfet de l'Egypte du temps, nommé Muâz, peut aussi le démontrer. En cas d'absence de disposition dans les sources citées plus haut, il lui avait formellement permis - et même conseillé - de trancher par la voie du raisonnement 'par analogie', qui devait cependant être sain et fondé..

Ce procédé est appelé est appelé dans le langage juridique musulman **'İçtihad'**. La possibilité de recours au raisonnement par analogie dénote le caractère 'humain' du droit musulman. Il n'est ainsi pas exclusivement divin.. Il admet ouvertement que les règles de conduite humaine puissent changer, en fonction du temps et des besoins. Cette donnée prouve aussi que le droit islamique a dans le fond une nature dynamique, - et non uniquement statique. Il est à souligner que le Coran a lui-même pu abolir, à l'intérieur de son propre système, des règles, en remplaçant certains versets par d'autres.

On peut dire que disposer par voie d'unanimité d'opinion ou de raisonnement par analogie constituerait également une certaine manière de codifier. Toutefois, les prescriptions adoptées de la sorte doivent être conformes au Coran de même qu'aux Hadiths.

Il est grand dommage que cette caractéristique du droit musulman ait disparu avec le temps! Cette disparition au eu lieu à partir du IIIe siècle selon le Calendrier des Mahométans, compté d'après la Hégire. Sur ce

point, la plupart des juristes musulmans sont d'accord. A cette époque, les grands docteurs de la loi divine on décidé que toute la doctrine nécessaire était arrêtée et qu'il serait prudent de mettre fin à ce moyen d'édicter des règles. Parce qu'ils craignaient que des opinions les plus contradictoires ne fassent jour..

Une telle vue ne nous paraît pas juste, - disons-le tout de suite! Car, une pareille décision n'est d'abord pas de la compétence des jurisconsultes. Elle est ensuite de nature à empêcher le développement désirable et par là l'avenir même du droit islamique. En effet, un système juridique qui consacre la doctrine comme source doit certainement vouloir tenir compte de la raison humaine. Par ce trait, le droit musulman qui a une base divine admet ainsi que le droit est fait pour les hommes et que des changements puissent intervenir avec le temps. A condition qu'on demeure dans les limites de ce qui est humain et qu'on respecte ce qui est réellement divin!. Sinon, le droit serait un droit non vivant.. Or, le droit vit aussi, tout comme les gens.. - Les modifications qu'on peut apporter au droit existant peuvent se manifester sous forme de codification, qui peut avoir lieu en procédant à une codification soit nationale, soit par voie de réception.

Le droit islamique a plus de mille ans réglementé la vie juridique de divers Etats turcs. Il s'est surtout affirmé sur le plan du droit privé. Le droit public, lui, n'a été formé la plupart du temps que par des commandements, des rescrits impériaux et des **'firmans'** (ordres écrits émanant du sultan). Ce droit est généralement qualifié de coutumier.

Dans l'histoire du droit turc, c'est le droit ottoman qui importe le plus. Et c'est aussi lui qui s'approche le plus - chronologiquement parlant - du noveau droit turc. Le droit ottoman présente un double aspect, dont l'un a un caractère religieux et dont l'autre un caractère coutumier. Le droit public coutumier s'est surtout pratiqué en fait de droit public, - en matière de réglementation des terres en particulier. Les diverses lois faites par les sultans Mahomet le Conquérant et Soliman le Législateur, particulièrement celles qui sont relatives à la réglementation des terres, doivent être regardées comme de beaux exemples dans le domaine de la codification du droit coutumier. Seulement, ce qu'avaient pour défaut ces lois était de nature à empêcher leur rayonnement. C'est qu'elles avaient été élaborées en fonction des caractéristiques de chacune des provinces et de chacun des pays qui faisaient partie du territoire ottoman. Elles ne présentaient dès lors pas un caractère de généralité, qui puisse les mettre hors de tout reproche au point de vue de la législation la plus désirable..

Dès la fin du XVIe siècle, nous sommes témoin d'une époque 'stationnaire' et puis d'une autre de 'recul' dans l'histoire de l'Empire ottoman. Les dégradations militaires, sociales, économiques et juridiques ont contraint les souverains successifs à prendre des diverses mesures destinées à sauvegarder l'Etat lui-même. Et à partir du XVIIIe siècle, on s'est aussi efforcé instamment de suivre les développements à l'Ouest ainsi que d'en profiter. A titre d'exemple, le Soultan Mahmoud II, le réformateur, a en 1838 édicté deux codes à l'intention de l'uléma et des fonctionnaires. Il a en plus introduit des différentes autres réformes qui ne concernent pas directement notre propos. Nous pouvons affirmer que grâce à ces codes, les principes suivants ont été consacrés pour la primière fois dans l'histoire du droit ottoman, à savoir **'nullum crimen sine lege'** et **'nulla poene sine lege'!** Cest, au moins lorsqu'il s'agissait de certains citoyens..

III — LA CODIFICATION ET LA RECEPTION DANS L'EMPIRE OTTOMAN

A — EN MATIERE DE DROIT PUBLIC

C'est à la suite du Firman de **Tanzimat** (signifiant en langue ottomane 'organisation et réforme'..), déclaré en 1839, que nous observons un véritable effort de codification. Au mois de novembre de l'année 1839, le Soultan Abdalmedjid annonçait par un firman que certains droits et certaines libertés des citoyens - tels que ceux à la vie et aux biens, droits des plus fondamentaux - seraient garantis désormais et que des réformes seraient introduites dans quelque domaine : perception des impôts, service militaire, procédure, etc.

En 1840, nous voyons le premier code pénal s'élaborer. Ce code, insuffisant tant au point de vue de la systématique que celui du contenu, a été abrogé en 1851, - étant remplacé par un autre nouveau. Etant donné que ce dernier ne répondait pas non plus aux nécessités existantes, on a cette fois mis en œuvre celui de 1858, qui a été préparé, dans une grande mesure, en utilisant les dispositions du Code pénal français de 1810. Il est resté en vigueur jusqu' à l'an 1926. - Remarquons aussi qu'en 1868, on été fondées les juridictions constituant les formes originaires de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat turcs de nos jours.

En l'an 1876, la première consititution turque a été adoptée sous une forme écrite. Cet événement a marqué le début d'une nouvelle ère dans l'histoire de la démocratie turque. Lorsqu'on préparait cette constitution, on a voulu examiner toutes les constitutions en vigueur alors en Europe.

Finalement, celle de la Belgique du 7 février 1831 et celle de la Prusse du 31 janvier 1850 ont été prises pour modèles.

En l'an 1879, nous constatons que le Code de procédure pénale français de 1808 a été mis en vigueur par voie de réception. La même année, le Code de procédure civile a été promulgué. A cette fin, on s'est surtout servi du Code de procédure civile français de 1807.

B — EN MATIERE DE DROIT PRIVE

Aprés le Firman de **Tanzimat,** la première codification de droit privé a eu lieu dans le domaine du droit commercial. Le Code de commerce terrestre promulgué en 1856 a été calqué sur celui français de 1807. Et le Code de commerce maritime de 1863 a été élaboré en tenant compte des diverses lois maritimes des différents pays.

Dan le domaine du droit privé, la seconde importante codification a été réalisée en droit foncier. En 1858, le régime ottoman des terres a été réglementé par un code de 132 articles, code désigné par le nom de Code foncier. Au point de vue du contenu, cette loi est entièrement nationale. Les pratiques écrites et traditionnelles qui existaient alors on été ainsi codifiées. Quant à la systématique du code, elle a été conçue selon le modèle des précédents codes européens sur le sujet.

Il est à souligner que la codification la plus saillante a été entreprise en matière de droit civil. A cet effet, deux opinions se sont affrontées, savoir la codification du droit musulman et la réception du Code civil français. Pour finir, la première l'a emporté. Une commission réunie sous la présidence de Ahmed Cevdet Pacha a travaillé à un projet de loi pendant les années 1869-1876. Finalement, elle a mis en œuvre un code de 1851 articles, - code désigné succintement par le nom 'Medjellé'. Le Medjellé a été mis en vigueur en 1876. Il se présente plutôt comme un code des obligations. Il ne réglemente ni le droit de la famille, ni le droit des successions. Un code civil qui ne traite pas de ces matières doit certainement être considéré comme lacuneux. Néanmoins, il est à noter que ces matières n'avaient sciemment pas été incorporées dans ce code. Du moment que les sujets de l'Empire ottoman n'étaient pas tous musulmans et que ces dites matiéres se trouvaient déjà réglementées par lepropre droit religieux de chacun des citoyens, il eût été contraire aux principes du droit islamique que celui-ci les réglementât également.. Dès lors, le Medjellé ne pouvait unifier le droit entier. - Sous peu de temps, la lacune du code concernant la famille a créé des problèmes et donné lieu à des discussions.. Juste après son entrée en vigueur, la guerre turco - russe a éclaté. Et puis, la déclaration du 'second gouvernement consti-

tutionnel' **(Meşrutiyet)** en 1908, les guerres d'envergure de 1911-1912 et de 1914, tous ces événements critiques ont rendu impossible aux milieux intéressés la codification du droit de la famille. Par la suite, on a pu s'en occuper quelque peu.. Une commission nommée en 1917 a élaboré un décret-loi à cet égard, décret-loi qui réglementait les institutions de mariage et de divorce, en tenant compte de la diversité des ressortissants ottomans juifs, chrétiens et musulmans. Malheureusement, il n'a pu dépasser le stade de codifier dans un esprit de technique législative les règles qui existaient et qui s'appliquaient déjà.. Il n'a pu introduire que quelque nouveauté, notamment celles concernant l'âge requis pour contracter mariage et l'intervention de l'Etat dans le domaine du mariage. Sous la pression des circonstances sociales et politiques du temps, il n'est resté en vigueur que pendant deux ans au plus. Il s'est vu abroger en 1919.

IV — LA CODIFICATION ET LA RECEPTION EN REPUBLIQUE DE TURQUIE

A la suite de la défaite de ses Alliées, l'Empire ottoman a dû cesser la guerre en signant l'Armistice de Moudros le 30 octobre 1918. Et par la suite, le Traité de Sèvres a été conclu en 1920. Celui-ci était en fait de nature à faire disparaître l'existence même de l'Empire ottoman. Pareille conclusion ne pouvait être acceptée par la nation turque. La guerre d'indépendance a été entreprise immédiatement. A la tête se trouvait Moustapha Kemal. Cette guerre s'est heureusement vu terminer par la conclusion du Traité de paix de Laussanne en 1923 entre la Turquie et les Alliées. Il attestait le droit de la nation turque de vivre indépendamment.

Le 29 octobre 1923, la république a été proclamée. Elle serait désormais le nouveau régime de l'Etat turc. Et Moustapha Kemal a été élu président de la République. Il avait devant lui des problèmes cruciaux. Il devait les résoudre sous peu de temps. Car, les circonstances étaient pressantes.. Parmi ces problèmes, l'un des plus capitaux était, sans aucun doute, le renouvellement du droit conformément aux besoins du nouvel Etat et à ceux de l'ère moderne.

C'est d'abord dans le domaine du droit privé qu'ont débuté les travaux de réforme et de codification. On a tout de suite élu des commissions, chargées de codifier le droit de la famille et celui des obligations. En 1924, on a élaboré deux projets de loi avant trait au droit de la famille. Ils n'étaient toutefois pas différents du décret - loi de 1917, - du moins du point de vue du contenu. Quant au droit des obligations, la commission

ayant pour fonction de le codifier, n'a pu rompre avec le Medjellé, en dépit de ce qu'elle ait voulu tenir compte aussi des codes européens..

Pour finir, M. M. Esat Bozkurt, ministre de la justice a lors, a fait part aux dites commissions que leur tâche était terminée. Par la suite, le gouvernement a décidé qu'on adopterait un code européen. A ce sujet, Atatürk désirait qu'on procède à une synthèse heureuse prenant en considération les données de la culture turco-musulmane et celles de la civilisation européenne. Il comprenait cette démarche comme une 'modernisation', conforme aux nécessités de l'ère contemporaine. D'abord, on a effectué des travaux intéressant le droit civil. On a successivement étudié les codes civils français, allemand et suisse. Finalement, on a pris la décision d'adopter le Code civil suisse, qui paraissait le code le plus clair, le plus libéral et le plus moderne.. Les commissions spéciales ont traduit le dit code en turc. Le projet de loi a été présenté à l'Assemblée nationale le 17 février 1926. Le 4 avril 1926, il a été accepté. Le 4 octobre 1926, il est entré en vigueur, après l'écoulement d'un certain temps, prévu pour assurer la transition nécessaire, temps qui était indispensable aux juges et autres juristes, afin qu'ils puissent s'adapter au noveau droit. Malgré la brièveté de la période transitoire, le nouveau code a pu s'appliquer correctement. Ce fait se trouve considérer par le juriste suisse Sauser-Hall comme 'un fait sans précédent'..; car, il était vraiment étonnant que l'on puisse apprendre à manier si vite un code étranger adopté en bloc..

A la suite du códe civil, un projet de code pénal a été élaboré et a été présenté à l'Assemblée nationale le premier mars 1926. Il a été accepté le 13 mars 1926 et le code est entré en vigueur le premier juillet 1926. Ce code est presque entièrement calqué sur le Code pénal italien de l'époque.

Et puis, un code de procédure pénale a été élaboré selon le modèle de celui allemand. Il a été voté le 4 avril 1929 et il est entré en vigueur le 20 août 1929.

Pour ce qui regarde le code de procédure civile, on s'est décidé d'adopter celui du Canton de Neuchâtel en Suisse, qui paraissait l'un des meilleurs. .- Et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite de la Suisse a servi de modèle fidèle à notre loi sur le sujet.

Toutes ces lois s'appliquent encore de nos jours; certaines ont subi des modifications. Mais, le code civil n'a presque pas changé.. Seulement, depuis une quinzaine d'années, nous témoignons que des travaux de réforme se trouvent entrepris pour modifier ses livres sur les droit réels,

le droit de la famille et le droit des successions. Les résultats de ces travaux seront prochainement présentés à l'Assemblée nationale.

Nos propos sur l'évolution historique des mouvements de codification en Turquie prennent fin ici. Tout compte fait, nous pouvons, en toute modestie, conclure que l'application du droit durant 58 ans chez nous s'est vu couronner de beaucoup de succès. Et, cette réussite est le fruit des réalisations de codification..

AJAN VASITASIYLA İŞLETİLEN SUÇLARIN CEZALANDIRILMASI VE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE (*)

I. Ajan - Kışkırtıcı Ajan

Ajan ile kışkırtıcı ajanı biribirinden ayırmak gerektir. Ajan, suç işlemeye kararlı ve hazır kimseyi yakalamak veya yakalatmak için suça iten kimsedir. Kışkırtıcı ajan (agent provocateur) ise suçu işletip yakalatmak üzere bir kimsede suç kararı uyandıran kışkırtıcıdır. Kışkırtma bir kimsesede suç işleme kararı uyandıracak etkinlikte bir telkin ise azmettirme sayılır ve kışkırtıcı ajan azmettirici olarak cezalandırılır (TCK. 64/2). Polis suçluları yakalamak amacıyla ajan kullanabilir. Ancak polisin kışkırtıcı ajan kullanması veya kışkırtıcı ajan olması asla doğru değildir. İsviçreli Prof. HAFTER diyor ki: "Gerçekte kışkırtıcı ajan bir kimseyi bilerek ve isteyerek suça sürüklüyor. Bir suçu meydana çıkarmak ve böylece belki devam edecek zararları önlemek bakımından esasında haklı sebep vasıtayı meşru kılmaz. Kışkırtıcı ajan için mâzeret ve beraat sebepleri yoktur. Polis, görevini yapmak için suç işlenmesine sebep olmak yoluyla hukuka aykırı vasıtalardan yararlanamaz" (1).

Suç işlemeye hazır kimseyi yakalamak üzere hareket eden ve esasen suçu kalkışma (teşebbüs) aşamasında durdurmayı planlayan (ve durduran) ajan cezalandırılmaz. Bu konuda doktrinde ve içtihatlarda fikir birliği olduğu söylenebilir.

Burada asıl konumuz, ajanın etkisiyle suç işleyen failin durumudur.

II. Ajan etkisiyle işlenen suçların cezalandırılması

Ajan etkisiyle işlenen suçların cezalandırılması, elverişsiz kalkışma (işlenemez suç) teorisini de ilgilendiren geniş kapsamlı ve tartışmalı bir konudur. Ajan kullanan polis failin eylemini bir aşamada durduracağına

---

(*) Dokuz Eylül Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

(1) Ernst HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil 2. Bası Bern 1946 s. 230

göre sonucun gerçekleşme imkânı ve ihtimali tartışılabilir. Böyle bir eylem tamamlandıktan sonra, önceden önlem alınmış olduğundan hemen yakalanan fail nasıl cezalandırılmalıdır? Failin eylemi kalkışma mıdır, yoksa tamamlanmış suç mudur?

Bu konuda birbirine uyan veya uymayan bir çok yerli ve yabancı içtihat bulmak mümkündür. Yazımızın dar çerçevesi bu kararları toplayıp aktarmaya elvermez. Türk Yargıtayının konuya ilişkin yeni bir kaç kararı üzerinde sorunu, teorik açıklamalara çok yer vermeden, aydınlatmaya çalışalım.

1. Belediye zabıta memurları A ve B, ruhsatsız bir inşaata göz yummak için inşaat sahibinden rüşvet istiyorlar. İnşaatçı olayı polise bildiriyor ve zabıta memurları numaraları önceden tesbit edilmiş parayı inşaatçıdan alırken (veya alır almaz) polisce suçüstü yakalanıyorlar. Bu, Yargıtay 5. CD. sinin E. 1983/3682 K. 1983/4231 sayılı ve 8.12.1983 tarihli kararına göre rüşvet sözleşmesi ile oluşan tamamlanmış bir rüşvet suçudur (İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin E. 1983/72 sayılı dosyası).

2. Kendisinden tehditle para istenen A, polise başvurmuştur. Polis önlem almıştır. A parayı belirtilen yere koyduktan sonra fail bu parayı alır almaz yakalanmıştır. Suç, kalkışma değil, TCK.nun 498. Maddesinde yazılı tamamlanmış suçtur (2).

3. Ankara SSK. doktoru olan sanığın, hiç bir ahstalığı olmadığını bildiği sigortalı işçiye, para almadan rapor vermiyeceğini söylemesi üzerine işçi Kurum müfettişine başvuruyor. Kurum müfettişleri ve polis, rüşvet aldığı anlaşılan doktoru suçüstü yakalamak amacıyla başka bir kimseyi yine rapor almak üzere doktora gönderiyor. Rüşvet olarak verilecek paranın numarası önceden tesbit edilmiştir. Sanık doktor rüşvet olarak aldığı 1000 lira ile yakalanıyor.

Yargıtay CGK.na göre parayı veren ile doktor arasında karşılıklı anlaşmaya dayalı "rüşvet sözleşmesi" yoktur. Ajan N, kendi serbest iradesiyle değil, görevlilerin talimatı ile hareket etmiştir. Ajan N, Ceza Genel Kurulu'nun deyimi ile "gayri meşru bir zemin içinde" değildir. Sözleşmede ajanı serbest iradesi bulunmadığından rüşvet sözleşmesi oluşmamıştır. Buna göre doktorun eylemi rüşvet değil, görevi kötüye kullanma suçudur (3).

---

(2) CGK. E. 1983/6-443 K. 1984/154 sayılı ve 30.4.1984 tarihli karar (YKD. 1984 Sayı : 7 s. 1093 ve son).

(3) CGK. E. 1983/5-113, K. 1983/197 sayılı ve 25.4.1983 tarihli karar (YKD. 1983, Sayı : 9, s. 1373)

III. Ajanlı suçlarda gerçek sonuç ve teatral sonuç

Bu kararlara konu olan olaylarda üzerinde durmak istediğim unsur sonuç (suç sonucu) ve bunun suç kalıbındaki (suç tipindeki) yeri ve anlamıdır.

1. Alman ceza hukuku bilgini BELİNG'in geliştirdiği TATBESTAND kavramı (Belling, Lehre vom Tatbestand 1906) Fransızcada "typicité" İtalyancada "tipicità" terimi ile anlatılmaktadır. Türkçede bunu en iyi anlatabilen terim, kanaatimce "suçkalıbı"dır. Suçkalıbı, fail (süje), hareket ve konu (obje)den oluşan değişmez bir biçim, belli bir çerçevedir.

Suçkalıbında yer alan hareket unsuru "sonuç"u da içerir. Sonuç hareketin bir uzantısı, bir müntehasıdır ve bu niteliği ile kalıptaki unsurlardan biridir. Bunu belirledikten sonra "sonuç"un anlamı üzerinde kısaca duralım.

Bir hareketin bir çok sonucu vardır. Bunlardan yalnız bir tanesi suçkalıbında yer alır ve "sonuç" olarak adlandırılır. İyi bir tanıma göre sonuç, "Somut (müşahhas) suçkalıbının gerçekleşmesidir" (4). Başka bir tanım şöyledir: "Suçun maddî unsuru bakımından nazara alınacak netice (sonuç), sadece kanunî tarifte (yani suçkalıbında) yer alan, hukukî bir değer taşıyan dış alemdeki değişikliktir" (5).

Suçun sonucu hareketin zararlı sonucudur, yâni bir ceza normu ile korunan menfaatin ihlâlidir (6). Bu, ya bir zarar ya da bir tehlike meydana getirir.

Suç konusunun (yâni hukukça korunan değerin veya menfaatin) zarar görmediği yerde artık sonuçtan daha doğrusu zarar sonucundan söz edilemez.

2. İmdi, yukarda geçen Yargıtay kararlarındaki olaylarda zarar biçiminde bir sonucun doğması, polisin aldığı önlem sâyesinde imkânsızdır. Ajan vasıtasıyla rüşvet alan memur suçkalıbını "görünüşte" gerçekleştirmiştir. Hukukçu korunan menfaat (para üzerindeki mülkiyet) bundan zarar görmemiştir. Doğan sonuç, gerçek sonuç değil "teatral" sonuçtur (7). Bu deyimle, tiyatroda görülen, gerçek olmayan, göz aldatıcı niteliği söylemek istiyorum. Buna "PSEUDO-SONUÇ" (8) da diyebiliriz. Teatral sonuç bir tehlike yaratabilir ve bu sonuçla biten eylem kalkışma sayılabilir, ama bu sonuç suçkalıbındaki sonuç değildir. Teatral so-

(4) R. von HİPPEL, Deutsches Strafrecht C. II, Berlin 1930, s. 131
(5) DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. I, 7. Baskı, s. 432
(6) İtalyan yazarlarının, özellikle DELİATALA'nın düşüncesi (KUNTER'den, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi İstanbul 1955, s. 108-109)
(7) Turhan Tûfan YÜCE, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s. 83
(8) PSEUDO, yanıltıcı, sahte, zahirî anlamlarına gelen eski Yunanca bir sözdür.

nuçlu eylemlerin açıklanması için işlenemez suç teorisine başvurmak, kanaatimce gerekli değildir. Sonucun doğru anlamı teatral sonuçlu eylemlerin tamamlanmış suç olmadığını açıklayabilmektedir.

3. Burada bulabildiğim iki Alman mahkemesi kararını açıklamalıyım :

Pazar yerinin kalabalığından faydanalanarak yankesicilik yapan bir kimseyi yakalamak için polis bir bayan polisi görevlendiriyor. Bayan polis içinde para cüzdanı bulunan alış-veriş çantası ile pazarda dolaşırken yankesici çantadan cüzdanı alıyor ve polislerce yakalanıyor. Batı Almanya Federal Mahkemesi eylemi tamamlanmış suç değil, suça kalkışma saymıştır (9). Başka bir karar : Polis hırsızı yakalamak için bir malın mâliki (veya zilyedi) ile anlaşıyor. Hırsızı tahrik ediyor. Hırsız çalıyor. Hessen üstmahkemesi (Oberlandesgericht) nin izahına göre malın bulunduğu yerden alınmış olmasına rağmen suçun tamamlanması mümkün değildir. Çünkü mal üzerindeki zilyedliğin kaldırılması, ancak görünüştedir, zahirîdir (10).

4. Yukardaki açıklamaların ışığında Yargıtay kararlarımıza dönelim :

a) **Birinci olayda** kendisinden rüşvet istenen inşaatçı durumu polise bildirmiştir. Polisin talimatı üzerine rüşvet vermek için zabıta memuruna giden inşaatçı bir ajandır. Önceden önlem alınmış bulunduğundan sonucun gerçekleşmesi imkânsızdır. Rüşvet almak isteyen memur yapacağını yapmıştır ama elinde olmayan sebeplerle sonuç gerçekleşmemiştir. Eylem, kanaatimce tam kalkışmadır, tamamlanmış suç değildir. Esasen bu eylemi tamamlanmış suç saymak ve suçun tam cezası ile cezalandırmak adaletli de olmazdı. Ortada bir zarar yokken faili suçun tam cezası ile cezalandırmak gereksizdir. Failin kasdının tam ortaya çıkışı tam cezayı haklı göstermez. Haklı gösterseydi apaçık kasıtlı olan işlenemez suçun cezasız kalması açıklanamazdı. Gerçekten, gerçekleşen zarar suçun cezalandırılmasının belki en önemli âmilidir. Bazı suçlarda zararına azlığına veya çokluğuna göre artan veya eksilen cezanın mâkul izahı da bu düşünceyi destekler.

b) **İkinci olayda**, tehditle para isteyen ve ihbar üzerine polisce önlem alındığından parayı konulduğu yerden alır almaz yakalanan failin eylemi de tam kalkışmadır. CGK. TCK.nun 498. Maddesindeki ifadeye bakarak "paranın bir yere bırakılması" ile suçun tamamlanmış olduğunu kararlaştırmıştır. Kanaatimce bu, suçkalıbının lafzına bağlı sathî bir anlayıştır. Burada sonuç bırakılmak değil, paranı failce alınmasıdır. Alma eylemi yoksa bırakmanın hiç bir önemi ve değeri yoktur. "Bırakma", "alma" ile anlam kazanır ve sonuç niteliğini alır. Şöyle bir oluş imkânı ve ihti-

(9) H. H. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts 3. Bası Berlin 1978, s. 300
(10) R. MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil Karlsruhe 1954, s. 551

mali düşüncemi destekler sanıyorum: Fail para belirlenen yere konulduktan sonra canlanan ahlak duygularının veya ceza korkusunun etkisiyle gidip parayı almaktan kesinlikle vaz geçseydi ve bunu isbat edebilseydi, yine 498. Maddeye göre suçun tam cezasına çarpılır mıydı? Bu oluş ihtimali de 498. Maddedeki suçkalıbının "bırakma" deyimi ile "alma" arasındaki zorunlu bağlantıyı gösterebilir.

CGK. teatral sonucu gerçek sonuç saymış ve böylece isabetsiz bir sonuca varmıştır.

c) **Üçüncü olayda** yâni doktorun rüşvet olayında CGK.nun kararındaki hukuka aykırılık çok daha belirgindir. Burada eylem sahih bir rüşvet sözleşmesine dayanan rüşvet suçunu oluşturmuştur. Belediye zabıta memuru olayında olduğu gibi burada da rüşvet sözleşmesi sahihtir. Orada zabıta memuruna gönderilen ajan ile burada doktora gönderilen ajan arasında hiç bir fark yoktur. Çünkü ikisi de sanıkla sözleşme yapmışlardır. Ama iki ajanın da rüşvet vermek niyeti yoktur. Birinci olayda inşaatçı rüşvet verecek olsa idi durumu polise bildirmezdi. Rüşvetçi ile anlaşmamıştır, anlaşmış görünmüştür. Üçüncü olayda da durum asla bundan farklı değildir. CGK. rüşvet vermek için doktora gönderilen ajanın "meşru bir zemin içinde" bulunduğunu açıklamaktadır. Birinci olayda da aynen böyledir. İnşaatçı rüşvet vermek istemediğinden dolayı "meşru bir zemin" içindedir. Her iki ajanın yaptığı rüşvet sözleşmesi de geçerlidir, sahihtir. Her borçlar hukuku kitabında yazılı olduğu gibi sözleşmede tek taraflı "zihnî kayıt" sözleşmenin sıhhatini bozmaz. Her iki olayda da ajanın niyeti sadece "zihnî kayıt"tan ibarettir. Sözleşmeci diğer taraf zihnî kaydı bilmiyor idiyse sahih bir sözleşme oluşmuştur. Şüphesiz buradaki sözleşme borçlar hukukundaki akit'den başka bir şey değildir ve akit hukuku ilkelerine bağlıdır. Ceza hukukunun kendine özgü bir akit kurumu yoktur. CGK.nun kararı oy birliği ile verilmiştir. Yapılan rüşvet sözleşmesinin geçersiz olduğu ve bu yüzden eylemin rüşvet teşkil etmediği kararlaştırılırken sayın üyelerden hiç birinin sözleşme hukukunda "zihnî kayıt" diye bir kavramın bulunduğunu hatırlamaması çok şaşırtıcı bir unutkanlıktır.

İmdi, bu unutkanlık (demiyelim) sâyesinde Ankarada bir işçiden 1000 lira rüşvet aldığı ileri sürülen uzman doktor görevi kötüye kullanma suçunun cezası ile badireyi atlatmıştır. İzmirde sadece 20.000 lira aylık alan, kirada oturan 2 çocuklu bir zabıta memuru arkadaşı ile birlikte aldığı iddia edilen 10.000 (on bin) lira yüzünden rüşvet suçunun tam cezasına çarpılmıştır.

Gerçekte sanık doktorun eylemi de zabıta memurunun eylemi de rüşvete kalkışmadır. Rüşvet değildir. Çünkü, her iki eylemde de sonuç gerçek sonuç değil, teatral sonuçtur.

ULUSLARARASI TERÖR SUÇLARINDA ULUSLARARASI YARDIMLAŞMA

Doç. Dr. Durmuş TEZCAN (*)

1 — ULUSLARARASI TERÖR KAVRAMI ve BÜTÜN DÜNYAYI TEHDİT EDİŞİ

Toplumlarda korku heyecan ve aşırı öfke yaratarak siyasal amaçlar için insanlar arasında güvensizlik duygusunu genelleştirmeye yönelik suçlara terör veya tedhiş suçları denmektedir. Tedhişin uluslararasılık unsuru taşıyan türlerine uluslararası terör suçları adı verilmektedir. Bu uluslararasılılık unsuru suç örgütünün değişik uyrukta kişilerden oluşması, eylemlerinin binden fazla ülkeye yayılması, bütün insanlığı tehdit eder bir görünüme bürünmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

Terör ister ulusal ve isterse uluslararası nitelikte olsun daima bir suçtur. Bu yönüyle Ceza Hukuku ve Kriminolojiyi ilgilendirir. Terör aynı zamanda bir savaştır, bu yüzden teröre karşı bir savaş stratejisi uygulanmalıdır. Öte yandan terörizm bir ideolojidir, bu bakımdan siyasî bir yaklaşımı gerektirir. Biz bu çalışmamızda terörizmin suç oluşu yönüne ağırlık veriyoruz zira her suç gibi terör suçları da kovuşturmayı cezalandırmayı zorunlu kılar. Uluslararası boyutlara bürünen terör ile mücadele ise ülkeler arasında uluslararası yardımlaşmayı gerektirir.

Günümüzde terör, dünyanın pek çok yerinde değişik görünümler altında insanlığı tehdit eden boyutlara ulaşmıştır. A.B.D. Georgetown Üniversitesi Stratejik Araştırma Enstitüsünün verilerine göre, 1984 yılında bütün dünyada 402 uluslararası terör eylemi işlenmiştir. Bunların % 40'ı Batı Avrupa'da, % 26,6'sı Ortatadoğu'da, % 13,2'si Latin Amerika'da, % 1,5'i Kuzey Amerika'da ve % 0,2'si de Doğu Bloku ülkelerinde meydana gelmiştir. Ayrıca bu saldırıların sanıkları ile mağdurları, olayların % 67'sinde, değişik uyruktan kişilerdir.

Uluslararası terör içinde Ermeni terörüne gelince, bu terörde günümüzde uluslararası boyutlara ulaşmıştır. Dünyanın pek çok ülkesinde Ermeni saldırıları görülmektedir. Ermeni terörü, tahlil edildiğinde, 1915 de işlendiğini ileri sürdükleri Ermeni soykırımının Türk Devletince tanınma-

---

(*) 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

sını, tazminat ödenmesini ve ejdatlarına ait olduğunu iddia ettikleri yurtlarının geri verilmesini dünyaya duyurmak ve kabul ettirmek amacı güden silahlı bir örgüt faaliyetidir. Bu amaçla Türk görevlilerine, Türk devletine ve kuruluşlarına karşı dünyanın dört bir yanında şiddeti başvurmakta ve saldırılar düzenlemektedir. Ermeni terör örgütlerinin 1973 ile 1984 yılları arasında (bu tarihler dahil) gerçekleştirdikleri yüzyetmişe yakın saldırıda amaç Türk tarafına zarar vermek ise de, yapılan dökümünde bu olyların 54'ünde Türkiye mağdur olurken, 34 olayda İsviçre, 24 olayda Fransa, 11 Olayda A.B.D., 8 olayda İtalya, 4 olayda İran, 3 olayda Federal Almanya ve 2 şer olayda da Hollanda, İspanya, İsrail, İsveç, S.S.C.B., Portekiz, Yugoslavya ve Yunanistan mağdur olmuşlardır. Birer olayda Ermeni teröründen mağdur olan ülkeler ise daha da fazladır. Bu durumda Ermeni terörünün uluslararası terörden soyutlanamıyacağını ve pek çok ülkeye ve vatandaşlarına zarar verdiğini göstermektedir. Şu halde Ermeni terörününde diğer terör suçları gibi değerlendirilmesi, aynı şekilde cezalandırılması ve adli yardımlaşmaların bu konuda da geçerliliğini sürdürmesi zorunludur.

Öte yandan öldürme, öldürmeye teşebbüs ve bombalama türündeki Ermeni saldırılarının özellikle 1979-1983 yılları arasında yoğunlaştığını, 1980 yılında en yüksek seviyeye ulaştığını, bu rakamın 41 olduğunu ve 1982'den itibaren ise şiddetinin düşmeye başladığını gözlemliyoruz.

Bu gözlemlerden çıkan sonuç :

a) Günümüzde terör uluslararası boyutlara bürünmüş ve bütün dünyayı tehdit eder hale gelmiştir;

b) Türkiye'yi doğrudan tehdit eder gibi görünen uluslararası Ermeni terörü de diğer terör hareketlerinden ayırt edilemez. Zira, bu suçlarda hedef alınan kişiler veya kuruluşlar Türkler olmakla birlikte, gerçekte bu suçlardan zarar görenler, değişik Devletler ve onların vatandaşları olmaktadır. Daha somut bir örnek vermek istersek 15.7.1983 de Paris'in Orly Havaalanında meydana gelen Ermeni baskınını zikredebiliriz. Bu olayda, görünürde Türkler ve Türk Hava Yolları Uçağı hedef seçilmişti. Ama sonuçta 2 Türk, 4 Fransız, 1 İsveçli ve 1 A.B.D. vatandaşı ölmüş ve ayrıca değişik miletlerden 60 kadar insanda yaralanmıştır;

c) Uluslararası terörün bütün ülkeleri tehdit eder hale gelmesi ve Ermeni terörününde aynı özellikleri götermesi son yıllarda ülkeler arasında bir yardımlaşmayı sağlamak zorunluluğunu yaratmıştır.

2 — ULUSLARARASI TERÖRE KARŞI ULUSLARARASI YARDIMLAŞMA

Terörün bütün ülkeleri tehdit etmesi sebebiyle, terör ile mücadelede uluslararası yardımlaşma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu yardımlaşma çeşitli bakımlardan olabilir. Terörün menşei, sebebleri gibi sorunlar konusunda bilimsel yardımlaşmalardan terör suçlarının önlenmesine ve cezalandırılmasına kadar çeşitli konularda yardımlaşma mümkündür. Bilimsel ve teknik düzeydeki yardımlaşmaları bir kenara bırakarak, burada adli yardımlaşmalara değinmek istiyoruz.

Suçlulukla savaşımda, uluslararası adli yardımlaşmalara ve suçluların geri verilmesi konularına, tarihin oldukça eski tarihlerinden beri rastlanmaktadır. Mısır'daki Asur'lular ile Anadolu'daki Eti'ler arasında M.Ö. 1294'te meydana gelen Kadeş Savaşı sonrası Eti kralı III. Hatusil ile II. Ramses arasında yapılan ve dünyanın bilinen en eski yazılı ittifak sözleşmesini oluşturan Kadeş Antlaşmasının İstanbul Arkeoloji Müzesi çivi yazılı belgeler arşivinde (Bkz. Boğazköy, 10403 + 6549 + 6674) bulunan tabletinde suçlulukla ortak mücadele konusunda şu hüküm yer almaktadır:

"Eğer siyasi suç nedeniyle Mısır ülkesinden Hatti ülkesine ve Hatti ülkesinden Mısır ülkesine kaçan siyasi suçlular olursa birbirlerine vereceklerdir. Bunlar şiddetli cezalandırılmayacaklar ve çocuklarının gözlerinden yaş akıttırılmayacaktır."

Bu belgeden de anlaşılacağı üzere suçlulukla mücadelede ülkelerarası işbirliği gereklidir. Ancak bu işbirliği gerçekleşirken suçluların durumunu da ağırlatırmamak gerektiği daima vurgulanmaktadır.

Ülkeler çeşitli suçlara ilişkin adli yardımlaşmalarla ilgili olarak yardımlaşma kapsamına giren suçlar konusunda bazı ayrımlar yapmaktadır. Özellikle 18. yüzyıldan itibaren ceza kanunlarının kodifiye edilmeleri sırasında siyasi suç, siyasi suça mutabıt adi suç, siyasi saikli adi suç konularında suçluların geri verilmesi gibi adli yardımlaşmalar kabul edilmemiştir. Nitekim halen yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu 9. maddesinde bu tür suçlardan ötürü bir yabancının yabancı bir ülkeye geri verilmesi talebinin kabul edilmeyeceği hükmü yer almıştır. Bu hüküm, ikili veya çok taraflı sözleşmelerle öngörülen haller hariç, bugünde geçerliliğini sürdürmektedir.

Ülkelerin mevzuatlarında siyasi suç kavramı suçların geri verilmesi ve adli yardımlaşma konuları bakımından geniş bir şekilde yorumlandığından, siyasal şiddet içeren terör suçlarıda bu yönleriyle siyasi suç kapsamına girdiğinden bu suçlara ilişkin uluslararası adli yardımlaşmanın büyük güçlüklerle karşılaştığını sanırım burada izaha gerek yoktur.

3 — ULUSLARARASI TERÖR SUÇLARINA KARŞI ADLİ YARDIMLAŞMANIN GEÇİRDİĞİ EVRİM

Uluslararası ceza hukuku açısından devletler, başka ülkelerde işlenen suçlardan sırf siyasi, askeri veya mali nitelikli olanlarla ilgilenmemeyi ve hatta siyasi suç kavramını geniş yorumlamayı kural haline getirdiklerinden terör suçlarına karşı uluslararası adli yardımlaşma uluslararası kamu oyunun tepkisini üzerine çeken önemli olayların ortaya çıkmasına bağlı bir gelişim göstermiştir. Bu ilki, 1854 yılında Belçika'nın Liège şehrinde III. Napolyon'a bir saldırı düzenlenmesi olayıdır. Bu saldırı üzerine Belçika, suçluların geri verilmesine ilişkin 1.11.1833 tarihli yasanın 6. maddesine 22.5.1856 tarihli yasayla eklediği ve her defasında taraf olduğu ikili ya da çok taraflı iade sözleşmelerine girmesini sağladığı bir hükümle devlet başkanları ile onların aile efradı aleyhine işlenen suçları siyasi, suç veya siyasi suça murtabıt adi suç olarak kabul etmeme prensibini benimsemiştir. Bu prensip "Belçika Kuralı" adıyla bugünde pek çok ikili ya da çok taraflı sözleşmede yeralmaktadır. Nitekim ülkemizinde taraf bulunduğu "Suçluların geri verilmesine dair Avrupa sözleşmesi"nin 3/3. maddesinde aynen: "İşbu sözleşmenin tatbikatı bakımından, bir devlet reisinin veya ailesi efradından birinin hayatına kasıt siyasi bir suç sayılmayacaktır" hükmü yeralmaktadır. Bu kural uyarınca uluslararası terörün devlet başkanlarına veya onların ailelerine yönelmesi halinde devletlerin bu suçları hiç bir şekilde siyasi suç saymayarak her türlü adli yardımlaşmayı kabul edecekleri anlaşılmaktadır. Bu ise tarihte III. Napolyon'a bir saldırı yapılmasından sonra teröre karşı kamu oyunda beliren tepkinin bir sonucu olarak gerçekleştirilebilmiştir.

Siyasi şiddet içeren terör eylemlerinin yarattığı olumsuz durum bir başka olay ile uluslararası düzeyde konunun ele alınmasını sağlamıştır. Bu olay 9 Ekim 1934'te Yugoslavya kralı I. Alexander'a Marsilya'da düzenlenen saldırı olayıdır. Bu saldırıda Yugoslavyalı ile bir Fransız Bakanın ölmesinden ötürü tedhişçiliğin önlenmesi ve cezalandırılması hakkında uluslararası bir sözleşme hazırlanması görüşü ülkeler arasında çok taraftar toplamıştır. Bunun sonucu Milletler Cemiyeti bünyesinde "Tedhişçiliğin Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme" 1937'de hazırlanıp kabul edilmiş ve 24 ülke tarafından imzalanmıştır. Bu sözleşme yanında yetkisi seçimlik olan bir Uluslararası Ceza Divanı kurulmasını öngören ikinci bir sözleşme de yapılmıştı, bunu da 13 devlet imzalamıştır. Ne var ki 1939 da çıkan II. Dünya Savaşı bu sözleşmeleri ülkelerin onaylayıp yürürlüğe koymalarını engellemiştir. Bu yüzden 1937 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmeyi sadece Hindistan onaylamıştır. Sözkonusu bu sözleşme 1960 yılları sonrasında or-

taya çıkan yeni terör olaylarıyla yapılacak mücadelede örnek alınacak bir sözleşme olmuştur.

II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilere ve çingenelere karşı Nazi Almanyası tarafından uygulanan soykırımı politikası nedeniyle 1948 de "Jenosit'in Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme" hazırlanmış, ülkemizde 5630 sayılı kanunla bu sözleşmeyi 25.3.1950 tarihinde onaylamayı kabul etmiş ve böylece 12.1.1951 tarihinde yeterli onay ve katılmanın sağlanması üzerine bu sözleşme yürürlüğe girmiştir. Anılan sözleşme uyarınca, "Millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek" anlamına gelen soykırımı eylemleri siyasi suç olmaktan çıkarılmış ve bu suçların cezalandırılması ilkesi benimsenmiştir. Türkiye'nin böyle bir sözleşmenin hazırlık çalışmasına katılması ve çok kısa zamanda onaylayıp bu sözleşmeye taraf olması ülkemizin 1915 olaylarına bir soykırımı olarak nitelendirmediğini ortaya koyan bir örnektir. Zira bu sözleşmede soykırımı suçu birtakım unsurları içermektedir: Her şeyden önce ulusal, etnik, ırkî veya dinî bir grup bulunmalıdır. Sonra bu grup, sözleşmede sayılan grup mensuplarının öldürülmesinden bir grup çocuklarının başka bir gruba zorla nakledilmesine kadar uzanan grubun fizik varlığını sona erdirecek yaşama koşullarına tabii tutulması eylemini de içeren bazı muamelelere tabi tutulmalıdır. Ayrıca ulusal, etnik, ırkî veya dinî bir grubu kısmen veya tamamen yok etme kastının da mevcut olması gerekmektedir. Oysa 1915 de Doğu Anadolu'da Rus orduları ile işbirliği yapan ve Türkleri arkadan vuran Ermeniler'in bu savaş bölgesinden yine Osmanlı toprakları içerisinde kalan güney bölgelerine nakledilmesi olayı, savaş şartları sebebiyle alınmış bir nüfus kaydırma kararıydı. Bu nakil işlemi yasayla düzenlenmiş ve aşırılıklara kalkışanların cezalandırılacağı belirtilmişti. Nitekim birtakım yöneticiler bazı eylemlerinden ötürü Divan-ı Harbe verilip cezalandırılmıştır. Bu durumda Osmanlı yöneticilerinin Ermeni toplumunu topyekün imha etmek gibi bir kasıtla hareket etmediklerini göstermektedir. Savaşın zor şartları içinde bu olaylardan Türk'lerde en az Ermeniler kadar zarar görmüş ve ızdırap çekmiştir. Bu yüzden işlenmiş bir soykırımı bulunmadığı için Türk Hükümetinin böyle bir sözleşmeye katılması doğaldır. Ancak Ermeni terörü bu gerçeği saptırıp kendisini haklı göstermek için Türklerin Ermeni soykırımını işlediklerini her fırsatta ileri sürmektedir.

Uluslararası terörün 1960 lardan sonraki yeni bir görünümü uçak kaçırma suçları olmuştur. Uçak kaçırma suçlarındaki büyük artışlar ve bir çok insan hayatını böylece tehlikeye atılışı yüzünden siyasal amaçla işlenen uçak kaçırma suçlarını adi suç olarak nitelendirip bu suçlarla mücadelede etkin olmak ihtiyacı kendisini uluslararası kamuoyuna kabul ettirmekte gecikmemiştir. Ülkeler, 1963'te Tokyo Sözleşmesi, 1970'de

Lahey Sözleşmesi ve 1971 de Montréal Sözleşmesi ile bu sorunu çözmeya çalışmışlardır. Ülkemizinde taraf olduğu bu sözleşmelerden 1970 tarihli "Uçakların Kanun Dışı Yollara Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Lahey Sözleşmesi"nin ve 1971 tarihli "Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montréal Sözleşmesi"nin 7. maddelerinde aynen: "Suçlu olduğu iddia edilen şahıs topraklarında bulunan âkit devlet, bu şahsı iade etmezse, istisnasız ve suç kendi arazisinde işlensin veya işlenmesin, vak'ayı takibat maksadıyla yetkili makamlarına havale etmeye mecburdur. Bu makamlar o devletin kanunlarına göre ciddi mahiyette sayılan adi suçlarda olduğu şekilde karar vereceklerdir" hükmü yeralmıştır. Böylece uçak kaçırma suçlarını işleyen terör örgütlerinin bu eylemleri siyasi suç kapsamından çıkarılmıştır. Bu sözleşmelerden önce mesela Türkiye'ye yurt dışından siyasi amaçlı uçak kaçırmalarda işlenen adam öldürme ve yaralama suçları da siyasi suça dahil edilmekte ve suç sanıkları bu suçları işledikleri ülkeleri geri verilmemekte idi. Mesela 30 Haziran 1948 tarihinde Bulgaristan'dan Türkiye'ye kaçırılan uçakta işlenen öldürme ve yaralama suçlarında, Türk Yargıtayı Ceza Genel Kurulu, bu suçların siyasi suça murtabıt adi suç olduğundan ve Bulgaristan topraklarında işlendiğinden ve Bulgaristan'a geri verilmeyen bu suçluların Türkiye'de kovuşturulması Türk Ceza Kanununun öngördüğü evrensel yetki kapsamına girmediğinden bahisle, anılan kanunun 6 ve 9. maddeleri uyarınca Türkiye'de yargılanamayacağına karar vermişti. Buna karşılık yukarıda değindiğimiz uçak kaçırmalara ilişkin sözleşmelerin yürürlüğe girmesinden sonra, 7 Kasım 1982 tarihinde, cebir, şiddet ve tehdit kullanılarak Rusya'dan Türkiye'ye sığınmak maksadıyla kaçırılan uçak olayında, Yargıtay 8. Ceza Dairesi 18.1.1984 günü ve 1983/2528 E. - 1984/54 K. sayılı kararında, Doğu Almanya uyruklu sanıkların ileri sürdükleri ülkelerinin rejiminden kaçma gerekçelerinin ve zaruret halinde bulundukları şeklindeki savunmalarının işledikleri eylemleri siyasal suç saymaya imkan vermediğine karar vermiştir. Demek ki, bugün artık hangi amaçla işlenirse işlensin, uçak kaçırma suçları, geri vermeye ve adli yardımlaşmaya konu olabilmekte ve ayrıca, asla cezasız kalmamaktadır.

1970'li yıllardan sonra terörizmin diplomatları kurban seçmeye başlaması, Birleşmiş Milletler örgütünce, "Diplomatlarda Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi"nin, 14.12.1973 tarihinde, kabul edilmesine neden olmuştur. Türkiye de, bu sözleşmeyi, 27.10.1980 günlü ve 2326 sayılı Kanunla onaylamıştır. Bu sözleşme, diplomatik temsilcilere ve diğer uluslararası korunmaya sahip kişilere karşı işlenen ve bu kişilerin güvenliğini ihlal eden suçların devletler arasında işbirliği için gerekli olan normal

uluslararası ilişkilerin sürdürülmesine ciddi bir tehdit yarattığı gözönüne alınarak hazırlanmıştır.

Bu sözleşmenin 8. maddesi, uluslararası korunan kişilere karşı işlelenen suçların iade edilmeyi gerektiren suçlar kapsamına gireceğini ve bu suçların işlendiği ülkeye bakılmaksızın her ülkede cezalandırılacağını hüküm altına almaktadır. Böylece Uluslararası terörün boy hedefi haline gelen diplomatların korunması ve bu kişilere karşı işlenen suçların siyasi suç kapsamı dışında tutularak evrensel bir yetkiyle her ülkede cecalandırılması sağlanmıştır.

Uluslararası terörün özellikle son yıllarda Avrupa Konseyine Üye Devletlerde büyük sorun haline gelmesi sebebiyle tedhişçiliğin önlenmesi konusu, Avrupa konseyini yakından ilgilendirmiş ve hazırlanıp 27.1.1977 de üye Levletlerin imzasına açılan "Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" Türkiye ile birlikte 12 Devlet tarafından onaylanmış ve yürürlüğe konmuştur.

Artan tedhişçilik suçlarının sebep olduğu artan endişeye müdrik olarak, bu tür suç sanıklarının kovuşturmadan ve cezadan kurtulmamaları için etkin önlemlerin alınmasını sağlamak amacıyla hazırlanan bu sözleşmenin birinci maddesinde, taraf ülkeler, uçakların kanun dışı yollarla ele geçirilmesini, Sivil Havacılığın güvenliğine karşı kanun dışı eylemleri, diplomatik ajanlarda dahil olmak üzere uluslararası korunan kişilerin hayat, fizik bütünlüğüne veya özgürlüğüne karşı saldırıları kapsayan ağır suçları, adam kaldırma, rehin alma, hürriyeti tahdit suçlarını, kişilerin hayatları için tehlike oluşturduğu oranda bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah, bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen suçları ve bu suçlara teşebbüs edenlerle bunların suç ortaklarının eylemlerini suçluların geri verilmesi ve adli yardımlaşma bakımından siyasi suç siyasi suça murtabıt suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç niteliğinde telakki etmiyeceğini hüküm altına almışlardır.

Bütün bu gelişmeler, ululararası terör ile mücadelede ülkelerin suçluların iadesi de dahil her türlü adli yardımlaşmayı sağlayacak bir gelişme göstermiştir. Artık günümüzde, siyasi şiddet içerse de, uluslararası terör suçları, siyasi suç olarak nitelendirilemez. Yapılan uluslararası sözleşmeler, bu durumu, açıkça doğrulamaktadır.

4 — VARILAN SONUÇ

Hangi amacı güderse gütsün, uluslararası terör, günümüzde, bütün insanlığı tehdit etmektedir. Bir bakıma yeni bir savaş taktiği görünümüne sahiptir. Ancak görünürdeki hedefine ulaşmak için bütün insanlığı

karşısına almaktadır. Sayıları görünürde büyük rakamlara ulaşmayan, hücreler halinde çalışan ve özellikle demokratik ülkeleri derinden etkileyen terör örgütleri kendi aralarında işbirliği yaparak son zamanlarda Batı Avrupa'da olduğu gibi birlikte hareket etmekte ve mensupları, çoğu kez değişik uyruklu kişilerden oluşmakta ve bir çok ülkede binlere varan sempatizanları bulunmaktadır. Dünyanın pekçok ülkesine yayılabilen terör örgütleriyle mücadelede artık, bütün ülkelerin işbirliği zorunludur. Zira, bu örgütlerin eylemlerinden değişik ülkeler mağdur olmaktadır. Ermeni terörünü de yukarıda açıkladığımız gibi uluslararası terör hareketinden ayırmak mümkün değildir. Türkiye'ye karşı düşmanca amaçlarla bu örgütlere arka çıkan ve taraf oldukları sözleşmelerdeki yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya bu sözleşmelere kötü amaçlar için taraf olmayan Devletler sonuçta kendilerini ve vatandaşlarının güvenliğini tehlikeye atmaktadırlar.

Öte yandan terör suçlarına karşı uluslararası sözleşmelerle düzenlenen adli yardımlaşmaların uygulamada etkinliklerini sağlayabilmek için belli kavramlar konusunda anlam birliği sağlamak ve ayrıc üye ülkelerin terör suçlarına ilişkin düzenlemelerini yeknesaklaştırmak veya en azından uyumunu sağlamak gerekir. Bir örnekle konuyu açıklamak istersek şunu söyleyebiliriz. Mesela Türk, İtalyan ve Alman hukukunda bir kişinin bir suç örgütüne dahil olduğunu açıklaması dahi bir suç oluşturur. Buna karşılık, aynı eylem Fransız mevzuatında herhangi bir suç sayılmamaktadır. Bu yüzden terör suçları konusunda ülkeler arasında yardımlaşma güçleşmektedir. Zira kendisinden yardım talebinde bulunulan ülke talep konusu suçun kendi ülke mevzuatında cezalandırılabilir bir eylem olması şartını aramaktadır. Ayrıca terör suçlarında siyasi suçun dar yorumlanması ilkesi uygulamada her zaman gerçekleşmemektedir. Hatta Tedhişçiliğin Önlenmeine Dair Avrupa Sözleşmesi ilk bakışta getirdiği ilkeleri uygulanmaz hale dönüştürebilecek hükümlerde içermektedir.

Ülkeler arasında kişi ve mal dolaşımının devamlı arttığı, kitle iletişim araçlarıyla ilişkilerin çoğaldığı günümüz dünyasında salgın hastalık haline geline gelen teröre karşı mücadelede ülkelerin sıkı bir işbirliğine yönelmeleri zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bugün, terör uluslararası boyutlara ulaşmıştır ve çok uluslu bir görünüme sahiptir. Buna karşı devletlerin tek başlarına mücadeye çalışmaları etkin bir yöntem değildir. Artık bütün insanlığı tehdit ettiği hergün somut örneklerle yeniden teyit olunan terör karşısında, ülkesel çıkarlar bir kenara itilip, bu suçların siyasal saikleri ne olursa olsun, adli yardımlaşma sağlanmalı ve bu sağlanırken de samimi davranılmalıdır. Aslında bugüne kadar yapılmış olan uluslararası sözleşmeler etkili bir adli yardımlaşmayı sağlayacak

düzeydedir. Ancak bunlara ilgili bütün devletlerin taraf olması ve etkin bir uygulama için mevzuatlarında birbirlerine yaklaştırılması gerekir.

Sonuç olarak diyebilirizki, uluslararası adli yardımlaşmanın tarihçesi, bize, terör suçlarına ilişkin adli yardımlaşmanın bugüne kadar uluslararası kamuoyunda büyük yankılar uyandıran acı olaylardan ders alınarak mesafe katettiğini götermektedir. Oysa bazen bu tür bir terör eylemi bir dünya savaşının başlangıç noktası olabilmektedir. I. Dünya Savaşı buna bir örnektir. Gelişen teknoloji karşısında daha acı olaylara tanık olmamak için terörle mücadelede uluslararası adli yardımlaşma hem bir görev ve hemde zorunluluktur. Her devlete düşen bunun bilincine varmak ve küçük çıkar hesaplarını bir kenara itmektir.

OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE POZİTİF HUKUK DÜZENİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Yard. Doç. Dr. Hayati HAZİR (*)

1 — Giriş

Mahiyetleri icabı kamu hürriyetleri üzerinde olumsuz etkileri bulunan olağanüstü hal rejimlerinin hukuk içindeki yeri ile pozitif hukuk düzeninde meydana getireceği değişikliklerin derecesini tespit ve tayin etmek önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bugüne kadar ileri sürülen belli başlı teorilerin, açıklayıcı olmaktan çok uzak oldukları görülmektedir. Nitekim Weimar Anayasası döneminde Almanya'da ortaya atılan "zaruret hakkı" (notrecht) teorisinin, siyasi iktidara sınırsız yetkiler vermesi sebebiyle, hukuk devletiyle bağdaşmadığı ve kamu hürriyetleri açısından büyük tehlikeler taşıdığı için kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık "siyasi teori", olağanüstü hal rejimlerinin kaynağını açıklayamadığı gibi, sınırlarını da çözememiştir (1). Bu yüzden, hukuki ve kanuni olağanüstü rejimlerinin meşrutiyetini korumak için, gerekli olan temel şartların nelerden ibaret olduğunu tesbit etmek ve hukuki bir esasa bağlamak lüzumlu olduğu gibi, bu özellikle kamu hürriyetlerinin korunması bakımından da kaçınılmazdır.

Bir takım fikri-siyasi teoriler yerine, her şeyden önce konuyu pozitif hukuk yönünden, öncelikle de anayasaların yapısı bakımından ele almak gereklidir. Çünkü bir ülkenin siyasi teşkilatında üstün yeri olan anayasanın koyduğu hukuki engeler aşılamaz veya çoğu zaman güçlükle aşılabilir (2). Elbette ki, yürütme organının geniş bir hareket serbestisine sahip olduğu, yumuşak anayasa sistemleri yönünden böyle bir problem söz konusu değildir. Fakat olağanüstü halleri ve bu hallerde alınacak tedbirleri öngörmeyen sert anayasa sistemlerinde bu güçlüklerin aşılması ol-

---

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Bu teoriler hakkında geniş bilgi ve tenkitleri için bkz. HAZIR Hayati, **Türkiye'de ve Yabancı Ülkelerde, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi,** basılmamış doktora tezi), (Trabzon 1982), s. 10. vd.

(2) CAMUS, Genevieve, **L'etat de Necessite en Democratie,** (Paris - 1965), s. 51.

dukça imkansız görülmektedir (3). Bu bakımdan anayasa sistemleri ile olağanüstü hal rejimleri arasında oldukça sıkı bir ilişki bulunması dolayısıyle, bu rejimlerin hukuki niteliklerini anayasa sistemleri içinde tespit etmek gerekir. Bu yapıldıktan sonra, pozitif hukuk düzeni üzerinde ne gibi etkiler meydana getireceklerini belirlemek ve değerlendirmek mümkün olur.

2 — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği

A — Yumuşak Anayasa Sistemleri Yönünden

Yumuşak anayasa sistemine sahip olan ülkelerde parlemento kendi yetkileri de dahil olmak üzere her türlü yetkiyi yürütme organına verebilir. Olağanüstü durumlarda, özellikle, savaş zamanlarında şartların gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında (ki bu tedbirler ne kadar sert olursa olsunlar) anayasal engelerle karşılaşılmadan yürütme organı yetkili kılınabilir. Hatta yumuşak anayasal sistemlerinde, hukuki olarak bütün yetkilerin yürütme organında toplanmasında anayasa yönünden bir sakınca yoktur.

Yumuşak anayasa sisteminin geçerli olduğu ülkelerde büyük ve şiddetli buhran anında bile yürütmenin zaruret hali tedbirlerine baş vurması ihtimali oldukça azdır. Gerçekten bu ülkelerde yürütmenin yetkileri elinde toplanmasını engelleyecek katı bir anayasa kuralı olmadığından, tek taraflı alacağı ve alındıkları anda hiç bir makamın onay ve denetimine tabi olmadan, uygulayacağı kararlarla, zaruret hali tedbirlerine başvurmadan olağanüstü halin ortadan kalkmasını sağlayabilir. Bunun en güzel ve en canlı örneğini İngiltere teşkil eder.

İngiliz anayasa sisteminin yumuşaklığı sebebiyle, olağanüstü hal rejiminin uygulandığı zamanlarda, bu ülkede hemen hemen hiç zaruret hali tedbirlerine başvurulmadı. İngiliz parlementosu hiçbir sınırlamaya tabi olmadan, her türlü tedbiri almaya (bu tedbirler insan haklarını çiğnese bile) yürütme organını yetkili kılabilir. Nitekim İngiliz parlementosu, olağanüstü hal ortaya çıktığı her zaman bu uygulamayı yapmıştır (4).

İngiltere örneği bir yana bırakılırsa, yumuşak anayasa sisteminin olağanüstü hallerde zaruret hali tedbirlerine başvurma ihtimalini tamamen ortadan kaldırıdığını söylemek zordur. Teorik olarak bu mümkün ise de uygulamada siyasi ve hukuki bazı engeller ortaya çıkabilir. Meselâ, yürütme organının parlementoyu toplantıya çağırmaya zaman bulmadan harekete geçmek zorunda kalması, parlementonun çeşitli sebeplerle top-

(3) KAPANİ, Münci, **Les Pouvoirs Extraordinaires de' Lexecutif en Toms de Guerro et de Crise Nationale** (GENEVE - 1949), s. 20.

(4) KAPANİ, Op. cit, s. 129.

lanamayacak durumda olması veya parlemento siyasi bölünmeler yüzünden devletin güvenliği ve selameti için gerekli tedbirlerin alınmasını kabul etmemesi hallerinde anayasa sisteminin yumuşaklığına rağmen, zaruret hali yetkilerine müracaat etmek gerekli olabilir (5).

Bu son siyasi-hukuki ihtimalleri dikkate aldığımız zaman, yumuşak anayasa sistemlerinde olağanüstü hal rejimlerinin hukuk mecrasından çıkabileceğini ve hukuk dışı bir rejim haline gelebileceğini akıldan uzak tutmamak gerekir. Dolayısıyle bu tip anayasa sistemi, İngiltere istisna edilirse otokratik rejime kaymaya çok daha elverişlidir ve olağanüstü hal rejiminin sürekliliğine yol açabilir.

B — Sert Anayasa Sistemleri Yönünden

Sert anayasa sisteminde, parlamento anayasada öngörülmeyen olağanüstü bir yetkiyi yürütme organına veremez. Yürütme organı, ancak anayasada bulunması ve kanunla düzenlenmesi halinde olağanüstü yetkileri kullanabilir (6). Demek ki olağanüstü yetkilerin sadece anayasada bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda bunların kanunla da düzenlenmesi şarttır. Anayasada bulunmasına rağmen, parlamento yürütme organına bu yetkileri vermekten kaçınırsa, yani kanuni düzenlemeyi yapmaz ise, yürütmenin de zaruret hali tedbirlerine başvurması ihtimali artar. Bu sert anayasanın yapısının ortaya çıkardığı bir durumdur.

Ancak, sert anayasanın yumuşak anayasaya oranla çok daha demokratik olduğu da bir gerçektir. Bu anayasa sisteminde, organların biribirinden ayrılmış ve yetkileri anayasa seviyesinde açık seçik belirlenmiş olduğundan, bir organın bütün yetkileri kendi elinde toplanması önlenmiş olmaktadır (7). Bu bakımdan sert anayasa çok daha demokratik ve teminatlıdır. Fakat olağanüstü hallerde toplumun güvenliği ve selameti için gerekli tedbirler anayasanın bazı maddelerine ters düşseler bile mutlaka alınmaları kaçınılmazdır. Bu tedbirlerin alınmasına engel olan anayasa hükümlerinin değiştirilmesinde veya yeni hükümler eklenmesinde sert anayasa sisteminde karşılaşılan güçlükler, yürütmenin zaruret hali tedbirlerine başvurmasının başlıca sebebi olmaktadır.

Bu durumun demokratik rejim açısından tehlikeli bir nitelik taşımakta olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten sert anayasa sisteminin demokratik niteliğinin ağır basmasına rağmen, anayasanın işlerliğinde ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi, bu sistemde çok zor olduğundan, halkta

(5) CAMUS, Op. cit, s. 134.
(6) LOEWENSTEİN, Karl, **Political Power and Governmental Process**, (CHICAGO - 1962, s. 221.
(7) CAMUS, op. cit ,s. 130.

demokratik rejimin kötü işlediği inancının yayılmasına ve giderek bu rejime karşı inancın zayıflamasına sebep olabilir (8). Özellikle şiddet olaylarından kaynaklanan olağanüstü hallerde anayasanın getirdiği engellerin aşılamamsı, demokratik olmayan güçlerin siyasi iktidarı ellerine geçirmelerini kolaylaştırabilir (9). Böylece olağanüstü halin meydana getirdiği karışık ortamda demokratik rejim, anayasanın sertliği yüzünden bir dikta rejimi ile sona erebilir.

Olağanüstü hal rejiminin anayasaya girmekle hukuki bir müessese olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu, demokratik rejimin işlerliği ve hürriyetlerin korunması söz konusu olunca yeterli değildir. Burada daha da ileri gidilerek, özellikle demokrasi tercübesi köklü olmayan ülkelerde, olağanüstü hal rejimlerin bir dikta rejimine dönüşmesini önlemek için hangi hallerin olağanüstü hal sayılması gerektiğini de anayasa ile tespit etmekte yarar vardır. 1961 anayasasının 123. maddesindeki gibi, eksik ve yetersiz anayasa normlarının getirilmesi halinde, gelecekte bir anayasa krizi ile karşılaşılması ihtimali oldukça kuvvetlidir. Sert anayasa sisteminin en önemli mahzuru burada görülmektedir.

Bu rejimlerin önemli bir özelliği de olağanüstü hal uygulamasıyla birlikte yürütmenin yetkilerinin normal zamanlara göre çok fazla genişleyeceği esasıdır. Yürütmenin istisnai yetkilere sahip olması demek fonksiyonel bakımdan birinci organ durumuna geçmesi demektir. Yürütmenin, yasama, hatta yargı organları karşısında bir üstünlük sağlamış olmasını günümüzde bazı yazarlar "Anayasal Diktatörlük" diye isimlendirmektedirler (10). Bu anayasal diktatörlüğün, anayasa müesseselerinde kalıcı bir değişiklik yaratmaması için, yani anayasa çevresinde kalabilmesi ancak, anayasa kurallarına uygun olarak çıkarılacak kanunda, tanınacak istisnai yetkilerin neler olduğu ve yetkilerin kimler tarafından, ne kadar zaman için kullanılabileceği, kısaca olağanüstü hal rejiminin "geçici" bir

(8) Nitekim 1961 Anayasasının olağanüstü hallerle ilgili olarak getirdiği düzenlemenin yetersiz olması ve anayasanın değiştirilmesi ile kanuni düzenlemelerin yapılmasında karşılaşılan güçlükler, halkta demokratik rejimin işlemiyeceği inancının yayılıp kuvvetlenmesinin başlıca sebeplerinden biridir.

(9) Bunun yaşanmış en canlı örneği Weimar Cumhuriyetidir. Weimar Anayasasının 76. maddesi anayasayı değiştirmeyi çok güçleştirmiş, gene anayasanın 48. maddesindeki olağanüstü yetkiler ülkenin içinde bulunduğu şiddet hareketlerini önleyememiştir. Bu anayasa krizinden en iyi yararlanan da Hitler olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ROSSITER, Clinton, **Constitutional Dictatorship, Crisis Goverment in Modern Democracies** (NEW-YORK - 1963), s. 50-73.

(10) FRIEDRICH, Carl, **Constitutional Democracy** Rewised 2. eel (NEW-YORK - 1950) s. 575.

rejim olduğu açıkça belirtilmesine bağlıdır (11). Aksi halde olağanüstü hal rejimi bir "İktidar tiryakiliği" (12) yaratarak, sürekli diktatörlüklerin kurulmasına yol açabilir.

Son olarak bu rejimlerin hem siyasi hem de hukuki denetime tabi tutulması şarttır. Böylece denilebilir ki, olağanüstü hal rejimi devletin keyfi takdiri ile, yani zaruret hakkına dayanılarak tesis edilmiş hukuk dışı veya hukuk üstü bir rejim değil aksine zaman, konu, yetki itibariyle belirli ve sınırlı olan hukuki ve kanuni bir rejimdir (13). Olağanüstü hal rejimlerini hukuki bakımdan bu şekilde nitelendirdiğimiz takdirde, milli topluluğun selamet ve emniyeti ile, kamu hürriyetlerini mâkul bir denge içinde tutmamız mümkün olabilir.

3 — Olağanüstü Hallerin Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkisi

Olağanüstü hallerin pozitif hukuk düzeni üzerindeki etkisi olağanüstü hal rejiminin uygulanmasına sebep olan olayların önemleri ve ağırlık derecelerine göre çeşitli şekilerde kendisini gösterir. Biz bu makalede, sadece olağanüstü hal rejimlerinin kamu hürriyetlerinin olağanüstü sınırlanmasına yolaçan etkilerinden söz edeceğiz. Bunlar da yürütme organının takdir yetkisiyle, düzenleme alanının genişlemesinden ibaret etkilerdir. Yalnız konuya girmeden önce genel olarak bu rejimlerin kamu hürriyetlerini sınırlayıcı etkisini ele almamızda yarar vardır.

A — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Kamu Hürriyetlerini Sınırlayıcı Etkisi

Soyut bir kavram olan hürriyetin toplum içinde bir değer kazanabilmesi, her şeyden önce onun toplum düzeninin ihtiyaçları ile sınırlandırılmasına bağlıdır. Ancak, bu sınırlandırma ile toplum düzeni arasındaki dengenin kurulması oldukça güç olduğundan hukuki ve siyasi açıdan önemli meseleler yaratmaktadır. Olağanüstü hallerde, normal zamanlardan farklı olarak kamu hürriyetlerine getirilen sınırlamalar çoğu zaman düzen lehine, fakat hürriyetler aleyhine büyük bir dengesizlik meydana getirdiğinden, bu meseleler çok daha karmaşık bir hal almaktadır. Her ne şart altında olursa olsun, hukuka bağlı ve hürriyet fikrinin gelişmiş olduğu ülkeler, diğerlerine göre bu meseleleri çözmekte çok daha başarılı olduklarına şüphe yoktur.

---

(11) DAVER, Bülent, **Fevkâlade Hal Rejimleri**, (ANKARA - 961), s. 17.
(12) KAPANI - Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 6. bası (ANKARA - 1981), s. 243.
(13) KUBALI, H. Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler** (İSTANBUL - 1971), s. 188.

Modern demokrasilerde, hürriyetleri koruyucu teminatlar genel olarak anayasa normları ile sağlamakta ve böylece düzen ile hürriyetler arasında bir denge kurulmaktadır. Hiç şüphe yok ki, modern demokratik anayasalar yalnız devlet düzeninin korunması ile ilgili normları getirmekle yetinmezler, aynı zamanda hürriyetlerin korunmasına dair normları da getirdiklerinden çağdaş demokrasilerde devlet düzeninin korunması, hürriyetlerin korunması anlamına gelir (14). Bu esas ana ilke olağanüstü hal rejimlerinin uygunlanması sırasında da geçerlidir. Çünkü bu rejimler kendi hukuk düzenlerini kendileri koymadıklarından, daha önce anayasa ve kanun seviyesinde konulmuş normlara göre işlediklerinden, hürriyetler üzerindeki etkileri de gene önceden bilinmektedir.

Unutulmaması gereken nokta, bir anayasada hürriyetlerin yer almış olması, o rejimin demokratik hürriyetçi bir rejim olduğu anlamına gelmeyeceğidir. Hürriyetlerin tanınması kadar onların korunması da hürriyetçi-demokratik rejimin gayesi olmalıdır. Bu yüzden kamu hürriyetleini kabul eden bir anayasa eğer gerçekten sağlam ve geçerli bir hürriyetler rejimi kurmayı amaçlıyorsa, olağanüstü hal rejimiminin uygulanması sırasında bile, bu hürriyetlerin en asgariden korunmalarını sağlayacak tedbirleri de beraberinde getirmek zorundadır. Sırf kamu düzeninin ve dolayısıyle devletin korunmasına yönelik tedbirlerin alınması halinde, demokratik rejimin mahiyetinde köklü bir değişme meydana getirebilir.

Olağanüstü halerde hürriyetlerin, kamu düzeninin yeniden kurulması için gerekli olduğu ölçüde, yalnız kanunla sınırlandırılması esası geçerliliğini korumaktadır. Burada dikkat edilecek nokta, zaten mühtevası belirsiz olan kamu düzeni kavramına bazı siyasi saiklerle olması gerektiğinden daha geniş bir anlam vermemektir. Normal zamanlarda, toplum hayatında maddi karışıklığın olmaması, kaba kuvvet, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi anlamına gelen kamu düzenine (15), olağanüstü hallerde farklı bir muhteva kazandırmamak gerekir. Bununla kamu düzeni kavramında olağanüstü hallerde, bir farklılık olmayacağı anlamını çıkarmak istemiyoruz. Demek istediğimiz, kamu düzeni sebebiyle hürriyetler sınırlanırken, geçici olarak askıya alınırken düzeni bozan faktörlerle sınırlı kalınmasıdır. Elbette ki olağanüstü hallerde kamu düzeni, hürriyetlerde geniş kısıtlamalar yapılmasına imkan verecek şekilde genişleyecektir (16). Önemli olan, bu kısıtlamaların kanunun izin verdiği kadar yapılmasıdır.

Devlet organları içinde hürriyetleri en çok ihlal edebilecek organın

---

(14) ÖZEK, Çetin, **Devlete Karşı Suçlar**, (İSTANBUL - 1976), s. 38.

(15) TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası** (İSTANBUL - 1969), s. 137 vd.

(16) DAVER, Op. Cit, s. 22.

yürütme organı olduğu fikri eskilerden günümüze kadar savunulmaktadır. Öyle ise olağanüstü hal rejimi uygulandığında hürriyetlerin düzenlenmesinin bu organın yetkileri, buhran zamanlarında normal zamanlara göre çok artar. Bu yetkilerin kötüye kullanılması halinde ise, kamu hürriyetleri için en tehlikeli organın yürütme organı olduğu üzerinde tartışma yapılmayacak kadar açıktır (17). Bununla birlikte, olağanüstü yetkileri devlet organları içinde yürütmeden daha etkili bir şekilde kullanılabilecek başka bir organın bulunmadığını da unutmamak gerekir.

Olağanüstü yetkilerin yürütme organı tarafından kullanılmasına ciddi ve mantıki bir itiraz olmayacağına göre, yapılacak şey yürütmenin olağanüstü yetkilerini kötüye kullanmasını önleyici tedbirlerin önceden alınmış olmasıdır. Şüphesiz bu konuda en önemli görev yasama ve yargı organlarına düşmektedir. Her iki organ tehlikenin büyüklüğü ne olursa olsun yalnız kamu hürriyetlerinin korunması için değil, mevcut anayasa düzeninin zedelenmesi için de yürütme organının yetkilerini kötüye kullanılmasını önleyecek denetim fonksiyonlarını titizlikle yerine getirmek zorundadırlar. Ancak bu halde yürütme organına tanınan olağanüstü yetkiler demokratik hükümet sistemi ile bağdaşabilir (18). Fakat bugüne kadar geçirilen tecrübeler göstermiştir ki, olağanüstü hal rejimlerinin uygulandığı zamanlarda, bizde ve yabancı ülkelerde yasama ve yargı organları yürütme üzerindeki denetim fonksiyonlarında çok esnek davranmışlardır (19). Bunun sonucu olarakta olağanüstü hal rejimlerinin yürürlükte olduğu dönemlerde çoğu kere kamu hürriyetleri gerektiğinden fazla kısıtlanabilmiştir.

B — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Yürütmenin Takdir Yetkisini Genişletici Etkisi

"Kanuni idare" ilkesinin tabii bir sonucu olarak, yürütme, yasamanın anayasa çerçevesi içinde kabul ettiği kanunları uygulamakla görevli bir organdır. Fakat yasamanın ağır işlemesi veya bütün olayların en ince teferruatına kadar kanun konusu yapılmasının gereksizliği, daha doğrusu imkansızlığı karşısında yürütme organına kanunla senbest bir faaliyet alanı tanınması zorunlu hale gelmiştir. İşte hukukun yürütmeye uygun çözüm şeklini seçme konusunda yerine göre az veya çok tanıdığı bu ser-

(17) LIPSON, Leslie, **Politika Biliminin Temel Sorunları**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu (ANKARA - 1978), s. 306.

(18) ARSEL, İlhan, **Amerika Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme** (ANKAKARA - 1958) s. 169.

(19) ABD, İngiltere, Fransa, Almanya ve Türkiye'deki uygulama konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HAZIR, Op. Cit, s. 40-45, 53-57, 65-69 ve 93-97.

best faaliyet alanına "takdir yetkisi" denilmektedir (20). Hukuk tarafından tanıdığına göre takdir yetkisi de kanuni idare ilkesinin bir istisnası değil, bir gereği olmaktadır.

Yürütmeye kanunla verilen bu takdir yetkisi olağanüstü hallerde, normal zamanlara göre çok daha fazla genişlemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ne gibi ağır şartlar altında bulunulursa bulunulsun, idare bu yetkisini kullanırken kanunun maksat unsuru dışına çıkmaması bununla bağlı kalmasıdır. Takdir yetkisi, hukuka bağlı devletlerden idareye keyfi kararlar alabilmesi için tanınmış bir imkân değildir; aksine kamu düzeninin korunması ve kamu hizmetlerinin daha iyi görülmesi için verilmiş hukuki bir güçtür (21).

İdarenin takdir yetkisine dayanarak yaptığı tasarrufların çoğu zaman gerçeklerini oluşturan kamu düzeni, kamu yararı, milli güvenlik, genel sağlık gibi kavramların yeterince açık olmadıkları bir gerçektir. Kamu hürriyetlerinin sınırlandırılması, askıya alınması veya durdurulması için başlıca gerekçeleri bu kavramlar teşkil ettiklerinden, idarenin siyasi yorumuna terk edilmemeleri, somut olayla bu kavramlar aralarındaki yakın illiyet bağının tespiti gerekir (22).

Normal zamanlarda olduğu gibi, olağanüstü hallerde, idareye tanınan takdir yetkisi, yukarıda sayılan kavramlara dayansa bile, bu konudaki kanunun maksat unsuru ile sınırlıdır. Doktrin ve yargı içtihatları, idari tasarrufun maksat unsurunda takdir yetkisi olmayacağı hususunda birleşmişlerdir (23). Doktrin ve yargı içtihatlarının bu tespiti dayanarak diyebiliriz ki, kanunun maksat unsurunu aşacak şekilde kullanacak bir yetki, hukuki bakımından sakat olacaktır.

Bu konuda son olarak şunları söyleyebiliriz: Aslında idareye tanınan takdir yetkisi hukuk kuralları çerçevesinde kullanılabilecek bir yetki olduğundan, her ne sebeple olursa olsun, özellikle hürriyetler aleyhine kullanılması demokratik hukuk devleti fikri ile bağdaşmaz, dolayısıyle hukuk dışına çıkmaları müeyyidesiz bırakılamaz. Bunun aksi bir düşünceyi benimsemek, demokratik rejimden uzaklaşmak, otokratik bir rejimi kabul etmek anlamına gelecektir.

---

(20) ONAR, S. Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cit I, (İSTANBUL - 1966), s. 420 vd. BALTA, T. Bekir, **İdare Hukuku** (ANKARA - 1970/1972), s. 134.

(21) DAVER, Op. Cit, s. 18.

(22) Bu kavramlarla somut olay arasındaki illiyet bağının tespitinde şüphesiz en büyük görev yargıya düşmektedir.

(23) Geniş bilgi için bkz. ONAR, Op. Cit, s. 426-427.

C — Olağanüstü Hal Rejimlerinin Yürütmenin Düzenleme Alanını Genişletici Etkisi

Olağanüstü hallerde idarenin iki türlü hareket etme imkânı vardır.

a — İdare olağanüstü halin icaplarını karşılayabilmek için, zaruret haline başvurarak gerekli tedbirleri hukuka aykırı olsalar bile vakit geçirmeden alır,

b — Yasama organının bu gibi hallere mahsus olmak üzere, vermiş olduğu geniş düzenleme yetkisine dayanarak hukuk içinde hareket eder.

Bu iki çözüm şeklinden birincisi bizi zaruret hakkı teorisinde götürürki, bu yolun demokratik hukuk devletinde benimsenmesi mümkün değildir. İkinci çözüm şeklinde ise, idarenin düzenleme alanı çok genişlemekle birlikte hukuk devleti ilkesi ihlal edilmemiş olur. Başka bir ifade ile, birinci çözüm şeklinde denetim imkânları ortadan kaldırıldığı halde, ikinci çözüm şeklinde idarenin yaptığı tasarruflar hukuk içinde kalmakta, dolayısıyle denetim yolları kapatılmış olmamaktadır (24).

Hemen belirtelim ki yürütmenin düzenleme yetkisi, yalnız olağanüstü hallere inhisar eden bir yetki değildir. Yürütme organının normal zamanlarda bile düzenleyici tasarruflar yaptığı ve bunların maddi bakımından yasama tasarruflarından farklı olmadığı bilinmektedir (25). Modern devlet hayatında kamu hizmetlerinin çok karmaşık bir durum göstermesi, özel bilgi ve ihtisası gerektiren bu hizmetlerin yasama organının ağır işlemesi sebebiyle yürütme organı tarafından düzenlenmesi ihtiyacı böyle bir yetki devrini zaruri kılmıştır (26).

Olağanüstü hallerde yürütme organının bu halin doğmasına yol açan sebeplerle gerektiği gibi mücadele edebilmesi için, normal zamanlara göre daha dinamik ve kuvvetli durumda olması şarttır. Bu yüzden yürütmeye geniş bir düzenleme alanının tanınması kaçınılmazdır. Fakat, yasama yetkisinin devri kötüye kulalnılmaya elverişli bir yetki olduğundan kullanılış şekli üzerindeki denetimin titizlikle yapılması gerekir. Günümüze kadar olan gelişmeler göstermiştir ki, hürriyet geleneği sağlam temellere dayanan ülkelerde, yasama yetkisinin devri, yürütmeyi kuvvetlendirmesine rağmen, kamu hürriyetleri ve demokratik rejim için ciddi sayılabilecek bir tehlike oluşturmamıştır. Buna karşılık, mesela, Nazi Almanyasın-

---

(24) ÖZBUDUN, Ergun, **İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları,** AÜHFD, Cilt. XVIII, (1961) den ayrı bası, s. 335.

(25) Düzenleyici işlemler konusunda etraflı bilgi için bkz. GÜNEŞ, Turan, **Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri,** (ANKARA - 1965).

(26) DAVER, Op. Cit, s. 19.

da, hiç bir hukuki sorumluluk tanımayan, sadece çıplak kuvvete dayanan totaliter devlet tipini ortaya çıkarmıştır (27).

Demokratik hukuk devletlerinde hürriyetlerin ancak kanun yolu ile sınırlanacağı esas kural olarak benimsenmiştir. Fakat günümüzün sosyal ve siyasi gerçekleri karşısında normal zamanlarda bile bunun, kanunun verdiği yetki sınırları içinde tüzükle yapılmasına imkan verecek bir genişlikte anlaşılması lazım gelir (28). Olağanüstü hal zaruretleriyle çok daha sık ve geniş olarak başvurulan bu yetki devrinin amacı kişi hürriyetlerini yok etmek değil, fakat kişi hürriyetleri ile olağanüstü halin icaplarını bağdaştırmaktır (29). Şu halde, yürütmeye devredilen yetkilerle hürriyetlerin sınırlandırılması veya durdurulması, tehlike halinin devamı ve şiddeti ile orantılı olması icap eder.

Bu hususta kesin olarak gözden kaçırılmaması gerekli olan nokta, demokratik hukuk devletlerinde olağanüstü hal kanunları ile, yürütmeye devredilen yetkilerin mutlak ve sınırsız olamayacağıdır. Yetkilerin sınırsız olması halinde sadece olağanüstü hallerde uygulanması icap eden tedbirler zamanla sürekli olma eğilimi göstererek, bir uzlaşma rejimi olan demokrasinin tehlikeye düşmesine yol açabilir (30). Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun 1961 Lagos toplantısında da isabetle krarlaştırıldığı gibi (31), olağanüstü hal sebebiyle, yürütmeye devredilen yetkilerin gayesinin ve uygulama alanlarının açık olarak tespit edilmesi zarureti vardır.

Olağanüstü hal yetkileri suistimal edilmeye çok elverişli olduklarından, demokrasilerde bu yetkiler gayelerinin ve uygulama alanlarının iyi tespit edilmemesi halinde neticede bundan bizzat demokratik rejimin kendisi zarar görür. Her ne kadar, demokratik devletlerde bir parantez olan olağanüstü hal rejimini, hatta zaruret hali tedbirlerinin bütünüyle reddetmek mümkün olmadığına göre, yapılacak şey gerek bu rejimlere, gerekse bu tedbirlere elden geldiğince az müracaat edilmesinin yanında uygulama süresi ve alanlarının açık seçik olmasıdır. Aslında normal zamanlarda uygulanması zor bir rejim olan demokrasiyi yaşatabilmek ve bundan daha zor olanı kamu hürriyetlerini koruyabilmek için, olağanüstü

(27) ABADAN, Nermin, **Bürokrasi** (ANKARA - 1959), s. 114; ayrıca HAZIR, s. 71-74.

(28) KAPANI, Op. Cit, s. 237.

(29) ARSEL, Op. Cit, s. 227.

(30) CAMUS, Op. Cit, s. 66.

(31) **Rule Of Law and Human Rights, Principles and Refinitions** (CENEVA - 1966), s. 13.

hal yetkilerinin önceden açık seçik tespit edilmesindeki zaruret kendiliğinden ortaya çıkar. Eğer bu yapılmamış, yani olağanüstü hal yetkilerinin gayesi ve uygulama alanına bir sınır getirilmemiş ise demokratik toplumda yönetenlerin sık sık zaruret hali tedbirlerine başvurma eğilimi ortaya çıkar. Bu, demokratik yollardan karar verme usulünden yavaş yavaş vazgeçilerek zamanla demokratik devletin yerini otokratik bir devletin alması sonucuna götürür. Yirminci yüzyılın ilk yarısında bunun örneklerine rastlamak mümkündür (32).

Esasen, günümüze kadar yaşanılan olaylar bize yürütme organının "zaruret hali" kavramın genişletme ve olağanüstü şartların meydana çıkması halinde kendine tanınan yetkileri genelleştirme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Her zaman yürütme organı, yasamadan talimat alacağı yerde, kendi hareket şeklini tayin edecek olan normları bizzat tespit yolunu tercih etmek gayreti içinde olmuştur (33). Bu eğilim sonucunda güçlerin tek elde toplanması ile demokratik devletin mahiyetinde bir değişiklik meydana gelmeye başlamıştır.

İşte, demokratik toplumun böyle bir tehlike ile karşılaşmaması için yürütmenin kullanabileceği yetkilerin uygulama alanlarına dahil genel ilkeler modern anayasalarda yer almaya başlamıştır. Fransız anayasasının 16. maddesi, son zamanlarda federal Almanya anayasasına eklenen 80 a maddesi ve anayasamızda yer alan 121 ve 122 maddeler bu türden hükümlerdir (34). Özellikle olağanüstü hallere dair yetki devrinin sert anayasalar bakımından önemli problemler çıkaracağından bunlara ilişkin genel ilkelerin anayasada yer alması zarureti vardır. Bu konuda şüphesiz yumuşak anayasalar bakımından önemli bir güçlük yoktur. İngiltere örneğinde olduğu gibi, parlemento "tam yetki kanunları" (Emergency Power Acts) ile yürütmeye istediği yetkileri verebilir (35).

Olağanüstü hallerde yürütmenin düzenleme alanının genişlemesi konusunda sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Olağanüstü hal yürütme organının düzenleme alanının genişlemesinde rol oynayan bir faktördür, fakat, bu haldeki yetkiler hiç bir zaman sınırsız, keyfi kullanılan ve uygulama alanları belirsiz yetkiler değildir. Çünkü olağanüstü hal yetkileri kendiliğinden ortaya çıkmayıp, kaynağını anayasa ve kanundan almaktadır. Bunun aksini düşünmek bizi, sınırsız zaruret hali tedbirlerine, do-

(32) Bu örnekler ve bunlarla ilgili geniş bilgi için bkz. CAMUS, Op. Cit, s. 69-72.

(33) ABADAN, Op. Cit, s. 114.

(34) Anayasamızdaki olağanüstü yönetim usulleri ayrı bir çalışmaya konu edilecektir.

(35) Emergency Pofer Acts konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HAZIR, Op. Cit, . 47 vd.

layısıyle hukuk devleti ve kamu hürriyetleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan "zaruret hakkı" teorisine götürür ki, bu da hukuki olağanüstü hal rejiminin inkarı anlamına gelir.

4 — Yargı İçtihatları ve Olağanüstü Hal Rejimleri

Doktrin ve mahkemeler olağanüstü hal yetkilerinin sınırlarına ve muhtevasına farklı endişelerle bakmaktadırlar. Doktrinin genelde ve soyut çalışması, yargının özelde ve somut çalışması bunun başlıca sebebi olduğu söylenebilir (36). Meseleye teorik açıdan yaklaşan doktrinin bu yetkiler konusundaki en büyük endişesi, olağanüstü hal rejiminin geçmişteki uygulamalarına ve ortaya çıkardığı sonuçlara da bakarak demokratik rejim ve kamu hürriyetlerinin yaşamasını güçleştirecek tehlikeli bir ortam yaratacağı noktasında toplanmaktadır. Mahkemeler ise özel ve somut olayları ele alarak toplumun emniyet ve selametinin korunmasını ön planda tutmuşlar ve bu amaçla çoğu defa kişi hürriyetlerine getirilen kayıtlamaları yerinde bulmuşlardır.

Bugüne kadar demokratik memleketlerdeki mahkeme içtihatları incelendiği zaman genel olarak olağanüstü hallerde yürütme organının sahip olduğu yetkileri geniş bir yoruma tabi tutmak eğiliminde oldukları görülür. Gerçi mahkemelerin bu konudaki tutumları her memlekette aynı olmamakla, hatta aynı ülkede zaman zaman değişmekle beraber, içtihatların tehlikenin ağırlığı, hal ve şartların özellikleri ile fonksiyonel bir bağlılık gösterdiği söylenebiilr (37). Bazı ülke mahkemeleri içtihatları birinci ve ikinci dünya savaşları sırasında olağanüstü hal teorileri geliştirirken, diğer bazı ülkelerde mahkemeler bu rejimler konusunda çok ihtiyatlı davranmışlardır. Bu ülkelerin en çarpıcı örneğini Fransa ile Birleşik Amerika devletleri teşkil eder. Birinci Dünya Savaşının yarattığı şartların baskısı altında Fransız Hükümeti kanunlara ters düşen birçok tedbirler almak ve uygulamak zorunda kalmıştı. Bu tedbirler sebebiyle gerek adlî, gerek idarî yargı organlarına gelen davalar sonunda Fransa'da "Harp Yetkilileri Kazai Teorisi" tesis edilmiştir. Bu teori ile olağanüstü hal yetkileri geniş bir yoruma dayandırılmıştır (38). İkinci Dünya Savaşı sırasında da Fransız Danıştay "İstisnai Haller Kazai Terosini" geliştirmiştir. Bu teori ise, olağanüstü hallerde normal yetki, usul, şekil ve konu kurallarının değişeceği, hatta yürütmeye daha önce mevcut olmayan yetkilerin tanınabileceği esasına dayanmaktadır (39).

---

(36) CAMUS, Op. Cit, s. 55.
(37) DAVER, Op. Cit, s. 24.
(38) ROSSITER, Op. Cit, s. 113 vd.
(39) DAVER, Op. Cit, s. 24.

Amerikan Yüksek Mahkemesi olağanüstü hal yetkileri konusunda çok ihtiyatlı bir tutum takınmıştır. Bir çok kararında olağanüstü şartların kendiliğinden yetki yaratmayacağını ve genişletmeyeceğini belirterek, tehlike hali yetkilerinin esas kaynağının anayasa olduğunu açıklamaktadır (40). Hukuk devletinde devlet organları, olağanüstü haller sebebiyle olsa bile yetkilerini anayasa ve kanunlardan almak zorunda olduklarını beilrten Yüksek Mahkeme olağanüstü yetkililerle önlenmek istenen tehlike arasında gerçek ve uygun bir ilişkinin bulunup bulunmadığını da araştırmıştır. (41). Yüksek Mahkemenin tutumu sayesinde Amerika'da olağanüstü hal rejimi uygulaması kamu hürriyetleri için daha az tehlikeli bir ortam yarattığı söylenebilir.

Yumuşak anayasa sistemine sahip İngiltere'de mahkemeler, olağanüstü hallerde kanunlarla yürütme organına verilen takdir yetkisinin ve düzenleme alanının çok genişlediğini kabul etmektedirler. Nitekim 1813 kararnamesine dayanılarak yapılan işlemler hakkındaki müracaatları mahkemeler kabul etmekte, fakat kararnamenin idareye çok geniş bir takdir hakkı verdiğini öne sürerek açılan davaları reddetmektedirler (42).

Bu konu hakkında özet olarak şunu söylememiz mümkündür. Örnek olarak verdiğim ülkelerde, olağanüstü hal rejiminin uygulanması kaçınılmaz olduğu hallerde mahkemelere müracaat yolu hiç bir zaman kanunlarla kapatılmamıştır. Tehlike hallerinin yarattığı ağır şartlar altında bile bu demokratik ülkelerde vatandaşların mahkemelere müracaat etme hakları her zaman saklı tutulmuştur. Mahkemeler ise olağanüstü hal ve şartlara uygun olarak yürütmenin sahip olduğu yetkileri geniş bir şekilde yorumlama yoluna gitmeyi tercih etmişlerdir.

---

(40) ROSSITER, Op. Cit., s. 213.

(41) FEYZİOĞLU, Turhan, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebei** (ANKARA - 1951), s. 238.

(42) PHILLIPS Hood, **Constitutional and Administraltive law**, 8. bası, (LONDON - 1973), s. 322.

İSLÂM VE OSMANLI HUKUKUNDA MÜRURUZAMAN

Doç. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ (*)

I — GENEL OLARAK

A) Ta'rifi ve Mahiyeti

İslâm Hukukunda müruruzaman tabirinden ziyade, tekâdüm ve hiyâzet tabirleri kullanılmaktadır. Zamanaşımı tabirinin kullanıldığı da vakidir. Sözlük anlamı itibariyle tekâdüm, bir şeyin zamanın geçmesi ile eskimesi, küllenmesi, bir şeyin üzerinden uzun zaman geçmesi demektir (1). Hukuk terminolojisinde ise, tekâdüm; bir hakkın belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden mahrum kalması demektir (2). İslâm ve Osmanlı Hukukunda müruruzaman tabirinden de anlaşılan budur.

Müruruzaman acaba, bir hakkın bir şahıs için düşmesi, diğer birisi için de kazanılması ve iktisab edinilmesine sebep olabilir mi? Bu, zamanaşımının mahiyeti ile yakından ilgili bir konudur.

İslâm hukukçularına göre, müruruzaman, bir hakkın özüne dokunamaz. Yani haklar müruruzamanla sâkıt olamaz. Geçen süre uzun olsun, kısa olsun farketmez. Bir şahsın başka birisi üzerinde bir hakkı mevcutsa, bu hak ister şahsî bir hak olsun ister aynî bir hak olsun, zamanaşımıyla asla ortadan kalkmaz (3).

Müruruzaman hakkındaki bu genel prensip, Kur'an, hadis gibi İslâm Hukukunun kaynaklarında tekrar edildiği gibi, İslâm Hukukuna dayalı bir hukuk kodu olan Mecelle'de de tekrar edilmiştir. Kur'an'ın "Aranızda birbirinizin mallarını haksız sebeplerle yemeyiniz ve kendiniz meseleyi bilip dururken insanların mallarından bir kısmını günahı mûcip yol-

---

(1) Zebîdî, Muhammed Murtadâ, Tac'ül-Arûs Şerhül-Kâmûs, Beyrut 1386/1966, c. 9, sh. 19, El-Kebîsî, Muhammed Ubeyd Abdullah, Ahkâmül-Vakıf Fiş-Şeriatil-İslâmiyye, Bağdad, 1397/1977, c. 2, sh. 307

(2) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 307

(3) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 307

larla yemeniz için o malları hâkimlere aktarma da etmeyiniz." (4) meâlindeki ayetini meşhur tefsirci İbn Abbas şöyle açıklamıştır: Bir şahıs bir mala zilyed bulunur. Kendi mülkü olduğuna elinde delili bulunmaz. O mal kendi mülkü olmadığını bile bile, (suiniyetle) hâkime müracaat ederek zilyedi olduğu malın kendi mülkiyetinde olduğunu iddia eder. İşte âyet böylesi mütecâvizler hakkındadır (5).

Hz. Peygamber de şöyle buyurmaktadır: "Bir müslümanın hakkı ne kadar eski olursa olsun, müruruzamanla bâtıl olmaz" (6). Ayrıca Hz. Peygamber, hakkı olmadığı halde başkasına ait bir hak lehine hükmedilen şahsa, cehennem ateşinden bir parça verildiğini açıklamaktadır. Uzun zaman aramadı diye başkasına ait bir hakkın zimmete geçirilmesi de bundan başka bir şey değildir (7).

Osmanlı hukukunda da ayni esas benimsenmiş ve Mecelle bu esası "Tekâdüm-i zamân ile hak sâkıt olmaz" şeklinde ifade etmiştir (8). Bu, zamanaşımının hakkın özüne dokunmayacağını, bir hakkın müruruzamana uğraması, hakkın sona ermesi demek olmadığını âmirdir. Aslında bu esas ve zamanaşımının bu şekilde yorumlanan mahiyeti, günümüz hukukunda da kabul edilmiştir (9). Bu sebeple bir şahıs, başkasındaki alacak hakkını onbeş sene sonra dava ettiğinde, müruruzamandan dolayı hâkim davasını reddetse o kimse diyâneten (manen) yine borçlu kalır. Borcunu ifa veya alacaklısını razı etmedikçe, borcundan kurtulamaz (10).

Müruruzaman ile hak sâkıt olmayınca davacının iddiasına karşı davalı, "Davada zamanaşımı vardır" demekle cevap verse bu cevap yeterli değildir (11).

Bütün bu izahlardan anlaşılmıştır ki müruruzaman uzun bir zaman devam eden fiilî bir durumu (zilyetliği) hukukileştiren ve zilyedin durumunu kuvvetlendiren bir müessesedir (12). İslâm hukuku, günümüz hukukunda olduğu gibi, mahiyet itibariyle zamanaşımının, hakkın özüne dokun-

---

(4) Kur'an, El-Bakara, Ayet, 188
(5) El-Hâzin, Alâaddin Ali b. Muhammed, Lübâbüt-Te'vîl, Mısır, 1349, c. 1, sh. 140
(6) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 308
(7) Es-San'ânî, Muhammed b. İsmail, Sübülüs-Selam, Mısır, 1379/1960, c. 4, sh. 121
(8) Mecelle, md. 1674
(9) Feyzioğlu, age, c. II, sh. 527 vd., Tekinay, Selâhattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1979, sh. 830 vd.
(10) Ali Haydar, Dürer'ül-Hükkâm Şerhü Mecelletil-Ahkâm, İstanbul, 1330, c. 4, sh. 362 vd.
(11) Ali Haydar, age, 4/362
(12) Cin, Halil, Mîrî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara, 1969, sh. 339 vd.

mayacağını kabul etmektedir. Müruruzamanla hak sakıt olmaz, sona ermez, hak yaşamakta devam eder. Eğer davalı borcunu ifa ederse, bu geçerli bir ifadır: Böyle bir ifa ne bağışlamadır ve ne de sebepsiz iktisaptır (13). Bu prensip bazı hukukçular tarafından yanlış anlaşılmış ve İslâm hukukunda, zamanaşımı müessesesinin tam olarak olmadığı bile ileri sürülmüştür (14). Halbuki ictihâdî de olsa, İslâm hukukunda müruruzaman müessesesi mevcuttur. Iskatî müruruzaman (düşürücü zamanaşımı) günümüzdekine benzer şekilde mevcuttur. İktisabî zamanaşımı ise münakaşalı olmakla beraber yine mevcuttur. Ancak izah tarzı değişiktir. Mülkiyete sebep müruruzamanın bizzat kendisi değildir, zamanaşımından doğan karinedir (15). Şimdi biz, İslâm hukukçularının, Kur'an ve hadis açıkça belirtmediği halde, müruruzaman müessesesini kabul etmelerinin gerekçelerini görelim.

B) Müruruzaman Müessesesinin Dayandığı Esaslar

Zaman, evrende akıp giden bir büyük nehir gibidir. İnsan da, yaşayışı itibariyle, bir dağdan kopup zaman nehrinin seli içine düşen veya yüksek bir apartmandan düşüp yuvarlanan bir şahıs gibidir. Gerçekten hayat apartmanı yıkılıyor. Ömür, tayyâresi şimşek gibi geçiyor. Zaman da, sel dolaplarını sür'atle çalıştırıyor. Kendine güvenen insanoğlunun sevdiği şeyler, ba'zan zamanın sel dolapları arasında kalıp unutuluyor. İşte hukukçular bu unutulmaya zamanaşımı anlamında müruruzaman demişler. Yani zaman aşınıyor, insanı da bazı hakalarını da aşındırıyor (16).

Ayrıca zaman pek çok derdin ve acının ilacıdır. Aradan geçen yıllar, hislerin uyuşmasına, acıların dinmesine, hatıraların küllenmesine ve yaraların kapanmasına sebep olur (17). Anlaşmazlıkların yatışmasında ve çözülmesinde de zamanın rolü büyüktür. Bir alacaklının alacağını uzun süre istememiş olması, o alacağın daha önce ödenmiş bulunduğu ya da zaten böyle bir alacağın sözkonusu olmadığı yolunda bir karinenin doğmasına sebep olur. Davalı, oldukça uzak bir geçmişte kalan bir iddiadan doğabilecek ihtilaflara karşı korunmalıdır. Zira birçok hallerde ne davalı ve ne de mirasçıları, davacının iddiasını çürütecek delilleri uzun süre saklayamazlar. Şahitlerin ölmesi veya bulunamaması, yazılı delillerin yır-

---

(13) Ali Haydar, age, 4/362 vd. Krş. Tekinay, age, sh. 830 vd.
(14) Seliçi Özer / Oğuzman, Kemal, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978, sh. Uzu, Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara, 1981, sh. 129-130
(15) Krş. Tekinay, age, sh. 830 vd.
(16) İbn Mirza, Said, El-Mesneviyyül-Arabî, Beyrut, tarihsiz, sh. 153 vd.
(17) Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler c. II, sh. 518-519

tılması veya kaybolması, v.s. gibi durumlar işi daha da zorlaştıracaktır (18).

Öte taraftan oldukça uzun bir süre çekişmesiz ve tartışmasız devam eden fiilî bir duruma, belli bir süre geçtikten sonra hukukî bir değer vermekte, yani o fiilî durumu hukukileştirmekte cemiyet düzeninin dahi büyük menfaati vardır (19). Ayrıca zamanaşımının rolünü, özellikle hakkın dava edinilebilme vasfını izâle rolünü kabul etmek, hak sahiplerini, haklarını talep ve müdafaaya sevk edecektir (20).

İşte yukarda zikredilen gerekçelerle Mâliki hukukçuları ve son Hanefi hukukçuları müruruzaman konusunda şu karara varmışlardır:

Eğer hak sahibi kendi alacağına karşı, gücü yettiği halde, bu kadar uzun süre kayıtsız kalıyorsa ve hakkını istemeye mani şer'î bir özrü yoksa, bu hak artık korunmaya layık değildir. Bu, hakkını kendi rızası ile terketmiş demektir (21).

Bir davacı ki, davalının kendi arazisine el koyduğunu gördüğü, uzun zaman arazide tasarruf ettiğini, kendi mülkü gibi ağaç diktiğini, bina yaptığını ve ekip-biçtiğini müşahede ettiği halde ona karışmazsa; arazisinde tasarruf eden şahsı engellemek ve hakkını aramak için de, küçüklük ve delilik gibi şahsî ve devlet korkusu gibi harici bir mani de bulunmazsa ve de mutasarrıf ile kendisi arasında akrabalık veya miras ortaklığı da mevcut olmazsa artık bu arazinin kendisine ait olduğunu uzun zaman sonra ileri sürmesi bir şey ifade etmez. Bu tip iddiaları vâkıa, örf ve adet tekzip eder (22).

Bütün bu sebeplerle, İslâm hukukçuları şu neticeye varmışlardır:

Bir hak üzerinden uzun zaman geçer de sahibi gücü yettiği halde talepde bulunmazsa ve hakkını aramak için bir engel de yoksa, artık o hak zamanaşımına uğrar ve dava edilebilirlik vasfını kaybeder. Ancak müruruzamanla hak sakıt olmaz. Davalı hakkı ikrar ederse ifa etmesi gerekir. Hâkim de, zamanaşımından dolayı bu durumda davacının lehinde hüküm vermekten kaçınamaz. Zira davacının iddiasına delil getirmesi veya hasmının yemin etmesini talep etmesi hakkıdır (23).

---

(18) El-Kebîsî, Muhammed Ubeyd Abdullah, Ahkâm'ül-Vakıf Fiş-Şeriatil-İslâmiye, Bağdad, 1397/1977, c. 2, sh. 310 vd.

(19) El-Kebîsî, age, c. 1, sh. 310-311

(20) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 310-311, Ali Haydar, age, 4/362 Krş. Tekinay, age, sh. 829-830

(21) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 309

(22) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 309, İbn Cizzî, Muhammed, El-Kavânin'ül-Fikhiyye, sh. 299

(23) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 309-310

O halde zamanaşımının davada tek te'siri, hakkın dava edilebilirlik vasfını kaybettirmesidir.

C) Müruruzaman Çeşitleri ve Benzerlerinden Farkları

a) Çeşitleri

Zamanaşımı doğurduğu sonuç itibariyle ikiye ayrılmaktadır: Birincisi, ıskatî = düşürücü müruruzamandır. Bu genellikle şahsî haklar için geçerlidir. İslâm hukukunda asıl mevcut olan zamanaşımı çeşidi budur (24). Mecelle 1660-1675. maddeleri arasında genellikle bu çeşit zamanaşımından bahsetmektedir. Mecellenin 14. Kitabı olan Kitabü'd-Da'vanın 2. babının izahında Ali Haydar efendi bu noktaya dikkat çekmiştir (25). Mısır'da bir zaman tatbik edilmiş olan Kadri Paşanın eserinde de bu çeşit zamanaşımı ile ilgili altı madde (md. 256-261) mevcuttur (26). Biraz sonra vereceğimiz bilgilerin çoğunluğu bu çeşit müruruzamanla ilgilidir. Ancak bu hükümlerin ekserisi, şayet varlığı kabul edilirse, iktisabî zamanaşımı için de geçerlidir.

İkincisi ise = iktisabî müruruzamandır. Bu kazandırıcı bir niteliğe sahiptir ve genellikle aynî haklarla ilgilidir. İslâm hukukunda bu çeşit zamanaşımının olmadığı söylenmekte ve delil olarak da "Tekâdüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz" kâidesi (27) zikredilmektedir. Kanaatimizce bu kâide zamanaşımının mahiyeti ile ilgilidir. Hakkın özüne dokunamamayı ifade etmektedir. Bazı görüşleri ve kanaatimizi ilgili başlık altında serdedeceğiz.

b) Benzerlerinden Farkları

Zamanaşımı ile benzeri bazı süreli halleri birbirinden ayırmak gerekir. Özellikle hak düşürücü süreler zamanaşımından tamamen farklıdır. Hak düşürücü süreler, hukukî bir durumun aydınlatılmasında daha büyük bir sür'ate ihtiyaç duyulan haller için kabul edilmiştir. Hak düşürücü süreler'in en önemli ayırıcı özelliği, müruruzamanı kesen ve durduran sebeplerin bu süreleri kesememesi ve durduramamasıdır. Bu özelliği ile zamanaşımı sürelerinden tam olarak ayırt edilebilir. Örneğin, mîrî araziden bir çiftliğin mutasarrıfı olan kimse vefat ettiğinde, intikal sahiplerinden kimse yoksa, tasarruf ettiği araziyi tapu hakkı sahipleri tapuy-u misliyle tefevvüz edebilirler. Ancak tapu hakkı sahiplerinin tefevvüz edebilme hakları, üç,beş ve onsenelik sürelere bağlanmıştır. Bunlar hak düşürücü

(24) Feyzioğlu, age, c. II, sh. 519
(25) Ali Haydar, age, 4/335
(26) Kadri Paşa, Mürşid'ül-Hayran, Mısır, 1338, sh. 48-49
(27) Mecelle, md. 1674

sürelerdir. Zira tapu hakkı sahipleri, söz konusu arazi başkalarına tefviz edilse bile, üç, beş veya onseneye kadar (süreler tapu hakkı sahiplerinin durumuna göre değişmektedir) bu tefevvüz haklarını talep ve dava ederek istirdat edebilirler. Fakat üç, beş veya on senelik süre, zamanaşımını durduran sebeblerden biri ile geçse bile, tapu hakları düşer (28).

Süreye bağlı haklar da müruruzamandan farklı bir şeydir. Burada hak sahibi belirlenen sürede hakkını kullansa da kullanmasa da hakkı sona ermektedir. Mesela, iddet bekleyen kadın için, karşılıklı anlaşma veya hâkim kararı ile takdir edilen nafaka, iddet müddetinin sona ermesiyle sâkıt olur (29).

II — MÜRURUZAMAN SÜRELERİ

Müruruzaman müessesesinin İslâm hukukunda tamamen ictihadî bir konu olduğunu ve bazı mezheplerin bu müesseseyi Kitap ve Sünnetin ruhuna ters düşmeyecek şekilde geliştirdiklerini (Hanefî ve Mâlikî hukukçular) bazılarının ise bu müesseseyi tamamen reddettiklerini kısaca açıklamıştık (30). Zamanaşımı müessesesini kabul eden Hanefî ve Mâlikîler de kendi aralarında zamanaşımı müddetlerinin tesbitinde anlaşamamışlardır. Biz bu kısa hatırlatmayı yaptıktan sonra, zamanaşımı sürelerinin izahına geçelim.

Zamanaşımı süreleri iki kısma ayrılarak mütalaa edilmelidir: İçtihadi müruruzaman süreleri: Taraf-ı Sultanîden belirlenen müruruzaman süreleri.

A) İçtihadî Müruruzaman Süreleri

Müruruzaman süreleri ile ilgili içtihadın gerekçelerini, "Zamanaşımı müessesesinin dayandığı esaslar" başlığı altında açıklamıştık. Bu esaslara dayanarak, zamanaşımının bir hakkın dava edilebilme özelliğini kaybettirmedeki rolünü kabullenen Mâlikî ve Hanefî hukukçular, bu içtihadî olan zamanaşımı süresinin tesbitinde ihtilaf etmişlerdir.

a) Mâlikîlerin Görüşü

Mâlikî hukukçular müruruzaman süresinin tesbitinde değişik görüşler ileri sürmüşlerdir. Bunlar arasında İmam Mâlik'e atfedilerek "El-Mü-

---

(28) Arazi Kanunu, md. 59, Atıf efendi, Kanunnâme-i Arazi Şerhi, İstanbul 1330, sh. 227-228, Hâlis Eşref, 409 vd.

(29) Kadri Paşa, El-Ahvâlüş-Şahsiye, md. 324-331 (AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslâm ve Osmanlı Hukuku Rehberi, basılmamış daktilo halinde, sh. 308 vd.)

(30) El-Kebîsî, age, 2/307-313

devvene" adlı büyük hukuk kodunda belirtileni en uygun olanıdır. Zamanaşımı süreleri bütü dava ve zamanlarda geçerli olmak üzere kesin bir sene ve gün ile tahdit edilemez. Belki bu, zaman ve davanın özelliklerine göre tesbit etmek üzere hâkimin takdir hakkına terkedilir (31). Mâlikîler zamanaşımı ile bir yerin mülkiyetinin kazanılmasına hiyâzet tabir ediyorlar ve bunu açıklama sadedinde şöyle diyorlar:

"Bir kimse, sahibi durumdan haberdar ve mevcut olduğu halde, nizasız ve fasılasız olarak, bir evi on sene zilyedliğinde tutsa, o ev onun mülkü kabul edilir ve kimse onu elinden alamaz" (32). Bu ifadelerden Mâlikî içtihadında kabul gören müruruzaman süresinin on sene olduğu anlaşılıyor. Ancak eser, Mâliki hukukçuların ekseriyetinin görüşü bu olmakla beraber, İmam Mâlik'in görüşünü şöyle açıklamaktadır: "Bu konuda kesin bir süre yok. Örfe müracaat edilmelidir" (33).

b) Hanefî Hukukçuların Görüşü

Hemen şunu belirtelim ki Hanefî hukukçuların bu konuda Mâlikilerden farklı düşünmelerinin sebebi, her iki gurubun da şahsî ve aynî haklar konusundaki nazariyelerinin ve davacı ile davalı arasındaki ilişkiye bakış açılarının farklı oluşundandır (34).

Bir hakkın dava edilebilme vasfını kaybettiren müruruzamanın süresi hakkında Hanefi hukukçulardan nakledilen üç çeşit içtihad mevcuttur:

Birinci Görüş : Bu süre 36 Senedir.

İkinci Görüş : Bu süre 30 Senedir.

Üçüncü Görüş : Bu süre 33 Senedir (35).

Bu görüşlerden birincisi Mecelle tarafından da benimsenmiş ve 1661. madde bu görüşe göre düzenlenmiştir (36). Mısırlı Kadri Paşa'nın hazırladığı Eşya ve Borçlar Hukuku kodu olan Mürşid'ül-Hayran'da ise üçüncü görüş tercih edilmiştir (37).

c) Otuzaltı Yıllık Müruruzamana Tabi Davalar

Otuzaltı veya otuzüç sene olarak kabul edilen içtihadî müruruzaman süresine tabi olan davaları şöylece sıralayabiliriz:

(31) El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 313, El-Hattâb, Mevâhib'ül-Celil Şerhu Muhtasar-ı Halil, Mısır, 1329, c. 6, sh. 223-224

(32) Ebül-Hasan Ali b. Muhammed, Kifâyetüt-Tâlib'ir-Rabbâbî, Mısır, 183/1963, c. 4, sh. 83

(33) Ebül-Hasan Ali age, c. 4, sh. 83

(34) El-Kebîsî, age, 2/312

(35) İbn Âbidin, Muhammed Emin, El-Ukûdüd-Dürriyye, Mısır, 1300, c. 2, sh. 3, El-Kebîsî, age, 2/312

(36) Mecelle, md. 1661, 1662, Ali Haydar, age, 4/338, 342, 344

(37) Kadri Paşa, Mürşid'ül-Hayran, Mısır, 1338, sh. 27

aa) Vakıf Mallarını Doğrudan İlgilendiren Davalar

Vakıf mallarını doğrudan ilgilendiren (asl-ı vakıf hakkındaki) davalarda 36 senelik zamanaşımı süresi söz konusudur. Mecelle bunu şu şekilde ifade etmektedir: "Asl-ı vakıf hakkında mütevelli ve mürtezikanın davaları 36 seneye kadar istima olunur. Ama 36 sene mürur ettikten sonra artık istima' olunmaz" (38). Mürtezika, vakfın gelirinden maaş ve tayinat alan kimselere denmektedir. Vakıf mallarda dava hakkı ittifakla mütevelli heyetine aittir. Mürtezikanın dava hakkı ise hukukçular arasında tartışmalı olan bir konudur. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, Mecelle vakfın gelirinden maaş alan mürtezikanın da vakıf davalarında taraf olabileceği görüşünü benimsemiştir (39).

Vakfın konusunun menkul veya gayr-i menkul bir mal olması, hatta vakfedilen şeyin nakit para olması hükme tesir etmez. Ancak vakfedilen paranın aslına ait davalar 36 senelik müruruzaman süresine tabi'ken, bu paradan elde edilen kâr ile ilgili davalar 15 senelik zamanaşımı süresine tabidir.

Asl-ı vakıf hakkındaki davalar da iki çeşittir:

aaa) Bir taraf mülkiyet iddia eder, diğer taraf da vakıf olduğunu ileri sürer. Buna göre bir şahıs nizasız ve fasılasız olarak, bir gayr-i menkulde otuz altı (veya otuzüç) sene tasarruf ettikten sonra bir vakfın mütevellisi söz konusu gayrimenkulün kendi vakıflarının gelir getiren gayri menkullerinden olduğunu iddia etse, iddiası kabul edilmez. Ama geçen süre, zikredilen müddetten az ise, mütevellinin iddiası kabul edilir (40).

bbb) Dava iki vakıf arasında olur. Mesela, bir vakfın mütevellisi, bir gayrimenkulü geliri kendi vakıflarına ait olmak üzere diğer bir vakfın bilgisi altında otuazltı sene süreyle kiraya verse, ikinci vakfın mütevelli hey'eti bu süre içinde haklı bir sebeb de bulunmaksızın sükût etse, otuzaltı sene geçtikten sonra mezkûr akarın kendi vakıflarına ait olduğunu iddia ederek birinci vakfın mütevelli hey'etinden sözkonusu gayrimenkulü alamazlar (41).

bb) Vakıf Gayr-i Menkulleri İlgilendiren İrtifak Hakkı Davaları

Zaruri geçit irtifakı (hakk-ı mürur), mecra irtifakı (hakk-ı mesîl) ve

(38) Mecelle, 1661

(39) Ali Haydar, age, 4/342, İbn Âbidin, age, 2/3-4, Kadri Paşa, age, sh. 27-28, Hâlis Eşref, Külliyât-ı Şerhi Kanunu Arazi, İstanbul, 1315, sh. 196 vd. Ömer Hilmi, Ahkâm'ül-Evkaf, İstanbul, 1307, sh. 206, md. 435 vd.

(40) Mecelle, md. 1661, Mürşid'ül-Hayran, md. 27, Ali Haydar, age, 4/343 İbn Âbidin, age, 2/3-4, Ömer Hilmi, age, md. 435 vd. (sh. 206 vd.)

(41) Ali Haydar, age, 4/343

kaynak irtifakı (hakk-ı şirb) gibi irtifak hakkı davaları, vakıf gayrimenkulleri ilgilendiriyorsa, bu davalarda otuzaltı yıllık zamanaşımı süresi sözkonusu olur. Örneğin bir vakıf dükkânın başka bir vakfa ait arsada mecra irtifakı bulunursa, birinci vakfın mütevellisi, ikinci vakfın mütevellisinden otuzaltı seneye kadar bu hakkını iddia edebilir. Otuz altı seneden sonra bu hakkın dava edilebilme vasfı ortadan kaybolur (42). İrtifak hakkının, örneğin mecra irtifakının, vakıf gayrimenkullerde bulunması veya bu gayr-i menkullere ait olması, yani vakıf gayrimenkullerin yararlanan (mahdûm) veya yarar sağlayan (hâdim) gayrimenkul olması hükme tesir etmez. Önemli olan bu çeşit davaların vakıf gayrimenkullerle ilgisi bulunmasıdır. Bu nokta çok önemlidir (43).

cc) Miras İddiası İle İstihkak Edilmek İstenen Gayrimenkul Davaları

İçtihadî olan otuzaltı (veya otuzüç) senelik zamanaşımı süresi önceleri bütün davalar için geçerliydi. Daha sonra da sözkonusu edeceğimiz gibi, bu süre, Kanuni Sultan Süleyman devrinde Ebussuud Efendinin fetfalarıyla kısaltıldı. Otuzaltı senelik müruruzaman süresi, sadece vakıf ve miras davalarına has kaldı. Daha sonra yine Ebüssuud Efendinin verdiği fetvalarla, miras iddiası ile istihkak davaları da, 15 senelik zamanaşımı süresine tabi davalardan sayıldı. Mecelle de bu fetvalara uyarak (44), mirasla istihkak davalarını 15 yıllık müruruzamana tabi davalar arasında zikretmiştir (45). Mısırlı Kadri Paşa'nın Eşya ve Borçlar Hukuku Kodu olan Mürşid'ül-Hayran isimli eseri ise, mirasla istihkak davalarında 33 yıllık zamanaşımı müddetinin geçerli olduğunu kabul etmiş ve 152. maddeyi buna göre düzenlemiştir: "Bir şahıs nizasız ve fasılasız olarak otuzüç sene bir gayrimenkulde tasarruf ettiğinde artık aleyhindeki mirasla istihkak ve vakıf iddiaları haklı bir sebeb bulunmadıkça, kabul edilmez" (46).

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Miras davalarındaki müruruzaman müddeti başlangıçta içtihadî zamanaşımı süresi olan otuzaltı seneydi, da-

(42) Ali Haydar, age, 4/344, Mecelle, md. 343, İbn Âbidin, age, 2/3-4

(43) Ali Haydar, age, 4/344

(44) Ebussuud'un konuyla ilgili bazı fetvaları şöyledir:
"Mirasa müteallık elli-altmış yıl bi-özr-i şer'î terkolunan dava bilâ-emr istima olunur mu? El-Cevap: Olunur, Özr-ü kavî olıcak." Burada haklı sebep müruruzamanın tesirini ortadan kaldırmaktadır.
"Onbeş yıl bigayr-i özr-i şer'î terk olunan mirasa mütealık dava bilâ-emr istima olunur mu? El-Cevap: Hasım hakkı bakî idüğüne mu'terif değil ise olunmaz." Ebussuud Efendi.
Zenbili Ali Efendi ise bir fetvasında: Onbeş sene bilâözür terk olunan miras davası bilâ-emr mesmuâ olur mu? El-Cevap: Olmaz" demektedir. İbn Âbidin, age, c. 2, sh. 5-7, El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 313

(45) Mecelle, md. 1660, Ali Haydar, age, 4/338 vd. El-Kebîsî, age, 2/313

(46) Mürşid'ül-Hayran, md. 152, (sh. 27)

ha sonra bu içtihadî süre, emr-i sultanî ile kısaltılınca, miras ve vakıf davaları bundan istisna edildi. Yani bunlar otuzaltı yıllık süreye tabi olmaya devam etti. Ancak daha sonraları bazı Şeyhülislâmlar (Ebussuud ve Ali Efendi gibi) ile Mecelle, miras davalarını da onbeş senelik süreye tabi tuttular. Ancak bazı hukukçular (Kadri Paşa gibi) miras davalarının istisna teşkil etmeye devam ettiğini kabul ettiler. İşte bu konudaki görüşlerin özeti budur (47).

dd) Mîrî Arazinin Rakabesini (Çıplak Mülkiyetini) İlgilendiren Davalar

Mîrî arazinin ve gayr-i sahih vakıf arazilerin rakabesine yani çıplak mülkiyetine dâir arazi memurları tarafından ikâme olunacak davalarda zamanaşımı süresi otuz altı senedir. Hatta Mecelle Cemiyetinden sorularak, Cemiyet tarafından tanzim olunup 22 Muharrem 1300/22 Teşrînisâni 1298 tarihinde İrade-i Seniyyenin tasvibini alan mazbatanın bir fıkrasında aynen şöyle denmektedir: "Mîrî arazi hakkında müruruzaman on sene olmak üzere Arazi Kanunname-i Hümayûnunda (48) açıkça belirtilmiş olup Mecelle'de dahi kısaca zikredilmiş (49) ise de bunlar mîrî arazinin tasarrufuna dâir olup arazi memurlarının mîrî arazinin rakabesi hakkında olan davalarının süresi hakkında bir hüküm fıkrası serdedilmediğinden beytülmal ile vakıf arasında arazinin rakabesine dair bir dava vukuunda vakıf mütevellisinin davası otuz altı seneye kadar kabul edildiği gibi arazinin rakabesine ait arazi memurlarının davalarının dahi otuz altı seneye kadar kabul edilmesi.." (50). 1329/1912 tarihli Emval-i Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkındaki Kanunu Muvakkat da "ve bunların rakabeye ait davalarında müruruzaman müddeti otuzaltı senedir" diyerek aynı esası benimsemiştir (51).

Bütün bu izahlardan anlaşılıyor ki özel şahıslar tarafından mülkiyet iddiası ile tasarruf olunan arazi hususunda arazi memurlarının arazi-i mîriye iddiaları otuzaltı seneye kadar kabul edilir. Ayni şekilde arazi memurları bir arazinin mîrî araziden olduğunu ve zilyed olan mütevelli de vakıf arazi olduğunu iddia ederlerse, otuz altı sene geçmemiş ise, arazi

---

(47) İbn Âbidin, age, 2/5-6, El-Kebîsî, age, 2/313 Mecelle, md. 1660 Ali Haydar, age, 4/338 vd. Mürşid'ül-Hayran, md. 151-152

(48) Arazi Kanunname-i Hümayûnu, md. 20

(49) Mecelle, md. 1662

(50) Düstur, I. Tertip, Zeyl : 3, sh. 100, Halil Eşref, age, sh. 195-196 Ali Haydar, age, 4/346, Ömer Hilmi, age, md. 447, sh. 214, Karakoç, Serkiz, Tahşiyeli Kavânîn, İstanbul, 1341/1343, c. 1, sh. 186, 187, 492, 493

(51) 5 Cemaziyelûlû 1331/30 Mart 1329, md. 15, Düstur, II. Tertip, c. 5, sh. 239, Karakoç, age, 1/492-493

memurlarının (sahib-i arzın) iddiası kabul edilir. Ama otuzaltı sene geçmiş ise artık arazi memurlarının iddiaları kabul edilmez (52).

B) Emr-i Sultanî İle (Teşrîî Organ Tarafından) Belirlenen Müruruzaman Süreleri

İslâm hukukunda müruruzaman müessesesinin kitap ve sünnetle değil, kitap ve sünnete aykırı olmayan içtihadî kaynaklarla tesis edildiğini açıklamış ve bu konudaki görüşleri özetlemiş bulunuyoruz. Ancak şunu belirtmekte yarar vardır ki içtihadî zamanaşımı süresi otuzaltı (otuzüç, otuz veya on) seneydi. İlk zamanlarda bu zamanaşımı süresi bütün davalarda geçerliydi. Ancak her dava için otuzaltı senelik süreyi şart koşmak davaların ve işlerin gecikmesine yol açıyordu. Zaten "müruruzaman meselesi", temel kâide olan "tekâdüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz" (53) prensibine aykırı olmamak, yani zamanaşımının hakkın özüne dokunamıyacağını kabul etmek şartıyla, zaman ve şartların değişmesiyle hükmü de değişebilen meselelerdendir. Ayrıca, İmam Mâlik"e göre müruruzaman süreleri hakkında (54) "adet muhakkem" (55) dir (56).

Bu çeşit zamanla değişebilen ve câiz olan hukukî meselelerde, devletin teşrîî organının hukukî düzenlemeler yapma yetkisi mevcuttur (57). Ayrıca, İslâm ve Osmanlı Hukukundaki bir esasa göre, "kaza (yargı yetkisi) zaman ve mekân ile ve bazı hususların ve bazı şahısların istisnâsıyla ve tartışmalı konularda bir müçtehidin görüşünün kabul edilmesi ile kayıtlanabilir" (58). Zira hâkim devletin yetkili otoritesi tarafından (taraf-ı Sultanîden) muhakeme işlerini ve hüküm vermeyi icraya vekildir. Müvekkilinin zikrettiği kayıt ve şart ile vekâlet kayıtlanır. Bu nedenle devletin teşrîî yetkisine hâiz otoritesi (sultan), kamu yararı düşüncesiyle hâkimi bazı davaları kabul etmekle veya etmemekle kayıtlayabilir (59).

İşte yukarıda zikrettiğimiz gerekçelerle, şer-i şerifin kendilerine verdiği bu yetkiye dayanarak, Osmanlı Padişahları, otuzaltı (otuzüç veya otuz) senelik içtihadî olan zamanaşımı süresini çok uzun bulmuşlar ve Şeyhülislâmlarından aldıkları fetvalarla (60) bu süreyi onbeş veya ona

(52) Ali Haydar, age, 4/346
(53) Mecelle, md. 1674
(54) Mecelle, md. 39
(55) Mecelle, md. 36
(56) El-Kebîsî, 2/313, Ebül-Hasan Ali, age, c. 4, sh. 83
(57) Hukuk-ı Aile Kararnamesi Mazbatası, (AKGÜNDÜZ, Ahmet, age, sh. 447 vd.)
(58) Mecelle, md. 1801, Ali Haydar, age, 4/689 vd.
(59) Ali Haydar, age, 4/689 vd.
(60) İbn Abidin, age, 2/5-7

veya daha az bir süreye indirgemişlerdir. Olduğu gibi bıraktıkları davaları ise teker teker yukarıda zikretmiştik. Bu durumu ilk düzenleyen Kanuni Sultan Süleyman olmuştur. Kanuni, Ebussuud Efendi'nin fetvasına dayanan bir emirname çıkararak, miras ve vakıf davaları hariç bütün davaların onbeş senelik müruruzamana tabi olduklarını ilan etmiştir (61). Kısaca hâkim, Sultanın vekilidir. Vekil tasarruflarında müvekkilinden emir alabilir. Müvekkil davaların belli zaman sonra dinlenilmeyeceğini emrederse vekil de buna uymaya mecburdur (62). Osmanlı Padişahlarının iradesi ile tesbit edilen zamanaşımı süreleri, İslâm hukukçuları tarafından da hüsnü kabul görmüştür (63). Şimdi bu kısa izahdan sonra, emr-i Sultanî ile tespit edilen zamanaşımı sürelerini ve bunlara tabi olan davaları görelim.

a) Onbeş Senelik Süre

Ebussuud ve Zembilli Ali Efendi gibi kıymetli hukukçuların fetvalarına dayanılarak çıkarılan emirnamelere göre, otuzaltı yıllık süre ilk etapta, miras ve vakıf davaları dışındaki davalar için onbeş yıla indirgenmiştir. Osmanlı Padişahları bütün eyaletlerindeki kadılarına vakıf ve miras davaları dışında, diğer davaları on beş yıldan sonra dinlememelerini emretmişlerdir (64). Sebep olarak da, hâkimlerin aldatma ve yalandan korkarak davayı dinlemekten imtina etmeleri ve zaman bazı şeyleri küllendirdiği için fertler arasındaki hile, aldatma gibi kötü emelleri ortadan kaldırma amacı zikredilmiştir (65).

Onbeş senelik müruruzaman süresine tabi davalar şunlardır:

aa) Alacak (Deyn) Davaları

Sebebi ne olursa olsun bütün alacak davaları, nizasız, fasılasız ve haklı bir sebep bulunmaksızın on beş sene alacak talep edilmediği takdirde, borcu inkâr eden borçluya karşı kabul edilmez. Red sebebi on beş senelik zamanaşımıdır (66). Alacak davası, haklı bir sebep bulunmaksızın on beş sene alacağını takip etmeyen alacaklıdan kabul edilemeyeceği gibi, ölümünden sonra mirasçılarından da kabul edilmez (67). Alacaklı alacağını bu mezkûr süre geçmeden, mahkeme kanalıyla talep etmelidir. Başka bir şekilde talebi zamanaşımını durdurmaz. Alacaklı, mahkemeye

(61) El-Kebîsî, age, 2/312-313, İbn Âbidin, age, 2/4-6
(62) İbn Âbidin, age, c. 2, sh. 6
(63) İbn Âbidin, age, 2/5-6, El-Fetâval-Hayriye, Dersaadet, 1311, c. 2, sh. 48
(64) İbn Âbidin, age. c. 2, sh. 5-6
(65) Ali Haydar, age, 4/362
(66) Mürşidü'l-Hayran, md. 256, Mecelle, md. 1660, Ali Haydar, age, 4/338 vd
(67) Mürşid'ül-Hayran, md. 259

müracaat ederek, borçlusundan alacağını ister de, dava sonuçlanmadan süre dolarsa, davaya devam edilir (68).

Mirasçılardan bazıları, mûrislerinin alacak davasını onbeş sene haklı bir sebep bulunmaksızın takipsiz bırakırsa, diğer mirasçıların ise takip etmelerini önleyici haklı sebepleri mevcutsa, haklı sebebe dayanan mirasçıların payları nisbetinde alacak davasına devam edilir, diğer mirasçıların payları ise zamanaşımına uğrar. Örneğin küçük mirasçılar reşit olduktan sonra, payları nisbetinde alacak davasına devam edebilirler (69). Mecelle "alacak = deyn" tabirini kayıtsız zikretmiştir (70). Bundan anlaşılıyor ki alacak hakkı ister fertler arası bir özel borç ilişkisinden doğmuş olsun, isterse bir kamu alacağı olsun hükme tesir etmez. Özel ve kamu bütün alacaklar onbeşsenelik müruruzamana tabidir. Devletin fertlerden olan alacaklarının onbeş sene sonra zamanaşımına uğrayacağına dâir 20 Muharrem 1300 / Teşrînisânî 1298 tarihinde bir irade-i seniyye sâdır olmuştur (71).

bb) Vedîa ve Âriyet Davaları

Vedîa ve âriyet davaları da onbeşsenelik zamanaşımına tabidir. Davacı (A), davalı (B) ye onbeş sene önce vedîa olarak bir mal verdiğini iddia etse, davalı (B) de bu iddianın yersiz olduğunu ileri sürse, (A) nın iddiası geçersizdir. Ayni şekilde, (C) vefat edip de, annesi (D), ölen (C) ye onbeş sene önce âriyet olarak bir mal verdiğini ileri sürse, (D) nin iddiası geçersizdir. Aslında bunlar da bir çeşit alacak davasıdır (72).

cc) Miras Davaları

Miras davalarının otuzaltı senelik süreye mi yoksa onbeş senelik süreye mi tabi olduğu tartışmalıdır. Daha önce de açıkladığımız bu konuyu şu cümle ile özetleyelim: Başlangıçta miras davaları onbeş senelik süreden istisna edilmiştir (73). Ancak daha sonra verilen fetvalarla, miras davaları da onbeş senelik süreye tabi tutulmuştur. Mecelle de bu görüşü kanunlaştırmıştır (74).

dd) Gayrimenkul Mülkiyeti Davaları

Bu çeşit davalardaki on beş senelik süre, netice itibariyle, iktisabî zamanaşımından başka bir şey değildir. Aşağıda bu konuyu daha da izah

(68) Mürşid'ül-Hayran, md. 260
(69) Mürşid'ül-Hayran, md. 261
(70) Mecelle, md. 338
(71) Ali Haydar, age, 4/339
(72) Mecelle, md. 1660, Ali Haydar, age, 4/339
(73) El-Kebîsî, age, 2/313, İbn Âbidin, age, 2/5-6
(74) Mecelle, md. 1660, El-Kebîsî, age, 2/313, İbn Âbidin, age, 2/5-6

etmeye çalışacağız. Zira bir şahıs bir gayr-i menkule nizasız ve fasılasız olarak on beş sene tasarrufda bulunsa, haklı bir sebebe dayanmadıkça, aleyhindeki mülkiyet davaları kabul edilmez. Yani gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı da on beş sene sonra zamanaşımına uğrar (75). Bu konuya tekrar döneceğiz.

ee) Vakıf Mallarla İlgili Tasarruf, Tevliyet, Mukataa ve Gelir (Galle) Davaları

Mukataa, arsası vakıf ve üzerindeki bina ve ağaçlar mülk olan gayrimenkulde, mutasarrıfı tarafından vakfa verilmek üzere arsa payı olarak belirlenen senelik kira bedelidir. Buna icare-i zemin de denir. Mülk olan bina ve ağaçların da vakfedilmesi geçerlidir. Bu çeşit vakıf olan gayrimenkullerdeki mukataa ile tasarruf davaları onbeş senelik müruruzamana tabidir (76). Aslında bütün vakıf gayrimenkullerdeki tasarruf davaları da bu süreye tabidir (77).

Galle-i vakıf, vakfın gelir ve hasılâtı demektir. Vakfedilen nakit paraların kârı, vakıf gayrimenkulün kira bedeli, vakıf çiftliğinin mahsulleri ve vakıf bahçesinin meyvesi gibi. Vakfın gelirleri hakkında da zamanaşımı süresi onbeşsenedir. Buna göre, onbeş sene vakıf mütevellisi tarafından haklı bir sebebe dayanılmaksızın terkedilmiş olan gelir davaları reddedilir (78).

ff) İrtifak Hakları İle İlgili Davalar

Geçit irtifakı, mecra irtifakı ve kaynak irtifakı ile ilgili davalar; eğer, mülk olan gayrimenkulleri ilgilendiriyorsa, onbeş senelik müruruzamana tabi olurlar (79). Vakıf veya mîrîye ait bir gayrimenkulü ilgilendiren bu çeşit davalar ise, ayrı ayrı müruruzaman sürelerine tabi kılınmıştır (80).

gg) Sonuç

Özelikle Osmanlı hukukunda kabul edilen ve en çok dava kendisine tabi kılınan müruruzaman süresi onbeş yıllık süredir. Mecelle bütün bu saydıklarımızı şu şekilde sıralamıştır: "Deyn ve vedîa ve mülk-i akâr ve miras ve akârât-ı mevkûfede mukataa yahut icâreteyn ile tasarruf ve meşrûta tevliyet ve galle davaları gibi asl-ı vakfa ve umuma ait olmayan davalar, onbeş sene terk olunduktan sonra istima olunmaz." (81). Ancak

(75) Mürşid'ül-Hayran, md. 151, mecelle md. 1600, Ali Haydar, age, 4/339
(76) Ali Haydar, age, 4/339-341, Mecelle, md. 1660
(77) Ömer Hilmi, age, md. 437 sh. 209
(78) Ömer Hilmi, age, md. 446, sh. 214, Ali Haydar, age, 4/341-342
(79) Mecelle, md. 1662, 144, 1213, 1222
(80) Mecelle, md. 1662, Ali Haydar, age, 4/344-346
(81) Mecelle, md. 1660

hemen aklımıza şu soru gelmektedir. Acaba boşanma, evlenme ve vasiyet gibi diğer davalarda müruruzaman süresi ne kadardır? Ali Haydar'ın görüşüne göre, bu konuda ayrıntılı bilgi mevcut değildir. Ancak müruruzaman sebebiyle davanın reddedileçeği tesbit edilmeyen hususlarda davanın kabulü lazım gelir denilebilir. Meğer ki içtihadî veya özel bir müruruzamana tabi ola (82).

b) On Senelik Süre

Mülk arazinin tasarrufuna dair davalarda müruruzaman süresi onbeş seneden ibaret olduğu halde, mîrî arazinin ve yine mîrî arazi hükmünde olan gayr-ı sahih mevkuf arazinin tasarrufuna dair davalarda müruruzaman süresi, AK.nun 20. maddesinde belirtildiği üzere yalnız on senedir (83). AK.nun 20. maddesi aynen şöyledir : "Sığar (küçüklük) ile cünun (akıl hastalığı) ve tegallüb ve müddet-i sefer-i baîd olan âher diyarda bulunmak gibi a'zâr-ı şer'iye-i mutebereden biri şer'an tahakkuk etmedikçe, on sene bilâ-niza tasarruf olunan tapulu araziye müteallık davalar istima' olunmaz ve ol a'zar-ı mu'teberenin zeval ve indifaı tarihinden itibaren on seneye kadar araziye müteallık deâvî (davalar) istima olunup müddet-i mezkûre mürurunda istima kılınmaz" (84). Madde metninde zikredilen "a'zâr-ı mu'tebere" müruruzamanı kesen sebeplerdir (85).

Mezkûr yirminci (20.) maddede yalnız mîrî arazinin tasarrufuna dair müruruzamandan bahsedilmekde, mîrî araziyi ilgilendiren irtifak hakları davalarından sözedilmemektedir. Bu konuyu da Mecelle'nin 1662 md. sinin son fıkrası çözüme kavuşturmaktadır. Şöyle ki : On sene mürurundan sonra arazi-i mîriye davaları istima olunmadığı gibi araziy-i mîriyedeki tarik-i has, mesîl ve hakk-ı şirb (gibi irtifak hakları) davaları dahi on sene terk olunduktan sonra istima' olunmaz" (86). Mecelle'nin bu son fıkrası, arazi-i mîriyede tasarruf davalarının ve arazi-i mîriyedeki zaruri geçit irtifakı, mecra irtifakı ve kaynak irtifakı davalarının on senelik zamanaşımına tabi olduğunu gayet özlü bir şekilde ifade etmektedir (87).

---

(82) Ali Haydar, age, 4/338

(83) Konuyla ilgili bir iki fetva :
"On sene bilâ-özür terk olunan tapulu tarla davası mesmûa olur mu? El cevap : Olmaz."
"Bu suretle Zeyd-i Kâdi da'vay-ı mezbûreyi istima' ve hükmeylese hükmü nâfiz olur mu? El-Cevap : Olmaz."
(Ahkâm-ı Mer'iye, Müteferrikat Kısmı, Karakoç, Tahşiyeli Kavanin c. 1, sh. 153, Ömer Hilmi, Ahkâmül Arazi, Dersaadet, 67 vd.)

(84) Arazi Kanunname-i Hümayûnu, md. 20

(85) Halis Eşref, age, sh. 192 vd.

(86) Mecelle, md. 1662

(87) Ali Haydar, age, 4/345-346, Halis Eşref, age, sh. 193

Mîri arazideki tasarruf davaları iki şekilde olabilir. Birincisi, bir şahıs diğer bir şahıs aleyhine dava açar, ancak mîri araziden bir tarlada kendi bilgisi altında davalı on sene nizasız ve fasılasız tasarruf ettiği halde sessiz kalır. On sene geçtiği için davacının mezkûr tarladaki tasarruf iddiası reddedilir. İkincisi ise, arazi memurlarının şahıslar aleyhine açtıkları davalardır (88).

c) İki Senelik Süre

Devlet tarafından muhacirlere (göçmenlere) tefviz edilen mîri arazinin tasarrufu hakkındaki müruruzaman süresi diğer mîri arazinin tasarrufu hakkındaki davalarda olduğu gibi on seneden ibaret değildir. Belki Arazi Kanunnamesine zeyl olmak üzere hazırlanarak irade-i seniyyeye mazhar olan ve Cemaziyelevvel 1305/12 Kânûnuevvel 1303 tarihiyle neşrolunan kanun fıkrası gereğince, sadece iki seneden ibarettir (89). Adı geçen kanun fıkrası aynen şöyledir: "Araziy-i hâliye ve mahlûleden Devletçe muhacirîne tefviz olunup onlar tarafından ziraat ve ebniye inşa olunan arazi hakkında bilâözür iki sene mürurundan sonra âheri tarafından ikame olunacak tasarruf davası istima' olunmaz" (90).

Bununla beraber sözkonusu iki senelik müruruzaman Devletçe tefviz olunan araziden dolayı göçmenler aleyhine başka bir kimse tarafından açılacak davalara mahsustur. Yoksa Devletçe bir göçmene tefviz olunan tarlayı başka bir kimse zaptettiğinde göçmenin o kimse aleyhine açacağı dava, diğer mîri arazi davaları gibi on seneye kadar dinlenir. Ayni şekilde göçmenlere Devletçe tefviz kılınmayıp göçmenler tarafından başka yollarla elde edilen mîri arazi davalarında göçmenlerin leh ve aleyhlerindeki davalarda da müruruzaman süresi on senedir (91).

Özetlenecek olursa, göçmenler hakkında müruruzaman süresinin iki sene olması, İskan-ı Muhâcirîn Talimatı (92) gereğince, bir yerde iskan edilen göçmenlere sayılarına göre Devletçe karşılıksız olarak tefviz edilecek araziye münhasır olup, söz konusu arazinin mahlûl mîrî arazi, metrûk arazi veya mevat araziden olması farketmez. Hepsinde de süre iki seneden ibarettir. Yoksa mevat arazi ihya edildiği için veya metrûk arazi tasarrufa elverişli olmadığı için Devletçe verilmiş ise, mevat arazide müruruzamanı on sene kabul etmek, ayni şekilde Devletçe verilen metrûk

(88) Ali Haydar, age, 4/345-346
(89) Halis Eşref, age, sh. 193-195
(90) Neşir ve İlanı: 13 Cemâziyelûlâ 1305/14 Kânunusânî 1303 - Cerîde-i Mahâkim, No: 429, sh. 4687 bu kanun fıkrasının esbab-ı mûcibesi için bkz. Karakoç, age, 1/187-188
(91) Halis Eşref, age, sh. 194
(92) 3 Muharrem 1297 tarihli Talimatnâme, Bend, 4 (Karakoç, age, 1/187)

arazide müruruzamana asla itibar etmemek caiz değildir. Şu kadar ki, mevat arazi göçmenlere Devletçe verilmeyip de, sadece arazi memurunun ruhsatıyla verilmiş ise müruruzamanın on sene olması gerekir. Ayni şekilde metrûk arazi Devletçe tefviz olunmayıp da yetkisini aşan arazi memuru tarafından talimata aykırı olarak tefviz edilmiş ise müruruzamana asla itibar edilmez (93).

d) Sair Süreler

Yukarda saydıklarımızdan başka, İslâm ve Osmanlı Hukukunda, çok daha kısa veya çok daha uzun müruruzaman süreleri bulunabilir. Mezheplere göre değişik içtihadî müruruzaman süreleri de vardır. Ayrıca Ceza Hukukundaki müruruzaman süreleri de burada zikredilmeyerek, belki ayrı bir başlık altındaki işlenecektir. Bunların herbirini burada saymaya da gerek yoktur. Konuyu bitirmeden önce, önemli bazı müruruzaman sürelerine de göz atacağız.

Şüf'a hakkı sahibi, başka bir memlekette bulunmak, küçük olmak ve benzeri haklı sebeplere dayanmaksızın, şüf'a hakkını mahkemeye müracaat edip takip etmezse, bir ay geçince şüf'a hakkı müruruzamana uğrar. Şüf'a hakkı konusundaki bir aylık müruruzaman süresi İmam Muhammed'in görüşüdür ve içtihadî bir süredir. İmam A'zama göre, şüf'a hakkı şahitle tesbit edildikten sonra müruruzamana uğramaz (94).

Kocası gaib olsun olmasın, hâkim tarafından veya bizzat eşler tarafından nafaka tesbit edilmeden önce, kadının kendi malından nafaka olarak harcadığı şeylerden dolayı kocasına müracaat hakkı da bir aylık müruruzamana tabidir. Bir ay veya daha fazla bir müddet geçmesiyle müracaat hakkı sakıt olur (95).

III — MÜRURUZAMAN SÜRELERİNİN BAŞLANGICI VE HESAPLANMASI

A) Başlangıcı

Müruruzaman süresi, davacının dava konusu hakkını arayabilme yetkisine ve fırsatına sahip olduğu tarihten itibaren başlar. Buna göre, müeccel bir alacak davasında müruruzaman ancak alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Zira alacak muaccel hale gelmeden davacının sözkonusu alacağını talep ve iddiaya yetkisi yoktur. Hatta müeccel bir

(93) Halis Eşref, age, sh. 194-195
(94) Mecelle, md. 1034, Ali Haydar, age, c. 3, sh. 192-193, Mürşid'ül-Hayran, md. 136, sh. 25
(95) Kadri Paşa, El-Ahvalû'ş-Şahsiye, md. 200 (AKGÜNDÜZ, Ahmet, age, sh. 265 vd.)

alacaktan dolayı, borçlu hapsedilmez ve tutuklanmaz. Örneğin, bir şahıs başka birinden "Bundan on beş sene önce semeni üç sene müeccel olmak üzere sana sattığım fülan şeyin semeninden sende şu kadar kuruş alacağım vardır" diye dava eylese davası dinlenir. Zira alacağın muaccel hale geldiği tarihten itibaren sadece on iki sene geçmiş olur. Halbuki alacak davası onbeş seneye kadar dinlenebilir (96).

Nesil ve nesil halefiyet yoluyla evlada yapılan vakıf mallarda ise, müruruzamanın başlangıcı, birinci batnın sona ermesi tarihinden mu'teberdir. Zira birinci batın varken ikinci batının (çocuklar varken torunların) dava yetkileri mevcut değildir. Örneğin mütevellilik hakkı ve geliri (gallesi) halefiyet yoluyla vakfedenin evladına şart koşulan gayrimenkul bir vakıf malını, birinci batından biri başkasına satıp teslim eylese, müşteri dahi sözkonusu gayrimenkule otuz beş sene zilyed olarak tasarruf ettikten sonra, birinci batın tamamen sona ermekle ikinci batında bulunan evlad mütevelli olup bir sene mürurunda sözkonusu gayrimenkulü vakıf olmak üzere müşteriden dava eyleseler, davaları kabul edilir. Çünkü birinci batının sona ermesinden sonra sadece bir sene geçmiştir. Ondan evvel geçen süre müruruzaman süresine mahsup edilmez (97).

Vâkıfın tevliyet ve gallesini batından batına (batın sırasıyla) evladına şarteylediği vakıflarda, önceki batın zamanında yalnızca kısmen işlemiş olan müruruzaman mahsup edilemiyeceği yukarıdaki izahlardan anlaşılıyor ise de, hukukçular arasında tartışmalı olan şu sorunun cevabı kesin olarak verilmiyor: Acaba batn-ı evvel zamanında müruruzaman süresi tamamlandıktan sonra tevliyet ikinci batna intikal eylese, ikinci batnın dava hakkı var mıdır? Bu sorunun cevabında hukukçular tereddütlüdür;

Ali Haydar ve Ömer Nasuhi'nin de içinde bulunduğu bir gurup hukukçuya göre, Mecelle'nin 1667. maddesindeki ikinci misal (yani daha önce izah ettiğimiz mesele) ve bunun gerekçesine göre, ikinci batnın da dava hakkı bulunması gerekir. Sözkonusu mesele için bir önceki paragrafa bakılmalı. Ancak gerekçesini zikredelim: "Zira bu gibi vakıflarda önceki batın mevcut iken ikinci batında bulunanlara ve ikinci batın mevcut iken üçüncü batında bulunanlara hisse verilmez ve tevliyetleri olmaz ve dolayısıyla davaya salâhiyetleri bulunmaz." Ancak bu konuda İslâm hukukçularından (fukahadan) nakledilen açık bir mesele yoktur. Bu hukukçulara göre, açık bir nakil buluncaya kadar, soruya müsbet cevap veril-

(96) Mecelle, md. 1660, 1667, Ali Haydar, age, 4/353 vd. Halis Eşref, age, sh. 198 vd. Mürşid'ül-Hayran, md. 258, sh. 48, Krş.: Tekinay, age, sh. 839 vd.

(97) Ömer Hilmi, age, md. 436, sh. 208, Ali Haydar, age, 4/354-356, Mecelle, md. 1667

D Ü Z E L T M E

60. sayfanın 3. paragrafının başından 62. sayfanın ilk paragrafının sonuna kadar olan metin aşağıdaki şekilde düzeltilecektir.

Vakfedenin tevliyet ve gallesini (gelirini) batından batına (nesil be nesil, batın sırasıyla) evlâdına şart eylediği vakıflarda, önceki batın zamanında kısmen işlemiş olan müruruzaman süresinin mahsup edilemiyeceği yükardaki izahlardan anlaşılıyor ise de, hukukçular arasında tartışmalı olan şu sorunun cevabı kesin olarak verilmiyor: Acaba birinci batın zamanında müruruzaman süresi tamamlandıktan sonra tevliyet hakkı ikinci batına intikal eylese, ikinci batının dava hakkı var mıdır? Bu sorunun cevabında hukukçular iki guruba ayrılmıştır:

Birinci guruba göre, zamanaşımı süresini dolduran batından sonra gelen batnın (meselâ ikinci batnın) dava hakkı vardır. Zira bu gibi vakıflarda önceki batın mevcut iken ikinci batında bulunanlara ve ikinci batın mevcut iken üçüncü batında bulunanlara hisse verilmez, tevliyet hakları bulunmaz ve dolayısıyla davaya salâhiyetleri bulunmaz. İslâm hukukçuları meseleyi açıklamamışlardır. Soruya müsbet cevap vermek gerekir. Bu görüşe göre, sözkonusu vakıflarda müruruzamanın gerçekleşmesi mümkün değildir (97 a). Ali Haydar ve Ömer Nasuhî bu görüşü müdafaa etmektedirler.

İkinci bir guruba göre ise, bir sonraki batnın dava hakkı mevcut değildir. Karşı taraf zamanaşımından yararlanabilir. Bunlar gerekçe olarak şunu zikrederler: Mecelle'nin 1667. maddesi ve Ömer Hilmi'nin Ahkâm'ül-Evkaf'ının 436. meselesi vakfın rakabesi ile ilgili davaları değil, tevliyet ve galle davalarını ilgilendirmektedir. Halbuki bu iki dava arasında hüküm farkı mevcuttur. Tevliyet ve galle davalarında bir sonraki batnın dava hakkı mevcut olsa da, vakfın rakabesi ile ilgili davalarda dava hakkı mevcut değildir. Vakıf hükmî şahsiyetinin asl-ı vakfa (rakabeye) davaya salâhiyeti, başlangıçtanberi, yani vakıf mala gasb ve tecâvüz tarihinden beri zaten vardır ve 36 yılı doldurduğu an müruruzaman sözkonusudur (97 b). Ali Himmet Berki ve Sungurbey'in görüşü budur.

(97 a) Ali Haydar, Dürer, 4/354-356; Tertib-üs-Sunûf, md. 1639; Bilmen, Kamus, 4/368; Sungurbey, MHS, 4/1-5; Berki, Vakıflar, I/274-275; Mecelle, md. 1667; Ömer Hilmi, AE, m. 436

(97 b) Berki, Vakıflar I/274-275; Sungurbey, MHS, 4/1-17

Kanaatimize göre, hem galle ve tevliyet davalarında hem de vakfın aslını ilgilendiren davalarda, bir sonraki batnın dava hakkı, eğer daha önceki batında zamanaşımı süresi dolmuşsa, mevcut değildir. Fakat çok dikkat edeceğimiz bir husus vardır: Karşı tarafın zamanaşımından istifâde edebilmesi vakfın mütevellisinin varlığına bağlıdır. Eğer vakfın mütevellisi yoksa veya kimin mütevelli olduğu belli değilse, ne kadar süre geçerse geçsin, zamanaşımı sözkonusu olamaz. Böyle bir cevap karşısında her iki gurubun da sözkonusu ettiği sakıncalar ortadan kalkar. İkinci gurubun cevapları doğru, fakat eksik ve gerekçesi yanlıştır. Birinci gurubun ise gayeleri vakfı korumak olduğundan yerindedir; ama bu görüş kabul edilirse böyle vakıflarda zamanaşımı aslâ gerçekleşemez. Halbuki önceki batnın zamanında süre dolması halinde, ikinci batna dava hakkı tanımanın ve karşı hasmı zamanaşımından yararlandırmanın şartı, zamanaşımı iddiasında bulunan tarafın, mütevellinin müvâcehesinde tasarrufudur. Mütevellinin bu tasarruf karşısında sükûtudur. Tevliyet görevi boş ise bu şart tahakkuk etmez. Bu sebeple eski vakıfların % 90'ı zamanaşımı iddiası ile sahiplenilemez. Zira % 90'nının mütevellileri müvâcehesinde tasarruf sözkonusu değildir. Ayrıca kadimdenberi vakıf olarak bilinmesi ve hukuken geçerli olan yazılı delillerin bulunması da, zamanaşımı iddialarını bertaraf eder (97 c).

(97 c) Mardin, Ahkâm'ül-Evkaf, 224-225; Krş: Sungurbey, MHS, 4/1-17; Berki, Vakıflar I/274-275; Hâtemi, Tüzel Kişiler, I/658, 670-671; Ali Haydar, TS, md. 1638 ve şu fetva konuya ışık tutmaktadır: "Zeyd karnen ba'de karn'n evlâdıncı ve evlâd-ı evlâdına vakf eyledüğü dükkânların ba'zını hilâf-ı şer' bey etmekle 30-40 yıldan ziyâde mülkiyet üzere tasarruf olunurken evlâd-ı vâkıfdan ba'zısı vakıflar deyû da'va etmek içün der-i devletten ber-müceb-i vakfiye amel oluna deyû emr-i şerif ihrâc eyleseler, mücerred hasımların "zaman mürûr etmiştir" deyû taallülleri müfid olup men'e kâdir olurlar mı? El-Cevap: İstimaa izn-i Sultanî olıcak men'e kâdir olamazlar. Çivizâde", Süleymaniye Kütüphanesi, İsmihan Sultan, No. 223, Vrk. 116/A; Ceride-i İlmiye, c. 1, sh. 114

melidir. Fakat şunu da kaydediyorlar ki, eğer müsbet cevap verilirse bu çeşit vakıflarda müruruzamanın gerçekleşmesi mümkün olmaz (97 a)

Başta İsmet Sungurbey ve Ali Himmet Berki olmak üzere diğer bir gurup hukukçulara göre ise, bu sorunun cevabı menfi olmalıdır. Bunların gerekçeleri de ilgi çekicidir: Evvela, bu konuyu düzenleyen ilgili Mecelle maddesi (1667. md.) ve Ömer Hilmi Efendi'nin eserindeki 436. mesele, vakfın rakabesi ile ilgili davalar hakkında değil, sadece vakıf malların tevliyet ve galle davaları hakkındadır. Tevliyet ve galle davalarında sorunun cevabı olumlu olsa da, asl-ı vakıf davalarında mutlaka menfidir. Vakıf hükmî şahsiyetinin asl-ı vakfa (rakabeye) ilişkin davaya salâhiyeti, başlangıçtanberi, yani vakıf mala gasb ve tecavüz tarihinden beri zaten vardır. Ve otuzaltı yılı doldurduğu an müruruzaman sözkonusudur (97 b).

Kanaatimizce ikinci görüş sahiplerinin, özellikle İsmet Sungurbey'in, birinci görüş sahiplerini aşırı bir şekilde tenkit etmesi ve bu arada Ali Haydar Efendi'yi rakabe davaları ile galle ve tevliyet davalarını birbirinden ayıramamakla itham etmesi tamamen yersizdir. Mecelle'nin 1667. maddesinin üçüncü fıkrası, Sungurbey'in iddia ettiği gibi, sadece tevliyet ve galle davalarına değil, her çeşit vakıf davalarına ilişkindir. Zira maddenin ifadeleri mutlaktır; bunu delilsiz kayıtlamak mümkün değildir. Ayrıca "bir şahıs hükmünde olan kimselerin tasarrufları müruruzamanın hesabında yekdiğerine zamm ve ilave olunur" kâidesi açıklanırken, ne fıkıh kitaplarında ve ne de diğer eserlerde, ayrı ayrı iki batında geçen sürelerin birbirine ilave edileceği de kaydedilmemektedir. Fâriğ ile mefrûğunleh tabirleri ise, tamamen gayr-ı sahih vakıflar için sözkonusudur. Bütün bunlara rağmen, vakıf mallar ile ilgili müruruzaman hükmünü açıklayan fıkıh kitaplarının ibareleri ve fetvalarda, müruruzaman süresi hiçbir kayıt zikrolunmaksızın (örneğin, birinci batındaki, ikinci batındaki gibi...) otuzaltı veya otuzüç sene şeklinde belirtilmektedir. Yani otuzaltı sene geçtikten sonra (geçiş keyfiyetinden bahsedilmiyor) vakıf davalarının müruruzamana uğrayacağı kayıtsız zikredilmektedir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, vakıf davalarında vakıf mallar lehine olan cihet tercih edilmelidir. Medeni Kanunumuza eklenen "Vakıfların malları üzerinde zilyetlik yoluyla iktisap hükümleri tatbik olunmaz." (md. 81/B) hükmü de, vakıf malların ebediliği ve amacı açısından mutlaka gözönünde bulundurulmalıdır. Hâkime kanun boşluğundan dolayı takdir hakkı da verilebilir. Ancak hâ-

(97 a) Mecelle, md. 1167, Ali Haydar, age, 4/354-356, Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-u İslâmiye, İstanbul, 1951, c. 4, sh. 368, Sungurbey, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul, 1980, İÜHF Yayınları, No: 604, c. 4, sh. 1-5, Berki, Ali Himmet, Vakıflar, İstanbul, 1946, sh. 274-275, No: 296-297

(97 b) Sungurbey, 4/1-17, Berki, sh. 274-275, 278

kim dava konusu malın vasfını iyice araştırmalıdır. Bu konuda "kıdeme itibar olunur" kâidesi de bize rehberlik edebilir. Böyle bir dava, eskiden beri vakıf olduğu bilinen bir mal hakkında ise, kesinlikle birinci görüş tercih edilmelidir (97 c).

Mehr-i müeccel davasında müruruzamanın başlangıcı boşama anından veya eşlerden birinin ölüm tarihinden itibar olunur. Zira mehr-i müeccel ya boşama veya ölüm ile müaccel hale gelir (98).

Buraya kadar zikredilen hükümler mülk ve vakıf mallar için geçerlidir. Mîrî arazide müruruzamanın başlangıcı ayrı hükümlere tabi tutulmuştur. Mîrî arazide, müruruzamanın başlangıcını, yani hangi tarihten itibar edileceğini tayin için bakılır:

Eğer dava bir haklı sebebe dayanılmaksızın terk edilmiş ise, müruruzamanın başlangıcı davalının arazide tasarrufa başladığı tarihtir. Yoksa bilfiil tasarrufa başladığı tarihten önce, tsarrufda bulunmadan geçen süre hesaba dahil edilmez (99). Buna göre bir kimse bilfiil tasarruf etmeksizin sadece mîriye ait bir tarlayı zilyedliğine geçirdikten iki sene sonra tasarruf etmeye başlasa, müruruzaman süresi olan on senenin başlangıcı bilfiil tasarufa başladığı tarihtir. Tasarrufda bulunmadığı iki sene asla nazar-ı dikkate alınmaz (100).

Eğer dava bir haklı sebepten dolayı terkedilmiş ise müruruzamanın başlangıcı, haklı sebebin, diğer bir ifadeyle müruruzamanı durduran veya kesen sebebin sona ermesinden itibaren başlar (101).

(97 c) Sungurbey, 4/1-17, Berki, 274-275, 278, Hâtemî, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, I, Giriş, Tarihî Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul, sh. 670-671, Cami-ül-İcareteyn isimli fetva Mecmuasının ilgili Bölümleri, sh. 5 vd. İstanbul, Taşbasma

(98) Mecelle, md. 1667, Mürşid'ül-Hayran, md. 48

(99) Halis Eşref, age, sh. 198-199, Temyiz Mahkemesi: 7 Nisan 1332 Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, No: 19, sh. 39

(100) Halis Eşref, age, sh. 198-199

(101) Halis Eşref, age, sh. 199-200, Mecelle md. 1663 Mürşid'ül-Hayran, md. 256, Arazi Kanunname-i Hümâyûnu, md. 20-22
Konuyla ilgili bir fetva aynen şöyledir:
"Bir beldede araziy-i emîriyeden bir tarlaya tapu ile mutasarrıf olan Zeyd müddet-i sefer-i baîd âher diyara gittikde Amr ol tarlayı tagallüben zabt ve dokuz sene miktarı tasarruf ve ziraat ettikden sonra hâlâ Zeyd ol beldeye avdet edip iki sene mürurunda ol tarlayı re'y-i sahib-i arzla Amr'den dava ettikde Amr mücerred onbir sene mürur etmekle davan mesmûa olmaz deyu Zeydin davasını def'e Kadir olur mu? El-Cevap: Olmaz."
"Bu surette müruruzamanın mebdei Zeyd'in ol beldeye avdeti tarihinden itibar olunmak lazım olur mu? El-Cevap: Olur." (Ömer Hilmi, Ahkâm'ül-Arazi, 67)

İflas eden bir şahsa karşı açılan alacak davalarında müruruzaman ancak iflasın ortadan kalkması tarihinden itibaren başlar. Zira iflas eden borçlu, borcunu ifa etmesi için hapiste bırakılamaz (102).

B) **Hesaplanması**

Müruruzaman 365 günden ibaret olan güneş yılı itibariyle hesaplanmayıp belki 354 gün sekiz saatten ibaret olan kamerî (ay) yılı itibariyle hesap olunur (103). Hatta bu konuda sorulan bir soru üzerine Mecelle Cemiyeti aşağıdaki kararı almıştır: "Müruruzaman hakkında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyede belirlenen onbeş senelik sürenin güneş ve ay yılından hangisine şumûlü olabileceği bazı kimseler tarafından sorulduğundan dolayı, durum Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Cemiyetince mütalaa edildi. Gerek ay ve gerek senenin kameriye ve Rumiye gibi bir kayıtla kayıtlı olmayarak zikredildiiğ yerlerde, şer'î örfe göre Kameriye'nin anlaşılması gerekir. Mecelle'nin müruruzaman hakkında tayin ettiği on senelik süre İslâm hukuku (fıkıh) kitaplarından alınmış olup, ayni süre sözkonusu kitaplarda da mutlak olarak zikredilmiştir. Bunun dahi şer'î örf gereği kamerî yıla tahsis edilmesi ve öyle anlaşılması gerekir. Fakat borcun t'ecili ve kira akdi gibi zaman ile sınırlı ve kayıtlı olan muamelelerde taraflar hangisini açıkça zikrederek akit yaparlarsa, yaptıkları sözleşmeye itibar edilir" (104).

Mûris ile mirasçı, arazi kendisinden intikâl eden şahıs (müntakalün minh) ile kendisine intikal eden şahıs (müntakalün ileyh), mîrî araziyi ferağ eden ile lehine ferağ yapılan (fâriğ ve mefrûğunleh) şahıslar gibi tek şahıs hükmünde olanların tasarruf veya terk süreleri müruruzaman süresinde dahildir. Yani müruruzaman süresinin aynı şahsın zilyedliğinde geçmesi şart değildir. Müruruzamandan istifade şartları bulunan her zilyed, aynı şartları hâiz olan daha önceki zilyedin, zilyetlik süresini kendi süresine ilâve etmek salâhiyetini hâizdir. Buna göre, bir davayı bir süre mûris ve bir süre mirasçı terk edip de, iki sürenin toplamı müruruzaman sınırına ulaşırsa artık mirasçının davası dinlenmez. Örneğin bir şahıs diğer bir şahsın zimmetindeki alacağını haklı bir sebep bulunmaksızın sekiz sene dava etmediği gibi ölümünden sonra yedi sene daha mirasçısı dava

---

(102) Mecelle, md. 1668, Ali Haydar, age, 4/356-357

(103) Ömer Hilmi, age, md. 448, sh. 214-215, Halis Eşref age, sh. 196

(104) Mecelle Cemiyeti Kararını Mübelliğ Tahrirât-ı Adliye: 6 Teşrînievvel 1296/15 Zilhisse 1297 - Ceride-i Mahâkim, No: 72, sh. 571, Halis Eşref, age, sh. 196-197
İşbu karara esas teşikl eden fetva şöyledir:
"Müruruzamanda sene-i şemsiye mu'tebere olmayıp sene-i kameriye mu'tebere olur mu? El - Cevap: Olur".
(Ömer iHlmi, Ahkâm'ül-Arazi, 67)

etmez ise ondan sonra artık dava dinlenmez, müruruzamana uğrar. Bu konuda mîrî arazi de ayni hükme tabidir (105).

Yukardaki paragrafta zikredilen hükümler, alıcı ile satıcı, bağışlayan ile lehine bağış yapılan hakkında da geçerlidir. Mesela, bir şahıs mülk bir arsaya onbeş sene mutasarrıf olup sözü edilen arsanın bitişiğinde evi bulunan kimse bu süre içinde, haklı bir sebep bulunmaksızın, sükût ettikden sonra evini başkasına sattığında müşteri "Bu arsa satın aldığım evin zarurî geçit yeri ve yoludur" diye iddia etse, davası dinlenmez. Nasıl ki bir şahıs bir davayı, haklı bir neden bulunmaksızın, terkederek zamanaşımına uğrasa, dava sözkonusu şahıs sağken kendisinden dinlenmediği gibi ölümü halinde de mirasçısından dinlenmez (106).

IV — MÜRURUZAMANIN DURMASI VE KESİLMESİ

Hakların dava edilebilme özelliğini ortadan kaldıran müruruzaman, haklı bir sebep (özür) bulunmaksızın vukua gelen müruruzamandır. Yoksa şer'an mu'teber olan haklı sebeplerden biriyle karşı karşıya bulunulmaktan dolayı istirdat davası açılamamış ise, söz konusu önemli sebep ortadan kalktıktan sonra, süresi içinde açılacak davalar reddedilemez (107). Bu nedenle İslâm ve Osmanlı hukukçuları, zamanaşımını durduran ve kesen bazı haklı sebeplerin (a'zâr-ı şer'iye-i mu'teberenin) bulunduğunu ka-

---

(105) Mecelle, md. 1670, Ömer Hilmi, age, md. 439, 440, Mürşid'ül-Hayran, md. 153, Halis Eşref, age, sh. 200-201, Ali Haydar, age, 4/357 vd. Krş. TMK. 909. İlgili bir fetva aynen şöyledir :

"Zeyd arazi-i mîriyeden bir tarlayı Amr'in muvacehesinde yedi sene zapt ve ziraat edip Amr bu müddette sükût edip ba'dehû Amr ancak oğlu Berk'i terkederek fevt oldukda, Zeyd ol tarlayı Bekr'in muvacehesinde dahi üç sene zapt ve tasarruf edip Bekr dahi bu müddette bilâ-özür sükût etmiş iken hâlâ Bekr "ol tarla sinîn-i merkumeden mukaddem babam Amr'in hayatında bâtapu tasarrufunda olup ba'de-vefâtihî âdiyen bana intikal etmiş idi" deyu dava eylese mesmûa olur mu? El-Cevap : Olmaz." (Ömer Hilmi, Ahkâm'ül-Arazi, 67-68)

(106) Mecelle, md. 1669, 1670, 1671, Ali Haydar, age, 4/358 vd. Mürşid'ül-Hayran, md. 261

(107) Halis Eşref, age, sh. 197 vd. Mecelle, md. 1663 Mürşid'ül-Hayran, md. 256 Arazi Kanunu, d. 20
İlgili bir fetva :

"Zeyd-i mecnunun Amr ile arazi-i mîriyeden tapulu tarlaya müteallıka davasında zamanaşımının mebdei Zeyd'in ifaketi tarihinden itibar olunmak lazım olur mu? El - Cevap : Olur."
"Bu surette ba'del-ifaka Zeyd'in oldavayı ancak dokuz sene terketmesi davasının istimaına mani olur mu? El - Cevap : Olmaz." (Ömer Hilmi, Ahkâm'ül-Arazi, 70, Ahkâm-ı Meriye, Müteferrikat, Karakoç, 1/153)

bul etmişlerdir. Müruruzamanın durması (vakf) ve kesilmesi (inkıta') ayrı ayrı şeyler olduğu için her ikisini de ayrı başlıklar altında işleyeceğiz (108).

A) Müruruzamanın Durması

Bazı durumlar olur ki, davacının hakkını aramak için dava açmasını engeller. Dava açması ve borçludan borcunu ifayı istemesi hayat gerçeklerine uymaz. Ancak bu gibi durumlar içinde geçen devreyi zamanaşımı süresinin hesabına dahil etmek de, bu müessesenin kabul ediliş amacına ters düşer. Doğru olan, bu gibi hallerde zamanaşımının hiç işlememesi, başlangıçta böyle bir durum olmadığı için işlemeye başlayan zamanaşımının da durmasıdır. Bu durma, söz konusu durumların (özürlerin, haklı sebeplerin) sona ermesine kadar devam eder. Bu gibi durumlarda zamanaşımının kesilmesi değil, durması ve ara verilmesi sözkonusudur (109).

İslâm hukukçuları böyle müruruzamanı durduran hallere a'zâr-ı şer'iye adını vermişlerdir. Davayı geciktiren haklı sebepler demektir (110). Bu a'zâr-ı şer'iye denilen durma sebepleri hem davacı hem de davalı için söz konusudur. Şimdi bu sebeplerden fıkıh kitaplarında açıklanan en önemlilerini zikredelim.

a) Ehliyetsizlik Veya Sınırlı Ehliyetlilik (Kâsırıyet)

Kâsırıyet, hak sahibi kimsenin küçük, akıl hastası ve bunak olmasından ibarettir. Bu sebeplerle tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetli olan kimseleri ilgilendiren davalarda, bu şahısların sözkonusu durumları devam ederken geçen süre, ister müruruzaman sınırına ulaşsın ister ulaşmasın, zamanaşımında dahil edilmez. Örneğin, beş sene sözkonusu haller devam ederek altıncı senenin başlangıcında ortadan kalksa zamanaşımı, altıncı senenin başından itibaren başlayacağı gibi bu haller (kâsırıyet hali)onbeş sene devam eylese de onaltıncı senenin başında ortadan kalksa zamanaşımı onaltıncı senenin başlangıcından itibaren hesaplanmak gerekir (111).

Ancak sözü edilen üç durum yokken zamanaşımı başlamış olup da, tamamlanmadan bu durumlardan biri araya girse de yine bir süre sonra ortadan kalksa söz konusu durumlar mevcutken geçen sürenin müruruzaman süresinden çıkarılması gerekir mi? Bu mes'ele tam olarak halle-

---

(108) El-Kebîsî, age, 2/317 vd. Mecelle, md. 1663, 1665, 1666, Mürşid'ül-Hayran, md. 157, 256

(109) El-Kebîsî, age, 2/317, Feyzioğlu, age, I. h. 566-567

(110) Arazi Kanunu, md. 20, Mecelle, md. 1663, Mürşid'ül-Hayran, md. 157, 256

(111) Ali Haydar, age, 4/347, Mecelle, md. 1663 Mürşid'ül-Hayran, 157, 256

dilmemiştir. Mesele halledilinceye kadar sorunun cevabı müsbet olsa gerektir. İslâm hukuku kitaplarında açık bir nakil yoktur (112).

Hülasa, bir şahsın deliliği, bunaklığı (atehi) veya küçüklüğünde geçen zamana itibar olunmaz. Zamanaşımı ancak bu durumlar ortadan kalkınca işlemeye başlar (113).

Bazı hukukçular, bu gibi hallerin müruruzamanı durdurması için bir şart daha koşmaktadırlar ki oda şudur: Ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetli olan şahısların işlerini takip edecek velilerinin de bulunmaması gerekir. Eğer velileri bulunursa, yukarda zikredilen sebepler zamanaşımını durdurmaz (114). Kanaatimizce bu görüş yerinde bir görüştür.

b) Gâiplik (Gaybûbet)

İslâm hukukçuları gâibliğin de zamanaşımını durduran sebeplerden olduğunu kabul etmişlerdir. Ancak Hanefi'lere göre, gâiplik, sadece davacı için değil, davalı için de bir durma sebebi sayılmalıdır. Mâlikiler ise, gâipliğin sadece davacı açısından bir durma sebebi olduğunu ileri sürmektedirler. Bu meseledeki ihtilafın sebebini, Hanefîlerin gıyabî muhakemeyi câiz görmemeleri, Malikilerin ise câiz görmeleri hususu oluşturmaktadır (115).

Gâip iken geçen zaman, gerek zamanaşımı sınırına ulaşsın gerek ulaşmasın, müruruzamanda etkisi olmaz ve hesaba dahil edilemez. Henüz gâiplik sözkonusu olmayan bir zamanda müruruzaman başlamış iken zamanaşımı tamamlanmadan gâiplik araya girse sonra da zâil olsa, bu gâiplik süresi de müruruzaman süresinden indirilir (116). Gâip olan davalının vekili veya nâibi bulunsa, davacı davalının gâip olmasından dolayı dava açmasa, müruruzaman işlermi, işlemez mi? Bu sorunun cevabı değişiktir: Yani davalının gâip olması halinde görülemiyecek davalarda

(112) Ali Haydar, age, 4/347

(113) Mecelle, md. 1663, Halis Eşref, age, sh. 197-198, Mürşid-ül-Hayran, md. 157, 256
İlgili iki fetva örneği:
"Zeyd-i sağîrin Amr ile araziy-i mîriyeden tapu ile tarlaya müteallika davasında müruruzamanın mebdei Zeyd'in bâliğ olduğu tarihten itibar olunmak lazım olur mu? El - Cevap: Olur."
"Bu surette ba'del-büluğ Zeyd'in ol davayı ancak dokuz sene terketmesi davasının istimaına mani olur mu? El - Cevap: Olmaz." (Ömer Hilmi, Ahkâm'ül-Arazi, 70, Ahkâm-ı Meriye, Müteferrikat, Karakoç, 1/153)

(114) El-Kebîsî, age, 2/317, 2 nolu dipnot

(115) El-Kebîsî, age, 2/318, Ali Haydar, age, 4/347 vd. Mecelle, md. 1663 Mürşid'ül-Hayran, 157, 256, Arazi Kanunu, md. 20

(116) Ali Haydar, age, 4/347-348

müruruzaman vekil bulunsa da durur, gâipliğinde de görülebilecek davalarda ise müruruzaman durmaz (117).

Acaba müruruzamanın durmasına sebep olan gâiplikten ne anlaşılmalıdır? İslâm hukuku eserleri, bir durma sebebi olan gâipliği "Müddet-i sefer-i baîd olan diyarda bulunmak" (118) olarak açıklamaktadırlar. Müddet-i sefer-i baîd (uzun bir sefer süresi) normal seyirle, yani yaya veya hayvanla orta yürüyüş ve mutad olan istirahatlerle en kısa günlerde üç günlük yani on sekiz saatlik mesafedir (119). Buna göre normal seyir ile üç günlük mesafe olan bir beldeye değişik bir vasıtayla iki günde varılsa bile o belde yine sefer-i baîd mesafesi sayılır. Ayrıca davalı yabancı bir ülkede bulunup da, o ülke davacının bulunduğu yere sefer mesafesi kadar uzak olmasa bile, yine de zamanaşımını durdurur. Zira yabancı devlette bulunması hakkın takibine gâiblik kadar engeldir (120).

Aralarında sefer müddeti kadar uzaklık bulunan iki belde sakinlerinden iki kişi bir kaç senede bir kere bir beldede birleşip yekdiğeri ile muhakemeleri mümkün iken bir şey dava etmeyerek, bu şekilde zamanaşımı süresi dolduktan sonra, müruruzaman süresi dolmadan önceki bir tarihte birinin diğerinden davası dinlenmez. Yani senede bir görüşme ve muhakeme imkanının bulunması sebebiyle bu gâiblik, zamanaşımını durdurmaz. Gâiplik esnasında karşılaşma tekerrür ederse, önceki gâiplik durma sebebinden sayılmamakla müruruzaman süresinden indirilmez. Zira bu takdirde önceki gâiplik müddeti zamanaşımı süresinden indirilirse, üçüncü dördüncü ve daha sonraki sürelerin de indirilmesi lazım gelir. Bu durumda bu gibi davalarda müruruzaman asla tahakkuk edemez. Ancak karşılaşma tekerrür etmez de bir defa vaki olursa bu takdirde önceki gâiplik süresinin indirilmesi icap eder. Zira bu durumda zikredilen sakınca yoktur (121).

Gâipliğin durma sebebi olarak kabulü, iddia edilen hakkın gâiblik esnasında sabit olma şartına bağlıdır. Hak sahibi, hakkın sübutunda gâib

---

(117) Ali Haydar, age, 4/348

(118) Mecele, md. 1663, Arazi Kanunu, md. 20
"Zeyd müddet-i sefer-i baîd olan âher diyara gittikten sonra karındaşı Amr, Zeyd'in arazi-i mîriyeden tapu ile tasarrufunda olan tarlayı fuzûlen Bekr'e ferağ edip Zeyd ol diyarda onbeş sene meks etmekle bu müddette dava edemese hâlâ Zeyd gelip ferağı mücîz olmamakla ol tarlayı sahib-i arz huzurunda dava murad ettikde Bekr mücerred onbeş sene mürur etmekle davan mesmûa olmaz deyu Zeyd'i davadan men'e kâdir olur mu? El - Cevap : Olmaz." (Karakoç, 1/153)

(119) Mecelle, md. 1664, Ali Haydar, age, 4/350

(120) Ali Haydar, age, 4/350-351

(121) Ali aHydar, age, 4/351-352, Mecelle, md. 1665

değilse ve sabit olan hakkını biliyorsa, sonradan ortaya çıkacak gâiplik hali müruruzamanı durdurmaz (122).

c) Tegallüb (Zilyet Tarafından Davacıya Karşı Cebir Kullanılması)

Tegallüb, davalının, kuvvetinden ve zulmünden korkulan bir kimse, örneğin zâlim idareci, kuvvetli bir kral olması demektir. Tegallüb halinde geçen süre, gerek müruruzaman sınırına ulaşsın gerek ulaşmasın, hakkın sübutu tegallüb zamanında olunca, müruruzamanda tesiri olamaz. Buna göre bir kimsenin mütegallibeden (zâlim ve kuvvetinden korkulan kimselerden) biriyle davası olup da hasmının tegallübü uzayarak, mesela mîrî araziden olan tarlasını, on beş sene dava edemediğinden müruruzaman süresi dolsa, sözkonusu davanın dinlenmesine, geçen onbeşlik süre engel olmaz. Zamanaşımı ancak tegallüb halinin zevali tarihinden mu'teberdir (123).

d) Kocanın Karısını Dava Açmaktan Men'etmesi

Zamanaşımını durduran sebepler sadece bu sayılanlardan ibaret değildir. Zira Mecelle ve Arazi Kanunu zikredilenleri saydıktan sonra "... gibi a'zâr-ı şer'iyeden biriyle" ifadesini kullanmışlardır. (124). İşte bu "gibi"-lerden biri de kocanın karısını dava açmaktan men'etmesidir. Yani hak sahibi olan bir kadını dava açmaktan kocası şiddetle men'ederse, bu müruruzamanı durdurur. Men' halinin ortadan kalkmasından sonra dava edilebilir. Men' halinde geçen süreye itibar edilmez. Ancak kocası tarafından men' edildiği sâbit olmalıdır (125).

e) Müruruzamanın Durmasına İlişkin Hükümler

---

(122) El-Kebîsî, age, 2/319, Ali Haydar, age, 4/348

(123) Mecelle md. 1663, Ali Haydar, 4/349-350, Halis Eşref, age, sh. 197, Arazi Kanunu, md. 20 Cin, Halil, Mîrî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Akara, 1969, sh. 342. İlgili Bir Fetva :
"Zeyd Hind'in tapu ile tasarrufunda olan tarlayı yirmi sene tagallüben zapteylese hâlâ Hind ol tarlayı Zeyd'den talep ettikde Zeyd mu'terif iken mücerred vech-i muharrer üzere yirmi sene zapt etmemle benim için hakk-ı tasarruf sabit olmuş olur deyip vermemeye kâdir olur mu? El - Cevap : Olmaz." (Karakoç, 1/153)

(124) Mecelle, md. 1663, Arazi Kanunu, md. 20. İlgili Bir Fetva :
"Zeyd Hind'in tapu ile tasarrufunda olan tarlayı tagallüben zaptedip lâkin Hind'in zevci Amr Hind'i men'-i ekîd ile men' etmekle Hind davaya kâdire olmayıp bu vechile on sene mürur eylese hâlâ Amr âher diyara gidip gâib olmakla Hind ol tarlayı Zeyd'den dava murad ettikde Hind'in müddet-i mezbûrede sükûtu Amr'in men'inden nâşi idüğü ma'ruf iken Zeyd mücerred on sene mürur etmekle davan mesmûa olmaz deyu Hind'i davadan men'e kâdir olur mu? El - Cevap : Olmaz." (Ahkâm-ı Mer'iye, Müteferrikat, Karakoç, 1/153-154)

(125) Ali Haydar, age, 4/349

Müruruzamanı durduran sebepler (a'zâr-ı şer'iye-i mu'tebere) iki yönlü hüküm meydana getirir. Ya müruruzamanın işlemeye başlamasını önler veya işlemekte olan müruruzamanı durdurur. İkinci hüküm İslâm hukuku ile ilgili eserlerde açıkça mevcut değildir. Ancak büyük hukukçu Ali Haydar, konuyu her durma sebebinden sonra gündeme getirmiş ve sonuçta konuyu müsbet şekilde çözümlemiştir. Sadece tegallüp ile ilgili izahlarını kısmen sadeleştirerek aynen almak istiyoruz: "Fakat tegallüb mevcud olmadığı bir zamanda müruruzaman başlamışken zamanaşımı tamamlanmadan tegallüb hali araya girerek bir süre sonra yine zâil olsa tegallüb halinde geçen sürenin zamanaşımı süresinden indirilmesi gerekir mi? Zahir olan tenzili (indirilmesi) lazım gelir (126)" demektedir. Doğru olan da budur.

f) Bilmemek (cehl) Müruruzamanda Durma Sebebi Sayılmaz

Bir şeyi bilmemek, o şey hakikaten bilinmesi zor bir şey ise, hafifletici sebeplerden sayılırsa da, müruruzamanda davacının bilmemesi durma sebeplerinden sayılmayacağı Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin fetfalarında açıkça belirtilmiştir. Mecelle cemiyeti de cehlin durma sebeplerinden olmadığına karar vermiştir. Buna göre bir şahsın nizasız ve fasılasız onbir sene tasarrufu altında bulunan tarla hakkında başka bir şahıs dava açarak "Bu tarla senelerce önce ölen babamın tapu karşılığı tasarrufunda olduğu halde intikal sahiplerinden sadece bir kişi bırakarak vefat eylediği cihetle mezkûr tarla bana intikal etmiş ise de, babamın olduğunu bilmediğimden dava edememiştim. Şimdi durumu öğrendiğimden dava ediyorum" demiş olsa davası dinlenmez (127).

B) **Müruruzaman Sürelerinin Kesilmesi (Kat'ı)**

Müruruzaman süreleri bazı fiiller sonunda kesilir. Kesilme, durmadan niteliği ve hükümleri itibariyle farklıdır. Müruruzamanın durmasında, bazı sebepler yüzünden hak takip olunmamakta veya olunamamaktadır. Oysa

(126) Ali Haydar, age, 4/349, Krş. TBK. md. 132/son fıkra, El-Kebîsî, age, 2/319-320

(127) Halis Eşref, age, sh. 198, Ali Haydar, age. 4/350, Ömer Hilmi, age. md. 444, sh. 213
İlgili bir fetva:
"Zeyd arazi-i mîriyeden bir tarlayı Amr'in muvacehesinde onbeş sene zapt ve tasarruf edip Amr bu müddette sükût etmişiken hâlâ Amr "ol tarla sinîn-i merkumeden mukaddem vefat eden babam Bekr'in tapu ile tasarrufunda olup babam ancak beni terkederek fevt olmakla ol tarla âdiyen bana intikal edip fakat ol tarla babamın tasarrufunda olduğunu mukaddemâ ma'lumum değil idi. Binaenaleyh dava edememiş idim. Şimdi vâkıf oldum, dava ederim" dese davası mesmûa durmu? Elcevap: Olmaz" (Ömer Hilmi, Ahkâm'ül-Arazi, 69-70)

müruruzamanın kesilmesinde, aksine hak talep edilmektedir. Bu sebepten dolayı da o vakte kadar işleyen zaman süresi yanmakta, silinmektedir: O andan itibaren tekrar ve kâide olarak aynı müruruzaman süresi işlemeye başlamaktadır (128).

a) Davacının Fiilleri ile Müruruzamanın Kesilmesi

Davacının hakkını takip etmek üzere mahkemede dava açması müruruzamanı keser, mesela bir şahıs hâkim huzurunda diğer bir şahıstan bir hakkını bir kaç senede bir kere dava edip, ancak davaları çözümlenmeyerek mahkeme uzasa ve davanın sürüncemede kalması esnasında dava konusuna göre kanunen belirlenmiş olan süre, örneğin alacak davasında onbeş senelik zamanaşımı süresi geçse davanın dinlenmesine mani olmaz. Ancak iki dava arasındaki sürenin müruruzaman sınırına ulaşması davanın dinlenmesine mani olur. Örneğin iki dava arasında geçen süre alacak davasında onbeş ve mîrî arazi davasında on seneye bâliğ olursa, davanın dinlenmesine mani olur (129).

Davacının açtığı davanın müruruzamanı kesmesi için iki şart aranır:

Birincisi : İddianın mahkemede hâkim huzurunda dava açılarak ileri sürülmesidir. Davacının hâkim huzurunun dışında, başka bir yerde hakkını takibi müruruzamanı kesmez.

İkincisi : Yargılamanın (muhakemenin) yapılmış olmasıdır. Dava açılıp da mahkeme huzuruna çıkılmazsa ve taraflar oluşmadan dava terkedilse, bu çeşit davalar da, müruruzamanı kesmez (130).

Davacının, hakkını aramak için, hüküm vermeye ve davayı fasletmeye yetkisi bulunmayan idare meclislerine, çarşı, pazar ve lonca odalarına başvurması müruruzamanı kesmez. Ancak davacının def'-i dava zımnında mahkemeye müracaat etmesi, hakeme başvurması, icraî takibatta bulunması, iflas masasına müdahele etmesi acaba müruruzamanı keser mi? Bu konu değerlendirmeye göre değişir. Önemli olan husus, bir hakkın hükme ve davayı çözmeye yetkili bir makam huzurunda takip edilmesidir. Kanaatimizce zikredilen haller de bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyle soruya müsbet cevap vermek gerekir. Aksini savunan hukukçular da mevcuttur (131).

---

(128) Feyzioğlu, age, c. II, sh. 577-578, El-Kebîsî, age, c. 2, sh. 320

(129) Mecelle, md. 1666, Ali Haydar, age, 4/352-353, Halis Eşref, age, sh. 201 vd. El-Kebîsî, age, s. 2, sh. 320-321, Ömer Hilmi, age, md. 443, sh. 212-213, İbn Âbidin, Reddül-Muhtâr, İstanbul, 1332, c. 4, sh. 476

(130) Halis Eşref, age, sh. 202, Mecelle, md. 1666 Ömer Hilmi, age, md. 443

(131) Ali Haydar, age, 4/353, El-Kebîsî, age, 2/320-321 Aksi fikir için bkz. El-Ânî, Muhammed Şefik, Usulül-Mürafaât Ve's-Sukûk Fikadâiş-Şer'î, Bağdad, 1384/1965, sh. 64

Sadece dilekçe ve arzuhal, davetiye varakasının tebliğine mukârin olsa bile İslâm hukuku hükümlerine göre müruruzamanı kesemez. Zira Mecelle'nin 1666 md.sinde açıkça belirtildiği üzere müruruzamanı kesen, davadır. Dava ise hâkim huzurunda hasmın karşısında hakkını yüzyüze istemek demektir. Yoksa hasmın karşısında yüzyüze olmayan talep, davadan sayılmaz (132). Ali Haydar'dan naklettiğimiz bu bilgiler bir önceki paragrafta zikrettiğimiz soruyu menfi olarak cevaplayanları destekler mahiyettedir. Meselenin iyice tetkiki gerekir.

b) Davalının Fiilleri Sonucu Müruruzamanın Kesilmesi Telakki İddiası

Müruruzaman bulunan bir davada davalının, mahkeme önünde davacının dava ettiği şekilde hâlâ kendisinde hakkı olduğunu açıkça ikrar ve itiraf edivermesi zamanaşımını keser ve artık zamanaşımına itibar olunmaz, davalının ikrarına göre hüküm verilir (133). İkrar ya şifahî olur. Veya ibraz edilen senedin imzası ve mührü kendisinin olduğunu ikrar ile yazılı olur. Buna ikrar bil-kitâbe denir (134).

İkrarın mahkeme önünde yapılması şarttır. Zira davalı mahkemede ikrar etmeyip de davacı onun başka bir yerde ikrar etmiş olduğunu ve ikrar tarihinden itibaren zamanaşımı bulunmadığını iddia ederse, davacının asıl davası dinlenmediği gibi ikrar davası dahi dinlenmez. Çünkü uydurma ve yalan ihtimali mevcuttur (135).

Ancak iddia edilen ikrar, daha önce davalının meşhur ve maruf olan yazı veya mührünü havi bir senede bağlanıp da söz konusu senedin tarihinden dava anına kadar da zamanaşımı süresi geçmemiş ise, bu durumda ikrar davası kabul edilir. Kısaca yazılı ikrarın mahkeme önünde olması şart değildir (136).

Davalının ikrarının, zamanaşımını kesen bir sebep olarak kabul edilmesinin nedeni şudur: İslâm hukukçuları, tekâdüm-i zaman (müruruzaman) ile hakların sâkıt olmayacağı ve zamanaşımından dolayı davanın dinlenilmemesi prensibinin, şüphe ve yalanları önlemek için kabul edildiği görüşündedirler. İkrar şüphe ve yalanları ortadan kaldırınca zamanaşımı da davayı engelleyici vasfını kaybeder (137).

Acaba, davalı, sözkonusu malın davacıya ait olduğunu, ancak ken-

(132) Mecelle, md. 1666, 1613, 1618, Ali Haydar, age, 4/353
(133) Mecelle, md. 1674
(134) Mecelle, md. 1609, 1610, Ali Haydar, age, 4/362
(135) Mecelle, md. 1674, Ali Haydar, age, 4/363
(136) El-Kebîsî, age, 2/322, Mecelle, md. 1674/son fıkra, Ali Haydar, age, 4/363, İbn Âbidin, Reddül-Muhtar, c. 4, sh. 476
(137) El-Kebîsî, age, 2/322, Mecelle, md. 1674 Ali Haydar, age, 4/362-363, Halis Eşref, age, sh. 203-204

disinin davacıdan onu satın aldığını veya mîrî arazi ise zamanaşımıyla arazide hakk-ı karar elde ettiğini ileri sürerse durum ne olacaktır? Davalının dava konusu malı davacıdan telakki ettiğine dair iddiası nasıl değerlendirilecektir? Bu bir ikrar mıdır? Ve dolayısıyla zamanaşımını keser mi? İslâm ve Osmanlı hukukçuları bu meseleyi değişik şekillerde izah etmişler ve ayrıntıya girmişlerdir:

Dava konusu mal mülk ise bütün hukukçuların ittifakıyla davalının davacıdan telakki iddiası, dava konusu malın davacının olduğunu ikrar sayılır. Bu ikrar mevcut iken zamanaşımına itibar edilmez. Belki davalıdan telakki (dava konusu mali davacıdan örneğin satın aldığı) iddiasına delil getirmesi istenir. Fetva kitaplarında zikredilen durum budur. Hatta Mecelle'nin 1674. maddesinin ikinci fıkrası da (138) Osmanlı Temyiz Mahkemesi tarafından ayni manada tefsir edilmiştir (139). Alacak davalarında dahi davalının telakki iddiası ikrar sayılır ve müruruzamanı keser (140).

Dava Konusu mal, mîrî arazi veya mevkuf arazi ise, durum tartışmalıdır. Büyük hukukçu Ali Haydar, mîrî arazinin de mevkuf arazinin de mülk mallar ve alacaklar gibi olduğunu, bunlardaki telakki iddiasının da ikrar kabul edilerek müruruzamanı defedeceğini kabul etmek gerektiğini ileri sürmektedir. Bu konuda aksini iddia eden Fetva Emini Ömer Hilmi Efendi'yi hilâf-ı şer' (İslâm hukukuna aykırı hareket etmekle suçlamaktadır (141).

Diğer bir grup hukukçular ise, Arazi Kanununun 20. maddesindeki "Fuzûlen zapt ve ziraat etmiş olduğunu ikrar ve itiraf eder ise" fıkrasından hareketle, tasarrufun fuzulî (yetkisiz) olduğunu itiraf ile ikrarın her türlü ihtimali defedecek şekilde açık olmasını şart koşmuşlardır. Buna göre, örneğin, mîrî arazide "Bu tarla senindir. Fakat müruruzaman hasebiyle benim hakk-ı kararım sabit olmuştur." tarzında açık bir şekilde dava konusu mal ikrar edilmedikçe müruruzaman kesilmez. O halde mîrî arazide davalının davacıdan telakki iddiası müruruzamanı kesmez. Mülk mallar ile mîrî arazi hakkındaki fark, Arazi Kanununun ilgili fıkrasından kaynaklanmaktadır. Müsakkafât-ı mevkufedeki hüküm dahi bu konuda mîrî arazideki hüküm gibidir (142).

---

(138) "Binaenaleyh müruruzaman bulunan bir davada müddeâaleyh, huzur-u hâkimde müddeinin davası vechile hâlâ kendisinde hakkı olduğunu sarahaten ikrar ve itiraf ediverse müruruzamana itibar olunmayıp müddeâaleyhin ikrarı mûcibince hükmolunur."

(139) Ceride-i Mahâkim, No: 289, Ali Haydar, age, 4/362, Halis Eşref, age, sh. 203 vd.

(140) Ali Haydar, age, 4/363

(141) Ali Haydar, age, 4/363

(142) Ömer Hilmi, age, md. 441, Halis Eşref, age, sh. 203-205, Ali Haydar, age, 4/363

V — MÜRURUZAMANIN HÜKÜMLERİ

Mürüruzaman hakkında buraya kadar verdiğimiz bilgilerle mürüruzamanın çoğu hükümlerini de anlatmış bulunuyoruz. Ancak mürüruzamanla ilgili hükümlerden değindiklerimizi kısaca tekrar etmek ve değinmediklerimizi de burada zikretmek yerinde olur kanaatindeyiz.

a) Yukarıdaki izahlardan anlaşıldığı gibi, mürüruzaman, hakkı değil, hakkın zorla (dava ile) elde edilmesini ortadan kaldıran bir müessesedir. Mürüruzamana uğramış bir hak, düşmemektedir. Mesela borcu mürüruzamana uğrayan borçlu, dinen yine borçlu kalmaktadır. Kazaen borçtan kurtulmaktadır. Borcunu ödemedikçe veya alacaklısını razı etmedikçe sorumluluktan kurtulamamaktadır. Rızası ile borcunu ödemesi halinde, ifa geçerlidir (143).

b) İçtihadî mürüruzamanla emr-i sultanî ile tayin edilen mürüruzaman arasında hüküm farkı vardır. İçtihadî mürüruzamana uğramış bir dava asla kabul edilemez. Zira imkân bulunmakla beraber davanın terkedilmesi zahiren hakkın mevcut olmadığını gösterir. Emr-i Sultanî ile tesbit edilen mürüruzaman sürelerinde ise, sultan emir verdiği takdirde mürüruzamana uğramış bir dava dinlenebilir. Bu önemli bir farktır (144).

c) Mürüruzaman tecezzi yani parçalanma kabul eder. Bu sebeble mûrisin üçüncü şahıslarda olan bir malını davada, mirasçılarından bazılarının hakkı mürüruzamana uğramışken, diğerlerinin hakkı durma sebebleri mevcut olduğundan mürüruzamana uğramamışsa, mazeret sahibi olanlar paylarını dava ve isbat ettiklerinde lehlerine hüküm verilir. Ancak bu hüküm diğer mirasçılar hakkında geçerli değildir (145). Ayni şekilde, mürüruzaman, haklı sebeblerle hakkını arayamıyan ortaklara da sirayet etmez. Bu da mürüruzamanın tecezzi kabul edişinin sonucudur (146).

d) Mürüruzamanın davanın dinlenmesine engel olabilmesi için sadece mürüruzamanın vukuunu iddia yeterli değildir. Belki mürüruzamanın varlığını isbat etmek gerekir. İsbat edilemez ise, hasma yemin teklif edilebilir. Mürüruzaman iddiasında bulunan şahsın beyyinesi karşı tarafınkine tercih edilir (147).

e) Mürüruzamanın durması ve kesilmesinin sebeb ve hükümleri birbirinden farklıdır. Bunlara ilişkin hükümlere de daha önce toplu olarak değinilmiştir.

---

(143) Ali Haydar, age, 4/362, Halis Eşref, age, sh. 203.
(144) İbn Âbidin, El-Ukûd'üd-Dürriyye, c. 2, sh. 3 vd. Ali Haydar, age, 4/365
(145) Mecelle, md. 1672, Ali Haydar, age, 4/360
(146) Halis Eşref, age, sh. 201, Ali Haydar, age, 4/360
(147) Halis Eşref, age, 209, 210, Ali Haydar, age, 4/337

f) Müruruzaman müessesesi kamu yararını ilgilendirmektedir. Bu sebeble de müruruzaman def' değil, bir itirazdır. Hâkim kendiliğinden nazara almalıdır. Zira müruruzaman müessesesi, yargının "hususât-ı âmme" ile kayıtlandığı durumlardan biridir. On, onbeş veya otuzaltı sene terkolunan davanın dinlenmesinden hâkimler men' olunmuştur. Bunda taraflar kim olursa olsun farketmez (148). Önemine binaen şu misali aynen alacağız.

"Onbeş sene önce ödünç verdiğim on altını isterim" diye dava ve davalı bunu inkar ettiğinde, hakim davacıya "Bu davanı kabul etmem" diyerek davasını reddetmesi gerekir. Yoksa davalı "Davada müruruzaman var, bu dava dinlemez" demediğinden davacıdan delil istiyerek davalıyı mahkûm etmeye kalkışamaz. İşte hâkim bu davayı hâkim olmak itibariyle dinleyemez. Ama iki hasım tarafından kendisi hakem yapılsa hakem olarak bu davayı istima' edebilir. Zira müruruzaman mevcut olan davanın dinlenmemesi devletin bunu men'edişinden dolayıdır. Bu yasak, hâkim hakkındadır. Yoksa hüküm hakkında değil" (149).

Hülasa, hâkim müruruzamanı re'sen nazara almalıdır, illa da dermayan edilmesini beklememelidir (150). Müruruzaman iddiası diğer işlere takdim edilmeli ve re'sen gözönünde bulundurulmalıdır (151).

Müruruzaman sebebiyle davanın reddi, davalı celbedilmeden re'sen mahkemece mi yapılacaktır; yoksa davacının talebi üzerine, önce mahkeme davacıyı celbedecek, davalı borcu inkâr ettikten ve müruruzamanı ileri sürerek itirazda bulunduktan sonra mı davayı reddedecektir? Osmanlı Temyiz Mahkemesi, önce mahkemenin, bu konudaki emirnameleri gözönüne alarak, re'sen reddedeceği içtihadında iken, daha sonraları ikinci şıkkı benimsemiştir (151 a).

VI — MÜRURUZAMANA UĞRAMAYAN HAKLAR

Müruruzaman kamuyu ilgilendiren haklarda cereyan etmez. Örneğin özel mülkiyete konu olmayan gayrimenkullerde müruruzaman söz konusu olmaz. Bu konuyu biraz daha etraflı olarak görelim :

---

(148) Mecele, md. 1801, Ali Haydar, age, 4/692

(149) Ali Haydar, age, 4/692

(150) Krş. Aksi hüküm için: TBK. 140

(151) Temyiz Mahkemesi: 19 Şubat 1327 - Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, No: 461, sh. 886, 6 Ağustos 1328, No: 263, sh. 477

(151 a) Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İstanbul, 1982, c. II, h. 568-569, Bkz.: Osmanlı Temyiz Mahkemesi, 10 Kânunievvel 1308/1892 ve 20 Teşrinievvel 1326/1910 tarihli kararları

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahipsiz arazi (arazi-i metrûke) ye ait davalarda müruruzaman geçerli değildir. Konuyla ilgili Arazi Kanunname-i Hümayununun 102. maddesi aynen şöyledir: "Koru ve orman ve târik-i âm ve panayır ve pazar ve harman yerleri ve mer'a ve kışlak misillû minel-kadim ahaliye tahsis ve terkolunmuş olan arazi-i metrûkeye müteallık davalarda müruruzamana itibar olunmaz." Mecelle'nin 1675 maddesi ise aynen şöyledir: "Tarik-i âm ve nehir ve mer'a gibi menâfii umuma ait olan yerlerin davasında müruruzamana itibar olunmaz. Mesela, bir karyeye mahsus olan mer'ayı bir kimse bilâ-niza elli sene zapt ve tasarruf ettikten sonra karye ahalisi ol mer'ayı ondan dava etseler istima olunur." Bu iki maddenin ışığı altında şu izahları yapmak mümkündür.

a) Mer'a, yaylak, kışlak, otlak, harman yeri, pazar ve panayır yerleri gibi, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki menfaati umuma ait yerler zamanaşımına uğramaz. Namazgahlar, köy ve kasabaların içindeki meydanlar ile baltalıklar, umumi yollar, nehirler, denizler ile ilgili davalarda da müruruzamana itibar edilmez. Çünkü bunlar kamuya ait mallardır. Kamunun içinde ise, küçükler, akıl hastaları gibi kasırlar bulunduğu gibi gâipler de bulunmaktadır. Bunların haklarını diğerlerinden ifraz kabil değildir. Bu sebeple de bunlardan müruruzaman cari olamaz. Örneğin İstanbul'daki caddede Adana ahalisinin dahi hakları vardır.

Mer'alar umuma değil de bir şahsa ait olursa onbeş senelik, mîrî araziden olursa on senelik müruruzamana tabi olur. Umuma ait yerlerde yani metrûk arazide ise elli altmış sene geçse bile yine müruruzaman sözkonusu değildir (152).

b) Kimsenin mülkiyetine geçmemiş olan dağlar (cibâl-i mübâha) (153) ile ilgili davalarda da müruruzamana itibar edilmez. Bunlardan devlete ait ormanlar (mîrî ormanları) da kasdedilmektedir. Aslında cibâl-i mübâha üç kısımdır: Birincisi, devletçe muhafazaya alınmayan yerlerdir. İkincisi, devletçe muhafaza altına alınan yerlerdir ki bunlara mîrî ormanı denilir. Üçüncüsü ise, bu çeşit dağlarda orman teşkil edecek derecede ağaçlarla kaplı olmayan herkesin yararına terkedilmiş yerlerdir. Bunlara mîrî ormanı namı verilmez.

Mîrî ormanlarında ileride göreceğimiz ve on senelik müruruzaman sonucu elde edilen hakk-ı karar sabit olmaz. Bu konuda çıkarılan emirname-i âli-i umumide de aynen şöyle denmektedir: "Hakk-ı karar, yalnız mîrî arazide cari olarak bu da on sene süreyle ziraat ve tasarrufa sâbit

(152) Mecelle, md. 1675, Arazi Kanunu, md. 102, Halis Eşref, age, sh. 560, Ali Haydar, age, 4/364, Tapulama K. md. 35/f. 2, Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978, sh. 399 vd.

(153) Mecelle, md. 1243

olacağından ve ormanlar ise açılıp zer' edilmedikçe mîrî arazi namı verilip de kimse hakk-ı karar iddiasında bulunamıyacağından ona göre hükmün gereğinin ifası hususları tamimen vilâyetlere tebliğ buyrulduğu..." (154).

Kısaca, kadimden beri ahaliye tahsis ve terkolunmuş olan koru ve ormanlara ait davalarda müruruzamana itibar olunmaz (155). Bunlarda hakk-ı karar da sabit olmaz. Mîrî ormanlarının çıplak mülkiyetinde (rakabesinde) de yine müruruzamana itibar edilmez. Bunları mîrî arazinin ve vakıf arazilerin rakabelerinin tabi olduğu otuz altı senelik müruruzaman süresine tabi addetmek de doğru değildir (156).

Mîrî ormanları ile ilgili tazminat davalarında müruruzaman üç aydır. Bu süre geçince tazminat talebi sâkıt olur. Buna göre, ormanlara ilişkin ve kanunen tazminatı gerektiren bir harekette bulunan kimse aleyhinde, söz konusu hareketin vuku tarihinden itibaren en son üç ay zarfında dava açılırsa, dava dinlenir. Şayet üç ay zarfında dava açılmaz ise dinlenmez (157).

c) Doğrudan doğruya hayrattan olan cami, mescit, çeşme gibi aynı ile intifa edilen vakıf gayrimenkullere ilişkin davalarda da müruruzamana itibar olunmaz. Ancak diğer vakıf menkul ve gayrimenkul mallarda müruruzaman hükümleri caridir. Yukarda bunları zikretmiştik (158).

VII — İKTİSABÎ MÜRURUZAMAN

A) Tarifi ve Münakaşası

İktisabî zamanaşımı, uzunca müddet devam eden ve itiraza uğramayan zilyedliğe dayanarak hak iktisabına vesile olan kazandırıcı zamanaşımıdır. Bir kimse bu şekilde hak iktisap ederken, o zamana kadar hak sahibi olan kimse de hakkını kaybeder. Zamanaşımı ile mülkiyet iktisabı her hukuk sisteminde kabul edilmiş bir müessese değildir. Aslında kabul eden hukuk sistemleri de "mülkiyetin meşkûk kalmaması için" zaruri olarak kabul etmişlerdir (159).

---

(154) Halis Eşref, age, sh. 563-564
(155) Orman Nizamnamesi, II Şevval 1286, md. 24, 31 (Düs. I. T., c. 2, sh. 404)
(156) Halis Eşref, age, sh. 564-565
(157) Orman Nizamnamesi, md. 31
(158) Ömer Hilmi, age, md. 449, 435-448, sh. 206-215, Oğuzman/Seliçi, age, sh. 400, Krş. Yarg. 8. HD. 6.2.1968, 5914/633, 15.1.1965, 7008/128 (Karahasan, Mustafa Reşit, Gayrimenkul Hukuk Davaları, İstanbul, 1974, sh. 782-784)
(159) Zerkâ, Ahmed Mustafa, El-Fıkhul-İslâmî Fî Sevbihil-Cedid, Dimaşk, 1964, c. 1, sh. 258-259, Oğuzman/Seliçi, 388

İktisabî zamanaşımı daha ziyade aynî hakları ilgilendirmektedir. Şahsî hakları ilgilendiren zamanaşımına ise iskatî zamanaşımı dendiğini gördük.

Görüldüğü gibi iktisabî zamanaşımının iki fonksiyonu bulunmaktadır: Birincisi, bir kimsenin hak iktisabına vesile olmak, ikincisi ise, o zamana kadar hak sahibi olan kimsenin hakkını kaybetmesi. İkinci fonksiyon, eski hak sahibinin hakkını isbat edememesinden değil, zamanaşımının tesiriyle hakkını isbat yolu olan davaya başvuramamasından neş'et etmektedir.

İslâm hukukçularının tamamı ve bu arada Osmanlı hukukçuları, zamanaşımının mülkiyeti iktisap yollarından biri olmadığında ve zamanaşımının direkt kazandırıcı rolünün bulunmadığında ittifak etmişlerdir. İslâm hukukçuları mülkiyeti iktisap yollarına esbab-ı mülk veya esbab-ı temellük demektedirler. Esbab-ı mülkün içinde zamanaşımı kesinlikle yer almamaktadır (160).

Bu genel hükümle beraber, kazandırıcı zamanaşımı hakkında Osmanlı hukukçuları ihtilâfa düşmüşlerdir. Buna sebep de mîrî arazide kabul edilen hakk-ı karar meselesidir. Önce hakk-ı karar nedir? Onu görelim. Sonra da bu konudaki münakaşaları zikredelim.

a) Hakk-ı Karar Nedir?

Bilindiği gibi Arazi Kanunun 20. maddesi mîrî arazideki zamanaşımı müessesesini düzenlemektedir. Ancak Arazi Kanunu 78 nci maddesinde hakk-ı karar denen bir başka zamanaşımı daha kabul etmiştir. 78 nci madde aynen şöyledir: "Bir kimse arazi-i mîrîye ve mevkûfeye bilâ-niza' on sene ziraat ve tasarruf etmiş olur ise hakk-ı kararı sabit olup, gerek yedinde ma'mûlünbih senet bulunsun ve gerek asla senet bulunmasın, ol araziye mahlûl nazarıyla bakılmayıp yedine meccânen ve müceddeden tapu senedi verilmek lazım gelir. Fakat ol arazi mahlûl olmuş iken bigayr-ı hakkın zapt eylemiş olduğunu kendisi ikrar ve itiraf ederse müruruzamana itibar olunmayıp ol arazi tapuy-u misliyle kendisine teklif olunur ve

(160) El-Kebîsî, 2/307 vd. İbn Âbidin, El-Ukûd... 2/3 vd.. Halis Eşref, 205 vd., Ali Haydar, 3/503 vd., Zerkâ, 1/258-259, Senhûrî, Abdurrezzak, Masâdir'ül-Hak Fil-Fıkhil-İslâmî, Kahire, 1967, c. 1, sh. 63-65, Mecelle'nin esbab-ı mülk ile ilgili maddesi aynen şöyledir ve bunların arasında zamanaşımı yoktur: "Madde -1248- Esbab-ı temellük üçdür: Birincisi; bey ve hibe gibi mülkü bir mâlikden diğer mâlike nâkildir. İkincisi: İrs gibi bir kimesnenin diğere halef olmasıdır. Üçüncüsü; mâliki olmayan bir mübah şeyi ele geçirmektir. Bu dahi ya hakikidir ki ol şeye hakikaten vaz'-ı yed eylemektir. Yahut hükmîdir ki yağmur suyu biriktirmek için bir kab koymak ve ev için tuzak kurmak gibi tehyie ile olur". Krş. Mürşid'ül-Hayran, md. 72

eğer kabul etmez ise bilmüzâyede tâlibine verilir." Hakk-ı karar ile ilgili Tapu Senedatı Hakkındaki Talimat'ın 8 inci bendinde ise şöyle denmektedir: "İntikal veyahut âherden teferruğ veya arazinin tefviz ve ihalesine me'zun olanlardan tefevvüz cihetlerinden bir cihet-i tasarrufiyeye istinâd ederek on sene bila-niza' tasarruf." Bu iki maddeden anlaşılacağına göre hakk-ı kararın tarifi şöyledir: Tasarruf sebeplerinden birine dayanarak on sene nizasız ve fasılasız tasarruf edilerek mîrî arazi davasına mani olacak şekilde def'e ve arazinin tasarruf hakkını iktisaba vesile olan kanuni bir haktır.

Yapılan tarifden de anlaşılacağı üzere hakk-ı karar, zamanaşımının doğurduğu hak ve yetkiden başka birşey değildir. Ancak müruruzaman tasarruf hakkı davasına, hakk-ı karar ise mahlûliyet davasına karşı kullanılmaktadır (161).

Maddelerden de anlaşılacağı üzere, bir mîrî araziye 10 sene tasarruf ve ziraat eden kimse, bu arazinin tasarruf hakkını iktisap eder. Zilyedin elinde senet bulunup bulunmamasının yani arazinin tapulu olup olmamasının bir rolü yoktur. Şartlarını hâiz olan zilyede ivazsız olarak senet verilir. Ancak sadece nizasız ve fasılasız zilyet olmak yeterli değildir. Ayni zamanda araziyi işlemek de gerekir. Zilyet araziyi haksız olarak zaptettiğini ikrar ederse, zamanaşımına itibar olunmaz ve arazi tapuy-u misli ile kendisine tefviz edilir. İstemediği takdirde, müzâyede ile ihâle olunur (162).

Bu kısa izahtan sonra şu soruyu soralım. Acaba hakk-ı kararı doğuran zamanaşımının fonksiyonu nedir? Zamanaşımı tek başına tasarruf sebeplerinden midir? Yani hakk-ı kararı doğuran zamanaşımı kazandırıcı zamanaşımı mıdır? Bu konudaki görüşleri gelecek başlıkta görelim.

b) Bu Konudaki Görüşler

İslâm hukukçularının çoğunluğu zamanaşımının "esbâb-ı temellük"den, yani mülkiyeti iktisap yollarından biri olup olmadığı, Osmanlı hukukçuları ise hakk-ı karar denilen özel zamanaşımı çeşidinin esbab-ı tasarrufdan biri olup olmadığı hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. Kesin görüşlerinin ne olduğunu araştırmak gerekir. Biz kanaatimizi sona bırakarak, önce hakk-ı karar münasebetiyle bu konuda söylenenleri özetleyelim.

aa) Zamanaşımı Mülkiyet Veya Tasarrufun Sebeplerinden Değildir (Kazandırıcı Zamanaşımı Yoktur)

---

(161) Kalis Eşref, 466 vd. Cin, 345 vd. Arazi Kanunu, md. 20, 78, Karakoç, Yusuf, Arazi Kanunu 78. ve 20. maddede Düzenlenen Hakk-ı Karar Müessesesi, D. Ü. Hukuk Fak. Dergisi Diyarbakır, 1984. sh.

(162) Cin, 346, Halis Eşref, 466-470, Karakoç, agm, sh...

Bir kısım müellifler, İslâm hukukundaki genel esaslar çerçevesinde, iktisabî zamanaşımını kabul etmemekte ve hakk-ı kararın da sadece ıskatî bir müruruzaman olduğunu ileri sürmektedir. Bunlara göre, müruruzamanı tasarruf veya mülkiyetin sebeplerinden saymak, "tekâdüm-i zaman (zamanaşımı) ile hak sâkıt olmaz" kâidesini inkâr etmek ve hakkın olmadığına delâlet etmesi münasebetiyle, yalancılık ve sahtekârlığı önlemek amacıyla mecburi olarak davanın dinlenmesine engel kabul edilen zamanaşımını mülkiyet ve tasarrufu kazandıran diğer yollar gibi tasarruf ve mülkiyeti nakleden meşru bir yol kuvvetinde tutmak gerekir. Çünkü zamanaşımı tasarruf ve mülkiyetin bir sebebi olarak kabul edilirse, o zaman haklı veya haksız fark gözetilmeksizin on sene, onbeş sene veya otuzaltı sene bir araziyi zilyedliğinde tutan kimsenin o arazinin tasarruf veya mülkiyet hakkını elde etmesi gerekir. Halbuki nizasız ve fasılasız on (onbeş veya otuzaltı) senelik tasarrufun haksız olduğu davalı tarafından ikrar edildiğinde tasarruf veya mülkiyet hakkı iktisap edilmediği bu konudaki kanun maddelerinin ilgili fıkralarında yazılıdır (Ak. md. 8, 20, Mecelle, md. 1674). Ayrıca hakk-ı kararın tasarruf hakkını doğurabilmesi için, Tapu Senadâtı Hakkındaki Talimatın sekizinci bendinde, on senelik tasarrufun meşru bir tasarruf sebebine (cihetine) dayandırılması şartı aranmaktadır. Ayrıca Mecelle de belirtildiği üzere, müruruzaman esbab-ı temellükten değildir (Mec. 1248) ve sadece davanın dinlenmesine manidir. Ayni şekilde müruruzaman, mîrî arazide tasarruf sebeplerinden de sayılmaz, belki on sene geçtikten sonra sadece mîrî arazi davaları dinlenmez (Mecelle, 1662). İkrar halinde davanın dinlenmesi de, hakkın sakıt olmamasının sonucudur (163).

Kısaca zamanaşımı ile hakkın dava edilebilme vasfı zâil olur. Dava dinlenemez hale gelir. Yoksa zamanaşımı bir hakkın iktisabı sonucunu doğurmaz. İslâm hukukunda zamanaşımı iktisabî değil, ıskatîdir. Mülkiyeti iktisap yollarından asla değildir (164).

bb) Zamanaşımı Mülkiyet Veya Tasarrufun Sebeplerindendir (Hakk-ı Karar Bir İktisabî Zamanaşımıdır)

Özellikle Osmanlı'nın son devrinde yetişen bazı hukukçulara göre, Arazi Kanununun 78. maddesinde düzenlenen hakk-ı karar sonucunu doğuran on senelik müruruzaman iktisabî zamanaşımıdır. TMK.nun kabul ettiği iktisabî müruruzamandan farkı yoktur. TMK.dan önce, mîrî araziye on sene nizasız fasılasız tasarruf etmiş olan kimsenin bu araziye mâlik

(163) Halis Eşref, 205-206, Cin, 348-349 Mecelle, md. 1662, 1663, 1674 Arazi Kanunu, md. 8, 20, 78, Karakoç, agm. sh...

(164) Zerka, 1/258-259, Senhuri, 1/63-65

olması için, artık TMK.nun 639. maddesinin şartları aranmaz. Mîrî arazide hakk-ı karar bir tasarruf sebebidir (165).

Muasır hukukçulardan birisi ise haklı olarak şu mütalaaları serdetmektedir: Hakk-ı kararın mahiyetini izah ederken Arazi Kanununun 20. ve 78. maddelerini ayrı ayrı düşünmek gerekir. 20. madde bir iskatî zamanaşımını düzenlemekte ise de, 78. madde, hakk-ı kararın tasarruf hakkını kazandırdığı intibaını ortaya çıkarmaktadır. Zira madde, "tapu senedi" verilmesini âmirdir. Mîrî arazide tapu senedi ise, ancak tasarruf hakkının iktisabı halinde verilir. Tapu Talimatnamesinin 8. bendi ise 78. maddeyi tadil edebilecek kuvvette değildir. Arazi Kanunundan 18 sene sonra kabul edilen Mecelle ise bir umumi kanundur. Hususi kanun olan Arazi Kanununu lağvedemez. Türk Yargıtayı da hakk-ı kararı bir iktisabî zamanaşımı olarak kabul etmektedir (166).

cc) Kanaatimiz ve Sonuç

Buraya kadar yapılan izahlardan anladığımıza göre iktisabî müruruzaman konusunda hukukçular arasındaki tartışmanın temelini şu iki nokta teşkil etmektedir. Birincisi, acaba zamanaşımı mülkiyetin iktisap yollarından (esbab-ı temellükden) biri midir? İkincisi zamanaşımı tasarruf sebebi midir? Aslında birincisi ikincisini gerektirirse de; yapılan tartışmalar hakk-ı kararı ilgilendirdiğinden hukukçular daha ziyade ikincisi üzerinde fikir yürütmüşlerdir. Yani yukarda kısaca aktarmaya çalıştığımız görüşler, meseleyi tüm olarak İslâm ve Osmanlı Hukukunda iktisabî müruruzaman açısından değil, sadece hakk-ı kararın mahiyeti münasebetiyle bu konuyu hakk-ı karar açısından tetkik etmişlerdir. Halbuki bizim incelememiz, bir bütün olarak iktisabî müruruzaman müessesesini gaye edinmektedir.

Yukarıda iktisabî müruruzamanın iki fonksiyonunun bulunduğunu zikretmiştik. İslâm Hukuku, müruruzamanın bu iki fonksiyonundan sadece ikinciyi yani hak sahibi olan kimsenin hakkını dava edememesi fonksiyonunu kabul etmektedir. Eşya ve Borçlar Hukuku ile ilgili 1045 maddelik bir İslâm Hukuku kodu hazırlayan Mısırlı Kadri Paşa'nın Mürşid'ül-Hayran isimli eserinde müruruzaman konusu aynen bizim TMK. ve TBK. de olduğu gibi iki yerde sözkonusu edilmiştir. Eşya hukuku ile ilgili müruruzaman babının başlığı aynen şöyledir: "Zilyedlik ve Müruruzaman Nedeniyle Davanın Dinlenmemesi" (167). Bu başlık altında gayrimenkul mülkiyeti davalarında da zamanaşımının geçerli olduğu açıklanmaktadır. Ya-

(165) Cin, 347-348, Karakoç, agm. sh...
(166) Cin, 349-353 ve bu eserde gösterilen referanslar, Karakoç, agm, sh...
(167) Kadri Paşa, Mürşid'ül-Hayran, sh. 27, md. 151-161

ni bir şahıs 36 veya 15 sene nizasız ve fasılasız başkası adına tapulu olmayan bir gayrimenkulde tasarruf ettikten ve mâlik gibi davrandıktan sonra, aleyhindeki mülkiyet davaları artık kabul edilmeyecektir. Yani gayrimenkulde mâlik olarak tasarrufu devam edecektir. Burada zamanaşımının tesiri aleyhteki mülkiyet davasının dinlenmesini engellemektir, ama endirekt olarak zilyed olan şahsın mülkiyetini de pekiştirmiş bulunmaktadır (168). Yani müruruzamanın bu neticesi dolaylı olarak kazandırıcılık fonksiyonunu icra etmektedir.

Bir diğer önemli husus da bütün davalarda müruruzamana dayanabilmek için tasarruf veya mülkiyet sebebinin (iktisap sebebi, titre d'acguis-i tion, Erverbsgrund) zikredilip edilmeyeceğidir. Zikredilmeye gerek yok diyen görüş bulunduğu gibi, aksini iddia edenler de mevcuttur. Birinci görüş, müruruzamanın dolaylı olan kazandırıcılık vasfını teyid edici mahiyettedir. Bu meselede mülk arazi ile mîrî arazi arasında fark yoktur. Mülk ve mîrî arazide iktisap sebebinin (sebeb-i temellükün) beyanı lazım değildir, mutlak mülkiyet iddiası geçerlidir. Yani onbeşsenedenberi (veya on senedenberi) nizasız fasılasız "mâlikim" (veya mutasarrıfım) demek gibi mutlak mülkiyet ve tasarruf iddiası sahihtir. İktisap veya tasarruf sebebini filan şahıstan satın aldım (veya teferruğan aldım) yahut babamdan miras yolu ile (intikal ile) bana kaldı, demesi gerekmez. Ancak hâkim sorunca, açıklaması elbette gerekecektir. Bu görüşe göre, sırf müruruzaman sebebiyle aleyhteki mülkiyet veya tasarruf davaları dinlenmemekte ve zilyed zilyedliğini müruruzamana dayanarak devam ettirmektedir. Davanın dinlenmemesi dolaylı olarak mülkiyet veya tasarrufun zilyedde kalması sonucunu doğurmaktadır (169). Bir gurup hukukçuya göre ise, zamanaşımına istinadda, hele özellikle hakk-ı karar iddiasında iktisap veya tasarruf sebebi beyan edilmelidir. "Sırf on seneyi mütecâviz zamandanberi tasarrufla hakk-ı karar sâbit olmaz" diyen Osmanlı Temyiz Mahkemesi bu yönde kararlar vermiştir (170).

Şunu da unutmamak gerekir: Ulûlemrin yani devletin yetkili organının câiz olan, ayet ve hadisle kesin emir veya yasak edilmeyen konularda, kamu yararı düşüncesiyle hukukî düzenlemeler yapma yetkisi bulunmaktadır. Osmanlı kanun koyucusu, bu yetkiye dayanarak "tekâdüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz" kâidesini onbeş, on ve oniki yılık zamanaşımı

(168) Mür—id'ül-Hayran, md. 151-152, Mecelle, md. 1660-1662, Ali Haydar 4/341, İbn-i Âbidinzâde, Alaâddin, Kurretu Uyûni'l-Ahyâr Tekmiletü Reddi'l-Muhtar, Mısır, 1386/1966, c. 7, sh....

(169) Halis Eşref, 206-207, Karakoç, 1/222-224

(170) Temyiz: 9 Eylül 1328, Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, No: 125, sh. 281, 29 Nisan 1330, agm. No: 33, sh. 66, 22 Temmuz 1331, agm. No: 70, sh. 163

süreleriyle kayıtladığı gibi, zamanaşımı müessesesinin mahiyetini de değiştirebilir. Nitekim hakk-ı karar, zaman aşımının "davayı dinlenmez hale getirme" özelliğini iktisap sebebi olmaya doğru değiştirmiş bulunmaktadır. Hakk-ı kararı iktisabî müruruzaman sayan görüşlerde de haklılık payı vardır.

Hulâsa, içtihadî zamanaşımında, mülküne uzun süre tecâvüz edildiği halde lakayt kalan davacının cezalandırılması amacı ve uzun süre davanın terkedilmesi davacının hakkının olmadığını göstermesi sebebiyle, hak dava edilememekte; emr-i sultanî ile tesbit edilen müruruzamanda ise, hâkim davayı zaten rü'yet edememekte, zamanaşımına uğramış davalar ancak Padişahın emriyle dinlenebilmektedir (171). Bu vaziyet karşısında iskatî olarak kabul edilen zamanaşımı bile hakkın iktisabı neticesini doğurmuş olur (172). Tekrar şurasını vurgulamak gerekir ki zamanaşımı bir hakkı doğrudan doğruya doğurmaz. Yani akitler taraflardan herbiri için bir menfaat ve bir de zarar doğurduğu (kayıp ve kazanç meydana getirdiği) halde, müruruzaman ondan yararlanmak isteyen taraf için hiç bir hakkı isbat etmez. Örneğin, hâkim zamanaşımına dayanarak bir alacak davasını reddetse, davalı, davacıya gerçekten borçlu ise borçluluğu devam eder. Davacının hakkını davalı yemiş olur (173). Ancak davalının zilyedi bulunduğu arazideki hakkı izin, sulh veya benzeri olan meçhul bir sebepten doğmuş olabilir. Fakat uzun süre geçtiğinden iktisap sebebi unutulur, iktisap sebebinin sonucu olan zilyetlik kalmış olabilir. İşte bu zilyetliğin haklı olduğu kabul edilerek müruruzaman sebebiyle aleyhindeki davalar reddedilir. Böylece zilyetlik mülkiyetin delili olarak kabul edilmiş sayılır (174). Yoksa davacının elinde tapu bulunduğunda müruruzamana itibar edilmez. Zaten "tapu kaydına muhalif zamanaşımı iddiası" asla kabul edilmez (175).

Sözün özü, İslâm hukukunda iktisabî zamanaşımı müessesesi kabul edilmemiştir. Ancak kabul edilen zamanaşımı müessesesi dolaylı olarak iktisabî bir sonuç doğurmaktadır. İslâm hukuku zilyetleri zilyed olmayanlara karşı korumaktadır. Öyle korumaktadır ki bu koruma neticesinde zilyetlik mülkiyetin delili olma durumuna gelmektedir (176).

---

(171) İbn-i Âbidinzâde, 7/487

(172) Cin, 351, vd.

(173) Ali Haydar, 4/335

(174) Senhurî, 1/65 (Ali Hafif, Ahkâm'ül-Muâmelâtü'ş-Şer'iyye'den naklen, sh. 47-48)

(175) Temyiz Mahkemesi: 23 Ağustos 1331, Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyîziye; No: 90, sh. 212

(176) Senhurî, 1/64-65, Cin, 351 vd.

B) **İktisabî Müruruzamanın Sonucunu Doğuran Zamanaşımı Müessesinin Şartları (Zilyetlik ve Zamanaşımı Sebebiyle Zilyetlik Aleyhindeki Davaların Reddi)**

Bilindiği gibi iskatî müruruzaman genellikle şahsî hakları ilgilendirdiği halde, iktisabî müruruzaman daha ziyade aynî hakları ilgilendirir. İslâm hukukunda iktisabî müruruzaman bulunmamakla beraber, aynî hakları ilgilendiren zamanaşımı müessesesi mevcuttur. Mürşid'ül-Hayran'ın ilgili maddesini buraya alarak, bu iktisap sonucunu doğuran zamanaşımının şartlarını kısaca gözden geçirelim: "Bir kimse bir gayr-ı menkule zilyed olup da o gayr-ı menkulde tıpkı mâlikler gibi niza'sız ve fasılasız onbeş sene (veya otuzüç sene) tasarrufda bulunduğu takdirde, zilyed aleyhindeki mülkiyet davaları dinlenmez." (177). Yani zilyedliğine müdahale edilmez. Yani mâlik olarak tasarrufa devam eder.

Şimdi bu sonucun doğması için aranan şartları görelim:

a) Gayrimenkule müteallık şart

Sözkonusu gayrimenkulün tapulu olmaması gerekir. Zira tapu kaydına aykırı olan müruruzaman iddiaları dinlenmez (178). Gayrimenkul kamu emlâkinden olmamalıdır. (179). Vakıf mallarından sadece doğrudan doğruya hayrattan olan ve menfaatleri kamuya ait bulunan cami ve çeşme gibi gayrimenkullerde zamanaşımı sözkonusu değildir (180). Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahipsiz arazide de müruruzamana itibar edilmez (181).

b) Zilyedliğe Müteallik Şart

Aynî haklara ilişkin davalarda müruruzamana itibar edilmesi için, davalının, eğer gayr-i menkul, vakıf veya mîrîye ait bir arazi ise 36 (veya otuzüç) sene; eğer bunlardan değilse onbeş sene gayr-i menkule mâlik sıfatı ile nizasız ve fasılasız zilyed bulunması ve tasarruf etmesi gerekir Zilyed olduğu gayrimenkulde kiracı, müsteîr, mürtehin, gâsıb olduğunu itiraf eden zilyedin, mâlik sıfatı ile zilyed olduğundan bahsedilemez. Zilyedliği ispat etmek zamanaşımı iddiasında bulunan zilyede düşer (182).

Zilyedlik nizasız ve fasılasız olmalıdır. Hakiki mâlik tarafından zamanaşımı süresi içinde istihkak davası açılmamalıdır (183). Zilyedlik za-

(177) Mürşid'ül-Hayran, md. 151
(178) Temyiz; 23 Ağustos 1331, Mecmua-i Mukarrerat-ı Temyîziye: No: 90, sh. 212
(179) Mecelle, md. 1675
(180) Ömer Hilmi, md. 449
(181) Arazi Kanunu, md. 102
(182) Mecelle, md. 1673, Mürşid'ül-Hayran, md. 155, Ali Haydar, 4/360-361
(183) Mürşid'ül-Hayran, md. 156-159

manaşımı süresinde kaybedilmemelidir. Ancak, zamanaşımı süresinin sadece müruruzamandan yararlanacak şahsın zilyedliğinde geçmesi şart değildir. Her zilyed, ayni şartları hâiz olan eski zilyedlerin zilyedlik sürelerini kendi süresine ekleyebilir (184).

c) Hükmü

Bu şartları taşıyan zamanaşımının geçmesinden sonra, zilyed aleyhindeki mülkiyet, vakıf ve mîrî arazi davaları dinlenmez. Zilyed, zilyedliğini ve tasarruf hakkını devam ettirecek, hiç kimse de kendisine müdahele edemiyecektir (185).

VIII — CEZA HUKUKUNDA MÜRURUZAMAN MÜESSESESİ

Ceza hukukunda müruruzaman müessesesinin varlığı ve gereği, hukukun tartışmalı konularından biridir. Günümüz hukukunda bu tartışmayı gördüğümüz gibi (186), İslâm ve Osmanlı hukukunda da görürüz. Zamanın hatıraları silici ve yumuşatıcı te'siri, acaba Devletin ceza veya infaz ilişkilerini de etkiler mi? Şimdi bunu araştıracağız.

Hemen belirtelim ki İslâm ve Osmanlı hukukunun, bazı yazarların iddia ettiği gibi, (187) müruruzaman konusunda ceza davaları ile hukuk davaları arasında fark gözetmediği mevcut fıkhî hükümlere aykırı bir görüştür. Zira İslâm hukukunda ceza hukuku sahasındaki müruruzaman müessesesi orijinal bir durum arzetmektedir.

İslâm ve dolayısıyla Osmanlı hukukçularının çoğunluğu ceza hukukundaki zamanaşımı müessesesinin aleyhindedirler. Bir kısmı ise, zamanaşımını her çeşit suç ve cezayı düşüren genel bir sebep olarak değil de sadece belli ceza ve suçları düşüren bir sebep olarak görürler (188).

Ceza hukuku alanındaki müruruzaman müessesesinin leh ve aleyhindeki görüşleri kısaca özetleyelim.

A) **Aleyhindeki Görüş**

Ceza hukukundaki müruruzamanın aleyhindeki görüşün savunucuları, Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezhebine mensup hukukçulardır. Bunların görüşlerini şu şekilde özetlemek mümkündür:

---

(184) Mürşid'ül-Hayran, md. 153, Mecelle, md. 1669-1672
(185) Mürşid'ül-Hayran, md. 151-152, Mecelle, md. 1660-1662
(186) Dönmezer/Erman, Nazarî ve Tatbîkî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, 9. baskı, c. 3, sh. 312 vd.
(187) Dönmezer/Erman, age, 3/312
(188) Udeh, Abdülkadir, Et-Teşrî'ül-Cinâiyy'ül-İslâmî Mukârenen Bil-Kanun'il-Vad'î, Beyrut, c. 1, sh. 778

Ceza, infaz edilmedikçe ne kadar uzun zaman geçerse geçsin asla mürûruzamana uğramaz. Kesin hükme bağlanmış bir cezanın infaz yetkisini ortadan kaldıran ceza mürûruzamanı kabullenilemez. Ayni şekilde, ne kadar uzun süre geçerse geçsin, geçen süre yani mürûruzaman bir suç için açılacak davayı engelleyemediği gibi açılmış bir davayı da durduramaz. Yani ceza ve dava zamanaşımı bu mezheplere mensup hukukçular tarafından reddedilmiştir. Bunun tek istisnâsı ta'zir suçları ve ta'zir cezalarıdır. Zira bu suç ve cezalar, kamu yararını gerçekleştirmek için yetkili otorite (ülül-emr) tarafından kabul edildiği takdirde, hem ceza hem de dava zamanaşımına tabi tutulabilirler (189).

Bu görüşün gerekçeleri ise şunlardır: İslâm hukukunun genel prensipleri ve hukukî hükümlerin kaynağı olan mukaddes metinlerde, had ceza ve suçları ile kısas ve diyet cezaları ve suçlarının belirli bir sürenin geçmesi ile mürûruzamana uğrayacağını gösteren bir ifade, bir fıkra veya açık bir hüküm mevcut değildir. Bunun yanında, Devletin yetkili otoritesinin (ülülemrin) hiçbir şekilde bu suçları ve cezaları affetme veya düşürme yetkisi de yoktur. Suç ve cezaların düşürülmesine cevaz veren açık bir hüküm olmayınca ve yetkili otoritenin de düşürme yetkisi bulunmayınca, mürûruzaman müessesesini kabul etmek imkânsızdır (190).

Tazir cezalarına gelince, bu konudaki genel prensipler muvacehesinde, tazir cezalarının mürûruzamana uğrayacağını söylemek mümkündür. Ancak bunun için de devletin teşrîî organının kamu yararı açısındandan bu durumu gerekli görmesi ve tasvip etmesi şarttır. Çünkü Devletin yetkili organı (veliyyül-emr)nın tazir suçlarından suç ve cezayı affetmek hakkı mevcuttur. Affetme yetkisi olunca eğer bir kamu yararı görüyor ve bir zararın defedileceğini umuyorsa, bu suç ve cezaların belirli bir süre sonunda düşeceğini de öngörebilir (191).

B) Lehindeki Görüş

Ceza hukukundaki mürûruzamanın lehindeki görüşler, İmam A'zam Ebu Hanife ve talebelerine aittir. Bunlar, tazir suçlarının mürûruzamana tabi olduğu ve kısas ve diyeti gerektiren suçlar ile kazf (zina iftirası) suçunda ise, mürûruzamanın kabul edilmeyeceği hususunda birinci gurup hukukçularla ayni görüşleri paylaşmaktadırlar. Kazf suçunun dışındaki had cezasını gerektiren suçların ise, mürûruzamana uğrayacağını kabul etmektedirler. İmam Züfer haric, Ebu Hanife ve diğer Hanefi hukukçular

(189) Udeh, age, c. 1, sh. 778, Krş. Dönmezer/Erman, III/317, 319 vd. 354 vd.
(190) Udeh, age, c. 1, sh. 778-779
(191) Udeh, 1/779, İbn-ül-Hüman, Kemalüddin, Fethu'l-Kadir, Mısır, 1332, c. 4, sh. 161 vd.

ayni görüştedirler. İmam Züfer ise, had suçlarının müruruzamana uğrayacağını kabul etmemektedir (192).

Kazf dışındaki had suçlarının zamanaşımına (dava zamanaşımı) uğradığını kabul eden Hanefî hukukçular da, bu konuda suçun isbat vasıtası olan delile göre şöyle bir ayırım yapmaktadırlar:

Eğer suç delili şahitlerin şehadeti ise, cezası zamanaşımı ile düşer. Eğer suç delili suçlunun ikrarı ise cezası zamanaşımı ile düşmez. Zira ikrar, davalının zamanaşımını kesen bir fiilidir (193).

Bu ayırıma gidilmesinin sebebi de şudur: Hanefi hukukçular, had suçlarında şahitliğin kabul edilmesi için, suçun zamanaşımına uğramamış olmasını şart koşarlar. Bu kuralın tek istisnasının kazf suçu olduğunu söylerler. Zira kamu davasının açılması için mağdurun şikayeti ön şarttır. Şahit, şikâyet vuku bulmadan şahitlik yapamaz. Kazf dışındaki suçlarda ise, her insanın ihbarda bulunması mümkün olduğu gibi, kazf dışındaki suçlarda kamu davasının açılması mağdurun şikayetine de bağlı değildir (194).

Hanefi hukukçular, suçun zamanaşımına uğrayacağı görüşünde şu gerekçeye dayanmaktadırlar: Şâhit, suçu gördüğünde "Allah için şahitlik görevini yapınız" (195) mealindeki ayete uyarak sadece Allah için şahitlik görevini ifa etmekle, "Kim müslüman kardeşinin suçunu örterse Allah da onun ahirette suçunu örter" hadisine dayanarak olanı gizlemek arasında muhayyerdir. Şahidin uzun zaman susarak şahitlik etmemesi, suçu örtme şıkkını seçtiğini gösterir. Artık sonradan olan şahadeti, kendisini şahitlik etmeye teşvik eden sebebin kin ve intikam hissi olduğunu gösterir. Şahit suiniyetlidir. Böyle şüpheli bir şahadet de kabul edilmemelidir. Hanefi hukukçuların bu görüşünü, Hz. Ömer'in şu sözü desteklemektedir: "Vukuunda şahitlik etmedikleri halde sonradan bir had suçuna şahitlik edenler, sırf intikam hissi ile şahitlik ederler. Bunların şahitliği kabul edilmez" Hz. Ömer'in bu sözünden, sonradan olan şahadetin ittiham altında olduğu anlaşılıyor. Hz. Peygamberin "Hasmın ve ittiham altında olan bir kimsenin şahitliği kabul edilmez" hadisi de böyle kimselerin şahitliğinin reddedileceğini emrediyor (196).

Peki şahitliğin gecikmesi sadece bir töhmetten dolayı mı olur? Şahit yol uzun olduğundan veya hasta olduğundan dolayı da şahitliğini gecik-

(192) Udeh, 1/779, İbn'ül-Hümam, 4/161 vd., İbn Âbidin, Mısır, c. 3, sh. 218 vd.
(193) Udeh, 1/779, Mecelle, md. 1674
(194) Udeh, II/779, İbn'ül-Hümam, 4/161 vd.
(195) Kur'an, Et-Talâk, Ayet, 2
(196) İbn'ül-Hümam, 4/161 vd.

tirmiş olabilir. Bütün bunlar makul ve mantıklı hükümler olmakla beraber bu konu nazik bir mesele olduğundan ve şehadetin gecikme sebeplerini araştırmak her zaman mümkün olmadığından, bütün durumlarda zamanaşımı sebebi ile şahadetin reddine karar verilmiştir. Şahitlik reddedilince, şahadetle sâbit olan suçlar da zamanaşımı sebebiyle reddedilecektir. Yani bu suçlarda dava zamanaşımı kabul edilmiştir.

Hanefiler suçların zamanaşımına uğradığını (dava zamanaşımını) kabul ettikten sonra, cezaların da zamanaşımına uğrayacağını (Ceza zamanaşımını) kabul etmeleri kolaylaşır. Zira onlara göre bu konudaki genel prensip şudur: İnfaz yargının bir parçası ve onun tamamlayıcısıdır. Davada bulunması gereken şey infazda da bulunmalıdır. Davada zamanaşımı yoksa, infazda da yoktur. Bunun tersi de geçerlidir (197).

c) Zamanaşımı Süreleri

Ebu Hanife ceza hukukundaki zamanaşımı için belirli bir sınır tayin etmemiştir. Bu konuda hâkime takdir hakkı tanımış ve her durumda zamanaşımı süresinin şartlara göre tesbitini daha uygun görmüştür. Zira özürlerin, haklı sebeplerin ve şartların farklılığı, bu konuda belirli bir süre vermeyi imkansız hale sokmaktadır (198).

İmam Muhammed ise, bu sahadaki zamanaşımı süresinin altı ay olduğunu ifade etmiş ise de, Ebu Hanifeye ve Ebu Yusuf'a nisbet edilen bir görüşe göre de bir aydır. Bütün bunlardan şu sonucu çıkarıyoruz ki, zamanaşımı sürelerini, devletin teşriî organı tesbit edebilir. Nitekim Zenbilli Ali Efendi bir fetvasında Kısas davalarının yirmi yıllık zamanaşımına tabi olduğunu ifade etmiştir. Fetva aynen şöyledir: "Zeyd Mûrisini öldüren Amr'e karşı yirmi seneden fazla bir süre geçtikten sonra kısas davası açsa, davası istima' olunur mu? El-Cevap: Şer'î bir özrü olmayınca davası istima' olunmaz." (199)

Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 1660. maddesini şerhederken kısas davalarının da onbeş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu kaydetmektedir. Zaten diyetler yani kanbedeli olan tazminatlar, alacak davaları gibi onbeş yılda zamanaşımına uğrar (200).

Özetlenecek olursa, tazir cezaları hükme esas teşkil eden deliller ne olursa olsun zamanaşımına uğrarlar. Kazf dışındaki had cezaları ise, su-

(197) İbn'ül-Hümam, 4/161 vd., İbn Âbidin, Reddül Muhtar, 3/218 vd. Udeh, 1/180

(198) İbn'ül-Hümam, 4/162

(199) İbn Âbidin, El-Uküd'üd-Dürriyye, 2/9

(200) Ali Haydar, 4/338

çun delili şahadet olursa zamanaşımına uğrar; suçun delili suçlunun ikrarı olursa zamanaşımına da uğramaz (201).

IX — SONUÇ

Araştırmalarımız sonucu görülmüştür ki, İslâm Hukuku temel kaynaklarında müruruzaman müessesesini düzenlememiştir. Tekâdüm veya hiyazet de tabir edilen bu müessese, bu hukuk sisteminin kabul ettiği "haklar müruruzamanla sâkıt olmaz" prensibine aykırı görünmektedir. Ancak bu prensibi "müruruzaman hakların özüne dokunmaz, fakat hakların dava edilebilme özelliğini izale eder." şeklinde açıklayan Malikî ve Hanefî hukukçular, İslâm Hukukunun talî kaynakları ile müruruzaman müessesesini açıklamışlar ve böylece bu müessese karşımıza içtihadî bir hukuk müessesesi olarak çıkmıştır. Müruruzamana itibar etmenin gerçeklerini günümüz hukukunda açıklananlara benzer şekilde açıklamışlardır. Hak sahibi, kendi hakkına karşı, gücü yettiği halde, uzun süre kayıtsız kalıyorsa ve bu hakkını aramaya mani şer'î bir özrü de yoksa, sözkonusu hakkının artık korunamayacağını haklı olarak belirtmişlerdir.

İslâm ve Osmanlı Hukukunun genellikle şahsî hakları ilgilendiren iskâtî müruruzamanı kabul ettiği bir gerçektir. Müruruzaman bütün fıkıh kitaplarında, benzerleri olan hak düşürücü süreler ve süreye bağlı haklardan da ayırtedilmiştir.

Müruruzaman süreleri hususunda Malikîler örfü hakem tayin ederken, Hanefîler bu süreleri içtihadî ve sultanî kısımlarına ayırmışlardır. İçtihadî müruruzaman süresi olan otuzaltı, otuzüç veya otuz yıllık sürelere başlangıçta bütün davalar tabi iken, sonraları bunlar sadece vakıf malların aslını, vakıf gayrimenkullerle ilgili irtifak haklarını, miras davalarını ve mîrî arazinin çıplak mülkiyetini ilgilendiren davalara inhisar ettirilmiştir. Emr-i Sultanî ile tesbit edilen süreler ise; onbeş, on, iki yıl ve bir ay gibi birden fazla ve muhteliftir. Alacak, vedîa, âriyet, bir görüşe göre miras, gayrimenkul mülkiyeti ve vakıf mallarla ilgili tevliyet ve galle davaları onbeş yılık; mîrî arazideki tasarruf davaları on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

Müruruzaman süreleri, hak sahibinin hakkını talep edebilme salâhiyeti doğduğu andan başlar. Kamerî yıla göre hesaplanır. Müruruzaman süresinin ayni şahsın zilyetliğinde geçmesi şart değildir. Ayrıca davacının hakkını aramasına engel olan ehliyetsizlik, gâiplik ve cebir halleri ile benzeri durumlar müruruzamanı durdurur. Davacının dava açması veya davalının ikrarı ile de müruruzaman süreleri kesilir. Çoğu hukukçulara gö-

(201) İbn'ül-Hümam, 4/162, Udeh, 1/781

re, her çeşit mal konusunda davalının telakki iddiası ikrar addedilir.

Müruruzamana uğrayan hak düşmez. İçtihadî müruruzaman süreleri kesin olarak davaya engel olduğu halde, emr-i Sultanî ile tesbit edilen müruruzaman süreleri yine Sultanın emri ile davaya engel olmayabilir. Müruruzaman tecezzi kabul eder. Müruruzaman defi değil, bir itirazdır; bu sebeple re'sen nazara alınmalıdır. Müruruzaman kamuyu ilgilendiren haklarda cereyan etmez.

İslâm ve Osmanlı Hukukunda iktisabî müruruzaman kabul edilmemiştir. Ancak kabul edilen zamanaşımı prensipleri dolaylı olarak iktisabî bir sonuç doğurmaktadır. Müruruzaman davanın dinlenmesine engel olmakta ve davanın dinlenmesi de, bazı hallerde, dolaylı olarak mülkiyet veya tasarruf hakkının zilyette kalması sonucunu doğurmaktadır. Yani zilyetler, zilyet olmayanlara karşı korunmaktadır. Öyle korunmaktadır ki, bu koruma neticesinde zilyetlik mülkiyetin delili olma durumuna gelmektedir. Özellikle zamanaşımının bu özelliği, Osmanlı Arazi Hukukunda sözkonusu olan hakk-ı kararda kendini göstermektedir.

İslâm ve Osmanlı Hukuku, müruruzaman konusunda hukuk davaları ile ceza davaları arasında fark gözetmektedir. Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezheplerine mensup hukukçular, ceza davalarında zamanaşımının aleyhindedirler. Hanefiler ise, kazf (zina iftirası), kısas ve diyet dışındaki ceza davalarında, hem ceza hem de dava zamanaşımının kabulünü savunmuşlardır. Tazir suç ve cezaları konusunda ise, bütün mezhepler, bu hususta yüksek otoriteye (ulul-emre) takdir hakkı tanımışlardır.

İşte İslâm ve Osmanlı Hukukunda müruruzaman müessesesinin özü budur.

BİBLİYOGRAFYA

ALİ HAFİF, Ahkâmül-Muâmelâtiş-Şer'iyye, Mısır

ALİ HAYDAR, Dererül-Hükkâm Şerhu Mecelletil-Ahkâm, I-IV cilt, İstanbul, 1330

EL-ÂNÎ, Muhammed Şefik, Usûlül-Mürafaât Ve's-Sukûk Fil-Kadâiş-Şer'î, Bağdad, 1384/1965

ATIF EFENDİ, Kanunname-i Arazi Şerhi, İstanbul, 1330

AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslâm ve Osmanlı Hukuku Rehberi, Basılmamış, Daktilo Halinde, Diyarbakır

BERKİ, Ali Himmet, Vakıflar, İstanbul, 1946

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-u İslâmiye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1951

CAMİÜL-İCARETEYN isimli Fetva Mecmuası, İstanbul, Taşbasması

CİN, Halil, Mîrî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara, 1969, Ankara Üniversitesi Yayınlarından

DÖNMEZER/ERMAN, Nazarî ve Tatbîkî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983

EBÜL-HASAN, Ali b. Muhammed, Kifâyetüt-Tâlibîn, Mısır, 1383/1963

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1979 Cilt, I-II

HALİS EŞREF, Külliyât-ı Şerh-i Kânun-i Arazi, İstanbul, 1315

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, I, Giriş, Tarihî Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul, 1979

EL-HAZİN, Alaâddin Ali b. Muhammed, Lübâbüt-Te'vil, Mısır, 1349

HEY'ET, Mecelle-i Ahkâm-i Adliye, Dersaadet, 1310, H.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin, El-Ukûdüd-Dürriyye Fî Tenîhil-Fetâval-Hâmidiye, Mısır, 1300, Cilt, I-II

— Hâşiyetü Reddil-Muhtâr Alâ Şerhi'd-Dürril-Muhtâr, Mısır, 1967

İBN ABİDİNZADE, Alaâddin, Kurretü Uyûnil-Ahyâr Tekmiletü Reddil-Muhtâr, Mısır, 1386/1966, Cilt, VII-VIII

İBN CİZZÎ, Muhammed, El-Kavânînül-Fıkhiyye, Mısır

İBNÜL-HÜMAM(Kemâlüddin, Fethul-Kadîr, Mısır, 1332, Cilt, I-VIII

İBN MİRZA, Said, El-Mesneviyyül-Arabî, Beyrut, Tarihsiz

KADRİ PAŞA, Muhammed, Mürşidül-Hayran İlâ Ma'rifeti Ahvâlil-İnsan, Mısır, 1338

— El-Ahkâmü'ş-Şer'iyye Fil-Ahvâli'ş-Şahsiyye, Mısır, Bulak Matbaası

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Gayrimenkul Hukuk Davaları, İstanbul, 1974

KARAKOÇ, Serkiz, Tahşiyeli Kavânîn, İstanbul, 1341/1343, Cilt, I-II

KARAKOÇ, Yusuf, Arazi Kanunu 78. ve 20. Maddelerinde Düzenlenen Hakk-ı Karar Müessesesi, Dicle Üniversitesi, Hukuk Fak. Der., 1984

KARİNÂBÂDÎZADE, Ömer Hilmi, Ahkâmül-Evkaf, İtanbul, 1307

EL-KEBÎSÎ, Muhammed Ubeyd Abdullah, Ahkâmül-Vakf Fiş-Şerîatil-İslâmiyye, Bağdad, 1397/1977

KUR'AN-I KERİM

MECMUA-İ MUKARRERAT-I TEYİZİYE, No: 125, 33 (29 Nisan 1330), 70 (22 Nisan 1331)

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978

ORMAN NİZAMNAMESİ, 2 Şevval 1286, Düstur, I. Tertip, Cilt, 2, Sh. 404 vd.

ER-REMELÎ, Hayreddin, El-Fetâval-Hayriye, Dersaadet, 1311

Es-SAN'ANÎ, Muhammed, b. İsmail, Sübülüs-Selâm, Mısır, 1379/1960

SENHURİ, Abdürrezzak, Masâdirül-Hakk Fil-Fıkhil-İslâmî, Kahire, 1967

SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul, 1980, Cilt, IV

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1979

UDEH, Abdülkadir, Et-Teşrîül-Cinâiyyül-İslâmî Mukârenen Bil-Kânûnil-Vad'î, Beyrut, Cilt, I-II, Tarihsiz

ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara, 1981

ZEBÎDÎ, Muhammed, Murtaza, Tacül-Arûs Şerhül-Kâmû, Beyrut, 1386/1966, Cilt, I-X

ZERKA, Ahmed Mustafa, El-Fıkhül-İslâmî Fî Sevbihil-Cedî, Dimaşk, 1964,

"ANAYASA'YA UYGUNLUK DENETİMİ"NDE ON YILLIK SINIR

Yekta Güngör ÖZDEN (*)

Tarihe mal olmuş hizmetleriyle Türk Yargısı'nın en seçkin kuruluşlarından birisi bulunan Anyasa Mahkemesi'nin çalışma koşullarında yapılan değişiklikler arasında, önce reddettiği bir konuyu on yıl geçmedikçe inceliyememesi, sınırı yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46/5. maddesi "Anayasa Mahkemesi üyelerinin görüş ve kanı açıkladıkları işlere bakamıyacağını", Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 36. maddesi de "Üyeler, mahkemeye gelmesi olası konularda sözlü ya da yazılı görüş belirtemeyeceklerini" öngördüğünden bilimsel bir yazıda bile özenli davranarak yanlış kanı uyandıracak anlatımlardan kaçınmak gerektiğinden, yazının başlığı olan konuda Anyasa Mahkemesi'nin kararlarını açıklamakla yetineceğim.

Nedenler

1960 Devrimi'ne ve onun Büyük Türk Ulusu'na en büyük armağanı olan 1961 Anayasası'na siyasal ya da kişisel nedenlerle karşı çıkanlar, kendilerini, Anayasa'nın kurduğu Anayasa Mahkemesi'nin de doğal karşıtı saymışlardır. "Ulusal Egemenlik" kavramının çağdaş hukuksal anlamını kavrayamayanlar, ulusal istenç (millî irade)le oluşan TBMM.ni her konuda sınırsız yetkili sayanlar, yargı denetimine katlanamayanlar, demokrasiyi güçsüz kılıp hukuk devletini sözde bırakmak isteyenler, yasaların yargısal denetimi için verilen uğraşları, girişilen çabaları, Anayasa Mahkemesi'nin rejimi koruyup güçlendirmedeki katkılarını yadsıyıp gözardı edenler, kuruluşların kendi alanındaki değerini bilmek istemiyerek anlamsız bir yargı sıralaması yarışına girenler suçlamalarını, haksız sataşmalarını sürdürmüşlerdir. Kimi iyi niyetli ama hukuk dışı eleştirilere de dayanarak, gerçeği araştırmadan, doğruyu saptamadan rejimin güvencesi olan Anayasa Mahkemesi'nin işlevlerini etkiliyecek saldırı niteliğinde, sakıncalı, gerçekte ulusun yargı güvencesini zayıflatan girişimlere kalkışmışlardır. Bu çabaların sonunda Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, görev ve yetkileri, iptal davası konuları başta olmak üzere ilgili maddelerde önemli de-

---

(*) Anayasa Mahkemesi Üyesi,

ğişikliklere gidilmesi eğilimi danışma meclisi'nde ağırlık kazanmıştır. Kararların içeriğine, Anayasal gereklere bakmadan, konuyu doyurucu biçimde incelemeden, gerekçeleri bile okumadan, amaçlı biçimde geliştirilen olumsuz yönelişler, aynı konuda inceleme yapma kusurunu Anayasa Mahkemesi'ne yüklemiştir. Oysa, 1961 Anayasası'nın ilgili 151. maddesinde yeniden başvurmayı engelleyici bir açıklık yoktu. Bu durumda da Anayasa Mahkemesi görevden kaçınamazdı. Mahkeme kurulu, hukuksal gerekler, görüşler, olaylar zamanla değişeceğinden denetimi istenilen kuralların yeniden incelenmesinde Anayasa koyucu yarar görmüş olacakki, bunu yasaklamamıştı. Karşı görüşlerin de kendilerine göre tutarlı yanları olabilirdi. Anayasa Mahkemesi, ilgili kural değişmedikçe başvuruları, tekrar olup olmadığına bakmadan inceleyecekti. Görev, zahmet ve eziyet sayılamıyacağı için sonuna değin yerine getirilmiştir. Türk Ceza Yasası'nın 141-142. maddeleri için yapılan tüm başvurular reddedilmiştir. Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa, Taşınmaza Elatmanın Önlenmesine İlişkin Yasa, Sayıştay Yasası birkaç kez denetime getirilmiş, bir Tapulama Mahkemesi 1757 no.lu Toprak ve Tarım Reformu Yasası'nın belli bir maddesini 1976-1977 yıllarında 85 kez Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla inceletebilmiştir. Türk Ceza Yasası'nı değişik 536. maddesi için Mahkemelerden gelen başvuru da 40 a yakındır. Sayıştay kararlarına karşı başka yargı organlarına başvurulamıyacağına ilişkin 832 no.lu Sayıştay Yasasının 45/son maddesinin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun "itiraz", Danıştay Genel Kurulu'nun da "iptal" yolunu izlemeleri sonucu bunlardan itiraz başvurusunun yerinde bulunarak iptal kararı (1) verilmesi "yeniden başvurma" konusundaki eleştirileri yoğunlaştırmıştır. Sömürü ve yıkma biçimine dönüştürülen eleştirilere karşılık, 3512 no.lu Cemiyetler Kanunu'nun 11. maddesinde ".. askerliğe, savunma ve sivil savunma hizmetlerine hazırlayıcı öğretim ve eğitim çalışmaları için Bakanlar Kurulu'na uygun görülen derneklere izin verilmesi"ne ilişkin kurala yönelik dâvayı 4 e karşı 11 oyla reddeden (2) Anayasa Mahkemesi'nin aynı hükmün 1630 no.lu Dernekler Kanunu'nun 36/2. maddesiyle yinelenmesi üzerine CHP.'nce yeniden açılan iptal dâvasını yıllar sonra uygun bularak verdiği karar (3) eleştirilere yanıtta güçlü bir örnek oluşturmuş, süre sınırın ölçülü ve dengeli olması gereği üzerinde durulmuştur (4). Anayasa Mahkemesi'nin 20. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda, zamanın Başkanvekili (şimdiki Başkan) yaptığı konuşmada, özetle, aynı konuda yeniden inceleme yapmanın Ana-

(1) Anayasa M.nin 6.3.1973 günlü, Esas 1972/56, Karar 1973/11 sayılı kararı,
(2) Anayasa M.nin 16.3.1965 günlü, Esas 1963/199, K. 1965/16 sayılı kararı,
(3) Anayasa M.nin 18-20.12.1973 günlü, Esas 1973/3, K. 973/37 sayılı kararı,
(4) Ahmet H. BOYACIOĞLU'nun 25.4.1982 günlü konuşması,

yasa Mahkemesi'nin zaafı olmadığını, zorunluluk bulunduğunu, zamanla değişen kararlara çarpıcı örneğin 3512 ve 1630 no.lu Dernekler Yasası kuralları olduğunu, hızla gelişen bir ülke olan Türkiye'de on yıl içinde izlenen sosyal, siyasal ve yapısal yönlerdeki değişikliklerle edinilen deneyimlerin 1630 no.lu Dernekler Yasası'nın 36/2. maddesini yerinde görmeye olanak vermediğini, Parlamento İçtüzüğünde olduğu gibi ölçülü bir süre Anayasa Mahkemesi'ne başvurmanın engellenebileceğini, bu konuda önemle üzerinde durulacak hususun hakkın özünün ortadan kaldırılmaması, başka bir deyişle sürenin ölçülü ve dengeli biçimde saptanması olduğunu söylemiş, yeni başvurularda karar sayısının yükseltilebileceğini önermiştir. Bu gelişmeler 1982 Anayasası (5) çalışmalarında gözetilmiş olacak ki uygulamada "itiraz dâvası" adı verilen denetim türüne ilişkin kuralda (Anayasa mad. 152) son fıkra ile on yıllık sınıra yer verilmiştir.

Eleştirilere girmeden, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'yle ilgili kuralların yeterli-yetersiz, yararlı-sakıncalı, uygun-aykırı, yerinde-yersiz, süre sınırının gerekli olup olmadığına değinmeden, salt bilgi sunup Anayasa Mahkemesi kararlarından örnekler vererek, Anayasa'nın daha etkin, daha güçlü, daha doyurucu olması ve boşluk bırakmadan uygulanması amacıyla sorunları-soruları belirterek ilgili-yetkilileri düşünmeye, çözüm aramaya, en uygun çalışmayı yapmaya çağırmış olacağım.

Yasal Oluşum

Yasalaşma evrelerine göz atılması, süre sınırın getirilmesindeki amacı ve doğrultuyu açıklar. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu'nda, maddeye ilişkin gerekçe bölümü şöyledir: "Bir kanun hükmünün iptali için açılan dava Anayasa Mahkemesince red olunduğu halde mâkul bir süre geçmeden yeniden iptal davaları açıldığı uygulamada sık sık görülmüştür. Kanunların, zamanla, toplum veya birey ihtiyaçlarını karşılıyamıyacak hale gelebilecekleri bir gerçektir. Ancak bunun için yeterli bir yıl geçmesi gereği de meydandadır. Komisyonumuzca bu süre üç yıl olarak kabûl edilmiş ve madde ona göre düzenlenmiştir (6).

Danışma Meclisi'nin kabûl ettiği Anayasa Tasarısı'nın 161. maddesinin gerekçesi ".. Her ne kadar sebep birliği olmadıkça muhkem kaziyeden bahsolunamazsa da Anayasa Mahkemesi; kararında, dayandığı gerekçeyle bağlı olmadığından Anayasaya aykırılığı her türlü neden yönünden araştırmak zorundadır. Bundan başka kanunların zamanla Anayasaya aykırı hale geldiği de düşünülebilir; ancak bunun için mâkul bir sürenin geçmesi de şarttır. Bu süre beş yıl olarak takdir olunmuştur. Bunlar dışında,

(5) 7.11.1982 günlü, 2709 no.lu yasa (Resmî Gazete 9.11.1982 gün, sayı 17844),
(6) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi 4.8.1982 ye ek sıra s. 166/1,

hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesi de göz önüne alınmış, reddedilen bir davanın beş yıl geçmedikçe yeniden açılamıyacağı kabûl edilmiştir" (7). Halk oyuna sunulan Anayasa'nın 152. maddesinin Millî Güvenlik Konseyi'nce benimsenen MGK. Anayasa Komisyonu değişiklik gerekçesi de şudur: "Anayasa Mahkemesinin red kararlarının bazı hallerde usule ilişkin olduğu gözönünde tutularak, bunlar hariç, bırakılmak amacıyla işin "esasına girerek" ibare eklenmiş; uygulamada istikrar sağlamak amacı ile "beş" yıl olan süre "on" yıla çıkarılmıştır" (8). Yöntem - biçim nedeniyle verilen kararlar ayrık tutularak "işin özüne ilişkin karar" koşulu konularak Danışma Meclisi Komisyonu'nun 3 yıl, Genel Kurulunun 5 yıl olarak saptadığı süre Millî Güvenlik Konseyi'nce on yıla çıkarılmıştır. Amacın, "uygulamada kararlılık" sağlamak" olduğu vurgulanmıştır. Böylece, yürürlükteki 152. maddenin son fıkrası 9.11.1982 günü uygulama alanına girmiştir.

Mahkemelerin, uygulanacak bir yasanın ya da kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görerek ya da davanın yanlarından birinin (dâvacı, davalı, Cumhuriyet Savcısı) ileri sürdüğü aykırılık savının ciddî olduğu kanısına vararak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasına ilişkin "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası şöyledir: **"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."**

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un (9) "İtiraz yoluyla mahkemelerden gönderilen işler" başlıklı 28. maddesinin son fıkrası da, Anayasa buyruğunu yineleme biçiminde, on yılık süre sınırını bir yasak olarak düzenlemiştir. Açık koşutluğu gösteren yasa kuralı "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" demektedir. Anayasa ve yasa maddelerinin birlikte ele alınması, yalnızca yasa hükmünün değil, yasa değerinde kararnamelerin (KHK.) de on yıl geçmedikçe iptalinin istenemiyeceği anlaşılmaktadır.

Ögeler ve Kararlar

152. maddenin incelenen son fıkrasındaki ögeler, bunlara ışık tutan

(7) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Millî Güvenlik Konseyi Yayını S. 225,

(8) Adı geçen yapıt, sayfa 225.

(9) 10.11.1983 günlü, 2949 no.lu yasa (Resmî Gazete 13.11.1983 gün, sayı 18220).

görüşler ve kararlar fıkranın içeriğindeki koşulların belirtilmesiyle daha iyi saptanacaktır. Fıkranın irdelenmesi şu koşulları belirgin kılmaktadır:

a) Aykırılık savının konusu "aynı kanun hükmü" olacaktır,

b) Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir red kararı olacaktır,

c) Bu red kararı ile inceleme sonucu değil, işin özüne girilerek verilmiş bir karar olacaktır.

d) Bu red kararı Resmî Gazete'de yayımlanmış olacaktır,

e) Yayım tarihinden sonra on yıl geçmiş olacaktır.

Fıkrada geçen "Anayasa"nın hangi Anayasa olduğu hangi Anayasa zamanında verilmiş red kararının "tekrar" için gözetileceği Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla açıklık kazanmıştır. Bunlara sırasıyla değinmek yararlı olacaktır.

A — Yasaların kendisine aykırılığı savunda bulunulamayacak, kendisine uygunluğu gözetilecek, hükümlerine göre uygunluk denetimi yapılacak Anayasa hangi Anayasa'dır? Önceki, 1961 Anayasası döneminde yapılan başvurunun, ister ilk inceleme, ister öz inceleme aşaması 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra olsun, denetim hangi Anaya-a'ya göre yapılacaktır? Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen yasa kuralının 1982 Anayasası hükümleri açısından Anayasa'ya uygun denetiminden geçirilmesi gerektiğini oy çokluğuyla (2 ye karşı 13 le) kararlaştırmıştır (10). Daha yalın bir anlatımla, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra uygunluk denetimini 1982 Anayasası'na göre yapılacaktır.

B — Geçmesi koşul olarak getirilen on yıllık süre yönünden gözetilecek "red kararı" hangi Anayasa'ya göre verilmiş olmalıdır? Anayasa'nın belirlenmesinin önemi, daha önceki 1961 Anayasası zamanında yapılan başvurunun gözetilip gözetilmiyeceği, 1961 Anayasası döneminde gelen itiraz davasının 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonraki başvuruyu etkileyip etkilemiyeceği, "tekrar" saydırıp saydırmayacağı konularında toplanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konudaki kararlarında (11) "2709 sayılı Anayasanın 152. maddesinin son fıkrasında yer alan 10 yıllık süre-

(10) 28. 4.1983 günlü, E. 1981/13, K. 1983/8 sayılı,
7. 6.1983 günlü, E. 1982/1, K. 1982/1 sayılı,
8.12.1983 günlü, E. 1981/0, K. 983/16 sayılı,
20.12.1983 günlü, E. 1982/4, K. 1983/17 sayılı,
15.11.1984 günlü, E. 984/11, K. 1984/11 sayılı,

(11) 26.4.1983 günlü, E. 1983/1, K. 1983/5 sayılı.
7.6.1983 günlü, E. 1982/1, K. 1983/10 sayılı.

nin bu Anyasa hükümlerine göre itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne gelmiş ve işin esasına girilerek verilmiş bulunan red kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra uygulanacağını" oybirliğiyle belirtmiştir. Anayasa hukukunu yaratan, Anayasa yorumunun tek yetkilisi Anayasa Mahkemesi'nin bağlayıcı kararları (Anayasa madde 153/son) kuşkuları dağıtmakta, konuları aydınlatmaktadır 11.12.1984 günlü, Esas 1984/17, Karar 1984/12 sayılı kararında" 1982 Anayasasının 152. maddesinin son fıkrasında yer alan on yıllık yasaklayıcı hükmün, itiraz konusu kurallar Anayasa'ya uygun bulunmaması halinde, uygulama alanına girmesi tabîîdir. Bu nedenle Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmasını engelleyen durumların ve bunların sonucunda alınan ve denetime engel olan durumları tesbit eden kararların başka mahkemelerce yapılan başvuruların incelenmesine engel bulunmadığını" oyçokluğuyla öngörmüştür.

Kararlara egemen olan görüşler "İlke, yeni kuralın yeni olaylara uygulanmasıdır. Yeni kuralda başka açıklık ve belirleme olmadıkça, eldeki olaya da yeni kural uygulanır. Anayasa tümüyle değişmese yalnız ilgili madde değişseydi belki eski kararlar esas alınabilirdi. 152. madde yalnız yöntem hükmü değil, temel kuraldır. Bu maddede geçen Anayasa, ancak 1982 Anayasası olarak anlaşılmak gerekir. Tersini düşünmek Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü öngören Anayasanın 11. maddesine de aykırı düşmektir. İkili durumlarda geçici bir maddeyle uyarlama öngörülmediğine göre hem 1961 hem 1982 Anayasası değil, yalnızca 1982 Anayasası anlaşılmak gerekir. Kendi üstünlük ve bağlayıcılığını birliğinde getiren Anayasa, kendinden önceki kararla kendi zamanındaki denetimin engellenmesine olur veremez. Yeni Anayasaya aykırı kuralların yürürlükte kalmaması, biçimin öze yeğlenmemesi için yürürlüğünden önceki hükümlerin incelenmesini öncelikle amaçlamıştır. Böylece, 152. madde 1982 Anayasası'na dayandığından "tekrar" için, 1982 Anayasası'na göre verilmiş red kararları koşuldur. Anayasanın üstünlüğü ilkesinden ödün verilemez. Denetim ancak, yeni, yürürlükteki Auayasa'ya göre yapılır. Fransız hukukcu Paul POUBİER'in de belirttiği gibi "Yasaların geçmişi kapsamına alamaması kuralı kamu düzeniyle ilgilidir. Anayasa kurallarının zaman içinde uygulanması konusunda kamu düzeni kavramına dayanılamaz" (12). Her yasa yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanacağından, ileri yöneliktir. Anayasa kurallarını yönteme ilişkin olan ve olmayan diye ikiye ayırmak, her Anayasa kuralının kamu düzeniyle ilgili olduğunu düşünerek sonuçlar çıkarmak doğru değildir. Yeni Anayasa'ya göre yapılacak denetim şimdiki aykırılığın varlığını ya da yokluğunu geçerli kılabilir. Önceki karar önceki Anayasa döneminde alınmışsa yeni Anayasa için esas alınamaz. Yeni Anayasa, yeni karara dayanır. Kendi yasağı, kendi getirdiği

(12) Paul ROUBIER, Le Droit Transitorie (Conflits des lois dans le temps) 2e edition, Paris 1960, S. 13.

koşula bağlıdır. On yıllık süre için, bu yılın geçerli olacağı zaman içinde alınmış karar gerekir. Bu süre, önceden yoktu, yeni konulmuştur, yeni başlamaktadır. Başlamadan önceki kararlar kapsam dışıdır. Yasalar geçmişe değil, geleceğe dönük olduğundan yürülüğünden sonra geçerli olan 152. madde yeni, koşul yenidir. İçeriğinden de eski kararlar anlaşılmamaktadır. Eski red kararları geçerli sayılsa idi, yeni Anayasa'ya aykırı yasalar için dâva yolu kapalı olur, aykırılıkların sürmesi önlenemezdi. Anayasa koyucu Anayasaya aykırılığın sürmesini istemiş olamaz, kendisiyle çelişemez. Temel ilke, öz amaç, aykırılığın giderilmesidir. Kamu düzeni söz konusu olunca kazanılmış haklara bile yeni kural uygulanır. Üst kurallardan doğan ayrıcalık öncelik taşır" biçiminde özetlenebilir. Önceki kararlar gözetilse haksızlıklar doğabilirdi. Önceki Anayasa'ya göre denetim yapılsaydı, yürürlükteki Anayasa'ya göre aranması gereken uygunluk gerçekleşmezdi. Yorum kuralları da Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını doğrulamaktadır (13). Bu açıklamalar karşısında, "152/son maddedeki on yıllık sürenin yürürlüğünün Anayasa Mahkemesi'nce bilinmeyen ya da çok geç tarihe erteleneceği, Mahkemenin kendi kararlarını kendisinin yok saymış olacağı, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin yargılama yöntemi hukukunda yargılama koşulu olarak getirdiği kuralın savsaklanmış olacağı, amaçsal yoruma ters düşüleceği, varsayım ve teoriden kalkılarak gerçeklere de ters düşüleceği, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa kuralını esas yönünden denetlemiş sayılacağı, görüşlerin kendi içinde tutarsız kalacağı" gibi savlar dayanaktan yoksun bulunmaktadır. 152. maddenin amaçladığı Anayasa, kuşkusuz "1982 Anayasası", öngördüğü red kararı da "1982 Anayasası'na göre verilmiş red kararı"dır.

Kimi Sorular

Demokrasiyi ve hukuku gerçekten benimseyenler kuralların gücünden ve yeterliğinden, kurumların sağlıklı ve etkin oluşundan yanadırlar. Hukuksal çerçeve içindeki oluşumlar ulusal yaşamın gerçek güvencesi ve aydınlığıdır. Anayasa'nın 152. maddesiyle ilgili olarak açıklık kazanan durum, başvurulara yardımcı olacak, çalışmaları kolaylaştıracaktır. Konu, her zaman tartışılabilir olmakla birlikte kimi soruları da gündeme getirebilir. Örneğin :

a) Esasa girilerek verilen red kararı Resmî Gazete'de yayımlanmadan yeni bir başvuru geldiğinde ne olabilir? Benzer durumlarda, durumu

(13) Anayasa Mahkemesi'nin 26-27.9.1967 günlü, E. 399, K. 29 sayılı kararı "Bir metin okunur okunmaz anlaşılamaz, başka başka anlatımlara olanak verecek kadar duraksamalar doğuracak nitelikte kapalı ve yanlışlık apaçık ise o zaman yoruma gidilir ve yorum da kanun okyucunun o metni koymasındaki ereklere göre yapılır" demektedir (Resmî Gazete 19.10.1968', sayı 13031).

bilen Anayasa Mahkemesi "... karar verildiği için yeni bir karar verilmesine yer olmadığı" kararını vermiştir.

b) Esasa girilerek verilmiş red kararı Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra yeni bir başvuru geldiğinde ne olabilir? Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararlarına göre, on yıl içinde yeni başvuru için esastan red kararı verilecektir.

c) Önce aynı hüküm için açılan iptal dâvası esasa girilerek reddedilmişse, sonra yine aynı hüküm itiraz dâvasına konu yapılabilir mi? On yılık süre iptal dâvası bölümünde yazılı olmamakla birlikte konulduğu maddenin kapsamı her iki tür dava için de gözetileceğini göstermektedir, bu durumda iptal davasına ilişkin karar itiraz dâvası için "tekrar" sayılacak mıdır?

d) İptal dâvaları beli süreye bağlı tutulmakla aynı konunun ikinci kez dâva nedeni yapılması olanaksızdır. Ancak, "aynı kanun hükmü" değişiklik görürse yeniden dava edilebilir mi? Değişiklik yeni bir itiraz dâvasına olanak verir mi?

e) İtiraz dâvası yoluyla iptali istenen kanun hükmü "aynı" olmakla birlikte kendisine aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa maddesi değişiklik görmüşse yeni dâva yolu açılır mı?

f) Kendisine aykırılığı ileri sürülen Anayasa maddeleri başka değişik maddeler) gösterilerek yeni itiraz başvuruları yapılabilir mi?

Yanıtları verilebilecek bu sorular gibi başka sorular da usa gelebilir. Görüş açıklamamak için belirtmekle yetiniyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını beklemek yararlı, bilimsel görüşler de yardımcı olacaktır.

BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ VE UYGULAMASI

Selçuk HONDU (*)

1 — GİRİŞ :

Bölge İdare Mahkemeleri 2576 sayılı Kanunla kurulmuş idari yargı alanında genel görevli bağımsız mahkemelerdir. Anılan mahkemeler 1982 yılı Temmuz ayında çalışmalarına başlamış olup görevlerini sürdürmektedirler. Dört yıla yakın bir çalışma dönemi içinde uygulamada söz konusu mahkemeler ile ilgili bazı kanuni eksiklikler, boşluklar ve yeniden düzenleme zorunlulukları ortaya çıkmıştır. Bu yazıda Bölge İdare Mahkemeleri bakımından ortaya çıkan bu durumlar açıklanılmağa çalışılacaktır.

2 — BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN İSMİ :

2576 sayılı Kanun ile idari yargı alanında ilk derece İdare Mahkemesi olarak İdare ve Vergi Mahkemeleri ile bu iki mahkemeden verilen bazı kararları itiraz üzerine inceleyen üst mahkeme olarak Bölge İdare Mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelerin yargı çevresi geniş tutulmuş, birkaç il ile ilçeleri veya en azından bir il ilçeleriyle birlikte bu mahkemelerin yargı çevresine dahil edilmiştir. Örnek vermek gerekirse Eskişehir'de kurulan Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresi Bilecik, Kütahya, Afyon il ve ilçeleri olarak üç il ve ilçelerini kapsar şekilde belirlenmiş, aynı Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde kurulmuş müstakil Afyon Vergi Mahkemesinin yargı çevresi ise Afyon ve ilçeleri olarak tesbit edilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek İdare ve Vergi Mahkemeleri gerekse Bölge İdare Mahkemeleri, yetki alanı, yargı çevresi genişliği esasına göre kurulmuş mahkemelerdir. Kanun koyucu tarafından Bölge İdare Mahkemelerine bu isim verilirken, yargı çevresinin genişliğinden dolayı "Bölge" kelimesinin ilave edildiği düşünülebilir. 2576 sayılı Kanuna ait Hükümet ve Adalet Komisyonu gerekçelerinde Bölge İdare Mahkemeleri isminin neden bu şekilde tesbit edildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere İdare ve Vergi Mahkemeleri de yargı çevresi genişliği esasına göre kurulduğundan aslında bu mahkemelerin de bölgesel nitelikleri vardır ve bu mahkemelerde birer bölge mahkemesi 'nite-

---

(*) Bölge İdare Mahkemesi Başkanı

liğindedirler. İşte İdare ve Vergi Mahkemelerinin, bilhassa İdare Mahkemesinin bu niteliği nedeniyle toplumda ve ilgililerde bir yerdeki Bölge İdare Mahkemesi ile İdare Mahkemesinin farklı olmayıp aynı olduğu anlamı çıkarılmakta ve bu durum bilhassa dava açmada, dava dosyası ile ilgili yazışmalarda karışıklıklara neden olmaktadır.

Uygulamada İdare Mahkemelerine bilhassa posta ile veya Asliye Hukuk Mahkemeleri aracılığı ile gönderilen dava dilekçelerine, cevap yazılarına (savunmalara), ara kararı cevaplarının başına hep "Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığına sunulmak üzere" diye yazılarak aslında İdare Mahkemesine gönderilmesi gereken evrak Bölge İdare Mahkemesine gönderilmektedir. Kamu kurumları arasındaki resmi yazışmalarda dahi bu tür yanlışlıklara rastlandığı görülmektedir. Bu gibi yanlış gönderilen evrak bazı Bölge İdare Mahkemelerinde zimmet defterine kaydedilmek ve "ait olduğu ..... Mahkemesine gönderilmesi için kaleme" havalesi ile ait olduğu İdare veya Vergi Mahkemesine gönderilmekte, bazı Bölge İdare Mahkemelerinde ise dava dilekçeleri esas defterine kaydedilip, görevsizlik veya gönderme kararı ile ait olduğu mahkemeye gönderilmektedir.

Bu durumun zaman kaybına, davanın veya işlerin gecikmesine, gereksiz işlemlere neden olduğu açıktır. Bir örnek vermek gerekirse Ocak 1986 ayında Konya Bölge İdare Mahkemesine bu şekilde (yargı çevresine dahil il ve ilçe Asliye Hukuk Mahkemelerine konuyu açıklayıcı yazı ile duyurulmasına rağmen) İdare Mahkemesine ait 10, Vergi Mahkemesine ait 8 olmak üzere 18 evrak gelmiş ve bunlar ait oldukları mahkemelere gönderilmiştir.

Buraya kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Bölge İdare Mahkemelerine verilen isim, bu mahkemelerin bölgesel niteliği gözönünde bulundurularak verilmiş ise de, uygulamada karışıklıklara neden olmakta ve bu mahkemelerin diğer niteliklerini tam olarak ortaya koyamamaktadır.

Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinden verilen bazı kararları itiraz üzerine inceleyen üst mahkemelerdir ve idari davaların temyiz mercii olan Danıştay'la, ilk derece İdare Mahkemeleri olan İdare ve Vergi Mahkemeleri arasında yer almaktadırlar. Bölgesel niteliğin İdare ve Vergi Mahkemelerinde de bulunması nedeniyle Bölge İdare Mahkemeleri isimlendirilirken bu nitelik yerine, üst mahkeme, itiraz mercii olma niteliği gözönünde bulundurulsa idi kanımızca daha isabetli hareket edilmiş olurdu.

Türk Hukuk Tarihi incelendiğinde, Tanzimat döneminde kurulup, 469 sayılı Kanunun 9 ncu maddesi ile 1924 yılında kaldırılan benzer nitelikteki mahkemelere İstinaf Mahkemesi denildiğini görmekteyiz.

"İstinaf" kelimesinin kullanılması günümüz Türkçe'sine uygun düşmediği gibi anlamının anlaşılmaması nedeniyle faydalı da değildir. Fakat Bölge İdare Mahkemelerine, "Üst İdare Mahkemesi" denilmesi veya mahkemenin niteliklerini kapsar daha uygun bir isim konulması karışıklıkları ortadan kaldıracaktır.

3 — BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN GÖREVLERİ :

Bölge İdare Mahkemelerinin görevleri 2576 sayılı Kanunun 8 nci maddesinde üç bend halinde sayılmıştır. Bu hükme göre Bölge İdare Mahkemeleri, yargı çevresindeki İdare ve Vergi Mahkemelerinden tek hâkimce verilen kararları itiraz üzerine inceleyerek kesin olarak karara bağlar. İdare ve Vergi Mahkemelerinde tek hâkim tarafından çözümlenecek davalarda, aynı Kanunun 7 nci maddesinde toplamı 75.000.— lirayı aşmayan tam yargı davaları ile gene toplamı 75.000.— lirayı aşmayan vergi, resim, harç ve cezalarına ilişkin davalar ve kazançları götürü usulde tesbit edilen mükelleflerin sınıf ve derecelerinin tesbitine ilişkin işlemlere karşı açılan davalar olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere tek hâkimin, dolayısiyle Bölge İdare Mahkemelerinin görevleri tesbit edilirken davaya konu olan miktar, meblağ esas alınmıştır. Davaların konusuna göre görev belirlenmemiştir. Davanın konusuna göre görev tesbiti sadece kazançları götürü usulde tesbit edilen mükelleflerin sınıf ve derecelerinin tesbitine ilişkin işlemlere karşı açılan davalara hasredilmiştir.

Günümüzde para değerindeki değişiklikler ve enflasyon oranı dikkate alındığında görevi belirleyen 75.000.— liranın ne derece düşük kaldığı açıktır. Uygulamada yetmişbeş bin liraya kadar olan vergi davalarında mükellefler dava açmamakta, açsalar bile bu davaların aleyhlerine sonuçlanması halinde itiraz yoluna başvurmamaktadırlar. Bu ve daha yüksek meblağlı vergi uyuşmazlıklarında mükellefler Vergi Usul Kanununun uzlaşma müessesesinden yararlanarak uyuşmazlık yaratmama yolunu tercih etmektedirler.

2576 sayılı Kanun 1982 yılında kabul edilmiştir. O yılki para değerine göre 75.000.— lira görev sınırını belirleme için yeterli olabilir ama aradan geçen dört senelik bir zaman içinde bu miktar yukarıda da belirtildiği üzere para değerindeki değişiklikler yüzünden önemini yitirmiştir.. Bu nedenle Bölge İdare Mahkemelerine gelen dosya adedi önemli ölçüde azalmış ve bu mahkemeler fonksiyonunu önemli ölçüde yitirmiştir. Ankara, İstanbul gibi en az 5 - 10 Vergi Mahkemesinin bulunduğu illerde dahi bu mahkemelerden Bölge İdare Mahkemesine intikal eden itirazlı dosya adedi çok fazla değildir. (Bir örnek vermek gerekirse Konya Bölge İdare Mahkeme-

sine 1985 yılında toplam olarak 266 itiraz dosyası gelmiş ve karara bağlanmıştır.)

İdari Yargılama Usulü Kanununun 47 nci maddesinde mükellefiyetin mevzuuna, esasına, şekline, muafiyet ve istisna hükümlerine ilişkin vergi uyuşmazlıklarında Vergi Mahkemesinde tek hâkimle verilen kararların Danıştay'da temyiz edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm Bölge İdare Mahkemelerinin görevini sınırlayan hükümlerden biridir ve adeta Bölge İdare Mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 2576 sayılı Kanunun 8/a maddesine getirilmiş bir istisnadır. Bu hükme göre miktarı 75.000.— liraya kadar olan vergiye ilişkin davalarda, tek hâkimle verilen kararın konusu mükellefiyet, muafiyet veya istisnaya ilişkin ise bu kararlara karşı itiraz yoluna değil temyiz yoluna başvurulabilecektir. Hernekadar 47 nci maddede "temyiz edilebilir." deniyorsa da bununla hak sahibine temyiz veya itiraz yolundan dilediğine başvurma konusunda seçimlik bir hak tanındığı düşünülemez. Temyiz yoluna başvurmada zorunluluk bulunmaması nedeniyle kanun koyucunun bu ifadeyi kullandığı açıktır.

Vergi uyuşmazlıkları genelde mükellefiyet, muafiyet ve istisna konularında ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlık bu konuda ortaya çıkmasa bile bu konularla yakından ilgilidir. Tek hâkimle verilen kararların bu konuya ilişkin olması nedeniyle Danıştay'a temyiz edilmesi de, Bölge İdare Mahkemelerinin görevlerini Vergi Mahkemelerinden gelecek itirazlar yönünden biraz daha sınırlamaktadır.

İdare Mahkemesinde tek hâkimle karara bağlanacak davalar, miktarı 75.000.— lirayı geçmeyen tam yargı davaları olarak sınırlandırılmıştır. Dolayısiyle bütün iptal davaları ile 75.000.— lirayı aşan tam yargı davalarının Bölge İdare Mahkemelerinde itirazen incelenmesi mümkün değildir.

Uygulamada tam yargı davaları iptal davalarına göre çok az açıldığı gibi, açılanların miktarıda genel olarak 75.000.— liranın üzerindedir. Kişisel incelemelerim sonunda 1982 yılından bu güne kadar Konya İdare Mahkemesinde tek hâkimler karar verilmediği gibi itiraza dosya da gelmediği tesbit edilmiştir. Yukarıda Konya Bölge İdare Mahkemesine 1985 yılında geldiğini bildirdiğimiz 266 dosyanın tamamı Vergi Mahkemesi hâkimlerinin karara bağladığı dosyalardır. İdare Mahkemelerinden dosya gelmemesi nedeniyle, Bölge İdare Mahkemeleri sadece Vergi Mahkemelerinin kararlarını itirazen inceleyen birer mahkeme durumuna düşmüştür. Oysa Bölge İdare Mahkemesi Başkanları yargı çevrelerindeki İdare ve Vergi Mahkemelerinin genel işleyişinden sorumludur. İtiraza dosya gelmemesi nedeniyle Bölge İdare Mahkemesi Başkanlarının yargısal denetim yolu ile İdare Mahkemeleri hakkında fikir ve bilgi sahibi olmaları mümkün olamamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere görevi belirleyen 75.000.— liralık meblağın yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır. Danıştay'ın işlerinin azalması ve Bölge İdare Mahkemelerinin gerçekten yargısal görev yapabilmeleri için 75.000.— liralık miktarın yükseltilmesi hatta belli bir miktara kadar kesinlik sınırı konulması zorunludur.

Nitekim bu düşünceden hareketle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427 nci maddesinde yapılan değişiklikle, miktar ve değeri yüzbin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olduğu hükme bağlanarak kesinlik sınırı getirilmiştir.

Ayrıca 2576 sayılı Kanunun Bölge İdare Mahkemelerinin görevlerini belirleyen 8 nci maddesinde değişiklik yapılarak konu itibariyle bazı davaların da tek hâkimle karara bağlanmasının sağlanması gereklidir. Nitekim 2576 sayılı Kanun tasarısında (madde 8 - c), Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri gereğince ilçe veya il idare kurullarınca verilen muhakemenin men'i kararları ile son soruşturmanın açılması kararlarını kanun gereğince veya itiraz üzerine incelemek ve kesin karara bağlamak Bölge İdare Mahkemelerinin görevleri arasında sayılmışken söz konusu hüküm adalet komisyonunca metinden çıkarılmıştır.

İdare Mahkemelerinde, memurların göreve son verme dışındaki, disiplin cezalarına, nakillere karşı açtıkları davaların, öğrencilerin takdir edilen nota karşı açtıkları davaların, idari nitelikteki para cezlarına karşı açılan davaların çözümü tek hâkime bırakılabilir.

İl merkezi belediyeleri dışındaki belediyelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarının kaybı konusunun Danıştay'ın görevine girmediği, bu konudaki istemlerin mahalli İdare Mahkemelerince karara bağlanması gerektiği görüşü Danıştay'ın 8 nci Dairesinin değişik tarihli kararlarında belirtilmiştir.

2576 ve 2577 sayılı Kanunlarda il merkezi dışındaki belediyelere ilişkin bu tür istemlerin İdare Mahkemelerinde inceleneceği konusunda açık bir hüküm yoktur.

Belediye başkanlarının düşürülmesi, belediye meclislerinin feshi gibi, hem siyasi, hem mali önemli sonuçları bulunan bu tür istemler hakkındaki kararlarında Bölge İdare Mahkemelerince verilmesi niteliğine daha uygun düşecektir.

Sonuç olarak Bölge İdare Mahkemelerinin fonksiyoner hale getirilmesi, kendilerinin kurulmasındaki amacın gerçekleştirilebilmesi için görevleri konusunda 2576 sayılı Kanunda işin niteliğine uygun değişiklikler yapılması zaruri görülmektedir. Ancak bu sayede Bölge İdare Mahkeme-

leri İdare ve Vergi Mahkemelerinin levazım ve demirbaşlarını tutan birim olmaktan çıkarak yargısal görevleri ağır basan birer mahkeme niteliğine kavuşacaktır.

4 — BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN KURULUŞU (OLUŞUMU) :

Bölge İdare Mahkemeleri Türkiye'nin 22 il merkezinde kurulmuştur. Bu mahkemeler toplu mahkeme olup, bir başkan iki üyeden oluşurlar. Toplanma ve karar verme için üç hâkim gereklidir. Ankara, İstanbul gibi büyük birkaç il merkezi hariç diğer illerdeki Bölge İdare Mahkemelerine muvazzaf üye, bizzat Bölge İdare Mahkemesi üyesi olarak görev yapmak üzere üye atanmamıştır. Bu mahkemeler mürettep olarak toplanmaktadırlar. Yani bu mahkemelere mahkeme başkanı olarak bir kişi atanmış olup, aynı yerde bulunan İdare ve Vergi Mahkemesi başkanları Bölge İdare Mahkemesine üye olarak katılarak görev yapmaktadırlar.

Bölge İdare Mahkemelerinin mürettep olarak toplanıp çalışması uygulamada toplu mahkemelerden beklenen faydayı sağlayamamaktadır. Zira İdare ve Vergi Mahkemesi başkanlarının kendi mahkemelerinde yeteri kadar işleri vardır. Kendi işleri dışında Bölge İdare Mahkemesi işlerine zaman ayırmaları çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Zaman ayırsalar dahi Bölge İdare Mahkemesine ait işlerin önemi daha az olmaktadır. Bazende bu mahkemelerin görüş ve düşünceleri Bölge İdare Mahkemesinede benimsetilmek istenmektedir. Şöyleki, aynı konuda birden ziyade şahıs tarafından örneğin, Vergi Mahkemesinde açılan davaların bir kısmı tek hâkim, bir kısmı mahkeme kurulu tarafından karara bağlanmış olsa Bölge İdare Mahkemesinde tek hâkimle verilen kararın itirazı incelenirken vergi mahkemesinden katılan kişi kendi mahkemesinden verilen kararı savunmakta ve bu durum tarafsız incelemeyi etkilemektedir.

Mürettep Bölge İdare Mahkemelerinde yukarıda açıklanan nedenlerle toplu mahkemelerden beklenen fayda gerçekleşmemekte ve genel olarak işler mahkeme başkanının üzerinde kalmaktadır.

Adli yargı alanında daha önce mevcut olan mürettep ağır ceza mahkemeleri bu ve bu gibi nedenlerle bugün için kaldırılmıştır.

Uygulamada Bölge İdare Mahkemelerinin fonksiyoner hale getirilmesi ne derece önemli ise, müretteplikten çıkarılmasıda aynı derecede önem arzetmektedir.

5 — BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ HAKKINDA İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda itiraz ve temyiz yolları

ve Bölge İdare Mahkemesi ile Danıştay arasındaki yargılama usulü esasları ayrı ayrı ve tam olarak düzenlenmemiştir. Örneğin, anılan Kanunun 43 ncü maddesinde Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay arasında görev ve yetki uyuşmazlığı çıkmasının mümkün olup olmadığı, çıkınca hangi merci tarafından çözümleneceği, Bölge İdare Mahkemesi kararlarına karşı karar düzeltilmesi ve yargılamanın yenilenmesi yollarına başvurulup başvurulamayacağı belirtilmemiştir.

İtiraz ile temyiz yolunun nitelikleri gözönünde bulundurularak, Bölge İdare Mahkemelerinin Danıştay ve İdare ve Vergi Mahkemeleri ile olan hukuki ilişkilerinin ve itiraz yoluna ilişkin yargılama usullerinin daha açıklıkla düzenlenmesi yararlı olacaktır.

6 — SONUÇ :

Bölge İdare Mahkemelerinin görev yaptıkları dört yıla ait iş cetvelleri ve yıllık çalışma raporları yetkili mercilere intikal etmiştir. Bu bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi suretiyle gerekli yeni kanuni düzenlemlerin yapılacağı tabiidir.

1982 ANAYASASININ TÜRK ANAYASA YARGISINDA İTİRAZ YOLUNA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Arş. Gör. Hasan TUNÇ (*)

1. KAVRAM ve KONUNUN SINIRLANMASI

Modern toplumların siyasi terminolojisinde demokrasi, çoğunluk eğemenliğine dayanan mutlak bir yönetim anlamına gelmemektedir (1). Bu anlayış tarzı siyaset oluşturan organların karşılıklı denetim süreci içinde şlemelerini gerektirir. Karşılıklı denetimi sağlamakta en önemli organ, Anayasa Mahkemesidir. Çünkü, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve T.B.M.M. İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığını yargısal karara bağlamak, yalnız Anayasa Mahkemesinin görevlerindendir (Anayasa md. 148). Buna "hasretme ilkesi" diyoruz (2). Anayasaya aykırılığın yargısal denetimini sağlama yollarından biri de, ilk derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemesine gönderdiği Anayasaya aykırılık itirazlarıdır. Bir mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak olan kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün Anayasaya aykırılığını ileri sürmesi halinde işlemeye başlayan bu denetim yoluna İtiraz Yolu denmektedir (3).

Doktrinde bu denetim türü için, "somut norm denetimi" veya "def'i yolu" terimleri de kullanılmaktadır (4). Bu denetim yalnız tarafların aykırılık itirazları ile değil, dava mahkemesinin ilgili kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünü re'sen Anayasaya aykırı görmesi ile de işlemeye başlar. Bu sebeple, bazı yazarlar bu yola, def'i veya itiraz yolu

---

*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1) C. Oktay, "Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Girişim Yolu ile Yapılan Denetim Deneyleri", SBFD, c. 33, 1979 No: 1-2, s. 143.

2) T. B. Balta, **İdare Hukuku'na Giriş I**, Sevinç Matbaası Ankara 1970, s. 105.

3) Y. Aliefendioğlu, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını No: 4, Ankara 1984, s. 115

4) E. Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1986, s. 375

denemiyeceği görüşündedirler (5). Hatta bazı yazarlar "re'sen sevk"i bağımsız bir yol olarak kabul etmektedir (6).

1982 Anayasası 152. maddesinde sözkonusu dentim yolunu şöyle açıklamaktadır: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır". Madde metninde de anlaşılacağı gibi, Anayasa denetimle ilgili herhangi bir ayırıma yer vermemektedir. Kanaatimizce, hangi isimle anılırsa anılsın, tek bir denetim türü sözkonusudur (7). Biz bu denetime 'itiraz yolu' demeyi tercih etmekteyiz.

1982 Anayasasının 152. maddesi, 1961 Anayasasının aynı konuyu düzenleyen 151. maddesinden bazı noktalarda farklı düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır. İncelememizde de itiraz yoluna ilişkin bu yeni düzenlemeler ele alınmaktadır. Sözkonusu edilen itiraz kavramı ile özel hukuk anlamında itiraz kavramı birbirinden oldukça farklıdır (8).

2. YENİ DÜZENLEMELER

A. Ön Sorun

1961 Anyasasının 151. maddesinin 4. fıkrası, Anayasa Mahkemesinin işin kendisine gelişinden itibaren altı ay içinde Anayasaya aykırılık meselesini karara bağlayamaması durumunda, dava mahkemelerine bunu bir ön sorun olarak çözme yetkisini tanımakta idi. Bu durumda verilecek karar da sadece tarafları bağlayıcı (inter partes) bir karar olacaktı. 1982 Anyasasının 152. maddesinin 3. fıkrası ile, dava mahkemelerinin ön sorun ile Anayasa aykırılığı giderebilme yetkileri kaldırılmış bulunmaktadır. Anılan hüküm uyarınca; Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden itibaren beş ay içinde kararını vermezse, yürürlükteki kanun hükümleri uygulanır.

Aynı mahkemenin hem dava mahkemesi olması, hem de Anayasaya aykırılık meselelerini çözebilme yetkisine sahip olması, usul hukukunda bekletici sorun değil ön sorun olarak ifade edilmektedir (9). Bu yönüyle

(5) Bkz. B. N. Esen, **Anayasa Hukuku - Genel Esaslar**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1970, s. 596; S. Arfmağan, **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi**, İstanbul 1967, s. 95

(6) Görüşler hakkında bkz. E. Özbudun, Anayasa, s. 375.

(7) H. Tunç, **Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu**, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, A. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1987, s. 23 vd.

(8) S. Armağan, "Kazai Murakabe, s. 75 vd.; "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i ve Re'sen Sevk", İHFM, c. 32, sy. 2-4, s. 719

(9) E. Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta, İstanbul 1986, s. 207

dava mahkemeleri, Anayasaya aykırılık iddialarını bekletici sorun yapmak ve konuyu Anayasa Mahkemesine iletmek zorundadırlar. Anayasaya aykırılık meselelerini çözme yetkisinin yalnızca Anayasa Mahkemesine ait olduğunu belirleyen yeni düzenleme, mahkemeler arası içtihad farklılığını önlemesi yönüyle olumlu bir yenilikdir.

B. On Yıllık Süre

1982 Anayasasının 152. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. 1961 Anayasasında bulunmayan bu hüküm, 1982 Anayasasının itiraz yolu açısından belki de tartışmaya en müsait düzenlemesidir.

On yıl devlet ve toplum hayatı açısından çok uzun bir süredir. Bu süre içinde toplumun belli bir konudaki değer yargılarının ve buna paralel olarak da Anayasa Mahkemesinin görüşünün değişmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, aynı hukuk normunun değişik zamanlarda, çeşitli sebeplerle farklı yorumlanması da imkansız değildir. Aynı hukuk kuralının zaman içerisinde yorumlanış tarzının değişmesine en çarpıcı örneklerden biri, ABD Yüksek Mahkemesi uygulamalarıdır. 1960'lardan önce, ırk ayrımına yol açan eyalet kanunlarının Federal Anayasaya uygun olduğu şeklinde kararlar veren Yüksek Mahkeme, artık tutumunu değiştirmiştir. Yüksek Mahkeme 1960 yılından itibaren verdiği kararlarda, ırk ayrımına yer veren eyalet kanunlarının Federal Anayasaya aykırı olduklarını bildirmektedir (10). Bizde de, Anayasa Mahkemesinin bu yönde eğilimleri sözkonusu olabilir. Bu sebeple, Mahkemenin belirli bir dönemde verdiği kararın on yıl gibi uzun bir süre için dondurulması sakıncalı olacaktır. Uygulamada istikrar sağlamak amacı ile getirilen bu sınırlayıcı süre, on yıl değilde, üç veya beş yıl olarak belirlense idi daha yerinde olurdu ve hem istikrar sağlanır, hem de Anayasa Mahkemesinin toplumsal gelişmeleri izlemesine imkan tanınabilirdi.

Anılan on yıllık süre, 1961 Anayasası döneminde verilen red kararlarını kapsamamaktadır (11). Bu düzenlemenin iptal davaları açısından geçerli olamıyacağı da açıktır (12).

---

(10) E. Özbudun, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz oYlu adlı tebliğ yorumu", Anyasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını No: 4, Ankara 1984, s. 146 vd. : H. Tunç, "Anyasa Yargısında", s. 84.

(11) AMK, k. t. 26.4.1983, E. 1983/1, K. 1983/5, AMKD sy. 20, s. 33

(12) Y. Aliefendioğlu, "Türk Anayasa Yargısında Denetim Yolu", DD, Y. 14, sy. 54-55, s. 25

C. Diğerleri

1961 Anayasasının 152. maddesinde Anayasa Mahkemesine tanınan, iptal kararının olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına dair karar verme yetkisi, 1982 Anayasasının 153. maddesi ile kaldırılmış bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, bu yeni düzenleme sebebiyle itiraz yolunun hukuki niteliğinin değiştiğini bildirmektedir. Kararda, bu değişiklikle "somut kişisel durumun sona erdiği ve bunun yerini soyut, genel ve objektif" bir nitelik aldığı ileri sürülmektedir (13).

1961 Anayasasının "Anayasa Mahkemesi kararları" başlıklı, Mahkeme kararlarının etkinliğini ve niteliğini belirleyen 152. maddesinde yer alan bu düzenlemenin, 1982 Anayasasında bulunmayışı, kanaatimizce itiraz yolunun hukuki niteliğini etkilemez. Çünkü, kaldırılan düzenleme Anayasa Mahkemesi kararları hakkındadır. İtiraz yolunun hukuki niteliği açısından, 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında herhangi bir fark yoktur.

1982 Anayasasının 153. maddesi ile getirilen yeni bir düzenleme uyarınca, Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararname hakkında iptal kararı verirken, "kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."

Anayasa Mahkemesi kararları açısından getirilen bu hüküm acaba ne anlama gelmektedir?

Kanun koyucu gibi hareket, incelemeler ve eleştiriler içinde değişik biçimlerde adlandırılmakta ise de, tanımı genelde ortakdır. Öz olarak, kendini yasama organı yerine koyma, kanun yapmak gibi karar almak veya yasama organının üstüne çıkmak şeklinde ifade edebiliriz (14). Bu düzenleme ile, kanunların ya da kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluk denetiminin sınırı belirlenmek istenmektedir (15). Bu hükmün, özellikle Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde, Seçim Kanunu ve 1803 numaralı Af Kanunu hakkında verdiği kararlara tepki olduğu ileri sürülmektedir (16). Herşeyden önce şunu belirtmek gerekir ki,

---

(13) AMK, k. t. 8.12.1983, E. 1981/10, K. 1983/16, AMKD sy. 20, s. 116 vd.

(14) Y. G. Özden, "Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesisinin Anlamı", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını No: 5, Ankara 1986 s. 72

(15) Y. Aliefendioğlu, "Anayasal Denetimin Kimi Sorunları", Yargıtay Dergisi, c. 9, sy. 1-2, Ocak-Nisan 1983, s. 64

(16) E. Özbudun, "Yorum", s. 144; L. Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını No: 4, Ankara 1984, s. 74; S. Özçelik, "Anayasanın Yorumlanması Konusunda", İHFM, c. 12, sy. 3-4, 1975, s. 56

Anayasa Mahkemesinin görevi Anayasaya aykırı kanunları iptal etmektir. Bunun dışında, Mahkeme, Anayasaya aykırı hükümler ihtiva eden bir kanunun bu hükümlerini Anayasaya uygun hale getirmek üzere değiştiremez, yahut iptal ettiği bir kanunun yerine yenisini koyamaz (17). Yine de her aykırı hükmün iptali, kanun koyucunun iradesini ister istemez başkalaştırma sonucunu doğuracaktır (18).

Anayasanın bu hükmünün, Yüksek Mahkemeyi, bir kanunun Anayasaya aykırı hükümlerini iptal etmekten alıkoyacağı, daha doğrusu kısmi iptal kararlarını vermesini önleyeceği sadece kanunun tamamını iptal etmek zorunda bırakacağı iddia edilebilir. Bunun yanısıra, anılan hüküm, tamamın iptali halinde de aynı sakıncanın doğabileceği ihtimalini öngörmektedir. Bu takdirde, kanunun bütününü kapsayan iptal kararlarını da engellediği ileri sürülebilecektir. Çünkü her kanunun iptali, kanun koyucunun iradesini ortadan kaldırma sonucunu doğuracağından, bütünün iptali de Yasama organının tasarruflarından biri olan kanunu yürürlükten kaldırma şeklinde ortaya çıkacaktır (19).

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, bizatihi yeni bir düzenleme, yeni bir yasama fonksiyonu niteliğinde ve gücünde değildir. Yalnızca, Anayasaya aykırı hükümlerin ayıklanması sonucunu doğuran bir yargısal işlemdir (20). Bu sebeplerle anılan düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu güne kadarki 23 yılı aşan uygulamasında, sanırız kanun koyucunun yerine geçerek kural koyma şeklinde yeni bir uygulamaya yol açmamıştır. Bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünü iptal etmekle, yeni bir hükmün ihdası çok farklı şeylerdir ve ancak ayrı yetkilerle yapılabilir (21). Yeni hüküm ihdası Yasama Organına ait bir yetkidir. Yüksek Mahkemenin görevi ise, bu hükümlerden Anayasaya aykırı olanlarını yargısal yollarla iptal etmektir. Anılan hükmü, kısmi iptal halinde madde metninin anlamının değiştiği, amaçlanan ile yürürlüğe giren kanunun farklı manalar ifade ettiği hallerde Anayasa Mahkemesini bağlayacağı ve bu gibi durumlarda kanunun tamamının iptal edilmesini bildirdiği şeklinde anlamak gerekir sanıyoruz. Yeni düzenleme ancak bu şekliyle bir mana ifade edecektir.

---

(17) Ü. Azrak, "Türk Anayasa Mahkemesi", İHFM, c. 28, sy. 3-4, s. 654.

(18) E. Teziç, "1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi", İHİD, Sarıca'ya Armağan, Y. 3, sy. 1-3, 1982, s. 207

(19) E. Teziç, "Uygunluğun Denetimi", s. 207-208.

(20) L. Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi", s. 75

(21) H. Tunç, "Anayasa Yargısında", s. 98

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Aliefendioğlu, Y., "Anayasal Denetimin Kimi Sorunları", Yargıtay Dergisi, c. 9, sy. 1-2, Ocak - Nisan 1983.

——— "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını No: 4, Ankara 1984.

——— "Türk Anayasa Yargısında Denetim Yolu", DD, Y. 14, sy. 54-55.

Armağan, S., **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi,** Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, (Kazai Murakabe).

——— "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i ve Re'sen Sevk", İHFM, c. 32, sy. 2-4.

Azrak, Ü., "Türk Anayasa Mahkemesi", İHFM, c. 28, s. 3-4.

Balta, T. B., **İdare Hukukuna Giriş I,** Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

Duran, L., "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını No: 4, Ankara 1984, (Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi).

Esen, B. N., **Anayasa Hukuku - Genel Esaslar,** Ayyıldız Matbaası, Ankara 1970.

Oktay, C., "Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Girişim Yolu ile Yapılan Denetim Deneyleri", SBFD, c. 3, 1979, No: 1-2.

Özbudun, E., **Türk Anayasa Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 1986, (Anayasa).

——— "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu adlı tebliğ yorumu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayın No: 4, Ankara 1984, (Yorum).

Özçelik, S., "Anayasanın Yorumlanması Konusunda, İHFM, c. 12, sy. 3-4, 1975.

Özden, Y. G., "Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesisinin Anlamı", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayın No: 5, Ankara 1986.

Teziç, E., **Anayasa Hukuku,** Beta, İstanbul 1986

——— "1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi", İHİD, Sarıca'ya Armağan, Y. 3, sy. 1-3, 1982, (Uygunluğun Denetimi).

Tunç, H., **Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu,** Yayınlanmamış Yükek Lisans Tezi, A. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1987, (Anayasa Yargısında).

ANAYASA MAHKEMESİNDE İPTAL DAVASI AÇMA YETKİSİ

Arş. Gör. Yavuz ATAR (*)

A — Genel Olarak

İptal davasında, dava açma yetkisi anayasa ve kanunla kendilerine bu konuda yetki verilen kişi, kurum ve organların kendileri veya ilgili hükümlere uygun olarak yetkili kılacakları temsilcileri tarafından, anayasaya aykırı gördükleri normlar veya işlemler hakkında, anayasaya uygunluk denetimi yapılmasını sağlamak amacıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan dava açılabilmesini ifade eder. İptal davası açma yetkisi, temelde medenî hukuktaki dava ehliyetinin uzantısı olmakla beraber şartları, konusu ve usulü itibariyle sınırlı olması bakımından medenî hukukta ki anlamıyla dava ehliyetinden farklı ve özel nitelikte bir dava açabilme yetkisidir.

1932 Anayasası iptal davasını açabilme yetkisini "herkes"e tanımamıştır. Anayasanın 150 nci maddesine göre bu yetki "... Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere..." aittir. Anayasa'nın aynı maddesine göre, bir koalisyon hükûmeti bulunması halinde dava açma yetkisi "en fazla üyeye sahip olan parti"nindir. Ancak Anayasa'nın 148/2 nci maddesinde, anayasa değişiklikleri ve kanunlar hakkında şekil açısından iptal davası açabilecekler sayılırken yalnızca "Cumhurbaşkanı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tutarındaki üyeler" sayılmış, 150 nci maddede yer alan "iktidar ve anamuhalefet partileri meclis grupları" burada yer almamıştır. Esas ve şekil bakımından iptal davası açmaya yetkili olanlar arasında yapılan bu ayrımın sebebini anlamak mümkün değildir. Fakat uygulamada iktidar ve anamuhalefet partileri beşte bir tutarındaki kendi üyelerine dava açtırmak suretiyle amaçlarına ulaşabilirler(1).

Anayasa ve 2949 sayılı Kanun iptal davası açmaya yetkili olanları bu

---

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

(1) Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 373.

şekilde tahdidî olarak saymış olduğundan genişletilemez ve yorum yoluyla bu sayılanlar dışında örneğin, kişilerin veya barolar, sendikacılar, vakıflar, dernekler, gibi tüzel kişilerin bu yetkiye sahip oldukları kabul edilemez (2). Anayasa Mahkemesi'nde yetkisiz kimseler tarafından dava açılması halinde, mahkeme bu talepleri ilk incelemede, esasa girmeden yetki yönünden reddedecektir (3). Anayasa Mahkemesi de yetki konusunda titiz davranmaktadır. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu ve göreve başladığı dönemde yetkisiz kimseler tarafından çok sayıda dava açılmış, mahkeme de bunları reddetmiştir (4).

Anayasa Mahkemesi'nde dava hakkı herkese tanınmamıştır. Herkese dava hakkının tanınmamasının gereği konusunda doktrinde genellikle görüşbirliği vardır. Çünkü kişilere bu hakkı tanınması hem Anayasa Mahkemesi'nin (5) işini son derece artırarak iş yapamaz hale getirecek, hem de kişilerin bu imkânı yerinde kullanmaları pek mümkün olamıyacaktır. Herşeyden önce kişilerin yürürlüğe giren bütün kanunları incelemesi ve Anayasaya aykırılık görerek dava açması çok zor iştir. Ayrıca kişilerin somut bir olayda menfaatlerini ihlal eden ve Anayasaya aykırı olduğu kabul edilen bir normu Anayasaya uygunluk bakımından itiraz yoluyla denetim sürecine sokmaları mümkündür. Bu nedenle kişilere Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan dava açma yetkisinin verilmemesi daha uygun bir çözüm şeklidir (6).

Kişilere Anayasa Mahkemesi'nde dava açma hakkının verilmesinin doğurduğu sakıncaların giderilmesi ve normların Anayasaya uygunluğunun etkin bir şekilde denetiminin sağlanması için iptal davası açmaya yetkili olanların çok titiz bir değerlendirme ile belirlenmesi gerekir. Bu anlamda bir belirleme 1961 Anayasası'nda yapılmadığı gibi, 1982 Anayasası'nda dava açma yetkisi daha olumsuz bir düzenlemeye tâbi tutulmuş-

---

(2) Armağan, S., Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, s. 34.

(3) Bu nitelikte bazı Anayasa Mahkemesi Kararları için bkz. E. 1963/37, K. 1963/54, K. T. 11.3.1963, AMKD., S. 1, s. 136-141; E. 1962/2, K. 1962/1, K. T. 5.9.1962, AMKD., S. 1, s. 3; E. 1962/6, K. 1962/15, K. T. 5.9.1962, AMKD., S. 1, s. 7; E. 1963/46, K. 1963/43, K. T. 28.2.1963, AMKD., S. 1, s. 115.

(4) Armağan, s. 34 ve dipnot 1.

(5) Kişilerin iptal davası açamıyacağına dair bir Anayasa Mahkemesi kararında şöyle denilmektedir : "Anayasa'nın 149 (1982 AY m. 150) ve 44 sayılı Yasanın 21. maddelerinde (2949 sayılı Kanun, m. 20) iptal davası açmaya yetkili olan kişi, kurum ve makamlar açıkça belirtilmiştir. İptal isteminde bulunan kişi bu maddelerde sayılanlardan değilse, dilekçenin başvuranın yetkisizliği yönünden reddi gerekir." E. 1962/2, K. 1962/1, K. T. 5.9.1962, AMKD, S. 1, s. 3.

(6) Armağan, s. 34-37.

tur. 1982 Anayasası iptal davası açabilecek olanları çok daha sınırlandırarak 1961 Anayasası'nda var olan organ davası türünü tamamen kaldırmıştır. Genel korunma davası ise, ancak Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partileri meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler tarafından açılabilir.

1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'ndan, iptal davasında en çok farklılaştığı nokta dava açma yetkisi konusundaki düzenlemeleridir. Bu sebeple iptal davasında, dava açmaya yetkili olanları incelemeye geçmeden önce kısaca yeni ve eski Anayasanın düzenlemelerini gözden geçirmiş olduk. Bu genel açıklamadan sonra iptal davası açmaya yetkili olan kişi, kurum ve organları tek tek incelemeye geçebiliriz.

B — Cumhurbaşkanı'nın Dava Açma Yetkisi

1982 Anayasası'nın 104 üncü maddesinde Cumhurbaşkanı'nın yetkileri arasında, "Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmak", hükmü yer almıştır. Bunun yanısıra 148 ve 150 'nci maddeler de Cumhurbaşkanı'nın söz konusu iptal davası açma yetkisini düzenlemiştir.

1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının sorumluluk ve sorumsuzluk halini düzenleyen 105 inci maddesinde ise "Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzasına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır..." hükmünü öngörmüş, ancak Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına, hangilerini ise karşı imzayı da alarak yapabileceğini açıkça belirtmemiştir. Danışma Meclisince kabul edilen Anayasa Tasarısında (m. 113) Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceği açıkça sayılarak belirtilmişti. Bunların dışında kalan bütün işlemlerin ise, Başbakan ve ilgili bakanın katılmasıyla yapılması gerekiyordu. Millî Güvenlik Konseyi, "Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir", gerekçesiyle bu hükmü çıkarmıştır.

Bu durumda Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceğinin nasıl, hangi kıstasla belirleneceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Burada uygulanacak bir kıstas bulunması zorunludur.

Özbudun'a göre (7), Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına ya-

(7) Özbudun, s. 282; Yazar aynı kıstası 1961 Anayasası için de geçerli saymaktadır. İleride gerekçelerini açıklayacağımız gibi bu düşünceye katılamıyoruz.

pabileceğini; eğer, Anayasanın ilgili maddelerinde açıklık (yani Cumhurbaşkanı bu yetkisini, Başbakan ve ilgili bakanca imzalanmak suretiyle kullanır veya tek başına kullanır, şeklinde bir hüküm) yoksa, o yetkinin mahiyetinden çıkarmak gerekir.

Buna göre, Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini tek başına kullanıp kulanamıyacağı meselesi de bu kıstasla (işlemin mahiyeti kıstası) belirlenebilir.

Anayasa bir kısım yetkileri Cumhurbaşkanına, onun "tarafsız" Devlet Başkanı kimliği dolayısıyle vermiştir. Bu yetkilerin siyasal bakımdan 'taraflı' olan hükûmetle payalşılması, onların mahiyetine ve amaçlarına uygun düşmez. Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesinde iptal davası açması da bu nitelikte olup, onun tarafsız konumu nedeniyle tanınmış olan, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine ve diğer bazı yüksek yargı organlarına üye seçmesi ve kanunları bir defa daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderme gibi bir yetkidir. Eğer iptal davası açma yetkisinin ancak karşı imza ile kullanılabileceği kabul edilirse bu yetki bütün anlamını yitirecektir. Çünkü günümüzün partilere dayanan parlâmenter rejiminde (8) bir kanunun, hükûmete rağmen çıkması son derece zordur. Hükûmetin kendi görüşleriin yansıtan bir kanun hakkında iptal davası açılmasını uygun göreceğini düşünmek ise anlamsız olur (9).

1961 Anayasası da Cumhurbaşkanına, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma yetkisi vermekle beraber (m. 149), 98 inci mddesinde yer alan "Cumhurbaşkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur", hükmü ile Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini tek başına kullanıp kullanmayacağı meselesini ortaya çıkarmıştı.

Anayasa Mahkemesi, aslında 1982 Anayasası için kabul edilebilecek, ancak 1961 Anayasası bakımından kabul edilemeyecek yorumlarla "mahiyet kıstası"nı uygulayarak, Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini tek başına kullanabileceği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği bu kararına göre: "... Anayasa; Cumhurbaşkanına yürütme organının başı olması yönünden değil, Devletin ve Milletin bölünmez bütünlüğünü temsil eden, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkelerini korumak ve lâik Türkiye Cumhuriyeti'ni yüceltmek ve kollamak görevlerini üstlenen tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan biri de Anayasanın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kul-

(8) Günümüz parlâmenter rejimlerinde yasama ve yürütme, siyasî partilerin fonksiyonu nedeniyle âdeta özdeşleşmiştir.

(9) Özbudun, s. 283.

lanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki ancak Başbakan veya (ve) ilgili bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilecektir. Başka bir deyimle, siyasal iktidarca yasalaştırılan bir metin hakkında Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini, Başbakan veya (ve) ilgili bakana devreden veya onları bu yetkiye ortak eden ters bir sonuç çıkar ki, Anayasanın böyle bir sonucu kabul ettiği düşünülemez. Hemen eklemek gerekir ki, Anayasanın 149. maddesi iptal davası açacakları göstermiş ve bunlar arasında yürütme organına yer vermemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle Cumhurbaşkanının, Anayasanın 149. maddesine göre, Başbakanla herhangi bir bakanın imzalamasına gerek olmaksızın, yalnız kendi imzasıyle iptal davası açma yetkisi bulunduğu kabul edilmelidir" (10).

1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının işlemlerinde karşı imza gereği konusunda ortaya çeşitli görüşler atılmıştır (11).

Bir görüşe göre; demokratik hukuk devletinde, sorumluluk olmadan yetki de olamıyacağına göre, sorumsuz Cumhurbaşkanının bütün işlemlerini siyasal sorumluluğu olan Başbakan ve ilgili bakanın imzalaması gerekir (12).

---

(10) E. 1975/185, K. 1976/15, K. T. 16.3.1976, AMKD., S. 14, s. 68; Aynı mahiyette bir diğer karar, E. 1979/22, K. 1979/45, K. T. 18.12.1979, AMKD., S. 17, s. 373.

(11) Armağan, s. 38-40; Soysal, M., Anayasaya Giriş, Ankara 1969, s. 220; Özbudun, E., Cumhurbaşkanı Kararnamelerinin Hukuki durumu, Yeni Ortam, 17 Ocak 1976 ve Anayasa Hukuku, s. 281-288, 373; Tanilli, S., Devlet ve Demokrasi : Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1985, s. 356; Aldıkaçtı, O., Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 325 ve 1961 Anayasasında Devlet Başkanı Kararnamelerinin İmzalanması, MHAD., 1968, S. 2, s. 45; Azrak, Ü., Türk Anayasa Mahkemesi, İÜHFM., C. XXVIII, S. 3-4, 1962, s. 683, dn. 38; Teziç, E., Cumhurbaşkanı ve Yasalar, Cumhuriyet, 8 Haziran 1974; Cumhurbaşkanının Yetkileri Üzerine, Yargı 1976, S. 2, s. 20-23 ve 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yargı 1980, S. 49, s. 8-10; Onar, S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, s. 754-755; Savcı, B., Devlet Başkanı - Meclis Çalışması Üzerine, AÜSBFD., 1965, C. XX, S. 3, s. 141-142; Güneş T., Cumhurbaşkanı - Meclis Çatışması, AÜSBFD., C. XXI, S. 4, s. 340-360; Hocaoğlu, A. Ş., Ocakçıoğlu, İ., Anayasa ve Anayasa Mahkemesi : Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara 1971, s. 95-100; Arık, K. F., Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında İnceleme, AD., 1961, s. 837-838; Okandan, RG., Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 471-473.

(12) Teziç, E., Cumhurbaşkanının Yetkileri Üzerine, Yargı 1976, S. 2, s. 20-23; Güneş, T., Cumhurbaşkanı - Meclis Çatışması, AÜSBFD., C. XXI, S. 4, s. 340-360; Aldıkaçtı, O., 1961 Anayasasında Devlet Başkanı Karnamelerinin İmzalanması, MHAD., 1968, S. 2, s. 45; Aldıkaçtı, bir başka yerde "... pozitif hukukta, Devlet Başkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili

Bir kısım yazarlar ise, aynı sonuca Anayasanın esas kuralının "Cumhurbaşkanının bütün kararlarının Başbakan ve ilgili bakanca imzalanması"nın zorunlu olduğu gerekçesiyle varmaktadırlar (13).

Diğer bir görüşe göre ise, 98 inci madde hükmü, ancak yürütmeye ilişkin olan ve Bakanlar Kurulu'nun siyasal sorumluluğunu gerektirecek olan kararlara uygulanabilir. Yasama meclislerine ve yargı organlarına ilişkin Cumhurbaşkanına ait yetkiler 98 inci maddenin kapsamına girmez. Bu nedenle de Cumhurbaşkanının tek başına dava açabilmesi gerekir (14).

Anayasa Mahkemesi de yukarıda zikretmiş olduğumuz kararındaki gerekçelerle, 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini tek başına kullanabileceği sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce 1961 Anayasası döneminde, 98 inci maddenin çok açık olan düzenlemesi karşısında, Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini tek başına kullanamaması gerekirdi. Aksi görüşü savunan yazarların ve Anayasa Mahkemesi'nin öne sürdüğü, Cumhurbaşkanının bazı işlemlerinin amaç ve mahiyetinin bunu gerektirdiğine katılmakla beraber, söz konusu bu gerekçeler ancak 1982 Anayasası'nda olduğu gibi Cumhurbaşkanının tek başına bazı işlemleri yapabileceğinin kabul edildiği ancak bu işlemlerin sayılarak belirtilmediği bir düzenleme ile haklılık kazanır. Bu bakımdan biz 1982 Anayasası için bu yönde bir sonuca vardık. Oysa 1961 Anayasası, 1982 Anayasası gibi bir yoruma imkân vermemektedir. Çünkü, 1961 Anayasası Cumhurbaşkanının bazı işlemleri tek başına

---

bakan tarafından imzalanır kaidesi konduktan sonra, aksine imkân veren bir hüküm bulunmadıkça, Devlet başkanının tek başına kararname ihdas etmesi hukuken mümkün değildir..." demektedir, bkz. Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, s. 325; Azrak, s. 683, dn. 38.

(13) Tikveş, Ö., Anayasa Hukuku, İzmir 1982, s. 405; Aldıkaçtı, 1961 Anayasası, s. 325; Soysal, M., Anayasaya Giriş, Ankara 1969, s. 220; Armağan, s. 38; Aybay, R., Anayasaya Aykırı Kanunlar Konusunda, Dünya, 25 Ekim 1962.

(14) Okandan, R. G., Umumî Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 471-473; Savcı, B., Devlet Başkanı - Meclis Çatışması Üzerine, AÜSBFD., C. XX, S. 3, 1965, s. 141-152; Aynı görüşü paylaşan Özbudun ve Tanilli, burada ayrıca : "... Cumhurbaşkanının yasama ve yargı ile ilgili yetkilerinin, kendisine tarafsız devlet başkanı sıfatıyla tanınmış yetkiler olması dolayısıyle, ancak Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılabilmeleri gerekir... karşı imza zorunluluğu denilen bu kural, parlamenter rejimin temel ilkelerinden biri olmakla beraber, bunun istisnasız biçimde kabulü, Anayasanın Cumhurbaşkanına tanıdığı bazı yetkilerin amaç ve niteliğine aykırı düşmektedir", gerekçesini de ileri sürmektedirler. Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 283-285 ve Cumhurbaşkanı Kararnamelerinin Hukukî Durumu, Yeni Ortam, 17 Ocak 1976; Tanilli, s. 356; Giritli, İ., Cumhurbaşkanının Veto Yetkisi, Cumhuriyet, 14 Temmuz 1963.

yapabileceğinden bahsetmemiş aksine "... bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır..." hükmünü koymuştur.

1982 Anayasasının Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleri saymaması da hatalıdır. Ancak "mahiyet kıstası" ile bunun sakıncaları nisbeten ortadan kaldırılabilir Oysa 1961 Anayasasının bu konudaki düzenlemesi tamamen hatalıdır ve yorumlarla telâfi edilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle bu noktada 1982 Anayasasının düzenlemesi bu eksikliğine rağmen, yine de 1961 Anayasasına oranla daha yerinde bir düzenleme tarzıdır.

Cumhurbaşkanına vekâlet edecek kişinin de vekâlet anında bu yetkiyi kullanabilmesi gerekir (15). Çünkü Anayasanın 106 ncı maddesi vekil için açıkça "... Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır" demektedir.

1982 Anayasası iptal davası açabilecekleri sınırlandırarak, esas itibariyle Cumhurbaşkanını bu hakkı tam ve sınırsız olarak kullanabilecek duruma getirmiştir. Cumhurbaşkanı "Anayasanın uygulanmasını gözetmekle görevli (m. 104/1) olmakla beraber, onu Anayasaya aykırı bir yasama işlemine karşı iptal davası açmaya zorlayan bir yükümlülük söz konusu değildir. Çoğulcu demokraside iptal davası yoluyla, temel hak ve özgürlüklerle muhalefet güçlerinin korunması işi büyük ölçüde tek bir şahsiyetin takdir ve insiyatifine bırakılmamak gerekir (16).

Doktrinde daha da ileri gidilerek şu noktaya işaret edilmektedir: "Bu nitelik ve işleyişiyle anayasa yargısı azınlıktaki muhalefet güçlerini, bireylerini ve toplulukların insan hakları ve temel hürriyetlerini koruyup, güvence altında tutmaktan ziyade, Cumhurbaşkanının beğenisini taşıyan çoğunluk iktidarının anamuhalefet partisi ile 'düzenli ve uyumlu çalışmasını' (m. 104/1) sağlamaya yarayabilecek bir denetim işlevini yapacaktır (17).

Bu şüphelere iptal davası açma yetkisi bulunan anamuhalefet partisinin, çeşitli hesaplarla (18) anayasaya uygunluk denetimi mekanizmasını harekete geçirmekten çekinmesini de ekleyecek olursak Cumhurbaş-

(15) Armağan, s. 40; Hocaoğlu - Ocakçıoğlu, s. 100.

(16) Duran, L., Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 86.

(17) Duran, s. 86.

(18) Örneğin, "... anamuhalefet partisi(nin), gelecek ilk genel seçimlerde çoğunluk iktidarı olacağı inanç ve kanısıyla özellikle yürütme lehine yapılan düzenlemelerin Anayasaya aykırılıklarını, salt temel hak ve hürriyetlerin korunması kaygısıyla yaptırıma bağlatma yoluna gitmemesi çok kuvvetli bir olasılıktır". Bkz. Duran, s.85.

kanını anayasa yargısındaki rolünün 1982 Anayasasının sistemi bakımından ne kadar önem taşıdığını anlayabiliriz (19).

C — Siyasî Partilerin Dava Açma Yetkisi

Anayasa siyasî partilerden sadece iktidar ve anamuhalefet partileri meclis gruplarının Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açabileceklerini kabul etmiştir (m. 148, 150). İktidarda birden fazla siyasî partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır. İktidarda ya da muhalefette bulunan gruplar eşit sayıda ise, genel seçimlerde en çok geçerli oy almış parti iptal davası açabilir (20).

1982 Anayasası iktidar ve anamuhalefet partileri dışında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde var olabilecek diğer siyasî parti gruplarına dava açma yetkisi tanımamıştır. Şekil bakımından açılacak iptal davalarında ise iktidar ve anamuhalefet partileri meclis gruplarına da dava yetkisi verilmeyip, bu yetki sadece Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte biri tutarındaki üyelere bırakılmıştır (m. 148/2). Şekil bakımından iptal davası açabilecekler hakkındaki bu sınırlama, sadece kanunların ve anayasa değişikliklerinin denetimi bakımındandır. Kanun hükmünde kararnameler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü bu sınırlamaya tâbi değildir (21). Bu nedenle bu düzenlemeler hakkında, şekil açısından da iktidar ve anamuhalefet partileri meclis grupları dava açabilir.

Söz konusu siyasî parti gruplarının iptal davasını açmaları tarihinden sonra, dava açan partinin kapatılması veya anayasa değişikliği ile siyasî partilerin dava açma yetkilerinde sınırlayıcı bir değişiklik yapılıp ta parti artık dava açamaz hale gelse (22) dahi bütün bunlar açılmış olan davanın görülmesine engel olmaz. Çünkü iptal davası açılmasında, dava açma anındaki kurallar geçerlidir. Örneğin, dava açtıktan sonra istifalar nedeniyle anamuhalefet partisi niteliği kaybolsa dahi, bu durumun açılmış olan dava üzerinde etkisinin olmaması gerekir. Nitekim Anayasa Mahke-

(19) Duran, s. 87.

(20) Teziç, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 211, dn. 1; Yazar, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 20. maddesini kıyas yoluyla buraya uygulayarak bu sonuca varmaktadır. Söz konusu 20. maddeye göre, Bakanlar Kuruluna katılmayan muhalefet partilerinin milletvekili sayıları eşit ise son milletvekili seçimlerinden en çok geçerli oy alan anamuhalefet partisidir.

(21) Anayasa m. 150; 2949 ayılı Kanun, m. 20.

(22) Söz konusu durum hiç kuşkusuz sadece siyasî partiler değil, bütün iptal davası açma yetkisine sahip olanlar bakımından da gerçekleşebilecek ve aynı sonuçlar bunlar için de geçerli olacaktır.

mesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında iptal davasını açan siyasî partinin sonradan Anayasa Mahkemesi'nce kapatılmış olması ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsilcisi bulunan bir siyasi parti tarafından dava açılmasından sonra Anayasanın değiştirilerek dava hakkının Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasî partilerle sınırlandırılmış olması hallerini, aşağıdaki gerekçelerle açılmış bulunan iptal davalarının incelenmesine engel saymamıştır:

"Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak yetkisi, anayasal düzeni koruma ereğini güden ve Anayasa'ya dayanan (madde 149 - 1982 AY. m. 150 -) bir yetkidir. Gerçekten bu yetkinin kullanılmasıyladır ki, Anayasa Mahkemesi bir yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını inceleyip, Anyasa'ya aykırı yasa kurallarını iptal etme ve hukuk düzenini Anayasa'ya aykırı kurallardan arıtma görevini yapabilir. Demek ki Anayasa Mahkemesine getirilen anayasaya aykırılık savları en başta, Anaysa'ya aykırı kuralların iptaline yol açarak kamu düzenini korumak ereği ile öne sürülmektedir. Davacının varlığının sona ermesi ile bu erek değerini yitirmez. Buna göre davacı partinin kapatılmış bulunması Anayasa Mahkemesi'nin zamanında geçerli olarak açılmış bir davayı inceleyip karara bağlama ödevini etkileyemez" (23).

"... Anayasa değişikliğinde bu sınırlamanın 1488 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce açılmış davaları da kapsamına alacağına ilişkin bir kural getirilmiş değildir. Bu durum karşısında iptal davasını açma hakkının davanın açılması tarihiyle yürürlükte olan eski 149. madde kuralına göre düzenlenmesi doğaldır. Maddenin eski metninde Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasî partilerin iptal davası açabilecekleri kuralı yer aldığına ve işbu davanın açılması işlemi o kuralın yürürlüğü sırasında tamamlanarak dava varlık kazanmış olduğuna göre bu bakımdan değişikliğin oluşturduğu yeni durumun davanın geçerliğini etkilemiyeceği ve görülmesine engellik edemiyeceği sonucuna varılmıştır" (24).

2949 sayılı Kanuna göre, iktidar ve anamuhalefet partileri Meclis gruplarınca açılacak iptal davası, "... siyasî parti gruplarının genel kurullarının üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine, grup başkanları veya vekilleri tarafından açılır (m. 26/1)", 2949 sayılı Kanununun söz konusu bu hükmü, "... Anayasa'da şart koşulmamış bir gerek yaratmak suretiyle iktidar ve anamuhalefet Partileri Mec-

(23) E. 1970/48, K. 1972/3, K. T. 9.2.1972, AMKD., S. 10, s. 123.

(24) E. 1971/31, K. 1972/5, K. T. 15-16.2.1972, AMKD., S. 10, s. 165-166.

lis gruplarının dava açma hakkını sınırlandırması..." nedeniyle eleştirilerek Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmektedir (25).

Anayasa'nın genel olarak siyasî partilerin dava açma yetkisini son derece sınırlandırdığını da gözönüne alacak olursak kanunun bu yetkiyi tanıdığı siyasî partilerin bunu kullanabilmelerini daha da daraltmasını makul karşılamak mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın iptal davası açma yetkisini düzenleyen hükümlerini, 1961 Anayasası ile karşılaştırdığımızda, 1982 Anayasası'nın dava açma yetkisi tanıdığı "iktidar ve anamuhalefet partileri Meclis grupları"nın 1961 Anayasası'nda dava açma yetkisi bulunanlardan yasama meclislerindeki siysî parti gruplrı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan (26) siyasî partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan siyasî partiler"i karşılaması amacıyla öngörüldüğünü söyleyebiliriz.

1961 Anayasası iptal davası açma yetkisini söz konusu organlara verirken bunların her biri bakımından önemli sebepleri göz önünde tutmuştur. Yasama meclislerindeki siyasî parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasî partilere dava yetkisinin verilmesi ile parlâmentoda çoğunluğu elinde tutan bir partinin istediği kanunları çıkarması halinde, azınlık partilerine etkili bir savunma vasıtası verilmiş tir (27). Son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan (parlâmentoda grubu bulunmayabilir) siyasî partilere dava yetkisinin verilmesinde ise seçilmesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grup teşkil edecek kadar kuvvet kazanamamış olup, aslında halkoyunda bir kuvvet olarak gözüken bu siyasî partilerin gerek kendilerini ilgilendiren, gerekse temsil ettikleri bir grubun menfaatlerini kanunî yoldan korumalarının sağlanması amaçlanmıştır (28).

Yukarıda iptal davası açma yetkisi bakımından siyasî partileri incelerken (29) belirttiğimiz gibi 1982 Anayasası'nın siyasî partilerin iptal davası açma yetkisini son derece sınırlandırması anayasa yargısının amaçlarına ters düşmektedir. Siyasî partilerden sadece "iktidar ve anamuha-

(25) Özbudun, s. 374; Yazara göre, Anayasa'da aksi belirtilmediğine göre, bu konuda normal çoğunluk olan âdi çoğunluğun yeterli olması gerekirdi.

(26) 1961 Anayasasının sonradan değiştirilen ilk şeklinde, "grubu bulunan" yerine, "temsilcisi bulunan" denilmişti. 1961 Anayasasının bu ilk düzenlemesi ile TBMM'nde bir üyesi dahi olsa bir siyasî parti dava açabilmekte idi. Yapılan değişiklik sınırlama amacını taşımaktadır.

(27) Arık, K. F., Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında Mukayeseli bir İnceleme, AD., 1961, Yıl. 52, s. 838.

(28) Armağan, s. 40; Ayrıca bkz. Anayasa Komisyonu Raporu, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, ss. 54, s. 37.

lefet partileri Meclis grupları"na dava yetkisinin verilmesi sözkonusu amaçların gerçekleştirilmesine yetmiyecektir. Çünkü, "... yasama işlemlerini gerçekleştiren iktidar partisi veya partileri olduğuna göre bunların kendi eserlerinin iptali isteminde bulunmaları asla düşünülemiyeceği gibi; anamuhalefet partisi de, geleceğin iktidarı olacağı umut ve kanısıyla benimsediği, bazen de karşı çıktığı kanunlar aleyhine Yüksek Mahkemeye başvurmamayı yeğleyebilir" (30). Bu durumda ortaya çıkan sakıncayı önlemenin yolu ise siyasî partilerin mümkün mertebe dava açma yetkisine sahip bulunmasıdır. Böylece iktidar ve anamuhalefet partilerinin bu konuda çeşitli hesaplarla hareket etmeleri de engellenmiş olacaktır.

D — Parlâmento Üyelerinin Dava Açma Yetkisi

1982 Anayasası (m. 150), 1961 Anayasası'nda olduğu gibi Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerine belli bir oranı sağlamak şartıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma yetkisi vermiştir. Bu oran 1961 Anayasası'nda yasama meclislerinin her biri (Millet Meclisi ve Senato) için üye tamsayısının en az altıda biri iken, 1982 Anayasası'nda bu oran Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri olmuştur. Buna göre 1982 Anayasası bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin dava açabilmeleri için, dörtyüzelli milletvekilinden oluşan Meclis'in en az beş biri olan doksan üyenin imzası gerekmektedir. Gerek şekil, gerekse esas bakımından iptal davası açılabilmesi için doksan milletvekilinin katılım ve imzalarının (esas bakımından) altmış ve hele (şekil bakımından) on günlük sürede elde edilmesi çok zor olacağından, yeni Anayasa'nın dava açılabilmesi için gerekli olan üye sayısını artırması eleştirilebilir (31).

Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerinin iptal davası açabilmeleri için davanın konusunda birleşmeleri zorunludur (32). Ayrıca dava dilekçesinde, kendilerine mahkemece tebligat yapılmak üzere iki üyenin gösterilmesi gerekir (2949 sayılı Kanun m. 26/2) (33).

---

(29) Bkz. Yukarıda bölüm C.

(30) Duran, s. 70-71.

(31) Duran, s. 71.

(32) Anayasa Mahkemesi davanın konusunda birleşmenin dışında, dilekçede gerekçenin eksik olması halinde eksikliğin, iptal davasını açan yasama meclisi üyelerinin tümünün imzalayacakları bir yazı ile giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. E. 1966/19, K. 1968/25, K. T., 18-19.6.1968, AMKD., Sayı 7, s. 18-20.

(33) Anayasa Mahkemesi kendilerine tebligat yapılacak üyelerin belirtilmesi konusunda hassas davranmaktadır. Bkz. E. 1966/19, K. 1968/25, K. T. 18-19.6.1968, AMKD., S. 7, s. 18-20; E. 1971/52, K. 1972/1, K. T. 3.2.1972, AMKD., S. 10, s. 83-89; E. 1972/24, K. 1973/21, K. K. 8.5.1973, AMKD., S. 11, s. 229-233.

Burada bir kanunun lehine oy kullanmış olan üyelerin veya siyasî partilerin o kanun hakkında iptal davası açıp açamıyacakları meselesi ortaya çıkmaktadır. Anayasa'da aksine bir hüküm olmaması, yetki veren metnin mutlak ifadesi ve buradaki amaç gözönüne alındığında söz konusu Meclis üyelerinin veya siyasî partinin de dava açabileceğini veya davaya katılabileceklerini kabul etmek gerekir (34).

Anayasa Mahkemesi dava dilekçesinde imzası bulunan üyelerden bir bölümünün dilekçeyi yanılarak imzaladıklarını ileri sürmeleri halini davanın görülmesine engel saymamıştır. Mahkemeye göre: "Bu dilekçeyi imzalayanlar sıradan kimseler değildir... Bir milletvekilinin imzaladığı belgeyi, hele söz konusu olan bir iptal davası dilekçesi ise, bilmemesi veya bir belgeyi bilmeden imzalaması, yahut Anayasasının değişik 149. (1982 AY. m. 150) maddesinin kanunların ve yasama meclisleri içtüzüklerinin Anayasaya uygunluk denetiminin sağlanması ereğiyle verdiği bir yetkiyi böylesine önemsememesi hiç bir zaman düşünülemez. Onun içindir ki dava dilekçesinin 'sehven veya 'bilmiyerek imzalandığı yolundaki soyut iddianın, yanılmanın niçin ve nasıl olduğunu ayrıntılariyle ortaya koyacak bir açıklama, başka deyimle olağandışı bir durumun varlığı ile desteklenmedikçe, dinlenme değeri ve böyle bir iddianın üzerinde durulma ve araştırılmasına gidilme gereği yoktur" (35).

Anayasa Mahkemesi, Millet Meclisi üyeleri tarafından açılan iptal davasında dilekçede imzası bulunan üyelerden birinin imzasını geri aldığını açıklamasını da şu gerekçe ile önemsiz saymıştır: "Anayasa'nın.. 149. (1982 AY' m. 150) maddesinin... tanıdığı Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma hakkı... Anayasaya uygunluk denetiminin sağlanmasını öngören yollardan biridir ve bundaki kamusal erek ve nitelik ortadadır. Böyle bir dava bir kez açıldı mı artık ondan vazgeçilemez ve vazgeçme iddiası dinlenemez" (36).

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir miktar üyesine iptal davası açma yetkisi tanınmasındaki amaç, siyasî bir azınlığın korunmasıdır (37). Parlâmento içinde sayıları az olan ve iktidardaki parti veya partilerin baskısı altında bulunan bir azınlık, çıkmasını engelleyemedikleri bir kanuna karşı bu yolla son imkânlarını kullanmış olacaklardır (38).

---

(34) Arık, s. 838; Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu görüşü kabul edici nitelikte açıklamalar yapmıştır Bkz. E. 1971/52, K. 1972/1, K. T. 3.2.1972, AMKD., S. 10, s. 83-89.

(35) E. 1971/52, K. 1972/1, K. T. 3.2.1972, AMKD., S. 10, s. 87.

(36) E. 1971/52, K. 1972/1, K. T. 3.2.1972, AMKD., S. 10, s. 88.

(37) Marcic, R., Verfassung und Verfassungsgericht, Wien 1963, s. 152-153 (Naklen: Armağan, s. 46).

(38) Armağan, s. 46-47.

1961 Anayasası döneminde partili üyelerin parti disiplini nedeniyle bu yetkiyi kullanma ihtimallerinin zayıf olduğu iddia edilmiştr (39). 1961 Anayasası siyasî partilerin dava yetkisini çok geniş tutmuştu. Oysa 1982 Anayasası'nda sadece iktidar ve anamuhalefet partilerine dava yetkisi tanındığından, bunların dışında kalan partilerin ve üyelerin anlaşarak bu düzenlemeden doğan sakıncaları bertaraf edecek bir uygulama geliştirmeleri, başka bir deyişle iktidar ve özellikle anamuhalefet partisinin dava açma yetkisini kullanmamaları hallerinde dava açma yoluna gitmeleri mümkündür. Böylece 1982 Anyasası'nın dava açma yetkisini son derece sınırlandıran sistemi uygulamayla olumlu yönde geliştirilmiş olacaktır.

E — Değerlendirme ve Öneriler

Anayasa yargısının amacına uygun bir şekilde çalışabilmesi için iptal davası açmaya yetkili olanların belirlenmesinde dikkatli bir düzenleme yapmak gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu anlamda bir belirleme 1961 Anayasası'nda yapılmadığı gibi, 1982 Anayasası daha da sakıncalı ve eksik bir düzenleme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan iptal davası açma yetkisi en geniş anlamda anayasaya aykırılığın davacısı olarak bu işi en iyi yapabilecek kurum ve organlara verilmelidir (40). Bu amaçla 1961 ve 1982 Anayasa'larında dava açma yetkisine sahip olanların yetkileri aşağıda değineceğimiz üzere daha da geliştirilerek devam ettirilebilir.

Dava açma yetkisine sahip olacaklardan bazıları fonksiyon ve konumlarına göre genel korunma davası, bazıları ise organ davasındaki yetkiye sahip olmalıdır. Anayasa yargısının gerçekleştirmeyi amaçladığı ilkeler gözönünde tutulduğunda denilebilir ki, bu amaçlara en sağlıklı olarak bu tarz bir "anayasa yargısını harekete geçirme sistemi" ile ulaşılabilir.

Bu açıdan düşünüldüğünde 1982 Anayasası ile organ davasının kaldırılması yerinde olmadığı gibi, 1961 Anayasasının düzenlemesi de yetersizdi. Organ davasında dava açmaya yetkili olan kurum ve kuruluşlar kendi varlık ve görev alanlarındaki konularda iptal davası açabileceklerinden kendileri ile ilgili normların incelenmesini dikkatle yapabilecek ve Anayasaya aykırılığın ortadan kaldırılabilmesi için titizlikle uğraşacaklar-

(39) Armağan, s. 48.

(40) Tanilli, S., Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1985 s. 622; Tanilli'ye göre bu organ Barolar Birliği olabilir.

dır (41). 1961 Anayasası döneminde organ davası açmaya yetkili olanlardan üniversitelerin bu konuda hassas davrandıklarını söyliyebiliriz (42). 1982 Anayasası'nda genel korunma davasını açmaya yetkili olan Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partileri meclis grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle başta, makul sınırlamalar dahilinde siyasî partiler olmak üzere, Barolar Birliği ve yüksek yargı organları genel korunma davası açmaya yetkili kılınmalıdır.

Siyasî partiler demokrasinin vazgeçilmez unsurları olarak iktidar ile yönetilenler arasında aracılık yapmak, muhalefette oldukları zaman iktidarı eleştirmek ve denetlemenin yanısıra toplumdaki düşünceleri belli alternatifler haline dönüştürerek temsil etmek fonksiyon ve görevlerini ifa eden ikincil gruplardır. Bu derece önem taşıyan siyasî partilere makul şartlar ve sınırlandırmalar çerçevesinde iptal davası açma yetkisi tanınmalıdır. 1961 Anayasası döneminde siyasî partilerin çok sayıda dava açmaları sahip oldukları bu önemli fonksiyonlardan kaynaklanmaktadır.

Barolar Birliiğ ise hukukçulardan oluşan bir meslekî kuruluş olarak kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde gerçekten etkili ve faydalı bir fonksiyon görebilecek niteliğe sahiptir. Zira bu kuruluşun üyeleri hukukçulardan oluştuğu gibi kuruluş da mevzuat ile sürekli ilgili durumdadır. Bu nedenle Barolar Birliği'nin yürürlüğe giren kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması bakımından oldukça başarılı olacağını söylemek mümkündür.

---

(41) 1961 Anayasası döneminde çok sayıda organ davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi bu konularda ilginç kararlar vermiştir.
Yüksek Hakimler Kurulu'nca açılan davalarda verilen bazı kararlar için bkz. E. 1963/169, K. 1963/113, K. T., 15.5.1963, AMKD., S. 1, s. 292-293; E 1966/11, K. 1966/44, K. T. 29.11.1966, AMKD., S. 5, s. 4; E. 1972/25, K 1972/36, K. T. 27.6.1972, AMKD., S. 10, s. 499.
Danıştay'ca açılan bir dava için bkz. E. 1967/19, K. 1969/6, K. T. 16.1.1969 AMKD., S. 7, s. 206-207.
Askerî Yargıtay'ca açılan bir dava için bkz. E. 1972/49, K. 1974/1, K. T 10.1.1974, AMKD., S. 11, s. 23.

(42) 1961 Anayasası döneminde üniversitelerin açmış olduğu bazı önemli davalar için bkz. E. 1967/32, K. 1968/57, K. T., 3.12.1968, AMKD., S. 7, s. 84; E. 1969/48, K. 1971/5, K. T., 19.1.1971, AMKD., S. 9, s. 196; E. 1971/59, K 1972/19, K. T., 20.4.1972, AMKD., Sayı 10, s. 321; E. 1972/35, K. 1972/62, K. T. 26.12.1972, AMKD., S. 10, s. 591; E. 1973/36, K. 1974/4, K. T. 14.2.1974, AMKD, S 12, s. 62; E. 1974/33, K. 1975/1, K. T. 7.1.1975, AMKD., Sayı 13, s. 8; E. 1973/37, K. 1975/22, K. T. 11-14, 25.2.1975, AMKD., S. 13, s. 113; E. 1977/80, K. 1977/123, K. T. 13.10.1977, AMKD., S. 15, s. 540.
Bu iptal davalarının tümü Anayasa Mahkemesince üniversitelerin varlık ve görev alanı ile ilgili bulunmuş ve işin esası incelenmiştir.

Yüksek yargı organları bakımından ise, genel korunma davası açmaya yetkili olmak doğal sayılmalıdır. Çünkü bu mercilerin asıl fonksiyonu yargı olduğu gibi, hukuk kurallarının uygulanmasında da en üstte yer almaktadırlar. Gerekli gördükleri kanunları denetim mekanizmasına sokmaları faydalı olacaktır.

Genel korunma davasının yanısıra organ davasına da yer vermenin gerekli olduğuna işaret etmiştik. Organ davası bakımından üniversiteler, sendikalar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Sayıştay ve bazı önemli meslekî kuruluşların iptal davası açmaya yetkili kılınmaları mümkündür. Bir kere bu kuruluş ve organlar devlet ve toplum hayatının belli alanlarında önemli fonksiyon görmektedirler. Bu nedenle bu kuruluş ve organların en azından kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda yürürlüğe giren hukuk kurallarının anayasaya uygunluğunu inceleme ve kendi görev ve varlık alanlarını ilgilendiren sakıncaları tespit etme imkânları olabilecektir. O halde bütün bu kurum ve kuruluşlara kendi varlık ve görev alanlarında iptal davası açma yetkisi tanınmalıdır.

BÜYÜKŞEHİR BELEDİYELERİNİN KURULMASI

Arş. Gör. Bahtiyar AKYILMAZ (*)

I — BÜYÜKŞEHİR

Büyükşehrin genel kabul görmüş, kesin ve geçerli bir tarifini yapmak oldukça zordur. Zira, ekonomik, sosyal ve idarî boyutları olan bu kavramı açıklamak için tek bir ölçüt kabul etmek doğru olmaz.

Uygulamada genel olarak iki önemli ölçüt kullanılmaktadır:

A — Nüfus Ölçütü

Bu konuda gerek ülkemizde, gerekse Dünyada değişik yazarlar ve kuruluşlar değişik rakamlar ileri sürmektedirler.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, Standart Metropolitan Statical Area (1) olarak kabul edilen bölgeler için yapılan istatistiklerde büyükşehir için nüfus ellibin ve yukarısı olarak belirtilmektedir (2).

Bu rakamlar İngiltere'de olduğu gibi kanunla tespit edilebileceği gibi (3), uygulamaya ve yapılan çalışmalara göre de değişebilmektedir.

Ülkemizde de aynı şekilde, değişik rakamlar ileri sürülmüştür. 2561 sayılı Kanunla nüfusu üçyüzbini geçen şehirlerimiz büyükşehir kabul edilken, 3030 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki uygulamada bu rakamın beşyüzbin olarak değiştiğini görüyoruz.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

(1) Standart Metropolitan Statical Area, özel bir büyükşehir idaresi kurulmuş olsun veya olmasın, nüfus ve diğer özellikleri sebebiyle büyükşehir bölgesi kabul edilen alanlara verilen isimdir.

(2) BOLLENS, John C. - SCHMANDT, Henry J. : The Metropolis (özetleyerek çeviren : ZAİM, Orhan), Amerika Birleşik Devletleri'nde Metropoliten Alanlardaki Mahalli İdareler, Türk İdare Dergisi, sy. 324, 1970, s. 103-104

(3) ARSLAN, Süleyman : Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Ankara 1978, s. 259

B — Büyükşehir Karakteri Ölçütü

Bir şehrin büyükşehir olabilmesi için belli bir nüfusu aşmış olması yeterli olmayıp, birtakım özeliklere de sahip bulunması gereklidir. Bu özellikleri "büyükşehir karakteri"ni ortaya koyar.

Büyükşehirlerde yüksek seviyede ticarî faaliyet vardır. Yine bu seviyeye tekabül eden ticarî faaliyetleri destekleyen iyi gelişmiş malî müesseseler ve hizmetler mevcuttur. Bu bakımdan büyükşehir, "ticarî ve malî merkez" görünümü arzetmektedir (4).

Nüfus yanında endüstriyel, ekonomik, teknik, sosyal ve idarî bir gelişmenin, belli ölçüde tamamlaması ile oluşan büyükşehir, ticarî ve malî merkez olduğu gibi genellikle "kültür merkezi", "siyasî güç merkezi" olmak özelliğine de sahiptir.

O halde büyükşehir, belli bir büyüklüğün ve nüfusun üzerinde bir şehir bölgesine sahip, bu bölge içinde merkez şehirle çevre yerleşim yerleri arasında belli fizikî ve sosyo-ekonomik bağ bulunan, bölgede kültür, siyasî güç, ticarî ve malî merkez durumunda olan ve kendine has "büyükşehir yaşama tarzı" gösteren şehir bölgesidir.

II — ÜLKELERİ BÜYÜKŞEHİRLER İÇİN ÖZEL YÖNETİM ŞEKİLLERİ GETİRMEYE ZORLAYAN SEBEPLER

Hızlı nüfus artışı ve şehirleşmenin temel özelliklerinden biri, ülke nüfusunun küçük ve orta büyüklükteki şehirlerde değil, büyükşehirlerde yığılmasıdır. Bu yığılma neticesinde ise nüfusu hızla artan büyükşehir bölgesinde, merkez şehrin uzantısı durumuna giren çevre yerleşim yerleri (5) oluşmaya başlamıştır.

Bu yeni yerleşim yerleri merkez şehrin sosyo-ekonomik imkânlarından faydalandıkları gibi ayrıca sahip oldukları imkânları paylaşmamak için kendi mahalli idarelerini kurmaya başlamışlar, böylece büyükşehir bölgesinde merkez şehirden başka çevre yerleşim yerlerinde de mahalli idareler oluşmuştur (6). Ancak bu mahalli idareler, gerek malî imkânsız-

---

(4) PARSA, Settar : İzmir Metropoliten Alan Plânlaması Anahatları, Türkiye'de Metropoliten İdareler, Tebliğler ve Tartışmalar, Türk Belediyecilik Derneği Yayını, Ankara 1969, s. 75-76

(5) Çevre yerleşim yerlerini tanımlamak üzere "banliyö" ya da "çevrekent" kavramları da kullanılmaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız İSBİR, Eyüp G. : Şehirleşme ve Meseleleri, Ankara 1986, s. 127 vd.

(6) ROWAT, Donalt C. : Canadian Public Administration (çeviren : TÜTEN, Şerif), Plânlama ve Metropoliten İdare, Türk İdare Dergisi, sy. 318, C. 40, 1969, s. 130

lıklar ve gerekse organizasyon aksaklıkları sebebiyle yüklendikleri kamu hizmetlerini bizzat ve gereği gibi karşılayamamaktadırlar.

Çok sayıda mahalli idareden oluşan büyükşehir bölgelerinde meselelerin çoğu müşterek olup, büyükşehir bölgesinin sınırlarına kadar uzanır. Buna karşılık bu meselelerin halledilmesi her mahalli idarenin kendi sınırları içinde mümkündür. Bu durum büyükşehir bölgesinin beledî hizmetler, idarî fonksiyonlar ve sosyo-ekonomik hayat açısından gelişmesini menfî yönde etkiler (7).

Sosyo-ekonomik münasebetler bakımından birbirlerinden ayrılamayan merkez ve çevre mahalli idarelerinde kamu hizmetlerinin farklı idarelerce halka sunulması hizmetlerin bölünmezliği ilkesine ters düşmektedir (8). Halbuki, su, kanalizasyon, ulaşım gibi kamu hizmetleri büyükşehir bölgesi için plânlandığında daha düşük maliyetli olabilmektedir. Kamu hizmetlerinin bu şekilde bölünmesinin mahalli idarelerin görev alanlarında çatışmalara, ikilemelere ve kaynak israfına yolaçmasının yarattığı bir diğer mesele de bu meselelerin halledilmesi hususunda karşımıza çıkmaktadır (9).

III — ÇÖZÜM YOLLARI

Dünyanın birçok ülkelerinde kanunlar büyük belediyeler ile küçük belediyeler arasında kuruluş, yetki ve gelirler bakımından bir ayırım yapmış değildir. İrili ufaklı bütün belediyeler, hemen hemen benzer kurallarla idare edilmektedirler. Oysa, birkaçbin kişilik kasabaları birkaçmilyonluk büyükşehirlerle bir tutmanın yönetim bakımından birçok güçlükleri vardır (10).

Aynı durum son düzenlemelere kadar Türkiye için de sözkonusu olup, sadece belediyelerle ilgili düzenlemelerde bazı dar kapsamlı çözüm yolları olduğu görülmektedir.

A — İl Özel İdareleri ve Köyler

Malî imkânları son derece sınırlı olan "il özel idareleri", büyükşehirlerdeki bu anormal şehirleşme ve nüfus artışına ve bunun yolaçtığı meselelerin halledilmesine yardımcı olacak güçte bulunmamaktadır.

---

(7) TURAK, Esat : Metropoliten Alanlar Kavramlar - Tanımlar - Ölçütler ve Sınırlama Sorunu, Türkiye'de Metropoliten Alan Plânlaması Deneyimleri ve Sorunları Kolgyumu, Kasım 1978, s. 13

(8) KELEŞ, Ruşen - Yavuz, Fehmi : Yerel Yönetimler, Ankara 1984, s. 262

(9) EKE, Ali Erkan : Türkiye'de Anakent Yönetimi ve Yönetimlerarası İlişkiler, Ankara 1982, s. 16

(10) KELEŞ, Ruşen : Büyük Belediyelerin Yönetimi, İl. ve Bel., Y. 41, sy. 464, Haziran 1984, s. 1542

Aynı şekilde çok zayıf bir idarî ve malî bünyeye sahip olan "köy idareleri" de meseleye cevap verememektedir (11).

B — Belediye Şubeleri

Nüfusu büyük rakamlara ulaşan büyükşehirlerin yönetimi için, 1580 sayılı Belediye Kanunu ile kolaylık getirilmek istenmiş, ve büyükşehirlerdeki belediyelerin nüfusu seksenbini aşan kısımlarında şube müdürlükleri kurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Uygulamada belediye şube müdürlüklerinin seksenbinlik nüfus ölçütünü ve hatta bazılarının nice Anadolu şehrinin nüfusunu aşarak, üçyüz, dörtyüzbinlik nüfusa sahip şubeler durumuna geldiği görülmüştür (12). Bu büyük nüfuslarına rağmen belediye şubeleri, seçilmiş organları ve sözü edilmeye değer yetki genişliğine bile sahip olmayan birimler olup; merkezi bir idarenin parçası olmaktan ileriye gidememişlerdir.

C — Belediye Birlikleri

1961 Anayasası'nın 116. maddesi ile birden çok mahalli idare birimini ilgilendiren, birden fazla mahalli idare birimi gözönüne alınıp plânlandığı takdirde etkili ve verimli olabilecek bazı kamu hizmetlerinin, tek elden yürütülebilmesine imkân tanıyan belediye birliklerinin kanunla kurulabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu hükme dayanılarak birkaç kanun tasarısı ve teklifi hazırlanmışsa da büyükşehirlerin idari meselelerine çözüm olabilecek mahiyette hizmet birlikleri oluşturulamamıştır (13).

Aynı şekilde 1580 sayılı Belediye Kanunun 133 ve devamı maddeleri, belediyelerin mecburi veya ihtiyari görevlerinin bir veya birkaçı için birlik tesis edebileceklerine imkân vermekte ise de, belediyeler bu konularda ya hiç birleşmemekte ya da su birliği veya bazı taşıma birlikleri gibi çok cılız teşebbüslerle yetinmektedirler (14).

---

(11) AYTAÇ, Fethi : Metropoliten İdare Kurulması Üzerinde Yapılan Çalışmalar, Türk İdare Dergisi, C. 43, sy. 337, 1972, s. 4

(12) GÜRAN, Sait : Büyük İstanbul Bölgesindeki Mahalli İdarelerin Yapısı, Yönetimi ve İdari Reform İhtiyaçları; Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmesi Sorunları Uluslararası Semineri, İmar ve İskân Bakanlığı, Ankara 1974, s. 6-3

(13) Metropoliten Hizmet Birliği Kanun Tasarısı, Ankara 1972 (çoğaltma); İstanbul Metropolitan Hizmet Birliği Kanun Tasarısı Gerekçe ve Metni, Ankara 1975 (çoğaltma); Metropolitan Alanlar Hizmet Birliği Kanun Teklifi Ankara 1976 (çoğaltma)

(14) DOĞAN, Melih : Belediye ve İskân Sorunları, Büyük Kent Belediyeleri ve Sorunları Sempozyumu, Ankara 1977, s. 111

Halkın gözünde mühim olan, hizmetlerin şu veya bu idare tarafından yürütülmesi değil, tatmin edici şekilde yerine getirilmesidir. İsteğe bağlı birlik kurmak suretiyle müşterek ihtiyaçlarını temin etmek mümkün olsaydı, mahalli idareler, mevzuatımızın zaten cevaz verdiği bu sisteme rağbet eder ve kurdukları yerlerde de başarılı neticeler alırlardı. Fakat uygulamada, mahalli idareler bu konuda pek hevesli olmamışlar, olanlar da gelişme gösterememişlerdir.

D — Özel Amaçlı Büyükşehir İdareleri

Mahalli idarelerin yapılarının, malî ve teknik imkânlarının karşılamaya yetmediği kimi hizmetlerin görülmesi, büyükşehir bölgesinde bu hizmetler için özel amaçlı idareler kurmayı gerektirir (15). Bir veya birden fazla kamu hizmetinin yürütülmesi için kurulan bu özel amaçlı idareler, bazen vergi koyma ve toplama yetkisine de sahip, bağımsız ve özerk kuruluşlardır (16).

Dünyada sıkça görülen bu uygulamaya Türkiye'de en güzel örnek, İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) dir.

1981 yılında İstanbul Belediyesinden bağımsız olarak 2560 sayılı Kanun (17) ile İstanbul Belediyesinin su ve kanalizasyon işlerini görmek üzere kurulan bu özel amaçlı büyükşehir idaresi, bağımsız bütçeli ve tüzel kişiliğe sahip bir idarî teşkilattır.

İSKİ nin hizmet alanı İstanbul Belediyesinin beledî sınırları olarak gösterilmişse de Bakanlar Kurulu kararı ile İstanbul Büyükşehir Bölgesini içine alabilecek şekilde genişleyebilme imkânı tanınmıştır.

Bu teşkilat Büyükşehir Belediye Sisteminin getirilmesinden sonra 23 Mayıs 1984 de 3009 sayılı Kanunla İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlanmıştır.

Yine aynı şekilde 2970 sayılı Boğaziçi Kanunu (18) ile Boğaziçi yerleşim alanında plânlama, imar uygulamalarının yürütülmesi ve kontrolünün yapılması amacıyla kurulan Boğaziçi İmar ve Plânlama Teşkilatı da 3194 sayılı İmar Kanunu ile İstanbul Büyükşehir Belediyesi ve ilgili ilçe belediye başkanlıklarına bağlanmıştır.

---

(15) KELEŞ - YAVUZ, s. 265-266

(16) İSBİR, s. 206

(17) Resmi Gazete, 23 Kasım 1981, sayı : 17523

(18) Resmi Gazete, 22 Kasım 1983, sayı : 18229

IV — BÜYÜKŞEHİR BELEDİYELERİNİN OLUŞTURULMASI

1960 lı yıllardan itibaren yapılan çalışmalar 12 Eylül 1980 sonrasında da hızlandırılmış ve büyükşehirlerin yönetimi için özel düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

İlk olarak Millî Güvenlik Konseyi'nin 34 no'lu Kararı (19) ile büyükşehir bölgelerindeki küçük mahalli idarelerin tüzel kişiliklerinin kaldırılması ve yakınında bulundukları büyük belediyelerle birleştirilmeleri yoluna gidilmiştir.

Millî Güvenlik Konseyi'nin bu kararının amacı, doğrudan doğruya İstanbul, Ankara, İzmir gibi şehirlerin büyükşehir bölgelerindeki belediyelerin merkez belediyeye bağlanması olduğu halde amaç dışına çıkılmış ve daha geniş bir alanda ve yaygın bir şekilde uygulanmaya başlamıştır (20).

Bundan başka sıkıyönetim komutanlıklarının ayrı ayrı yorumları sebebiyle, uygulamada farklı yerlerde, farklı işlemlerin yapıldığı da görülmüştür (21). Konsey Kararı sadece belediyelerden bahsetmesine rağmen komutanlıklar, köyleri de uygulamanın içine almışlardır.

Uygulamadaki bu farklılıklar ve aksaklıklar sebebiyle Konsey, Büyükşehirlerin Yakın Çevresindeki Yerleşim Yerlerinin Ana Belediyelere Bağlanmasına İlişkin 2561 sayılı Kanun (22) u çıkarmıştır.

Kanunla beledî hizmetlerin birbirleriyle uyumlu ve bütünleştirici bir plânlama içinde, yeterli ölçüde ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak maksadıyla nüfusu üçyüzbinden fazla olan şehirlerin çevresinde bulunan belediye ve köylerin yakınında bulundukları büyükşehir belediyesine bağlanabimlelerine imkân tanınmıştır.

Birleştirilmeden sonra eski belediyelerin, yani tüzel kişiliği kaldırılacak olan eski mahalli idare birimlerinin ya belediye şubesi ya da mahalle olmaları ilkesi benimsenmiştir.

1982 Anayasası ile getirilen mahalli idarelerle ilgili düzenlemede, geçmiş yıllardan ders alınarak büyükşehirlerdeki ihtiyacı daha iyi karşılayacağı düşüncesiyle 127. maddeye "büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimleri getirilebilir" hükmü eklenmiştir. Böylece, yeni anayasa bü-

(19) Resmi Gazete, 11 Aralık 1980, sayı : 17187

(20) MERİÇ, Osman : Bazı Yerleşim Yerlerinin Büyük Kent Belediyelerine Bağlanmasında Amaca Aykırı Uygulama, İl. ve Bel., sy. 427, 1981, s. 459

(21) GÖKÇEER, Fikri : Sıkıyönetim Komutanlığınca Tüzel Kişiliği Kaldırılan Belediye ve Köyler, İl. ve Bel., sy. 427, 1981, s. 459

(22) Resmi Gazete, 8 Aralık 1981, sayı : 17533

yükşehirlerin kanunla yapılacak bir düzenleme ile diğer şehirlerden farklı bir sistemle yönetilebilmelerine imkân tanımıştır.

Anayasanın verdiği bu yetki kullanılarak ilkönce, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun (23) da büyükşehir ile ilçe belediye başkanları ve meclisleri seçimiyle ilgili hükümler getirilmiştir.

Buna göre, belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan büyükşehirlerde, o şehrin belediye sınırları içinin, büyükşehir beiediye başkanı seçimi için bir seçim çevresi sayılması ilkesi getirilmiştir. Aynı kanun, ilçe belediye başkanı ve belediye meclisi üyelikleri seçimi içinse, ilçeleri, bir seçim çevresi saymıştır.

Böylece hükümetin, büyükşehirlerin beledî hizmetler için uygulamayı istediği çözüm yolu yepyeni bir teşkilatlandırmaya yönelmeyi gerektirmiştir. Ayrıca kanunun geçici 5. maddesi büyükşehir idaresinin hukukî statüsünün bu kanunun yürürlüğünü takip eden ilk seçimin oy verme gününden önce Bakanlar Kurulu tarafından kanun hükmünde kararnamelerle tespit edileceğini belirtmiştir.

Bu hükme dayanarak Hükümet mahalli seçimlere iki gün kala çıkardığı 195 sayılı "Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" (24) ile büyükşehirler için özel bir yönetim şekli getirmiştir.

Ne varki, uygulamada görülen birtakım aksaklıklar ve ilçe belediyeleri ile büyükşehir belediyesi arasındaki ilişkilerde görülen düzensizlikler ve problemler konunun bir kanunla düzenlenmesini gerektirmiş ve bu maksatla 3030 sayılı "Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun" (25) çıkarılmıştır. Hemen akabinde de uygulamaya yön vermek üzere kanunun uygulanmasıyla ilgili Yönetmelik Resmi Gazete'de yayınlanarak (26) yürürlüğe girmiştir.

Kanunun 3. maddesine göre büyükşehir, belediye sınırları içinde, merkez ilçe dahil olmak üzere birden fazla ilçe bulunan şehirlerdir. 4. maddeye göre ise bu tanıma uyan büyükşehirlerde büyükşehirin adı ile bir "büyükşehir belediyesi", büyükşehir dahilinde yeralan ilçelerde de ilçelerin adını taşıyan "ilçe belediyeleri" kurulur.

---

(23) Mükerrer Resmi Gazete, 18 Ocak 1984, sayı : 18285
(24) Resmi Gazete, 23 Mart 1984, sayı : 18350
(25) Resmi Gazete, 9 Temmuz 1984, sayı : 18453
(26) Resmi Gazete, 12 Aralık 1984, sayı : 18603

25 Mart 1985 günü yapılan mahalli idare seçimlerinde kanuni şartlara uyan İstanbul, Ankara ve İzmir'de büyükşehir belediye başkanları, ilçe belediye başkanları ve belediye meclisi üyeleri seçilmiştir.

Hemen bu üç şehrimizin peşinden nüfusları beşyüzbin barajını geçen Adana'da 3306 sayılı Kanun (27) ile, Bursa'da 3391, Gaziantep'de 3398, Konya'da 3399 sayılı Kanunlar (28) ile, il merkezinde yeni ilçeler kurulmuş, belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunması sebebiyle bu şehirler hakkında 3030 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı ve belediyelerininde "büyükşehir belediye"ne dönüşeceği belirtilmiştir.

Bu yeni kurulan büyükşehir belediyelerinde ilçe belediye seçimlerinin, Türkiye düzeyinde yapılacak ilk genel mahalli idareler seçimiyle birlikte yapılacağı; bu süre içinde 3030 sayılı kanunda yazılı büyükşehir ve ilçe belediyelerine ait yetki ve görevlerin tümünün büyükşehir belediyesince yürütüleceği ve bu şehirlerde halen görevde bulunan başkan, meclis ve encümenin ilk genel mahalli idare seçimlerine kadar büyükşehir belediye başkanı, belediye meclisi, belediye encümeni olarak 3030 sayılı Kanunda yazılı görev ve yetkilere sahip oldukları ilgili kanunlarında belirtilmiştir.

Bugün il merkezi içinde kanunla ilçe kurularak büyükşehir mahiyeti kazanması muhtemel diğer büyükşehirlerimizde de aynı hükümler uygulanarak, kanunla kurulan ilçenin büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan kısmında ilçe belediyeleri oluşturulacak, varsa bu belediyeler dışında, merkez ilçenin büyükşehir sınırları içinde kalan kısmında da ayrıca merkez ilçe belediyesi kurulacaktır.

Belediye sınırları içerisinde kanunla birden fazla ilçe kurularak büyükşehir mahiyetini kazanacak şehirlerimizde, merkez ilçe bulunmaması halinde kanunla kurulan ilçelerin büyükşehir sınırları içinde kalan kısımlarında sadece ilçe belediyeleri kurulacak, ayrıca merkez ilçe belediyelerinden sözedilmeyecektir (29).

Büyükşehir belediyelerinin sınırları, isimlerini aldıkları şehirlerin belediye sınırları, ilçe belediyelerinin sınırları ise bu ilçelerin büyükşehir be-

---

(27) Resmi Gazete, 19 Haziran 1986, sayı : 19139; Adana'da Yüreğir adıyla bir ilçe kurulmuş ve merkez ilçenin adı da Seyhan olarak değiştirilmiştir.

(28) Resmi Gazete, 27 Haziran 1987, sayı : 19500; Bursa il merkezinde Osmangazi, Yıldırım ve Nilüfer adıyla üç; Gaziantep il merkezinde Şehitkâmil ve Şahinbey adıyla iki; Konya il merkezinde de Karatay, Selçuklu ve Meram adıyla üç ilçe kurulmuştur.

(29) TARHAN, Şerafettin : Büyükşehir Belediyeleri, İl. ve Bel., Y. 41, sy. 475-476, 1985, s. 172

hizmetlerin paylaştırılması ve organların oluşturulması hususunda ayrıntılı düzenlemeye gidilmiştir.

Adana, Bursa, Gaziantep ve Konya örneklerinden anlaşıldığı üzere ülkemizde uygulamada beşyüzbinlik nüfus ölçütü kabul edilmektedir. O halde beşyüzbinlik nüfus barajına dayanan şehirlerimizde kanunla yeni ilçeler kurulmak suretiyle büyükşehir belediye sistemine geçileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yanlız, yeni ilçeler kurulurken dikkat edilmesi gereken bir husus, ilçelerin nüfus itibarıyla birbirleriyle uyumlu olmaları gereğidir. Malesef 3030 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle büyükşehir belediyesi vasfını kazanan İstanbul, Ankara ve İzmir'de bu hususa dikkat edilmediğini, yeni kurulan ilçelerle eski ilçeler arasında nüfus bakımından büyük dengesizlikler olduğunu görüyoruz (33). Bu durum ise hem hizmette hem de mahalli halkın büyükşehir belediyesi genelinde temsilinde birtakım nisbetsizliklere yolaçmaktadır.

Büyükşehirlerimizdeki ilçe sınırları esaslı şekilde değiştirilmeden, birbirlerine nüfusça, alanca az çok yaklaştırılmadan, mahalli halkın, mahalli idare ile ilişkilerinden doğan alışkanlıkları da dikkate alınmadan sadece eskimiş mülki idare sınırları gözönüne alınarak oluşturulan ilçe belediyeleri sun'i birer idari birim ve kademe olmaktan öteye gidemeyecektir.

Büyükşehir belediye sisteminin halka daha iyi hizmet götürmek ve halkın büyükşehir yönetimine katılması gibi iki ana amacı vardır. Oysa gerçek bir katılmadan sözedebilmek için alt kademedeki ilçe belediyelerinin kasaba ölçeğinde olmaları gerekir. Fakat bir Bakırköy'ün nüfusunun birmilyonun üzerine olduğunu gözönüne alırsak, bu kadar kalabalık nüfusun bu amaca ulaşılmasına ne kadar mani olup, halkın katılımını dolayısıyla, demokrasiyi de ne kadar zayıflattığını kolayca anlayabiliriz (34).

O halde, halkın yönetime katılımının zayıflaması, kamu hizmetlerinin büyükşehir bölgesine dengeli ve verimli olarak götürülmesinin güçleşmesi durumunda, "büyükşehir" mahiyetini kazanan şehirlerimizde, belli bir nüfusa ulaşmaları beklenilmeden, yeni ilçeler kurularak büyükşehir belediyeleri oluşturulmalıdır. Ancak ilçeler kurulurken, nüfusça birbirlerine denk olmalarına, nüfuslarının halkın yönetime katılabilmesine elverişli olmasına ve mahalli nitelikteki kamu hizmetlerinin kolayca yürütülebilmesine imkân verecek şekilde sınırlarının çizilmesine dikkat edilmelidir.

---

(33) 1980 sayımında İstanbul'da Adalar ilçesinin nüfusu onsekizbin, Beykoz ve Eminönü'nün ki yüzbinin altında iken, mesela bir Fatih'in nüfusu dörtyüzbinin üstünde idi.

(34) KELEŞ, Ruşen : Halkın Katılımı Yok, Milliyet Gazetesi, 8 Nisan 1987

KAYNAKÇA

ARSLAN, Süleyman : Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Ankara 1978.

AYDIN, Ahmet Sezai : Büyük Yerleşim Merkezleri Özel Yönetim Biçimleleri, İl. ve Bel., Y. 41, sy. 493, 1986.

AYTAÇ, Fethi : Metropoliten İdare Kurulması Üzerinde Yapılan Çalışmalar, Türk İdare Dergisi, C. 43, sy. 337, 1972

BOLLENS, John C. - SCHMANDT, Henry J. : The Metropolis, (özetleyerek çeviren : ZAİM, Orhan), Amerika Birleşik Devletleri'nde Metropoliten Alanlardaki Mahalli İdareler, Türk İdare Dergisi, sy. 324, 1970.

DOĞAN, Melih : Belediye ve İskân Sorunları, Büyük Kent Belediyeleri ve Sorunları Sempozyumu, Ankara 1977.

EKE, Ali Erkan : Anakent Yönetimi ve Yönetimlerarası İlişkiler, Ankara 1982.

EKE, Ali Erkan : Anakent Yönetimi ve Yönetimlerarası İlişkiler Batı Deneyimi ve Türkiye, Amme İdaresi Dergisi, C. 18, sy. 4, 1985.

GÖKÇEER, Fikri : Sıkıyönetim Komutanlığınca Tüzel Kişilikleri Kaldırılan Belediye ve Köyler, İl. ve Bel., sy. 427, 1981

GÜRAN, Sait : Büyük İstanbul Bölgesindeki Mahalli İdarelerin Yapısı, Yönetimi ve İdari Reform İhtiyaçları, Büyük İstanbul Bölgesi Kent İşletmesi Sorunları Uluslararası Semineri, İmar ve İskân Bakanlığı Ankara 1974.

İSBİR, Eyüp G. : Şehirleşme ve Meseleleri, Ankara 1986.

İstanbul Metropoliten Hizmet Birliği Kanun Tasarısı Gerekçe ve Metni, Ankara 1975, (çoğaltma).

KELEŞ, Ruşen : Büyük Belediyelerin Yönetimi, İl. ve Bel., Y. 40, sy. 464, 1984.

KELEŞ, Ruşen : Türkiye'de Anakent Yönetimi, Amme İdaresi Dergisi, C. 18, sy. 2, 1985.

KELEŞ, Ruşen Halkın Katılımı Yok, Milliyet Gazetesi, 8 Nisan 1987.

KELEŞ, Ruşen
YAVUZ, Fehmi : Yerel Yönetimler, Ankara 1983.

MERİÇ, Osman : Bazı Yerleşim Yerlerinin Büyük Kent Belediyelerine Bağlanmasında Amaca Aykırı Uygulama, İl. ve Bel. sy. 427, 1984.

Metropoliten Alanlar Hizmet Birliği Kanun Teklifi, Ankara 1976, (çoğaltma).
Metropoliten Hizmet Birliği Kanun Tasarısı, Ankara 1972, (çoğaltma).

PARSA, Settar : İzmir Metropoliten Alan Plânlaması Anahatları, Türkiye'de Metropoliten İdareler, Tebliğler ve Tartışmalar, Türk Belediyecilik Derneği Yayını, Ankara 1969.

ROWAT, Donalt C. : Canadian Public Administration (çeviren : TÜTEN, Şerif), Plânlama ve Metropoliten İdare, Türk İdare Dergisi, Y. 40, sy. 318, 1969.

TARHAN, Şerafettin : Büyükşehir Belediyeleri, İl. ve Bel., Y. 41, sy. 475 - 476, 1975.

TURAK, Esat : Metropoliten Alanlar Kavramlar - Tanımlar - Ölçütler ve Sınırlama Sorunu, Türkiye'de Metropoliten Alan Plânlaması Deneyimleri ve Sorunları Kollogyumu, Ankara 1978.

REVOLUTION IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL LEGAL ORDERS : SOME REFLEXIONS ON THE STABILITY OF LEGAL ORDERS

Ruşen ERGEÇ (*)

In this brief study we would like to deal with one of the fundamental aspects of legal theory' Much has been written about the nature and legal implications of revolution in domestic law. Our intention is surely not to sum up those theories, or even less to make a critical appraisal. None the less, short developments of the topic are needed in order to pave the way for a comparaison with the revolutionary process in international legal order. Contrary to revolution in domestic law, to our knowledge, there is hardly a study dedicated to the concept of revolution in international law. The reason of this paucity lies perhaps in the very nature of the international legal order, the structures of which do not seem, at first sight, to square with the concept of revolution. However, revolution is inherent to any legal order and there is no reason to ignore it with respect to the law of nations.

By comparing the revolutionary process in domestic and in international law, one cannot but ascertain some obviousnesses stemming from differences of structure between the two legal orders. But, the comparison may reveal some other interesting points as to the respective stability and effectiveness of the municipal law and the law of nations. That is the purpose of our study.

It is not easy to give an accurate definition of revolution. It has various meanings which may diverge or overlap according as it is apprehended in the sociological, political, philosophical or the legal sense. In the latter sense we may venture to define revolution as an unlawful act which consists in imposing, either by threat or the use of force, radical changes in the legal order.

That the revolution is an unlawful act may give rise to doubts. When we talk of unlawfulness we naturally refer to the very legal order that the revolution purports to alter or to destroy. Revolutionists are, of course,

(*) Assistant at the Faculty of Law of the Free University of Brussels

loath to concede that have committed an unlawful act. However, they have no alternative, but to refer to extra-legal values which they intend to transform into new law. Pending that their existence rests solely upon the effectiveness and the legitimacy of their power. These two factors depend on their turn mainly on the social consensus, i.e. the propensity of the subjects to yield by forcer or voluntarily to the new order. Once these two prequisites are realized, revolutionary power is able to legalise itself by posing, formally, the legal foundations of its existence.

Now let us consider this first feature of revolution in the municipal order and international order respectively. At national level, the revolutionary power reaches its stability as soon as it eliminates all serious resistance. This may be very quick if there is a nationwide uprising against an abhorred political regime. If the revolution is carried out by a minority, it may take longer time to overcome the oppositional forces, especially when those are enjoying the active support of the majority of the population. Anyhow, sooner or later one of the contending parties will topple the other. In national order the lawfulness of a revolutionary process is an issue which hardly endures. The same may not be said of the revolution in the international sphere. The international society lacks the homogeneity of the state community. It is formed by a juxtaposition of sovereign entities split among various political, religious and economic régimes. The extreme homogeneity of the world community is not germane to brutal changes. Therefore, an act whatever violent, shall remain unlawful, for lack of consensus. If other states do not respond in order to suppress this illegality, there arises a situation which, by lapsing of time, may gain in effectiveness. However contrary to domestic order where the effectiveness of the political power begets its own legality, in international law effectiveness does not necessarily entail legality.

Suffice it to mention here, the doctrine Stimson according to which situations which are the result of the use of force ought not to be recognized by the international community. Lawfulness of Southern Rhodesia under the rule of Ian Smith or the presence of South Africa in Namibia, however effective they might have been, have constantly been challenged by UN bodies and other international organizations. In sum, facts may change, but the law remains, or at least its adequation to facts may be much slower than in domestic law.

The second feature of the revolution is the use of force. It is, of course, conceivable that radical changes in the legal order may be achieved by peaceful and legal means. But as the revolution aims at destroying the very values on which a legal order rests, this may hardly

be performed through the means offered by this legal order. Thus, national constitutions contain intangible provisions, i.e. provisions which may not be submitted to revision. These relate to the form of the state, to its basic philosophy, or to other principles which are deemed to be crucial enough to be rendered immune from the constituent power. Even other fundamental rules, though subject to revision, may involve so delicate and divisive issues that it hardly will be possible to muster up the broad consensus necessary for amendment. In the international legal order circumstances do not diverge very much. The broad diversity of the international community and its highly decentralized structure are particularly auspicious to the use of force. The war, most patent form of the use of force, has been, unfortunately, a frequent phenomenon through the centuries despite numerous legal instruments which purport to outlaw it. But here too the structure of the international community makes it difficult to have recourse to force to such a degree to impose its will on the majority of its members. International society rests on a balance of power which is the product of the desire for survival of its members. No state should accumulate enough power to absorb the others or dictate its will to them. The components of this balance may vary according to fluctutating interests of states; yet, there shall be always a minimum equilibrium to preclude the triumph of violence on a global scale.

The last element of revolution is the introduction of radical changes in the legal order. Revolution provokes abrupt and fundamental changes. It has been contended to this respect that revolution does not affect legal norms of lower level (1). This view cannot be shared without reservation. Revolution has an essentially ideological content. This characteristic distinguishes it from "coups" or "palace revolutions" which only bring changes in the holders of the power without altering the basic philosophy of the political régime. Given this ideological factor, legal norms exposed to revolutionary transmutations are naturally those with an ideological content too. These norms are hardly limited to the upper stages of the hierarchy. Law is a highly ideological instrument. Inferior rules are mostly the implementation to concrete cases of superior norms themselves or of the system of values they embodie. Examples abound: regulation of marriage, of property, of contracts (rules favouring the freedom of contract or restricting it in the general interest by protecting weak categories), etc. Revolution may, therefore, have wide-range repercussions on all norms whatever their source or rank may be.

As it lacks the "sophistication" of domestic legal orders, the international legal order does not contain properly speaking a hierarchy of norms. One may, however, suggest in the decreasing order, treaty,

custom and international judicial decisions. In this perspective the existence of a highly controversial category of norms, known as **jus cogens,** should not be forgotten. Even though its precise content is hardly discernible, the most cited examples concern rules prohibiting the violations of some fundamental human rights, such as right to life (genocide), human dignity and corporal integrity (torture racial discrimination), or the prohibition of the use of force. Moreover, some hierarchisation is perceptible through the article 103 of the UN Charter which proclaims the primacy of the Charter on agreements concluded by the member states of the organization.

It is highly inconceivable, in domestic order as well as at international level, that these basic rules should be challenged. They are so solidly anchored in the universial legal conscience that they transcend any ideological consideration. But in their universal acceptance lies their reduced number. The rest of international rules are deeply vulnerable to ideological trends. Suffice it to mention here rules governing economic and trade relations between developing and developed states, the nascent concept of common heritage of mankind relating to exploration or exploitation of areas outside state jurisdiction (deep-sea, space, more and more controversial status of Antarctica), and the developing international human rights law. The stance of states towards such tricky questions is not necessarily the reflect of the ideology inherent to their political régime. Except perhaps for the field of human rights, not infrequently states act according to the dictates of their egoistic interests favouring thereby the formation of rather odd coalitions as within the recent conference of the UN on the law of the sea. Yet the motives underlying those groupings do not matter much for our subjet. The salient fact is that most issues of international law are giving rise to deep oppositions among states which hinder the rapid formation of that broad consensus required for any rule of universal value. To have this virtue, a rule necessitates not only the consent of the vast majority of states, but also the accord of those which enjoy some degree of representation. This system falls far short of the absolute majorities of national parliaments or of the dictorial governments which can impose profound changes in the legal order. The reference to the "automatic majorities" in various international institutions to reject this line of reasoning is irrelevant. The principle has always been, and remains that a state is not bound, save with its express consent. So, unless they are purely declaratory of pre-existing rules, resolutions of these institutions may at most have exhortatory character.

Thus international legal order is, compared to domestic law, much more conservative, much less prone to radical changes. Codification ef-

forts take in average decades to be materialized in the form of a treaty which in turn may await decades to enter into force. In this context, revolutionary process can only materialize on a purely local level in the form of a war fought in order to establish a more suitable legal régime to the interests of the aggressor. It is noteworthy in this respect that in the contemporary world, the use of force at the interstate level has acquired much more subtle configurations with the growing risks of a direct aggression in a nuclear age. As the example of Afghanistan illustrates it, an aggression may be carried out by fomenting previously a revolution in the victim state. Thus at the last resort, the stability of the international legal order may be a function of the stability of the domestic legal orders. This is not so much an old idea for it has already found an echo in article 55 of the Charter of the U.N. But even those destabilisation efforts are highly dangerous for the aggressor in a world mainly divided in spheres of influences which may in case of extreme necessity be enforced by nuclear retaliation.

This limited perspective for fundamental changes contrasts sharply with radical changes in domestic legal orders that history has witnessed. One could only mention the French Revolution, or the deep mutations introduced by Ataturk in a Turkish society profoundly marked by centuries of retrograde Ottoman government.

From the preceding lines emerges a rather paradoxical conclusion : international legal order, is by nature much more stable than domestic legal order. The conclusion seems paradoxical for international law has often been depicted a sa pseudo-law in that it suffers from a lack of centralized enforcement mechanism. But its stability is precisely favoured by this lack of concentration of power which is repugnant to violent changes on a global scale.

ÖZEL HUKUK

Contribution à l'étude de l'art. 6 CCT (art. 8 CCS)

par
Dr. Cengiz KOCHISARLIOGLU
Privat-docent adjoint

1. — Les règles sur la charge de la preuve (1) servent à résoudre le problème de savoir quelle partie doit supporter l'inconvénient d'un **non liquet** dans une question de fait (2).

En cas de **non liquet**, le juge doit décider aux dépens de la partie qui doit supporter la charge de la preuve. C'est contre elle que le doute est considéré comme dissipé.

Ainsi, le juge doit décider comme suit: je ne sais si vous avez raison ou non, mais je dois quand même décider contre vous, étant donné que la loi laisse le risque de **non liquet** à votre charge..

Ce qui importe en la matière, c'est le fardeau de la preuve au sens objectif, - par opposition au fardeau de la preuve au sens subjectif (fardeau de l'administration de la preuve ou **onus probandi)** (3). Ce qui importe, c'est ce qui est prouvé, et non pas qui la prouvé (4).

---

(1) Cf. L. Rosenberg, Die Beweislast, 4e éd., Munich/Berlin, 1956; H. Kuhn, Die Beweislast, insbesondere im schweiz. ZGB, Berne, 1912; W. Gautschi, Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen, Zurich, 1913; M. Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischen Zivilprozessrecht, Zurich, 1956; H. Deschenaux, Le titre préliminaire du code civil. Fribourg, 1969, pp. 219 ss; H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé - La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Thèse, Paris, 1948, no 95 p. 96 et no 117 p. 131; M. Kummer, Artikel 2 ZGB, **in** Berner Kommentar, Bd. I, 1. Abteilung, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Berne, 1962; B. Umar/E. Yılmaz, La charge de la preuve, 2e éd., Buyukcemece, 1980; M. Tugsavul, La charge de la preuve, les preuves légales et leur administration, **in** RJ 1951, no 7, Ankara, 1951, pp. 1060 ss; I. H. Karafakih, La charge de la preuve, **in** RRJC 1958, pp. 8 ss.

(2) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 2.

(3) Cf. Motulsky, **op. cit.**, pp. 87 ss; Rosenberg, **op. cit.**, p. 20.

(4) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 64.

On doit donc se demander quoi est prouvé, et non qui l'a prouvé.

La question de la charge de la preuve ne devient pratique que si la preuve n'est pas apportée.

2. — La règle sur le fardeau de la preuve dit au juge comment il doit rendre sa sentence, au cas où la libre appréciation des preuves ne l'a conduit à aucun résultat (5).

Les règles sur la charge de la preuve permettent au juge non seulement de prendre une décision en cas de **non liquet,** mais aussi de déterminer le contenu de son jugement (6).

La libre appréciation des preuves ne doit pas nécessairement soustraire le juge à l'influence des règles sur la charge de la preuve. **Rosenberg** fait remarquer que la libre appréciation des preuves subit elle-même l'influence de la répartition de la charge de la preuve (7).

Ainsi, suivant que l'existence ou l'inexistence d'un fait est érigée par la loi en une condition d'un effet juridique - et par conséquent en objet de la preuve -, dans un même cas, le juge peut arriver à des constatations de fait très différentes (8) La répartition du fardeau de la preuve aux articles 55, 56 CO et 320 CC, par exemple, aura cette conséquence que le juge pourra plus facilement constater le défaut de surveillance que si le demandeur avait la charge de la preuve.

La charge de la preuve est aussi importante pour la procédure précédant le jugement (9). La division de l'état de fait en fondement de la demande, en objection, en réplique, etc. repose sur elle (10).

Il pourrait être instructif, à ce propos, de décrire le schème des activités procédurales des parties au procès. Le demandeur doit prouver les conditions d'application de la norme principale. Le défendeur peut, d'abord, discuter ces conditions d'application de la norme principale. S'il y échoue ou qu'il ne veut le faire, il peut, en second lieu, essayer de prouver les conditions d'application de la norme contraire. Cette allégation et cette preuve, y relatives, revêtent la forme d'une objection. Alors, le demandeur peut, à son tour, nier l'existence des conditions d'applica-

(5) Cf. Deschenaux, **op. cit.**, pp. 227 s.; Kummer, rem. 20 à l'art. 8 CCS: Rosenberg, **op. cit.**, p. 62; Umar/Yılmaz, op. cit., pp. 2 ss.

(6) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 64.

(7) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 67.

(8) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 68; J. Unger, System des österreichischen allgemeinen privatrechts, Bd. II, 2e éd., Leipzig, 1863, p. 598 et p. 454.

(9) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 72; A. Blomeyer, Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1963, par. 59, I, 4.

(10) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 74.

tion de la norme contraire. Il peut, de son côté, opposer aussi une norme contraire à la prétention du défendeur. Cette qutre preuve constitue la réplique à l'objection de ce dernier. L'opposition du défendeur à ces moyens du demandeur forme la duplique (11).

3. — Le fardeau de la preuve possède également une valeur dogmatique pour les autres disciplines..

Le rapport logique entre le fondement de l'action et l'objection d'une part, ainsi que l'objection et la réplique d'autre part - rapport reposant sur la charge de la preuve - a une très grande importance pour le déroulement de la procédure, pour le contenu du jugement et pour la construction de celui-ci (12).

La notion logique de l'allégation, qui comprend aussi la contestation, ne conviendrait pas à la procédure civile. L'allégation procédurale ne peut être déduite que des règles sur le fardeau de la preuve (13). L'allégation déterminante est donc celle du défendeur. L'allégation contraire du demandeur apparaît comme une contestation au sens juridique (14).

4. — La répartition de la charge de la preuve ne repose pas sur un seul principe, mais sur la combinaison de plusieurs (15). Quelques critères peuvent, à cet égard, être formulés.

a) Le principe de règle-exception;

b) Le principe de la sphère d'existence ou de la meilleure aptitude à la preuve (16);

c) La preuve du négatif est à éviter autant que possible (17) - d'où des renversements de la charge de la preuve;

d) Surtout, l'idée que certains effets de droit doivent être favorisés.

(11) Cf. Blomeyer, **op. cit.**, par. 59, I, 4.
(12) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 74.
(13) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 75.
(14) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 76.
(15) Cf. Blomeyer, **op. cit.**, par. 69, III, 2.
(16) Cf. P. Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la rasponsabilité délictuelle, RTDC 1933, pp. 644 ss : "Il ne faut pas exiger d'un plaideur plus qu'il ne peut pratiquement faire, alors surtout que l'autre partie peut le suppléer sans être surchargée"; Blomeyer, **op. cit.**, par. 69, III, 2; J. Prölls, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, 1966, pp. 65 ss; H. Mazeaud/L. Mazeaud/A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6e éd., Paris, 1965, nos 694-694/6.
(17) Cf. J. Larguier, La preuve d'un fait négatif, RTDC 1953, pp. 1 ss; O. Mühl, Die Lehre von Gutachten und Urteil, JuS 1964, p. 149; Rosenberg, **op. cit.**, pp. 33 ss; Kummer, rem. 194 ss et rem. 243 à l'art. 8 CCS.

Ainsi, si l'on admet que la répartition de la charge de la preuve aux articles 55, 56 COT (art. 55, 56 COS) et 320 CCT (art. 333 COS) s'explique par des motifs tirés de l'ordre de la preuve, on peut dire que cette réglementation se justifie par la combinaison des principes b, c et d.

Ainsi encore, la preuve de l'absence de faute à la charge du débiteur en demeure (art. 96 COT; art. 97 COS; art. 282 et 285 BGB) s'explique par cette considération que l'on peut obérer le débiteur du risque de **non liquet,** puisqu'il s'agit des faits arrivés dans sa sphère d'existence (18).

Dans l'article 282 BGB, la répartition de la charge de la preuve apparaît comme une conséquence de la conception du droit matériel (19), parce qu'on veut favoriser le créancier. Ce choix paraît tendancieux.. Selon **Rosenberg,** du reste, toutes les réglementations explicites de la charge de la preuve du BGB doivent avoir une certaine signification de droit de fond. La différence de droit matériel entre la demande en réparation contractuelle et la demande en réparation délictuelle ne ressort que de la norme sur le fardeau de la preuve de l'article 282 BGB, - par opposition à l'article 823 BGB (20)..

5. — Le droit peut ériger une circonstance de fait en une condition positive ou son contraire en une condition négative d'un droit subjectif (20 **bis**).

Les conditions positives d'un droit doivent exister, pour que ce droit soit reconnu par l'ordre juridique. Des doutes quant à leur existence auront donc pour effet la non-reconnaissance de ce droit.

Au contraire, le juge n'a pas besoin d'être convaincu de l'existence des conditions négatives d'un droit pour rendre son jugement. Leur existence conduit le juge à ne pas connaître le droit allégué. De simples doutes quant à leur existence n'empêchent par conséquent pas la reconnaissance d'un droit (21).

Le demandeur obtiendra donc gain de cause, si les conditions positives de son droit se trouvent constatées et que les conditions négatives de son droit - qui ne doivent pas exister pour la reconnaissance de ce droit - soient seulement douteuses (21 **bis**)..

---

(18) Cf. Blomeyer, **op. cit.,** par. 69, III, 2.
(19) Cf. Rosenberg, **op. cit.,** p. 139.
(20) Cf. Rosenberg, **op. cit.,** p. 139.
(20 **bis**) Cf. Unger, **op. cit.,** p. 458 n. 25.
(21) Cf. Rosenberg, **op. cit.,** p. 27.
(21 **bis**) Cf. Unger, **op. cit.,** p. 367 et pp. 488 ss.

En revanche, le défendeur parviendra à son but en cas de simple doute au sujet de l'existence des conditions positives du droit allégué, et en cas de certitude seulement quant à l'existence de ses conditions négatives (22).

6. — Le demandeur doit prouver les faits générateurs, qui donnent naissance à son droit. Quant au défendeur, il doit établir les faits dirimants, qui empêchent la naissance du droit du demandeur, et les faits extinctifs, qui font disparaître ce droit (23).

C'est la nature même du droit invoqué par le demandeur qui est déterminante pour déterminer le genre des faits en question (24).

Le demandeur n'a besoin de prouver ni les conditions générales de son droit, qui se trouvent régulièrement à la naissance d'un droit (24 **bis**) - telle que la capacité d'exercer les droits civils - , ni l'inexistence des faits dirimants, qui constituent, en vertu de la loi, une exception à la règle sur laquelle il fonde sa prétention (25).

Dans cette dernière hypothèse, il s'agit des cas où l'effet régulier d'un fait générateur du droit n'a exceptionnellement pas lieu.

Par règle et exception, il ne faut pas comprendre le rapport de règle - exception statistique (26). La règle n'est que le principe juridique plus général que l'exception, - qui permet l'application de la règle de droit. Et l'exception est le principe juridique plus spécial que la règle, - qui empêche l'application de la règle (27).

La naissance d'un droit est conditionnée par des exigences positives et par des exigences négatives. Pour que le droit en question puisse naître, les premières doivent exister. Et les secondes ne doivent pas faire défaut, car leur contraire empêche précisément la naissance du droit en question. Les premières font naître le droit (conditions positives de l'existence du droit). Et les secondes excluent l'empêchement de la naissance du droit, - empêchement qui aurait lieu autrement (conditions négatives de la naissance du droit) (28).

---

(22) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 27.
(23) Cf. Motulsky, **op. cit.**, no 90 et no 97.
(24) Cf. Unger, **op. cit.**, p. 454.
(24 **bis**) Cf. p. ex. Unger, **op. cit.**, p. 367 et pp. 488 ss; A. von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, Munich/Leipzig, 1914, p. 10.
(25) Cf. Unger, **op. cit.**, pp. 456 ss.
(26) Cf. Unger, **op. cit.**, p. 458 n. 25.
(27) Cf. Unger, **op. cit.**, p. 458 n. 25.
(28) Cf. Unger, **op. cit.**, p. 458 n. 25, p. 367 et pp. 448 ss; - comp. von Tuhr, **op. cit.**, p. 10.

Dans certains cas, c'est la loi elle-même qui détermine ce rapport de règle à exception. Alors, il est très facile de fixer les faits constitutifs, les faits dirimants et les faits extinctifs. C'est le cas, par exemple, dans les articles 55, 56 COT (art. 55, 56 COS) et 320 CCT (art. 333 CCS). La diligence à observer constitue une circonstance impéditive, en ce sens que la loi considère son existence comme une exception à la règle, que le demandeur invoque pour justifier sa prétention.

Ainsi, le dommage causé par la personne nécessitant surveillance, la causalité entre ce dommage et l'acte dommageable de cette personne, et le caractère illicite de son acte sont les conditions positives de la responsabilité du surveillant. Quant au défaut de diligence, il apparaît comme une condition négative de cette même responsabilité. Le défaut de diligence doit exister pour engager la responsabilité des surveillants, car la diligence observée empêche précisément la responsabilité.

7. — Les conséquences juridiques sont rattachées à l'existence des faits, - et non pas à leur preuve (29). C'est au point de vue du droit matériel du moins.. Au point de vue du droit procédural, on peut, il est vrai, avoir une autre conception (30).

Ainsi, la responsabilité des surveillants - relatée ci-haut - ne supposerait pas l'échec dans la preuve de la diligence requise, mais bien le défaut de cette diligence; - si l'on considère l'absence de surveillance comme le fondement nécessaire de cette sorte de responsabilité (31).

La naissance des droits et des obligations, leur observation ou leur inobservation, leur modification et leur extinction doivent être conçues comme indépendantes du déroulement du procès (32).

Avant le procès déjà, l'exercice de la diligence, exigée de la part des responsables en vertu d'un devoir de surveillance, par exemple, existe ou n'existe pas.. L'ordre juridique ne peut lier des conséquences de droit qu'à la seule diligence ou son absence, - en dehors de tout procès. Ainsi, il exige la diligence et il blâme son défaut. Il dispose que la surveillance empêche la responsabilité. Donc, c'est l'exercie de la surveillance qui empêche la responsabilité, et non pas la surveillance prouvée.

---

(29) Cf. D. Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, Berlin, 1966, pp. 23 ss.

(30) Cf. p. ex. Unger, **op. cit.**, p. 367 et pp. 488; von Tuhr, **op. cit.**, p. 10.

(31) Cf. à ce sujet, p. ex. K. Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 2e éd., Zurich, 1958, pp. 238 ss.

(32) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 27.

8. — Les normes juridiques de droit matériel ne résolvent pas le problème de **non liquet.** Elles ne rattachent des effets juridiques qu'à la seule existence des faits, sans tenir compte de leur éventuelle preuve. Ce sont les normes probatoires qui permettent au juge de prendre une décision en cas de **non liquet** (33).

Selon un certain point de vue, il est impossible de trouver une différence de nature entre les faits dits constitutifs et les faits dits dirimants (34) - par exemple. Ainsi, le problème de savoir si l'exercice de la surveillance empêche la naissance du droit à la réparation, ou que le défaut de surveillance constitue le fondement de la naissance du droit à des dommages-intérêts, apparaît comme absolument sans importance pour le résultat du droit dit matériel (35).. Car, lorsque le responsable n'a pas surveillé, sa responsabilité est toujours engagée. Et lorsqu'il a surveillé, sa responsabilité n'est jamais de rigueur. Donc, il ne semble pas y avoir une quelconque différence de nature entre les faits constitutifs et les faits dirimants. Il ne peut tout au plus y avoir une différence entre eux qu'au seul point de vue de la formulation des normes juridiques.

Par conséquent, le droit substantiel ne permettrait pas de déterminer, avec certitude du moins, si un fait donné est créateur du droit ou que son inexistence constitue un fait impéditif.. Et le droit matériel ne rendant pas possible de distinguer nettement les faits dirimants des faits constitutifs du droit (36), les règles sur la charge de la preuve ne pourraient prendre pour point de départ une telle distinction (37). Tout à l'inverse, ce seraient les règles sur le fardeau de la preuve qui permettraient, éventuellement, de séparer les faits impéditifs des faits générateurs du droit. Ainsi, celui qui conteste la naissance d'un droit devant prouver le fait qu'il allègue, on peut en déduire qu'on est en présence d'un fait dirimant.

Et selon la réglementation légale du fardeau de la preuve, la partie qui se prévaut d'un effet juridique doit en établir les faits constitutifs, à moins qu'en vertu d'une norme spéciale, l'autre partie ne soit obligée de prouver l'absence des conditions préalables de la naissance du droit invoqué (39).

9. — En ce qui concerne ces normes à caractère spécial, on peut

(33) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 30.
(34) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 38; Motulsky, **op. cit.**, no 90 et no 97.
(35) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 38.
(36) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 38 et p. 42.
(37) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 42.
(38) Cf. Leipold, **op. cit.**, p. 42 et p. 43.
(39) Cf. le texte de l'article 6 CCT (art. 8 CCS).

comprendre la disposition de l'article 6 CCT (art. 8 CCS), renversant l'ordre 'normal' des choses, de deux manières différentes. On peut la concevoir comme une règle de pure forme ou comme une règle de fond.

Les deux conceptions peuvent se justifier..

On peut, d'une part, considérer que c'est pour rendre le droit praticable ou plus praticable que les réglementations spéciales du fardeau de la preuve se trouvent prévues. La praticabilité du droit étant diminuée à cause de certaines difficultés de preuve, que rencontrerait, le cas échéant, l'une des parties en état de litige, le législateur estimerait qu'il vaudrait mieux s'écarter de la règle habituelle concernant la preuve et sa charge. Il le ferait afin de ne pas entraver la bonne marche de la justice, - tant nécessaire à une vie juridique désirable.. Il s'agirait, alors, de la forme même du droit et de sa mise en oeuvre, partant d'une règle de droit procédural dans la réalisation de la justice.

On peut, d'autre part, considérer que c'est pour atteindre une fin de politique juridique que les réglementations spéciales du fardeau de la preuve se trouvent pévues. En opérant l'inversion de la charge de la preuve, le législateur aurait l'intention de faciliter la preuve au demandeur. Cette opération serait tendancieuse : le demandeur est préféré au défendeur.. Il s'agirait, alors, du fond du droit et de son élaboration, partant d'une règle de droit matériel dans la réalisation de la justice.

10. — Ces deux conceptions nous paraissent comme également possibles. Dès lors, pour aboutir à une conclusion exacte au sujet de l'explication de l'interversion de la charge de la preuve, il ne serait nullement juste de partir d'un choix entre ces deux solutions pareillement valables.. Mais, il conviendrait, pensons-nous, de procéder à une combinaison heureuse des deux justifications.

Ainsi, il faut se garder de croire que c'est la seule forme du droit qui peut être atteinte par une répartition du fardeau de la preuve fondée sur les particularités du fait à établir, répartition entreprise pour les besoins de la mise en oeuvre du droit. Le fond du droit serait aussi atteint.. Il le serait nécassairement et il le serait de façon irréversible. Car, on ne pourrait s'imaginer qu'une distribution quelconque de la charge de la preuve puisse réglementer la seule forme du droit, sans toucher inévitablement au fond du droit. La distribution de la charge de la preuve, même basée exclusivement sur les motifs de forme, ne laisserait jamais intact le fond du droit, - du moins entièrement. Celui-ci serait indubitablement atteint. Et cette atteinte aurait lieu dans une mesure importante. - L'in-

verse nous paraît parillement vraie (40). La forme subit autant l'influence du fond..

11. — En effet, le fond et la forme du droit sont, pour nous, inséparables (41). Ces deux apparitions du droit se manifesteront toujours comme interdépendantes. Et elles le seront à tel point que l'une d'elles ne pourrait se concevoir sans l'autre. Dès lors, penser à l'un de ces deux aspects de la réalisation du droit, c'est également penser à l'autre. Réglementer l'un d'eux, c'est aussi réglementer l'autre. On ne doit, en conséquence, séparer l'un de l'autre, sous peine de commettre de graves contresens. Sinon, on tomberait forcément dans la contradiction..

A titre d'illustration, on ne saurait, logiquement, être aussi exigeant lorsqu'il s'agit de réglementer le fardeau de la preuve concernant un fait dit négatif qu'un fait dit positif. Même si le principe de **'negativa non sunt probanda'** ne peut s'appliquer tel quel de nos jours (42), du moins influe-t-il sur l'appréciation de la preuve (43). C'est seulement pour tenir compte des nécessités de la praticabilité du droit qu'on procède de la sorte. Il est question là des préoccupations de mise en oeuvre du droit. Toutefois, la forme agit, ici aussi, sur le fond. Et finalement, le demandeur est préféré au demandeur.

De même, c'est l'idée d'adaptation de la preuve aux particularités des faits à prouver qui peut justifier certaines facilités probatoires en matière de responsabilité civile (44). Cependant, la forme régit le fond et, en fin de compte, on préfère le lésé au responsable.

De même encore, c'est afin de vaincre les difficultés probatoires inhérentes à la nature des faits à prouver que certaines présomptions se

(40) Cf. J. Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé, Bruxelles/Paris, 1935, p. 93. - Le législateur peut, par exemple, vouloir édicter une règle de fond 'sous couleur de preuve'. Mais, la forme du droit en serait inévitablement atteinte.. Et elle serait absolument atteinte. - Et inversement, "toute règle de preuve tend à outrepasser son rôle probatoire et à atteindre le fond même du droit." Cf. Dabin, **op. cit.**, p. 93.

(41) En effet, la preuve se trouve en étroite relation avec le fond du droit. Cf. Dabin, **op. cit.**, p. 93: "elle est régie par lui comme, dans une certaine mesure, elle le régit."

(42) Cf Rosenberg, **op. cit.**, p. 333; Chr. von Greyerz, Der Beweis negativer Tatsachen, Thèse, Berne, 1963, pp. 21 ss; Guldener, **op. cit.**, pp. 51 ss; Kummer, **op. cit.**, rem. 194 à l'art. 8 CCS; Deschenaux, **op. cit.**, pp. 246 ss; Larguier, **op. cit.**, pp. 1 ss.

(43) Cf. p. ex. von Greyerz, **op. cit.**, pp. 35 ss; Kummer, **op. cit.**, rem. 243 à l'art. 8 CCS.

(44) Cf. p. ex. Prölls, **op. cit., passim.**

trouvent prévues (45). Mais, la forme réagit sur le fond et elle entraîne cette conséquence que la partie qui est qu bénéficé d'une présomption se voit nécessairement favoriser.

Nous constatons exactement le même phénomène, lorsque la charge de la preuve se trouve justifiée par des considérations de fond. Pour ne prendre qu'un exemple, toutes ces distributions dites spéciales du fardeau de la preuve, où la situation génératrice de la responsabilité n'a pas besoin d'être clairement démontrée de la part du lésé - et cela contrairement à la règle générale au sujet de la charge probatoire -, ne peuvent être fondées que sur les motifs de politique juridique, à savoir l'indemnisation des victimes (46). Quoique ce soient les exigences de fond qui rendent compte de telles répartitions dites explicites du fardeau de la preuve, le fond réagissant sur la forme, on admet, pour finir, l'existence d'un fait, sans que celui-ci sot établi avec certitude.

En conclusion, le fond et la forme du droit ne sauraient être séparés l'un de l'autre ou ils ne pourraient l'être qu'au prix de grands dommages..

ABREVIATIONS

art.	article
Bd.	Band
CCS	Code civil suisse
CCT	Code civil turc
cf.	comparer, rapprocher
éd.	édition
JuS	Juristische Schulung
op. cit.	ouvrage cité
p.	page
par.	paragraphe
p. ex.	par exemple
pp.	pages
rem.	remarque
RJ	Revue judiciaire
RRJC	Revue des recherches juridiques comparées
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
ss	suivantes (es)
t.	tome (s)
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch

(45) Cf. R. Decottignies, Les présomptions en droit privé, Thèse, Paris, 1950, - **passim.**

(46) Cf. Rosenberg, **op. cit.**, p. 139 - par exemple..

GÜVEN NAZARİYESİ IŞIĞINDA TEYİD MEKTUBUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Rıza AYHAN (*)

I. GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu'nun "Tacir Olmanın Hükümleri" arasında düzenlediği teyid mektubu, Borçlar Hukuku bakımından susmanın kabul beyanı sayıldığı hallerden biridir(1).

TTK, teyid mektubunu, tacir olmanın hükümleri başlığı altında, fatura ile birlikte aynı maddede ve birbirine paralel biçimde düzenlemiştir. TTK'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca;

> "Şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını teyideden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamışsa teyid mektubunun yapılan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır."

Kanunun bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, teyid mektubu, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, teknoloji vasıtasıyla sözlü şekilde gerçekleştirilen sözleşmelerin yazılı hale getirilmesini sağlamaktadır. Zaten teyidin kelime anlamı da kuvvetlendirme, sağlamlaştırmadır (2). O halde teyid mektubu, henüz kâğıda dercedilmemiş, sözle kurulan sözleşmeleri kuvvetlendiren, sağlamlaştıran yazılı belge olmaktadır.

Teyid mektubuna ticari uygulamada sıkça rastlamak mümkündür. Fakat, bu konuda mahkemelere intikal eden dava sayısı uygulamanın yanında çok düşük kalmaktadır. Oysa aynı maddede ve teyid mektubu ile paralel bir düzenlemeye tâbi tutulan fatura ile ilgili olarak çok sayıda dava, mahkeme uygulamalarına intikal etmiştir. Bu iki hukukî müessese ara-

---

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. B. Akara 1987, S. 164.

(2) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. B., İstanbul 1985, S. 163, 165.

sındaki mahkeme uygulaması farkının, tarafların teyid mektubuna gereken önemi vermediğinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir (3).

Bu yazının amacı, aslında çok önemli sonuçlar doğrumaya uygun olan teyid mektubuna, tıpkı uygulamada olduğu gibi, teoride de mevcut olan ilgisizliği kesintiye uğratmak ve ilgili kişilere az da olsa tanıtılmasını sağlamaktır (4). Bu amacı gerçekleştirmek için, borçlar hukuku alanında yeni gelişen güven nazariyesinin ilkelerinden hareket edilerek mümkün olduğu ölçüde pratik sonuçlar elde edilmeye çalışılmıştır.

II. TEYİD MEKTUBUNU GEREKTİREN SÖZLEŞMELER

İnikad bakımından her sözleşme tipi teyid mektubu teatisini gerektirmez. Aksine, Kanunun da tasrih ettiği gibi, belirli şekillerde kurulan sözleşmeler için teyid mektubu gönderilebileceği kabul edilmiştir. Gerçekten, TTK'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasının lâfzından da anlaşılacağı üzere, teyid mektubu, daha önce sözlü olarak kurulmuş akdi yazılı hale getirmektedir. Yani teyid mektubu, kendi varlığı ile yeni bir akit kurmamaktadır. Başka bir ifade ile, düzenlenmesine sebep teşkil eden sözleşme veya beyanlara hukuk alanında hayatiyet veren bir özelliğe sahip değildir (5). Aksine, teyid mektubu düzenlenip karşı tarafa (muhataba) tebliğ edilmeden önce de mevcut ve geçerli bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşme, taraflar arasında şifahen, telefon, telgraf vs. ile kurulmuştur. Teyid mektubunun muhataba tebliğ edilmesi ve sekiz günlük kanunî sürenin sükût ile geçiştirilmesi ile (teyid mektubunun mahiyeti sözlü olarak kurulan akde uygun olmak şartıyla) sözkonusu akit tevsik edilmiş olacaktır (6).

---

(3) KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticarî İşletme, 3. B., Ankara 1968, S. 225.
SOMUNCUOĞLU, Ünal; Teyid Mektubu İle İlgili Bazı Sorunlar, BATİDER, C. VIII, Ankara 1975, s. 2, S. 31-36.

(4) Gerçekten, teyid mektubuna zorunlu olarak yer vermesi gereken genel eserleri saymazsak, 1975 yılından bu yana, özel olarak bu konuya değinen bir yazıya rastlanmamaktadır.

(5) ARSLANLI, Halil; Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumî Hükümler, 2. B., İstanbul 1959, S. 46.
POROY, Reha; Ticarî İşletme Hukuku, 5. B., İstanbul 1987, S. 108.
DOMANİÇ, Hayri; Ticaret Hukukunun Umumî Esasları, 3. B., İstanbul 1976, S. 112.
SOMUNCUOĞLU, S. 31.
ÖZDEMİR, Necdet/KINACIOĞLU, Naci; Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri), 5. B., Ankara 1984, S. 65.

(6) POROY, S. 108, DOMANİÇ, S. 112, DOĞANAY, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi (m. 1-336), C. I, 2. B., Ankara 1981, S. 155.

Kanunun hükmünü dikkate aldığımızda, teyid mektubunun şifahen, telefonla veya telgrafla yapılan sözleşmelerin mahiyetini tespitte kullanılacağını görürüz. Sayılan bu sözleşme usûllerinin tahdidî olup olmadıkları üzerinde durmak gerekir.

Genel niteliklere sahip eserlerde bu konuda herhangi bir kayda rastlanmamaktadır (7). 1975 yılında yazdığı bir makalede ise SOMUNCUOĞLU, bu konudaki kanaatini, Kanunda sayılanların tahdidi olduğu şeklinde ifade etmektedir (8). Yazar makalesinde, Kanunda yazılı sözleşme yapma şekillerinin neden tahdidî olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklamamaktadır. Fakat bu ifade, teyid mektubunun gönderilmesini gerektirecek sözleşmeleri yazılı sözleşmelerden ayırmak için kullanılmış intibaını vermektedir. Yani, yazılı şekilde yapılan sözleşmelerde teyid mektubu gönderilmesine gerek olmadığını anlatmaya çalışır görülmektedir. Eğer, anlatılmak istenen bu ise, yanlış ifade kullanılmıştır. Kaldı ki, bunu açıklamaya da gerek yoktur. Çünkü, yazılı bir sözleşmenin ayrıca bir mektup ile teyid edilmeşi anlamsız ve yararsızdır.

Yazar, böyle değil de, gerçekten Kanunda sayılan sözleşme yapma usûllerinin belirli sayıda olduğunu anlatmak istiyorsa bu fikre katılmak mümkün değildir. Zira kanaatimizce, Kanunun saydığı bu usûlleri tahdidî değil tadadî olarak kabul etmek gerekir. Çünkü bu hüküm ile kanunkoyucunun amacı, herhangi bir sebeple sözleşmenin mahiyetinin ve şartlarının tam olarak yazılı bir şekle dökülmemiş olduğu durumlarda teyid mektubu ile bunun sağlanmasıdır. Dolayısıyla; bu sağlamayı gerektirecek diğer durumlarda da teyid mektubunun düzenlenebilmesine cevaz vermek gerekir. Kaldı ki, bazı hallerde bu bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Örneğin; telsiz kullanılması bugün hayli yaygınlaşmış durumdadır. İki tacirin telefonla değil de telsizle bir sözleşme yaptıklarını varsayalım. Bu durumda, aslında birbirinden pek farkı olmayan telefon ve telsizle sözleşme yapma halinde tamamen farklı sonuçlara ulaşmak pek doğru olmasa gerekir. Kanunun bir hükmünü yorumlarken, o hükmün lafzı yanında kanunkoyucunun amacını da gözden uzaktutmamak gerekir.

III. TEYİD MEKTUBUNUN TARAFLARI

Teyid mektubu konusunda yazarların üzerinde anlaşamadıkları bazı hususlar bulunmaktadır. Tartışmaların yoğunlaştığı noktalardan birisi de; teyid mektubunda tarafların sıfatlarının önem taşıyıp taşımadığıdır. Bu

(7) Ancak, sadece KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; "Taraflar, sözle, telefonla vs. yaptıkları görüşmeler sonucu..." ifadesini kullanarak, bunların tahdidî olmadığını dolaylı yoldan anlatmaktadır. Bkz. S. 161.

(8) Bkz. SOMUNCUOĞLU, S. 32.

konuya münhasır olmak üzere sıfattan kasıt, tarafların tacir olup olmayacaklarıdır.

Gerçekten TTK, teyid mektubunu hem tacir olmanın hükümleri arasında düzenlemiş, hem madde metninde "... bir kimse..." ifadesini kullanarak, adetâ tartışmaların zeminini hazırlamıştır.

Bu konuda yazarlar arasında üç ayrı görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüş olarak KARAYALÇIN ve SOMUNCUOĞLU'na göre teyid mektubunun her iki tarafı da tacir olmalıdır (9). Çünkü TTK bunu tacirlere ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir. Bu yazarlara göre, tacir olmayan birine bu tür bir yük yükletilmesi amaca aykırılık teşkil edecektir.

ARSLANLI ve POROY tarafından savunulan ikinci görüşe göre, teyid mektubunu gönderen kimsenin tacir olması gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur (10). Çünkü TTK'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrası ve esnafı düzenleyen 17. maddeleri birlikte ele alındığında bu hak ve yetkinin esnafa dahi verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla; teyid mektubunu gönderen taraf mutlaka tacir olmalıdır (11).

Yine aynı yaazrlara göre muhatabın mutlaka tacir olması gerekmez. Eğer kanunkoyucu muhatabın da tacir olmasını isteseydi, TTK'nun 20-25. maddeleri arasında düzenlenen "Tacir Olmanın Hükümleri" arasında bu itiraz hakkının da bulunması gerekirdi (12). Bu görüşü ileri sürmekle beraber POROY, de lege ferenda, hakkaniyet ve adalet açısından birinci görüşün haklılığını kabul etmekte, ancak pozitif hukuk bakımından, yukarıdaki gerekçelerle ikinci görüşü savunmaktadır.

Bu konudaki üçüncü görüş İMREGÜN tarafından savunulmaktadır. Yazar, açıkça ifade etmese bile dolaylı olarak, teyid mektubunun uygulanmasında tarafların her ikisinin de sıfatlarının önem taşımadığını belirtmektedir (3). İMREGÜN'ün gerekçesine göre Kanun, 'tacir' değil 'bir kimse' ifadesini kullanmaktadır. Bundan dolayı gerek gönderecek olanın gerek muhatabın tacir olmaları gerekmez. Diğer şartlar mevcutsa herkes teyid mektubu gönderebilir ve herkese teyid mektubu gönderilebilir.

Kanaatimizce, üç gerekçeyle birinci görüşün kabul edilmesi isabetli olacaktır. İlk gerekçe, sözkonusu bahsin Kanun sistematiği içinde bulunduğu yerdir. Bu konu -birkaç kez tekrarlandığı üzere- TTK'nun tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenlenmiştir. O halde konuyla ilgili

(9) KARAYALÇIN, S. 225, SOMUNCUOĞLU, S. 34.
(10) ARSLANLI, S. 45, POROY, S. 107.
(11) POROY, S. 107.
(12) POROY, S. 107.
(13) İMREGÜN, Oğuz; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 7. B., İstanbul 1984, S. 39.

açıklamalar da bu düzenlemeye uygun olmalıdır. Zira bir bütün olarak ele alındığında gerek gönderen gerek muhatap bu düzenlemeden etkilenecektir. Bulunduğu yer itibariyle bunlardan etkileneck olan kişi tacir olmalıdır. Bu sebeple, madde metninde yer alan 'bir kimse' ifadesini 'tacir' olarak anlamak gerekir.

İkinci gerekçe hakkaniyetle ilgilidir. Gerçekten, tacir olmanın en önemli sonuçlarından biri de TTK'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasında ifadesini bulan "basiretli bir işadamı gibi hareket etmek"tir. Bu sebeple normal, alelade bir kişiden, basiretli tacir gibi davranmasını beklemek adalete ve hakkaniyete uygun düşmemektedir.

Üçüncü gerekçe ise hukukî olmaktan çok pratiktir. Uygulamada teyid mektubuna tacirler arasında rastlanmaktadır. Teoride konu tartışılırken teyid mektubu teatisinin tacirler arasında yapılıyor olması da birinci görüşün kabul edilmesine sebep olmaktadır.

IV. TEYİD MEKTUBUNUN FONKSİYONLARI

Teyid mektubu önemli bazı fonksiyonlar ifa etmektedir. Bu fonksiyonları ticaret hukuku ve ispat hukuku açısından ayrı ayrı ele alıp değerlendirmek gerekir.

A — Ticaret Hukuku Açısından

Teyid mektubundan söz edebilmek için taraflardan biri şifahen, telefon, telgraf, telsiz vs. ile bir sözleşme yaptıklarında, bu sözleşmeden sonra makul bir süre içerisinde sözleşmenin şartlarını içeren bir mektubu karşı tarafa tebliğ etmelidir. Mektubu alan muhatap, şartları uygun buluyorsa bir cevap vermek zorunda değildir. Buna ihtiyaç da yoktur. Bu şekilde, tebliğden itibaren sekiz gün sükût ile geçiştirilirse, TTK'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrası gereği taraflar, teyid mektubunda yazılı olan şartları kabul etmiş sayılırlar. Eğer muhatap, mektuptaki şartları uygun bulmuyorsa ve bu şartlarla sözleşme kurmak istemiyorsa, sekiz gün içinde itirazını karşı tarafa bildirmelidir. Aksi halde, o teyid mektubunun içeriğini kendisi de kabul etmiş addolunur. Bu durumda teyid mektubu her iki tarafı da bağlayıcı bir nitelik arzeder (14). Başka bir ifadeyle, muhatap, tebellüğden itibaren sekiz gün içinde itiraz etmişse, teyid mektubunun bağlayıcılık özelliğinden sözedilemez.

Taraflar arasında daha önce yazılı şekilde yapılmış bir akit varsa, buna ek olarak gönderilen mektup teyid mektubu olarak nitelendirile-

(14) ARSLANLI, S. 46, KARAYALÇIN, S. 225, DOMANİÇ, S. 112, İMREGÜN, S. 38, DOĞANAY, S. 155, SOMUNCUOĞLU, S. 32, EREN, S. 164.

mez (15). Aslında buna gerek de yoktur. Çünkü teyid mektubu, yazılı bir metin bulunmayan sözleşmeler için öngörülmüştür.

Ticaret hukuku bakımından teyid mektubunun bağlayıcılık fonksiyonu hemen tüm yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Asıl tartışma konusu olan, teyid mektubunun ihdasî mi yoksa ihbarî bir nitelik mi taşıdığı hususudur ki, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

B — İspat Hukuku Açısından (16)

İspat hukuku açısından teyid mektubunun yazılı delil olduğu hususunda doktrinde baskın görüş vardır (17). Ancak bu yazılı delilin hangi sınıfa gireceği üzerinde durulmamıştır. Bu konuda, sınırlı da olsa, doktrindeki iki görüşten bahsedilmesi yararlı olacaktır.

SOMUNCUOĞLU makalesinde, teyid mektubunu, HUMK'nun 292. maddesinin ikinci fıkrası anlamında senet ve yazılı delil başlangıcı olarak kabul etmemektedir. Aynı Kanunun 326. maddesinin ikinci ve dördüncü bendlerine dahil etmeye çalışmaktadır. Sonuçta da kanunkoyucunun bu mektuba özel bir önem vermesinden dolayı KESİN KANUNÎ KARİNE olarak nitelendirmektedir (18). Buna bağlı olarak da teyid mektubunun aksinin ispat edilemiyeceğini ileri sürmektedir.

Yazar, teyid mektubunu haklı gerekçelerle, senet olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını belirtmektedir (19). Keza aynı gerekçelerle, teyid mektubunu yazılı delil başlangıcı olarak da kabul etmemektedir (20). Nihayet, teyid mektubuna yazılı deliller içerisinde bir yer bulabilmek amacıyla HUMK'nun 326. maddesinin ikinci bendinde ifadesini bulan "Bir tarafın diğer taraftan davaya müteallik aldığı mektup ve telgraflar" ile, aynı maddenin dördüncü bendinde yer alan "İki tarafın müstakilen veya müştereken malik olduğu vesikalar" kapsamında kabul edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır (21).

Buraya kadar problem yoktur. Ancak Yazar, TTK'nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasının lâfzının teyid mektubuna, sıradan bir yazılı delilden da-

(15) SOMUNCUOĞLU, S. 32.
(16) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SOMUNCUOĞLU, S. 34-36.
(17) TEKİL, Fahiman; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1981, S. 86. Bu görüşler için ayrıca bkz. KARAYALÇIN, S. 225, ARSLANLI, S. 46, DOMANİÇ, S. 112, İMREGÜN, S. 38, DOĞANAY, S. 155, EREN, S. 164, ÖZDEMİR/KINACIOĞLU, S. 65.
(18) SOMUNCUOĞLU, S. 36.
(19) SOMUNCUOĞLU, S. 34-35.
(20) SOMUNCUOĞLU, S. 35.
(21) SOMUNCUOĞLU, S. 35.

ha kuvvetli nitelik verdiğini ifade etmektedir (22). Buna bağlı olarak da, sekiz gün içinde itiraz edilmeyen teyid mektubunun KESİN KANUNÎ KARİNE olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (23). Kesin kanunî karinenin ise aksinin ispatı mümkün değildir. İster istemez sonuçlarına katlanmak gerekir.

SOMUNCUOĞLU'nun bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira, bu görüşün kabulü halinde, teyid mektubuna kanunkoyucunun ve müessesenin amacından daha fazla yük yüklenmiş olur. SOMUNCUOĞLU'nun görüşüne katılmak, zorlama yoluyla ulaşılabilecek bir çözüm tarzıdır. Çünkü, teyid mektubunun kesin kanunî karine olarak kabul edilmesi, MK'un 7. maddesi ve HUMK'nun 295. maddesi karşısında mesnetsiz kalmaktadır. Gerçekten; MK'un 7. maddesinin yorumundan resmî sicil ve senetlerin, HUMK'nun 295. maddesinin birinci fıkrasının yorumundan ise mahkeme kararlarının ve noter senetlerinin aksinin ispatının mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır (24). Kamunun en güvenilir yazılı belgeleri olan mahkeme kararlarının, noter senetlerinin, resmî sicillerin ve senetlerin aksinin ispat edilebileceğini kabul eden kanunkoyucunun, bunların yanında çok daha basit fonksiyonları olan teyid mektubunu KESİN KANUNÎ KARİNE olarak, aksinin ispatı mümkün olmayan belgelerden saydığını kabullenmek yanlış bir yorum tarzıdır. Bu sebeple, doktrindeki bazı yazarlarla birlikte; MK'un 7. ve HUMK'nun 295. maddeleri karşısında, teyid mektubunun aksinin ispat edilebileceğini evleviyetle kabullenmek gerekir kanaatindeyiz (25).

V. TEYİD MEKTUBUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Bu başlık altında teyid mektubunun en önemli özelliği üzerinde durulacaktır. Aşağıda görüleceği üzere, çeşitli ihtimallerde, teyid mektubunun hukukî niteliğinde değişiklikler husule gelmektedir. Bu değişikliğin sebebi, irade beyanlarının yorumunda seçilen ve kabul edilen yorum teorilerinin farklı olmasıdır.

Gerçekten, irade beyanlarının yorumlanmasında geniş anlamda üç teori bulunmaktadır (26). Bunlar;

a) İrade teorisi

---

(22) SOMUNCUOĞLU, S. 35.
(23) SOMUNCUOĞLU, S. 36.
(24) Bu konuda bkz. DOMANİÇ, S. 109, TEKİL, S. 85.
(25) Bup konuda bkz. TEKİL, S. 85 ve özellikle DOMANİÇ, S. 108 vd.
(26) Yorum teorileri ve özellikle güven teorisi hakkında geniş bilgi için bkz. EREN, S. 172-186. Ayrıca, güven teorisi hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 145 vd.

b) Beyan teorisi

c) Güven teorisidir.

Güven teorisi, ilk iki teorinin, taraflar arasındaki menfaat dengesini tam olarak sağlayamaması sonucunda doktrin ve uygulama tarafından geliştirilmiştir (27). Bu teori, zaman içinde geçirdiği aşamalardan dolayı "Klâsik Güven Teorisi" ve "Yeni Güven Teorisi" diye ikili bir ayırıma tabi tutulmuştur. Borçlar Hukuku alanında şu anda bunlardan yeni güven teorisi hakim durumda bulunmaktadır (28).

Yeni güven teorisi, irade teorisi ile beyan teorisi arasında uzlaştırıcı bir yol izlemektedir. Gerçekten, irade teorisi ve beyan teorisi, teyid mektubunun taraflarından sadece biri için çözüm getirmekte ve bu da birtakım adaletsiz sonuçların doğmasına yol açmaktadır. İşte yeni güven teorisi, bu tür adaletsizlikleri bertaraf etmek amacını gütmektedir. Buna göre, yeni güven teorisinde hakim, evvelâ bir beyan veya davranışın, mümkün olduğu ölçüde, gerçek ve subjektif anlamını bulmalıdır. Şayet gerçek ve subjektif anlamın bulunması mümkün olmamışsa, o vakit hakim, bir beyan veya davranışın objektif anlamını bulabilecektir (29). Yani hakim yorum yaparken, kendisini, makul ve dürüst bir üçüncü şahsın değil, makul ve dürüst bir muhatabın yerine koymalıdır (30).

Güven teorisi hakkında daha fazla bilgi verilmesi incelemenin amacına uygun düşmemektedir. Bu sebeple, artık asıl konuya dönerek, teyid mektubunun hukukî niteliğini, yukarıda verilen özet ve borçlar hukuku bilgilerine dayanarak tespit etmek gerekir.

Teyit mektubu konusunda üzerinde önemle durulması ve çözülmesi gereken meselelerden birisi, teyid mektubunun hukukî nitelik olarak BİLDİRİCİ mi yoksa KURUCU mu olduğunun belirlenmesidir

Önce şunu ifade etmek gerekir ki; gönderilen teyid mektubu, önceden yapılan sözleşmeye uygun hükümler ihtiva ediyorsa ve bu mektuba sekiz gün içinde muhatap tarafından itiraz edilmemişse bir mesele yoktur. Çünkü, son zamanlara kadar doktrinde baskın olan görüşe göre teyid mektubu, hukukî nitelik olarak BİLDİRİCİ kabul edilmesi gerekir (31). Zira bu durumda, daha önce sözlü şekilde yapılmış olan sözleşme tevsik

(27) EREN, S. 178.
(28) EREN, S. 180.
(29) Bkz. EREN, S. 181.
(30) Bkz. EREN, S. 182.
(31) Bu görüşteki bazı yazarlar için bkz. ARSALNLI, S. 46, POROY, S. 108, DOMANİÇ, S. 112, DOĞANAY, S. 155, SOMUNCUOĞLU, S. 31, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162, EREN, S. 164.

edilmiş olmaktadır. Yoksa, sözleşme yeni kurulmamaktadır. Daha önce kurulmuş olan sözlü akit, yazılı hale getirilmiş bulunmaktadır. Burada güven teorisinin etkisi de ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, bu durumda gönderenin güveni korunmaktadır (32). Zira gönderenin güveni, muhatabın susma şeklindeki pasif tutumuna göre, korunmaya mazhar durumdadır. Bir olayda Federal Mahkeme de aynı çözüm yolunu benimsemiştir (33). Federal Mahkeme tarafından da desteklenen hakim görüşe göre; "teyid mektubunu yollayan taraf, iş hayatındaki âdetleri de nazara alarak, mevcut hal ve şartlardan, karşı tarafın teyid mektubuna itiraz etmemesinden, dürüstlük kuralı (MK m. 2.) gereğince muhatabın, mektubun muhtevasını kabul ettiği anlamını çıkarmakta haklı ise teyid mektubu muhatap tarafından olduğu gibi kabul edilmiş sayılır" (34).

Teyid mektubu, Kanunda belirtilen şekillerle akdedilen bir sözleşme sebebiyle değil de, yeni bir icap mahiyetinde olan irade beyanı olarak göndrilmişse, yani bu irade beyanına karşı sükûtun kabul olarak varsayılamıyacağı hallerde, sekiz gün içinde mektuba itiraz etmemek, gerek bu mektup açısından gerekse teknik anlamda bir kabul olarak sayılamaz (35). Ve bu durumda muhatabın sükûtu akdin kurulmasını sağlamaz.

Teyid mektubu her zaman, daha önce yapılmış olan sözleşmeye uygun hükümleri ihtiva etmeyebilir. Asıl mesele o vakit çıkmaktadır. Taraflar sözlü, telefonla veya telgrafla sözleşmeyi kurmuşlar fakat mektubu gönderen taraf, bunlarda değişiklikler yapmış olabilir. Bu şekildeki bir mektuba muhatap sekiz gün içinde itiraz etmemişse durum ne olacaktır?

Bu durumda doktrinde farklı cevaplar bulmak mümkündür. İMREGÜN'e göre, burada olaya ispat hukuku açısından yaklaşmak gerekir (36). Yazar'a göre, bu durumda, ispat hukuku açısından mektubun muhatabı aleyhine yazılı bir delil oluşturulur ve bunun aksini ispat da yine ancak yazılı bir delil ile mümkündür. Bu görüşün sonucu olarak teyid mektubunu her halûkârda BİLDİRİCİ kabul etmek gerekir.

Aynı olaya ilişkin olarak, doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise de, teyid mektubu KURUCU nitelik arzeder. Fikrin savunucusu EREN'e göre, teyid mektubu, daha önce sözlü olarak kurulan akdin konu ve muhtevasından farklı ise, yeni bir icap sayılır ve muhatabın susarak buna itiraz etmemesi, kabul sayılır. Bu takdirde teyid mektubu KU-

(32) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162.

(33) Kararın anafikri için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162.

(34) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162.

(35) KARAYALÇIN, S. 225, SOMUNCUOĞLU, S. 31.

(36) İMREGÜN, S. 38-39.

RUCU nitelik taşır (37). Zira, muhatap, teyid mektubuna sekiz gün içinde cevap vermediği takdirde, karşı tarafta, kendisinin bu mektubun muhtevasıyla mutabık olduğu kanısını uyandırmaktadır (38).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ise aynı olayda, daha değişik bir çözüm tarzı öngörmektedir (39). Yazar'a göre, teyid mektubunun, yapılan sözleşmeden farklı hükümler ihtiva etmesi ve buna muhatap tarafından itiraz edilmemesi halinde, olayı iki ihtimalde çözüme kavuşturmak gerekir.

a) Teyid mektubunu gönderen taraf, yapmış oldukları anlaşmanın şartlarını bile bile değiştirmişse; yani anlaşma hükümlerinden farklı olan mektubu gönderirken kötüniyetli ise, bu mektuba karşı muhatabın sekiz gün içerisinde cevap vermemesi, muhatabın, mektubun muhtevasını kabul ettiği anlamına gelmez (40). Zira, bunun aksi düşünülürse, kötüniyetli gönderen muhafaza edilmiş olur ki, bu da hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil eder. Ancak burada, muhatap açısından ortaya çıkan bir problem vardır. Yukarıda anlatılan olaya uygun durumlarda muhatap, gönde-r renin kötüniyetli olduğunu ispat etmek zorundadır. Aksi halde, sözleşmeye uygun olmayan teyid mektubunun muhtevasını kabul etmiş sayılır.

b) Yapılan sözleşmeden farklı hükümler ihtiva eden bir teyid mektubunu gönderen taraf iyiniyetli ise tamamen farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Gönderenin iyiniyetli olması halinde teyid mektubu yeni bir icap niteliğini kazanır. Bu icap karşısında sekiz günün sükût ile geçiştirilmesi, kanun gereği 'kabul' irade beyanı sayılmaktadır (41). Bunun sonucu olarak, iyiniyetli gönderenin, sözleşmeden farklı bir şekilde kaleme aldığı teyid mektubuna sekiz gün içinde cevap verilmemesi yeni bir icabın kabulü sayılır (42). Ve bu durumda teyid mektubu, hukuken KURUCU nitelik kazanır. Muhatap, gönderenin kötüniyetli olduğu iddiasında ise bunu ispat etmelidir (43).

VI. SONUÇ

Türk Hukukunda teyid mektubunun yerinin ve niteliğinin tespiti bakımından, çalışmanın sınırları içerisinde ulaşılması gereken sonuç şudur.

---

(37) Bu görüş için bkz. EREN, S. 164.
(38) EREN, S. 164.
(39) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162, 164.
(40) HİRSCH, Ernst E.; Ticaret Hukuku Dersleri, 3. B., İstanbul 1948, S. 595, Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162.
(41) EREN, S. 164.
(42) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162-163.
(43) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 162, 164.

TTK'nun "Tacir Olmanın Hükümleri" başlığı altında düzenlediği teyid mektubuna, uygulamada olduğu kadar, teorik hukukta da işlerlik kazandırmak gerekir.

Düzenlendiği yer bakımından tacirler arasında geçerli olan teyid mektubu, daha önce sözlü olarak yapılan akdi tevsik etmeye yarar. Kendisine teyid mektubu tebliğ edilen muhatabın, bu mektuba sekiz gün içinde itiraz etmemesiyle hüküm doğurur. İspat hukuku bakımından, yazılı delil teşkil eder. Dolayısıyla, buna itiraz edecek olan muhatabın da, iddiasını ispat edebilmesi için yine yazılı delil ibraz etmesi gerekir. Her karinenin olduğu gibi, teyid mektubunun yazılı delil olduğu karinesinin de aksi ispat edilebilmelidir.

Teyid mektubunun hukukî niteliği bakımından yeni güven teorisinin etkisini kabul etmek gerekir. Zira teyid mektubu, göndereni ile üçüncü şahıslar arasında hüküm ifade etmeyecektir. Aksine, gönderen ile muhatap arasında geçerlidir. Bu sebeple, dürüst ve makul üçüncü kişi yerine, dürüst ve makul muhatap kıstasının kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Son olarak belirtilmesi gereken bir husus daha vardır. Yukarıda ortaya konmaya çalışıldığı üzere; pozitif hukuk bakımından muhtemel bir kanun değişikliğinde, doğabilecek tartışma ve haksızlıkları gidermek için (özellikle tarafların sıfatı açısından) açık bir hüküm vazedilmesi yararlı olacaktır.

KISALTMALAR

B.	:	Bası
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
m.	:	Madde
MK	:	Medeni Kanun
s.	:	Sayı
S.	:	Sayfa
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve devamı

MEDENİ USUL HUKUKUNDA DAVADA BİR TARAFIN DURUŞMAYA GELMEMESİ

Ömer ULUKAPI (*)

A. GENEL OLARAK

Bizim hukukumuzda dava açmak, kişilerin iradesine bırakılmıştır. Mahkemenin bir davaya bakabilmesi için, davacının bu konuda bir talebi olması gerekir. Yani, dava açması gerekir. Hâkim, davacının talebi olmadan re'sen bir davaya bakamıyacağı gibi, açık bir kanun hükmü olmadıkça (1) hiç bir kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamaz (HUMK. m. 79).

Dava açılmasından önceki bir hukukî uyuşmazlıkta, taraflar arasında "iddia-savunma" ilişkisi vardır ve bu genel olarak tarafların menfaatleri ile ilgilidir (2). Bu ilişkiyi taraflardan birinin (davacının) mahkeme önüne getirmesi halinde taraflar arasındaki "iddia-savunma" ilişkisi, yargılama ilişkisine dönüşür (3). Davanın açılmasıyla, taraflar (davacı-davalı) ile mahkeme arasında bir üçlü ilişki sözkonusu olmaktadır. Bu yargılamada amaç, yalnızca davanın sonuçlandırılması değildir. Ayrıca, bu yargılamada kişilerin haklarını korumaya yönelik yani, maddi anlamda "doğru karar" vermeye yönelik olmalıdır (4).

Davanın yürütülmesinde, bu üçlü ilişkide bulunan tarafların (davacı-davalı) ve mahkemenin bazı işlemlerde bulunması gerekir. Meselâ, tarafların verdikleri dilekçeler, mahkemenin duruşma yapması gibi. Bu usul işlemleri mahkeme veya taraflarca yapılır. Mahkemenin yaptığı usul işlemleri, bir davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması amacı ile hâkim tarafından yapılan işlemler ve kararlardır (5). Meselâ, oturum düzenlenmesi, tarafların duruşmaya çağrılması, hüküm verilmesi gibi.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

(1) İstisnaları bkz. meselâ: HUMK. m. 567, II; İİK. m. 33a, II; İİK. m. 89, III; İİK. m. 97, IV; İİK. m. 99; İİK. m. 302 gibi...

(2) Yılmaz - Islah, s. 1.

(3) Bilge/Önen - Medeni Yargılama, s. 381 vd.

(4) Klein, s. 3 vd. (Yılmaz - Islah, s. 2 naklen).

(5) Rosenberg/Schwab, s. 289 vd.

Buna karşılık, davada tarafların yapması gereken bir takım işlemler vardır ki, bunlara taraflara ilişkin usul işlemleri denir. Taraf usul işlemleri, olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilir. Meselâ, dava dilekçesinin verilmesi, davada duruşmaya gelmeme, mahkemede sorulan soruları cevapsız bırakma gibi.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu sistemimize göre, taraflar, davayı yürütmek zorunda olmadıkları gibi, mahkemece, açılmış olan davayı takibe de zorlanamazlar. Fakat, davacı davasından açıkça vazgeçmedikçe yahut karşı tarafın (davalının) davayı geri almasına muvafakat etmedikçe davasını takip etmek zorundadır. Taraflar zorla duruşmaya getirtilemezler. Ancak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz bazı durumlarda, tarafların duruşmaya gelmesini zorunlu kılmıştır (meselâ; isticvap, yemin hallerinde olduğu gibi.) Bu gibi durumlarda, tarafın duruşmaya gelmemesine bir takım hukukî sonuçlar bağlanmıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz taraflardan biri yahut her ikisinin duruşmaya gelmedikleri taktirde, bunlara farklı sonuçlar bağlamıştır.

Biz bu incelememizde davada taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi ve bunun sonuçlarını inceleyeceğiz.

B. 3156 SAYILI KANUNLA HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNDA BU KONUDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına dair 3156 sayılı Kanununun (6) 17. maddesiyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun onbirinci fasılında düzenlenmiş bulunan "gıyap müessesesi" (398-408 ve 410-412. maddeleri) yürürlükten kaldırılmış ve Kanunun onbirinci fasılı başlığı "İşlemden Kaldırma ve Davanın Açılmamış Sayılması" olarak değiştirilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak, Kanunun diğer maddelerindeki "gıyap" ile ilgili ifadeler "yokluk/yokluğunda" olarak (meselâ, HUMK. m. 176, II gibi.) değiştirilmiştir (veya kaldırılmıştır).

3156 sayılı Kanunla (7), tahkikat ve sözlü yargılama ve de bazı hallerde (meselâ, tarafın isticvabı halinde) tarafın duruşmaya çağırılmasına ilişkin olarak "ihtarla çağrı yapılması (meşruhatlı davetiye gönderilmesi)" sistemi getirilmiştir ve buna bağlanan sonuçlar ona göre düzenlenmiştir.

3156 sayılı Kanunun getirdiği bu değişiklikler, adı geçen Kanunun

(6) RG. 5. 3. 1985, S. 18685.
(7) Bkz. 3156 sayılı Kanun m. 10 ve 14.

geçici maddesi hükmü gereğince, bu Kanunla değiştirilen hükümler, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, yani 5.4.1985 tarihinden itibaren açılacak davalarda uygulanacaktır. Aynı geçici maddenin ikinci fıkrası hükmü gereğince, bu maddede belirtilen hükümler, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki davalara da uygulanacaktır.

Taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi hali ve uygulanacak hükümler bakımından, 3156 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce (yani, 5.4.1985 tarihinden önce) açılmış olan davalarla, bu tarihten sonra açılan davalar bakımından bir ayırım yaparak inceliyeceğiz.

C. 5.4.1985 TARİHİNDEN SONRA AÇILAN DAVALAR BAKIMINDAN DAVANIN DURUŞMAYA GELMEYEN TARAFIN YOKLUĞUNDA DEVAM EDİLMESİ

I. Yokluk Kavramı ve Terminoloji

Taraflar usulüne uygun olarak duruşmaya çağrıldıkları hallerde, bir tarafın duruşmaya gelmesine karşın, diğer (karşı) taraf duruşmaya gelmemiş ve davaya devam edilmesini isterse, yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda (8) devam edilir.

Kanun koyucu, 3156 sayılı Kanunla "gıyap müessesesi"ni tamamen ortadan kaldırmıştır (ilga etmiştir). Bunun yerine tarafların duruşmaya gelmemesi halinde, bunu "yokluk" kavramı ile ifade etmiştir.

Gıyap, arapça bir kelime olup, sözlük anlamı "hazır olmama, hazır bulunmama" veya "yokluk"tur (9).

Eski uygulama açısından, hukuk literatüründe "gıyap" kelimesi karşılığı olarak "duruşmada bulunmama, hazır olmama", "yokluk" kelimeleri de kullanılmaktadır. Kanun koyucu, gıyabı bir müessese olarak (HUMK. eski m. 398-408 ve 410-412 arasında) (10) düzenlemiş idi.

"Yokluk" kelimesi, kavram açısından her ne kadar gıyap kelimesinin karşılığı ise de, yeni 3156 sayılı Kanun açısından teknik bir anlamı ve hukuki müesseseyi ifade etmemektedir. Bu açıdan hareket edildiğinde, Ka-

---

(8) "Yokluk" kelimesi 3156 sayılı kanunla getirilmiştir. Bkz. Meselâ, HUMK. m. 213, II; m. 377, I; m. 176, II.

(9) Özön - Osmanlıca, Türkçe Sözlük, s. 344; Devellioğlu - Osmanlıca, Türkçe Sözlük Ansiplopedik Lügat, s. 344; Türk Dil Kurumu Yayınları, Türkçe Sözlük, s. 447; Yılmaz - Hukuk Sözlüğü, s. 253.

(10) (HUMK. eski m.) ile 3156 sayılı Kanunla, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yapılan değişiklikten önceki hükümleri kastediyoruz.

nun koyucunun benimsemiş olduğu "yokluk" (11) kelimesinin kullanılmasında bir sakınca görmemekteyiz.

II. Tarafların Usulüne Uygun Olarak Duruşmaya Çağrılması (Davet Edilmesi)

1. Çağırı Kağıdının (Duruşma Davetesiyesinin) Çıkarılması

Yukarıda da belirtildiği üzere, tarafların duruşmaya çağırılması (davet edilmesi) gerekir (12). Mahkeme, tarafları duruşmaya çağırmadan tahkikat ve yargılamaya devam edemez.

Tarafların duruşmaya mutlaka usulüne uygun olarak çağırılması (davet edilmesi) gerekir. Bu ise, duruşma davetiyesinin, taraflara tebliği ile mümkün olabilir. Tebliğ ile davetiye aynı şey değildir. Tebliğ, taraflara herhangi bir tebliğ evrakı (meselâ, dava dilekçesi, cevap lâyihası, mahkeme kararı gibi) sözkonusudur. Buna karşılık, taraflara, duruşmada (veya mahkemece belirtilen bir yerde) bulunması ihtarını ihtiva eden yazıya, Tebligat Kanunu (13) m. 9'a göre "davetiye" adı verilmektedir (14).

Tebligat Kanunu m. 9 ve Tebligat Nizamnamesine (Teb. Niz. m. 11-12) göre davetiyenin geçerli olması için, daveteyide şu hususların yer alması gerekir :

a. Tarafların ve varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad, soyadı ve ikametgâh veya mesken yahut iş adresleri (Teb. K. m. 9/1).

b. Anlaşılacak şekilde tebilğin konusu (Teb. K. m. 9/2). Tebligatın konusu, duruşmada mahkemece yapılacak usulî işlemlerdir. Yani tarafın hangi nedenle duruşmaya çağrıldığıdır.

c. Davet olunan kişilerin, hangi mercide ve hangi gün ve saatte hazır bulunması gerektiği hususu (Teb. K. m. 9/) (15).

Yukarıda da değinildiği üzere (16), Hukuk Usulü Muhakemeleri Ka-

---

(11) Biz, açıklamalarımızda "yokluk" kelimesi ile 3156 sayılı Kanun anlamındaki şeklini kullanmakta olup, yürürlükten kaldırılmış bulunan "gıyap müessesesi"ni kastettiğimiz hallerde, açıkça "gıyap" kelimesine yer vereceğiz.

(12) Bkz. yuk. s. 182 vd.

(13) 7201, s. K. ,(RG. 19.2.1959, S. 10139).

(14) Yılmaz/Çağlar - Tebligat Hukuku, s. 42; Kuru - Usul, c. IV, s. 3827; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 572; Bilge/Önen - Medeni Yargılama, s. 318 - 319.

(15) Yılmaz/Çağlar - Tebligat Hukuku, s. 52; Moroğlu/Muşul - Tebligat Hukuku, c. I (Kazaî Tebligat), s. 24.

(16) Bkz. yuk. s. 184.

nununun gösterdiği istisnalar dışında hâkim tarafları duruşmaya çağırmadan hükmünü veremez. Yargıtayda verdiği bir kararında (17) : "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 73. maddesi hükmünde de çok açık bir şekilde vurgulandığı veçhile, mahkeme, tarafları dinlemeden ve onların iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. İşte onun içindir ki, davetin ve özelliklede davetin yazılış şeklinin (davetiyenin) davadaki önemi büyüktür. Nitekim, bu durumu gözönüne alan kanun koyucu davanın, tarafların huzuru ile görülmesini sağlamak amacıyla bu yolda bazı düzenlemeler yapmıştır (7201 s. K. m. 9; Teb. Niz. m. 11-12). Anılan hükümler incelendikte; öteki amaçlar dışında davetiyeye (davet edilen kimsenin) hangi mercide, hangi gün ve saatte) hazır bulunması gerektiği hususunun özellikle yazılmasının şart olduğu görülmektedir. Bu temel kuralın Tapulama Kanununun uygulandığı davalarda da uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur. O halde, çıkarılacak davetiyeye duruşma saatinin açıkça yazılmamış olması halinde kural olarak, o duruşmanın o gün çalışma saatini sonuna kadar bekletilmesi gerekir. Temyiz incelemesine konu, bu davada davacı adına çıkarılan davetiyede duruşma saatinin yazılı olmadığı görülmektedir. Öte yandan, açılan oturuma ilişkin tutanakta duruşmanın çalışma saati sonunda yapıldığına ilişkin bir açıklıkta olmadığına göre, bu tebligat, tümüyle geçersizdir (HGK. 23.10.1971 ve İİD. 683/613); hal böyle olunca mahkemece Tapulama Kanununun 60/3. maddesi hükmünün olayda uygulanmak suretiyle, davacının itiraz etmemiş sayılmasına karar verilmesi mümkün değildir" diyerek, yukarda vurguladığımız bu hususu teyid etmiştir.

d. Kanunlara göre yazılması gereken diğer hususlar (Teb. K. m. 9/4) (18).

Kanunlara göre bazı durumlarda, duruşmaya çağırının özel bir anlamı olabilir. Bu gibi hallerde, çağırıya karşın tarafın duruşmaya gelmemesine önemli sonuçlar bağlanmış olabilir. Bunun sonucu olarak, davet edilen kimse duruşmaya gelmezse, kanunlarda o husus için öngörülen sonuca katlanmak zorunda kalacaktır. Meselâ, tarafın isticvabı (HUMK. m. 234), taraf yemini (HUMK. m. 337 vd.) hallerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bazı sonuçlar bağlamıştır.

e. Davetiyeyi çıkaran mahkemenin mühürü ve yazı işleri müdürünün imzası bulunmalıdır (Teb. K. m. 9/5).

---

(17) HGK, 15.9.1982, 7-1812/787 (ABD, 1982/5, s. 81-83).

(18) Yılmaz/Çağlar - Tebligat Hukuku, s. 53-54; Moroğlu/Muşul - Tebligat Hukuku, s. 24.

2. Çağırı Kağıdının Gerekli Açıklamayı (Meşruhatı) İçermesi

Tahkikat ve yargılama için taraflara çıkarılacak çağırı kağıdının (davetiyenin), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Tebligat Kanununa (ve Tebligat Nizamnamesine) uygun olması gerekir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, tahkikat ve yargılama için taraflara çıkarılacak çağrı kağıtlarında, tarafların duruşmada hazır bulunmaları gerektiği, belli edilen günde duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde, tahkikata (HUMK. m. 213, II) ve yargılamaya (HUMK. m. 377, I) yokluklarında devam edileceği hususu yazılması gerekecektir (19). Çağrı kağıdında, böyle bir hususun yazılı bulunduğu kağıda uygulamada "meşruhatlı davetiye" (20) denilmektedir.

3. Çağırı Kağıdının (Duruşma Davetiyesinin) İçeriği

1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına dair 3156 sayılı Kanunda, tahkikat (HUMK. m. 213) ve yargılama (HUMK. m. 377) için tarafların duruşmaya çağırılmasında, çıkarılacak çağırı kağıdında belli hususların bulunması ve buna bağlı olarak bir takım sonuçlar (müeyyideler) öngörülmüştür.

Buna göre, meşruhatlı çağırı kağıdında (davetiyede) her şeyden önce, Tebligat Kanunu m. 9'da öngörülen hususların bulunması gerekir. Ayrıca, tarafların duruşmaya çağırılmasına ilişkin çıkarılacak çağrı kağıtlarında (davetiyelerde), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen, tarafların tahkikat (HUMK. m. 213, II), yargılama ve hüküm verilmesi (HUMK. m. 377, I) için belli edilen günde mahkemede hazır bulunmaları, aksi takdirde, tahkikat ve yargılamaya yokluklarında devam edileceği hususunun yazılmış olması gerekir (21).

Bu hükümle kanun koyucumuz, bu meşruhatlı davetiyeyi alan taraf duruşmaya gelmediği takdirde, tahkikat ve yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edileceğini öngörmüştür. Meşruhatlı davetiye gön-

---

(19) Kuru - Usul, c. V, s. 4480; Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 241-242; Üstündağ - Usul(Ek kitap), s. 10 ve 12.

(20) "Meşruhat" kelime anlamı olarak 'açıklama, şerh", "bir maddenin açıklanması için yazılan şeyler" manasına gelir (Yılmaz - Hukuk Sözlüğü, s. 472; Türk Dil Kurumu - Türkçe Sözlük; Özön - Osmanlıca, Türkçe Sözlük).

(21) Bkz. Meselâ; 'Davalıya tebliğ edilen davetiyede, belli edilen günde mahkemede hazır bulunmadığı takdirde, tahkikata yokluğunda devam edileceği bildirilmemişse, davalının yokluğunda yargılamaya devam edilip tanık dinlenmesi usul ve kanuna aykırıdır" (2. HD. 23.12.1985, 9704/10975 : Yasa, 1986/12, s. 1756).

derilmesine rağmen, geçerli bir özürü olmaksızın duruşmaya gelmeyen taraf hakkında en ağır sonuç, bu tarafın bulunmadığı duruşmada yapılan usulî işlemlere itiraz edememesidir. Bu husus, aşağıda (22) incelenecektir.

Tebligat Kanunu (Teb. K. m. 9) ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 213, II ve m. 377, I'e göre, yazılması şart olan bir hususun bulunmaması, o çağırı kağıdının (davetiyenin) geçersiz olmasına neden olur. Bu nedenle, gönderilen çağırı kağıdına, gelmediği takdirde yokluğunda devam edileceği hususu yazılmamışsa, duruşmaya tarafların yokluğunda devam edilemeyecektir. Buna rağmen, taraf duruşmaya gelirse, yargılamaya devam edilecektir.

Nitekim, Yargıtay bir kararında (23), mahekeme, kanuna uygun bir şekilde duruşma davetiyesi gönderilmeyerek duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilerek davanın reddedilmesini kanuna aykırı bulmuştur.

Duruşmaya gelmiş olan taraflara, bir önceki oturumda daha sonraki duruşmaya gelmedikleri takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği tefhim edilmiş (sözlü olarak bildirilmiş) ve bu husus zapta geçirilmişse, tekrar bir çağırı kağıdı çıkarılmasına gerek kalmıyacaktır (24). Keza, duruşmaya gelmeyen tarafa, ondan sonraki yapılacak oturumlar için meşruhatlı davetiye gönderilemez.

Sonuç olarak, 3156 sayılı Kanunla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda getirilen değişiklik sonucu, hâkim, tahkikatın bittiği oturumda sözlü yargılama ve hüküm için duruşma günü belirleyipte, taraflardan biri duruşmaya gelmediği takdirde gelmeyen tarafa meşruhatlı davetiye gönderilecek, buna karşılık, duruşmaya gelen tarafa davetiye çıkarılması na gerek yoktur. Çünkü, bu husus duruşmada sözlü olarak tarafa tefhim edilir (25).

Uygulamada, mahkemeler 5.4.1985 tarihinden itibaren açılan davalar bakımından, taraflara çıkarılacak çağırı kağıtlarında (davetiyelerde) "belli edilen duruşma günü mahkemede hazır bulunmadığınız takdirde, tahkikata yokluğunuzda devam edileceği ve hükümde yokluğunuzda verileceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 213, II ve m. 377 uyarınca

(22) Bkz. aşa. s. 10-11.

(23) 'Tahkikat sırasında taraflara çıkarılacak tebligatlarda tarafların belli edilen günde mahkemede bulunmadıkları takdirde, tahkikata yokluklarında devam edileceği bildirilmelidir. Mahkemece, kanuna uygun şekilde davacıya davetiye gönderilmeden duruşmaya gelmeyen davacının yokluğunda duruşmaya son verilerek davanın reddedilmesi kanuna aykırıdır" (13. HD. 17.3.1986, 982/1551 : Yasa, 1986/12, s. 1776).

(24) Kuru - Usul, c. V, s. 4542.

(25) Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 331.

tebliğ olunur" hususları genellikle lâstik damgalı bir mühürle belirtmektedirler.

4. Tebligatın Geçerli Olması

Taraflara gönderilecek çağırı kağıdının (davetiyenin) Tebligat Kanununun öngördüğü şartlara göre tebliği gerekir (26). Ancak, usulsüz tebliğe rağmen taraf veya vekilinin bu çağrıdan haberi olduğu takdirde, tebligat geçerli sayılacaktır (Teb. K. m. 32) (27). Bu halde muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi sayılır (Teb. K. m. 32 ,II) (28).

III. Tarafın Duruşmaya Gelmemesi

1. Geçerli Bir Mazeret (Sebep) Olmakızın Duruşmaya Gelmeme

Tahkikat (HUMK. m. 213) ve yargılama (HUMK. m. 377) için usulüne uygun olarak duruşmaya davet edilen taraf, duruşmaya gelmediği takdirde yargılamaya devam edilir. Fakat, taraflar usulüne uygun olarak duruşmaya çağırılıp da, gelmezlerse 3156 sayılı Kanunla değişik m. 213, III ve m. 377, I hükmü buna birtakım sonuçlar (müeyyideler) bağlamış bulunmaktadır. 3156 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle, eğer taraf belli edilen günde, tahkikat ve yargılama için duruşmada bulunmazsa tahkikat ve yargılamaya tarafların yokluklarında devam edilecektir (HUMK. m. 213, II; m. 377, I).

Tarafın gelmediği oturumda (celsede), o taraf aleyhine birtakım usulî işlemler yapılmamışsa sorun yoktur. Buna karşılık, gelmeyen taraf aleyhine işlemler yapılmışsa, tarafın buna itiraz edip edemiyeceği sorunu ile karşı karşıya kalırız.

Hukuk Usulü Muhkemeleri Kanununa göre, tarafların tahkikat ve yargılama için duruşmaya çağrılması halinde, geçerli bir özürü bulunduğu taktirde, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edilebilecektir.

2. Geçerli Mazeretin Bulunması Halinde Duruşmaya Gelmeme

3156 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, gerek tahikat, gerekse yargılama ve hüküm için duruşmaya davet edilip de, geçerli bir özürü olmadan duruşmaya gelmeyen taraf, o duruşmada yapılmış olan işlemlere itiraz edemiyecektir (HUMK. m. 213, III; m. 377, II).

---

(26) Bkz. Meselâ; "Duruşma gününden sonra yapılan tebligat geçersizdir" (2. HD. 16.5.1953, 2729/2445 : Ersoy, s. 367).

(27) Bkz. 12. HD. 23.2.1987, 7103/2467 (YKD, 1987/6, s. 906).

(28) Bkz. Meselâ; "Tebliğ usulsüz yapılmış olsa dahi muhatap tebliğe muttali olmuşsa o tebliğ geçerli olur. Muhatabın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi sayılır" (4. HD. 13.5.1965, 9142/2561 : Erdoğan, s. 730).

Tarafın duruşmaya gelmemesi geçerli bir özüre (haklı bir mazerete) dayanıyorsa (29), bu taktirde, duruşmaya gelmeyen taraf yokluğunda cereyan eden işlemlere itiraz edebilecektir.

D. 5.4.1985 TARİHİNDEN ÖNCE AÇILMIŞ BULUNAN DAVALAR BAKIMINDAN TARAFLARDAN BİRİNİN DURUŞMAYA GELMEMESİ

I. Genel Olarak

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına dair 3156 sayılı Kanunla (30), gıyap müessesesi kaldırılmıştır. Yeni düzenleme ile, tarafların tahikat veya sözlü yargılama için duruşmaya çağrılmasında meşruhatlı davetiye gönderilmesi sistemi getirilmiştir. Bu hususlara yukarıda değinmiştik (31).

Yine adı geçen Kanunun geçici maddesi ile, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu Kanunla değiştirilen hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacaktır. Yani, 5.4.1985 tarihinden itibaren açılacak davalarda uygulanacaktır. Geçici maddenin II. fıkrasına göre, bu kanunla getirilen birtakım hükümler 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından da uygulanacaktır. Bu hükümler arasında, tarafların duruşmaya çağırılması ile ilgili çıkarılacak davetiyelere ilişkin hükümler yer almamaktadır.

5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından, taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde, 3156 sayılı Kanunla kaldırılmış bulunan "gıyap müessesesi"nin uygulanıp uygulanmıyacağı ihtilâfı (meselesi) ortaya çıkmıştır. Bu ihtilâf, öğretide ve özellikle uygulamada (mahkemelerde) değişik görüş ve uygulamalara neden olmuştur. Bunu, iki ana gurup görüş açısından inceleyebiliriz.

II. Bu Konudaki Görüşler

1. Eki Davalar (5.4.1985 Tarihinden Önce Açılmış Olan Davalar) Bakımından "Gıyap Müessesesinin" Uygulanmıyacağı Görüşü

5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından, 3156 sayılı Kanunla kaldırılmış bulunan gıyap müessesesinin uygulanmıyacağı, görüşü, öğretide bir görüşe göre ve uygulamada mahkemelerden bazıları tarafından savunulmaktadır.

---

(29) Meselâ; ağır hastalık, mücbir sebep, tarafın yurtdışında bulunması, vekil ile takip edilen davalarda vekilin elinde olmayan nedenlerle süreyi kaçırmış olması gibi...

(30) 3156 s. K. m. 25.

(31) Bkz. yuk. s. 182 vd.

Öğretide bu görüşü savunanların (32) tezi, şu odak noktasında toplanmaktadır.

Bu Kanunla, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki gıyap müessesesi yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunkoyucu, bundan böyle gıyap müessesesini uygulamamak istemektedir. Bu görüş taraftarları, bu nedenle bütün hukuk davaları bakımından aynı uygulamanın yer alması gerektiği kanısındadırlar. Böyle bir görüşün ve uygulamanın menfaatler dengesine ve usul ekonomisine (HUMK. m. 77) de uygun düşeceğini belirtmektedirler.

Bu görüşün taraftarları, amaçsal bir yorumdan hareketle sonuca ulaşmaktadırlar. Zira, Kanunkoyucu, bu müesseseyi artık uygulamamak istemekte olduğu ve ayrıca bunu, 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından uygulamanın yasal olmadığı görüşüne dayanmaktadır. Yürürlükten kaldırılmış bir müesseseyi önceki davalara uygulamaya kalkmak, eski durumu tekrar yaratmak (devam) amacına yönelik olacaktır. Ayrıca, aynı yorumdan hareketle, tarafların tahkikat veya sözlü yargılama için duruşmaya çağrılmasında 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından, meşruhatlı davetiye sisteminin uygulanması gerekeceği kanısındadırlar. Yani, 3156 sayılı Kanunla getirilen 213 ve 377. maddelerin uygulanacağı görüşündedirler.

Bu görüş sonucu, 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından, 3156 sayılı Kanunla getirilen 213 ve 377. maddelerinin uygulaması şu şekilde olması gerektiği düşünülebilir (33) :

a. Gıyap Kararı Uygulanması Durumunun Ortaya Çıkmamış Olması

Eksik davalar bakımından, taraflar, tahkikat veya sözlü yargılama için usulüne uygun duruşmaya çağrılmış olupda, taraflar davasını takip etmişlerse, dava, mahkemece görülüp sonuçlandırılacaktır. Bu halde, 5.4.1985 tarihinden evvel davanın gıyaba kalmasını gerektiren bir hal mevcut olmayıp, bu tarihten sonra da dava devam etmekte ise sorun yoktur. Davaya eskisi gibi devam edilecektir.

Fakat, 5.4.1985 tarihinden sonra duruşmaya taraflardan biri gelmez, diğer taraf da gelip davayı takip etmek isterse, bu halde gelmeyen tarafa, tahkikat veya sözlü yargılama için meşruhatlı davetiye çıkarmak gerekecektir (HUMK. m. 213, II; m. 377, I). Bunun üzerine mahkeme, gelmeyen taraf hakkında meşruhatlı davetiye çıkarmaya karar verir ve bu amaçla, o celseye devam etmez. Taraf meşruhatlı davetiye çıkarıldıktan

(32) Elmas - 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 3156 Sayılı Kanuna Genel Bakış (ABD, 1982/2, s. 234-256).

(33) Kuru - Usul, c. V, s. 4593-4594.

sonraki duruşmaya gelmezse, tahkikat veya yargılamaya yokluğunda devam edilecektir (34).

b. Bir Tarafa 5.4.1985 Tarihinden Önce Gıyab Davetiyesi Çıkarılmış Fakat Duruşmanın 5.4.1985 Tarihinden Sonra Olması

aa. Kendisine 5.4.1985 Tarihinden Önce Gıyap Davetesiyesi Çıkarılmış Tarafın Bu Tarihten Sonraki Duruşmalara Gelmiş Olması

Taraflardan biri 5.4.1985 tarihinden önce duruşmaya gelmemesi sonucu, diğer taraf, davanın gelmeyen tarafın gıyabında devam edilmesini isteyebilir. İşte bu halde, duruşmaya gelen tarafın talebi ile mahkemece gıyap davetiyesi (kararı) çıkarılmış olması halinde, bu taraf, 5.4.1985 tarihinden sonraki duruşmalardan birine gelebilir. Bu durumda, gıyap kararının kesinleşmesi sözkonusu olmıyacağından duruşmaya (davaya) devam edilir.

Eğer taraf, duruşmaya gelmezse, gelen tarafın huzuru ile duruşmaya devam edilmez. Bu halde, mahkeme, duruşmaya gelmeyen tarafa tahkikat veya sözlü yargılama için yeni bir davetiye çıkaracaktır (HUMK. m. 213, I; m. 377, I). Taraf, bu davetiyenin tebliğinden sonraki duruşmaya da gelmez ise, tahkikat veya yargılamaya yokluğunda devam edilecektir (35).

bb. Kendisine 5.4.1985 Tarihinden Önce Gıyap Davetiyesi Çıkarılmış Tarafın Bu Tarihten Sonraki Duruşmalara Gelmemiş Olması

Kendisine 5.4.1985 tarihinden önce gıyap davetesiyesi çıkarılmış taraf, bu tarihten sonraki duruşmaya gelmezse, gıyap kararı kesinleşmiş sayılmıyacaktır (36). Mahkeme, gelmeyen tarafın yokluğunda tahkikat veya yargılama yapamaz.

Bu durumda, duruşmaya devam edilmesi için duruşmaya gelmeyen tarafa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 213 ve 377 ye göre duruşma davetiyesi tebliğ edilecektir. Taraf, bu davetiyeye rağmen duruşmaya gelmezse, tahkikat veya yargılamaya yokluğunda devam edilecektir (37).

c. Bir Taraf Hakkında Verilen Gıyap Kararının 5.4.1985 Tarihinden Önce Kesinleşmiş Olması

Bir taraf hakkında verilen gıyap kararının 5.4.1985 tarihinden önce

(34) Kuru - Usul, c. V, s. 4593.
(35) Kuru - Usul, c. V, s. 4593.
(36) Kuru - Usul, c. V, s. 4594.
(37) Kuru - Usul, c. V, s. 4594.

kesinleşmiş olup da, bu tarihden sonraki duruşmalara devam edilebilmesi için, gıyaba kalmış tarafa tahkikat veya sözlü yargılama için meşruhatlı davetiye çıkarmak gerekecektir (HUMK. m. 213, II; m. 377, I). Tarafa, meşruhatlı davetiye çıkarılmadan duruşmaya devam edilemez (38). Böyle bir tebliğata rağmen, taraf, duruşmaya gelmezse, tahkikat veya yargılamaya yokluğunda devam edilecektir.

Gıyap Kararının 5.4.1985 tarihinden önce kesinleşmiş olmasına rağmen davaya gelen taraf, bu tarihten sonraki duruşmalara alınacaktır.

2. Eski Davalar (5.4.1985 Tarihinden Önce Açılmış Olan Davalar) Bakımından "Gıyap Müessesesinin" Uygulanacağı Görüşü

3156 sayılı Kanunla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 213 ve 377 ye getirilmiş olan hükümler, 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından uygulanamıyacaktır. Başka bir deyişle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmasına dair 3156 sayılı Kanunla değişik 213 ve 377. madde hükümleri, 5.4.1985 tarihinden itibaren açılan davalarda uygulanacaktır. Keza, 3156 sayılı Kanunla getirilen 213 ve 377. maddeleri, adı geçen Kanunun geçici maddesinde halen görülmekte olan davalara (yani, 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalara) uygulanacağına ilişkin hükümler arasında yer almamaktadır.

Öğretide, bir kısım yazarlar (39), 3156 sayılı Kanunun geçici maddesinin 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından 213 ve 377. madde hükümlerinin uygulanmayacağını savunmaktadırlar. Bunun doğal sonucu olarak da, 3156 sayılı Kanunun 25. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olan gıyap müessesesi (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun eski 398-408, 410-412, 563-564 ve 510. maddeleri) 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından, aynen (eskisi gibi) uygulanmaya devam edecektir.

Hernekadar yürürlükten kaldırılmış bir müessesenin uzun bir süre daha uygulanması gibi, çelişik ve sakıncalı bir durum yaratsa bile (40), eski gıyap hükümlerinin 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalara uygulanabileceği görüşüne katılmaktayız. Zira, kural olarak, kanunla yürürlüğe girdikten sonraki olaylara, işlemlere uygulanır (41). Bu itibarla, yeni

---

(38) Kuru - Usul, c. V, s. 4594.
(39) Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul, s. 423; Kuru - Usul, c. V, s. 4593; Üstündağ - Usul(Ek kitap), s. 10-11.
(40) Kuru - Usul, c. V, s. 4593.
(41) Özdemir - Davanın Yenilenmesi ve Açılmamış Sayılması (HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkındaki Sempozyum, s. 64).

kanunların uygulama alanı bakımından, geleceğe yöneliktirler. Ancak usul hükümleri kanunun açıkça öngördüğü hallerde geçmişe etkili olabilecektir. Bu sonuca, kanununun lafzî anlamından hareketle ulaşılmaktadır.

Bu nedenle, kanunkoyucu, getirdiği yeni bir hükmün sonuçlarını, ondan önceki olaylara veya işlemlere uygulamak istediği hallerde, bunun açıkca kanunda belirtilmesi gerekecektir. Belirtilmediği hallerde eski (yürürlükten kalkmış bulunan) hükümler, aynen (eskisi gibi) uygulanmaya devam edecektir. Kanımızca, bu durum, hukukî güvenliğin ve hukukî istikrarın bir gereğidir.

İşte, bunun doğal sonucu olarak, 3156 sayılı Kanunla getirilen yeni hükümler de Kanunun yürürlük tarihi olan 5.4.1985 tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanacaktır. Kanunun geçici maddesinde, tarafların tahkikat ve yargılama amacıyla duruşmaya çağırılmalarına ilişkin öngörülmüş olan 213 ve 377. madde hükümleri yer almamaktadır (42). Bu nedenle, eski davalar bakımından, eski hükümler, yani, yürürlükten kaldırılmış olan "gıyap müessesesi" aynen (eskisi gibi) uygulanmaya devam edecektir.

Tarafların, tahkikat veya sözlü yargılama için duruşmaya çağırılmalarında eski hükümler de aynen uygulanacaktır. Yani, eski tebligat uygulaması geçerli olup, meşruhatlı davetiye gönderilmesi gerekmiyecektir.

Uygulamada ise, henüz bu konuda yayınlanmış bir karar bulunmamakla beraber gözlendiği kadarıyla, ilk derece (bidayet) mahkemeler arasında da değişik uygulamalar (görüşler) sözkonusu olmaktadır. Bir kısım ilk derece mahkemeleri, 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından yukarıda belirttiğimiz görüşü (43) tamamen uygulamak isteyen ler olduğu gibi, gıyap müessesesinin tamamen uygulanacağı görüşünü (44) savunan mahkemelerde vardır.

Bir kısım ilk derece mahkemeleri de ara bir yol tutmak suretiyle, 5.4.1985 tarihinden önce gıyap kararının kesinleşmiş olduğu davalarda, gıyap müessesesinin eskisi gibi, uygulanması gerektiği, buna karşılık, gıyap kararı kesinleşmemiş olan davalar bakımından ise, gıyap müessesesinin uygulanmayacağı ayrımından hareket ederek karar vermektedirler.

5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalarda, gıyaba kalmış taraf

(42) "Tasarının geçici maddesi yürürlük maddesidir. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevcut dava ve işlerde, hangi hükümlerni uygulanacağı istisna olarak sayılmış, ana kaide olarak, Kanunla getirilen değişikliklerin ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılacak dava ve işler hakkında uygulanması benimsenmiştir" (Hükümet Gerekçesi).

(43) Bkz. yuk. s. 189-192.

(44) Bkz. yuk. s. 192.

hakkında, bu tarihten sonra da davanın gıyabında görülmesini savunan (uygulayan) mahkemeler, bu görüşlerinin dayanak noktası olarak şu iddiaları (görüşleri) ileri sürmektedirler. Böyle bir davada gıyap kararı verilmekle, diğer taraf (gıyap kararı aldırmış olan taraf) lehine bir müktesep hak yaratılmış olmaktadır. Duruşmaya gelmeyen taraf, gıyaba düşmekle, aleyhine yaratılmış olan sonuçlara katlanmak zorunda kalacaktır. Bu durum, diğer taraf lehine de bir mütesep hak teşkil edeceğinden, taraf, bundan mağdur olmamalıdır (zarar görmemelidir).

E. SONUÇ

Hakkını aramak için daha açan kişilerin, gerek tahkikat, gerekse yargılama için duruşmaya çağırılması (davet edilmesi) zorunludur. Taraflar duruşmaya çağırılmadığı takdirde, AY'nın 36. maddesinde öngörülen savunma hakkı, HUMK. m. 73'e aykırı olarak engellenmiş olacaktır. Tarafın veya tarafların, mahkemece yapılacak duruşmaya çağırılmaları adaletin tam ve doğru olarak gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.

İşte, bu amaçla, tarafların mahkemece duruşmaya çağırılması gerekmektedir. Tarafların duruşmaya çağırılmaları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Tebligat Kanununun öngördüğü şekilde yapılması gerekecektir. Yani, tarafa veya taraflara çağırı kağıdı (duruşma davetiyesi) çıkarılması gerekecektir.

Geçerli bir çağırı kağıdı (duruşma davetiyesi) çıkarıldıktan sonra, tarafların duruşmaya gelip gelmemesi meselesi ortaya çıkabilir.

İncelememizde belirtildiği üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun sistemine göre, taraf veya taraflar duruşmaya gelmiyebilecekleri gibi zorla da getirtilemeyeceklerdir. Fakat taraf veya taraflar, çağırıldıkları bu duruşmaya gelmezlerse, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülmüş bulunan müeyyidelere katlanmak zorunda kalacaklardır.

Bilindiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz yürürlüğe girdiğinden bu yana birçok değişiklikler geçirmiştir. Hiç şüphesiz ki, getirilen bu değişiklikler, kanunun aksak yönlerini ortadan kaldırma, bu arada günün teknolojik, sosyal, ekonomik ve psikolojik meselelerini çözüme kavuşturma amacı gütmektedir. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu değişiklerle sağlamak istediği şey, adaletin hızlı, kolay ve ucuz şekilde gerçekleştirilmesidir. Fakat, hayat şartlarının hızla değişmesi karşısında toplumun ihtiyaçlarını gözönünde bulunduran kanun koyucu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu 23 kez değiştirmek zorunda kalmıştır.

3156 sayılı Kanunla, bu konuda son değişiklik yapılmıştır. Adı geçen Kanunla yapılan değişiklikten önce, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakeme-

leri Kanunu davada bir tarafın duruşmaya gelmemesi açısından gıyap müessesesini düzenlemiş bulunmaktaydı. Buna göre, taraflar usulüne uygun bir şekilde duruşmaya çağırılıp da, taraflardan biri gelip, diğeri gelmezse ve gelen taraf, karşı taraf hakkında gıyap kararı verilmesini isterse, gıyap kararı verilirdi. Bunun üzerine gıyaba kalan taraf, gıyaba bağlanmış bulunan hükümlere katlanmak zorunda kalır idi.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 3156 sayılı Kanunla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun gıyap müessesesini düzenleyen hükümleri yürürlükten kaldırılmış ve 3156 sayılı Kanunla, taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde, gelmeyen tarafın yokluğunda(HUMK. m. 213, II; m. 377, I) duruşmanın yapılacağı hükmü getirilmiştir. Bu amaçla, son değişiklikler tarafın tahkikat ve yargılamaya çağırılmasını düzenleyen ilgili hükümlerde meşruhatlı çağırı sistemi getirilmiş olup, bu halde taraf duruşmaya gelmezse, tahkikat veya yargılama yokluğunda devam edecektir. Taraf geçerli bir özürü olmaksızın duruşmaya gelmediği takdirde, yokluğunda yapılmış işlemlere itiraz edemiyecektir (HUMK. m. 213, III; m. 377, II).

3156 sayılı Kanunla getirilen bu hüküm, sözkonusu geçici maddesine göre, Kanununun yürürlük tarihi olan 5.4.1985 tarihinden itibaren açılmış olan davalara uygulanacaktır. Zira, kanunun değiştirilen hükümleri, aynı maddenin II. fıkrasındaki istisnalar arasında yer almamaktadır. Bunun temelinde yatan düşünce, kanunların yürürlüğü tarihinden itibaren uygulanacağıdır. Kanun yapma tekniği bakımından genel kural budur. Ancak, usul hükümleri Kanunun açıkça öngördüğü hallerde geçmişe etkili olabilecektir.

Olan hukuk bakımından, değişiklikle getirilen Kanunun hükmü (geçici madde) açıktır. Ve bu hüküm, 5.4.1985 tarihinden sonra açılacak davalar bakımından uygulanacaktır.

Ancak, olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda) farklı bir sonuca varmak gerekir. Şöyle ki, kanun koyucu bu değişiklikle gıyap müessesesini kaldırmak ve davaların uzamasını engellemek istemiştir. Kanun koyucunun bu amacını dikkate aldığımızda, derdest olan yüzbinlerce davayı da gözönünde bulundurduğumuzda, bu amaca ulaşmanın daha çok uzun yıllar alacağı ortadadır. Bunun içindir ki, olması gereken hukuk açısından, kanunun açık hükmüne rağmen, bu hükümlerin 5.4.1985 tarihinden önce açılmış olan davalarda da uygulanacağı görüşü savunulabilir. Zira, bu türlü bir uygulama, davalarda ortaya çıkacak çelişki ve sakıncaları ortadan kaldıracak, mahkemelerin yeknesak hareket etmelerini sağlamış olacaktır.

KAYNAKLAR (*)

BİLGE, N./ÖNEN, E. : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara, 1978. (Bilge/Önen - Medeni Yargılama)

DEVELLİOĞLU, F. : Osmanlıca - Türkçe Sözlük Ansiklopedik Lügat, 1984.

ELMAS, A. : 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 3156 Sayılı Kanuna Genel Bakış (Ankara Barosu Dergisi, S. 1985/2, Yıl : 42).

ERDOĞAN, C. : Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1973.

ERSOY, R. : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1966-1967.

KLEİN, F. : Zeit-und Geistesströmungen im Prozess, Frankfurt, 1943; Dresden, 1901.

KURU, B. : Hukuk Muhakeemleri Usulü, cilt: I, Ankara 1970.

——— : Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt: II, Ankara 1980.

——— : Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt: III, Ankara 1982.

——— : Hukuk Muhakeemleri Usulü, cilt: IV, Ankara 1984.

——— : Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt: V, (Ek kitap), Ankara, 1986. (Kurul - Usul)

KURU, B./YILMAZ, E. : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 3. baskı, Ankara, 1985.

KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. : Medeni Usul Hukukuku Ders Kitabı, Ankara 1986. (Kuru/Arslan/Yılmaz - Usul)

KURU, B./ARSLAN, R. : İcra ve İflas Hukuku Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, 2. baskı, Ankara 1985.

(*) İncelememizde, yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar, parentez içerisinde gösterilmiştir.

MOROĞLU, E./MUŞUL, T. : Tebligat Hukuku, I. kitap, Kazai Tebligat, c. I, İstanbul, 1985. (Moroğlu/Muşul - Tebligat Hukuku)

ÖZDEMİR, Ş. : Davanın Yenilenmesi Açılmamış Sayılması (1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum). İstanbul, 1976.

ÖZÖN, M. N. : Osmanlıca, Türkçe Sözlük, 6. baskı, İstanbul, 1979.

ROSENBERG/SCWAB : Zivilprozessrecht, 13. Auflage, München, 1981.

TÜRK DİL KURUMU : Türkçe Sözlük, 7. bakı, Ankara, 1983.

ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, cilt I, İstanbul 1984.

——— : Medeni Yargılama Hukuku, cilt II, İstanbul 1984.

——— : Medeni Yargılama Hukuku, Ek kitap, İstanbul 1985. (Üstündağ - Usul)

ÜSTÜNDAĞ, S./ALANGOYA, Y. : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 1986.

YILMAZ, E. : Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982. (Yılmaz - Islah)

YILMAZ E. : Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1986.

YILMAZ, E./ÇAĞLAR, T. : Tebligat Hukuku, Ankara 1983. (Yılmaz/Çağlar - Tebligat Hukuku)

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
aşa.	: Aşağı
AY	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
eskisi m.	: 3156 Sayılı Kanundan Önceki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İlgili Maddeleri.
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİD	: (Yargıtay) İcra İflâs Dairesi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Kanun
m.	: Madde
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
s. K.	: Sayılı Kanun
Teb. K.	: Tebligat Kanunu
Teb. Niz.	: Tebligat Nizamnamesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yasa	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarı

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN EVLAT EDİNME VE NOTERLER (*)

Esat ŞENER (**)

I — Giriş

Evlât edinme, sun'î nesep bağı meydana getiren hukukî bir imkândır. Bu müessese, çocuğu olmayan bazı kişilerin evlât sevgisini tatmalarını sağlayan bir vasıta, bir kısım insanların ise, güven içinde hayatını sürdürmeleri için manevî bir tatmin aracıdır. Hâttâ son yıllarda, özellikle İsviçre'de kardeşe kardeş getirme, harp yetimlerine sıcak bir aile yuvası hazırlama gibi görüşler yaygınlaşmış ve bu yüzden evlilik içi çocuğu olanların bile, evlât edinmelerini mümkün kılan kanun değişikliği yapılıp yürürlüğe konmuştur. Bu son uygulama, ne kadar iyi niyetle yapılırsa yapılsın, evlât edinme yolu ile evlilik içi çocukların saklı paylarını zedelediğinden dolayı, hiçte iyi bir düzenleme biçimi değildir. İsviçre'deki şekli ile bu müessese, saklı payı azaltmak amacı ile mirasçılara zarar vermek isteyenlerin eline verilmiş, tehlikeli bir silah niteliğini taşımaktadır.

İşte, az önce açıklanan sakıncaları yüzünden biz, evlât edinmenin, sadece nesebi sahih çocuğu olmayanlara özgü, bir müessese olarak kanunda yer almasına taraftarız.

İslâm Hukukunda ise esasen evlât edinme(Tebenni), yasaklanmıştır.

EVLÂT EDİNME ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

I — Milletlerarası Özel Hukukta Evlât Edinme ile İlgili Bazı Düşünceler :

Bu konuda hukuk sistemleri değişiktir. Bazı Devletler, evlâtlığın reşit olup olmaması konusunda ayırım yapmamış iken, bazı hukuk sistemlerin-

---

(**) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı

(*) Bazı Hukukçular, bu kanunun adının "Devletler Hususî Hukuku" şeklinde olması gerektiğini ileri sürmüşler, bu tartışmalar Danışma Meclisinde de yapılmıştır. Oysa bu kanun, Devletlerin birbiri arasındaki uyuşmazlıkları değil, Milletlerin anlaşmazlıklarında uygulanacak hükümleri içermektedir. Bu itibarla adının Milletlerarası özel hukuk olması tabiî ve kaçınılmazdır.

de, bu imkân sadece, çocuklar için tanınmıştır. Sözgelimi, 1926 tarihli olup "çocukların evlât edinilmesi hakkındaki" İngiliz Kanunu, sadece küçüklerin, yâni henüz reşit olmayanların evlât edinilebilmelerine imkân vermektedir ki amacı, çocuk yetiştirme zevkini tatmin etmek, evlât edinenle evlâtlık arasında, olabildiğince gerçeğe yakın bir evlât (ana-baba) sevgi ve bağının doğumunu sağlamaktadır. İsviçre'den iktibas edilen (alınan) Türk Medenî Kanununun 256. maddesi, bünyesi itibariyle İngiliz hukukunda olduğu gibi sadece reşit olmayanların evlât edinilmesi yolunda bir eğilim ifade etmekte iken (1) öteki maddeleri, reşit olanların dahi evlât edinilmesini mümkün kılmıştır. Bu tartışmalar yazının konusunu taştığı için konuya işaret etmekle yetiniyoruz.

II — Evlât Edinmede Şartlar

1 — Ehliyet :

Bazı Devletlerde, evlât edinmede (Lex Fori, yani, Hâkimin Hukuku, diğer deyimle Ülke Hukuku) uygulanmaktadır. Birleşik Amerika ve İngiliz Hukuklarında bu sistem kabul edilmiştir (2). Alman Hukukunda (3), evlât edinenin hukuku esas alınmıştır. (Alm. M. K. G. K. 22) Türkiye'de ise 2675 sayılı olup 20.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun 18. maddesi, tarafların evlât edinme anındaki Millî Hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. Yargıtay da henüz bu kanun yürürlüğe girmeden önce aynı doğrultuda kararlar vermiş (4), doktrin de bunu benimsemiştir (5).

Sayın Tekinalp'in dediği gibi 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki kanun, kazaî ve ilmî içtihatların uyum içinde bulundukları görüşlerini kanunlaştırmıştır (6) ve 18. maddesinde "evlât edin-

---

(1) Medenî Kanunun 256. maddesinde Hâkimden izin alınması şartı ifade edilirken "... evlât edinmek isteyen kimsenin, çocuğu görüp gözettiği malûm bile olsa Hâkim, çocuğun menafiine(yararlarına) mugayir gördükçe, talep olunan müsadeyi vermez" denmektedir. Görülüyorki madde tamamiyle küçükleri amaçlamıştır.

(2) Prof. Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama kuralları, 1983, Sh. 152.

(3) Tekinalp Age. Sh. 198.

(4) Y. 2. H. D.nin 27.6.1957 günlü ve 3800/3940 sayılı kararı ile Y. 2. H. D.nin 18.11.1958 günlü ve 5646/5414 sayılı ve Y. 2. H. D.nin 6.11.1958 günlü ve 4134/5199 sayılı, 17.7.1947 günlü ve 2860/4187 sayılı kararları.

(5) Prof. Vedat Sevig, Kanunlar İhtilâfı 1974 Sh. 84; Prof. Gülören Tekinalp Bağlama kuralları, 1. bası Sh. 155; Prof. Osman Fazıl Berkî, Kanunlar İhtilâfı, 1961, Sh. 221.

(6) Gülören Age. Sh. 154.

me ehliyeti ve şartları hakkında, tarafların herbirinin evlât edinme anındaki millî hukukku'nun uygulanacağı" ifade edilmiştir.

Şu durumda, aynı uyruklukta olmıyanların evlât edinmelerinde, evlât edinen için kendi millî kanununun, evlâtlık için ise kendi millî kanununun, evlâtlık ilişkisinin kurulmasına imkân vermesi zorunludur. Aksi halde böyle bir sözleşme yapılamaz. Sözgelimi, Suudi Arabistan uyruklu birisi bir Türk'ü evlât edinemez. Çünkü, Suudi Arabistan'da İslâm Hukuku uygulanmaktadır. Bu hukuk sisteminin esasını oluşturan Kur'an-ı Kerim'de, evlât edinme (tebenni) yasaklanmıştır (7). O halde evlât edinmek isteyen Suudi Arabistanlı birisi evlât edinmeye ehil olmadığı (8) için bu kişi, herhangi bir kimseyi evlât edinemez.

Nesebi Sahih Füruu olan bir Türk, başkasını evlât edinemez (M. K. 253). Her ne kadar İsviçre'de son kanun değişikliği ile bu engel ortadan kaldırıldığı için, nesebi sahih füruu olan dahi evlât edinebilirse de, Türk Medenî Kanununun 253. maddesi karşısında İsviçreli biri, bir Türk'ü evlât edinemez.

2 — Şekil :

2675 sayılı kanunun 18. maddesinde, evlât edinmenin şekli bakımından özel bir hüküm yer almadığı için, aynı kanunun 6. maddesindeki genel hükme göre hareket edilmesi zorunludur. Sözü edilen 6. maddede, "sözleşmenin, Hukukî işlemlerin, yapıldığı yer kanunun öngördüğü şekle tâbi" olacağı ifade olunmuştur. Bu metin karşısında "Hâkimin izni"ne ilişkin hüküm büyük önem taşımasına, izin, şekil şartı gibi görünmesine rağmen gerçekte bu, bir şekil şartı (yani usul hükmü) değildir. Her ne kadar Medenî Kanunun 256. maddesinin kenar başlığında "şekil"den söz edilmiş ise de, metin incelendiği, diğer bir anlatımla izin kararının niteliği gözönünde tutulduğu taktirde, bunun şekil şartı olmayıp ilişkinin kurulması için esas bir unsur olduğu anlaşılır. Şöyleki Hâkim, ilişkinin kurulmasının "... çocuğun menfaatine (yararlarına) aykırı bulması" halinde izin vermemek yetkisine sahiptir. Hal böyle olunca izin keyfiyeti, şekil şartı olmaktan çıkıp maddî şart vasfını kazanmaktadır.

Bu itibarla bir Türk'ün yabancı birisi tarafından evlât edinilebilmesi,

---

(7) Ahzap Sûresinin 4. Âyetinde; "... Evlâtlıklarınızı öz oğullarınız gibi tutmanız meşru kılınmamıştır. Bunlar sizin ağızlarınızdaki boş laflardır" aynı sûre, Âyet 5'te "onları, (evlâtlıkları) babalarının adı ile çağırın. Bu ALLAH katında doğru olandır. Eğer babalarını bilmiyorsanız o halde onları din kardeş ve dostlarınız olarak kabul edin" diye buyurulmuştur.

(8) Esat Şener Miras Hukuku, 1977 Sh. 74; Hayrettin Karaman, İslâm Hukuku Sh. 339.

Sulh Hâkiminin izin (M. K. 256, H. U. M. K.nun 8) vermesine bağlıdır. Çünkü 2675 sayılı kanunun 18. maddesinde, sadece şekle ilişkin olmak üzere sözleşmenin yapıldığı yer kanununa atıf yapılmıştır. Az önce belirtilen niteliği itibarile Hâkimin izni, şekil şartı olmadığına göre (9), sözgelimi İsviçre'li biri, İsviçre'deki bir Türk'ü dahi evlât edinirken, Türkiye'deki Sulh Hâkiminden izin alması şarttır.

3 — Evlât Edinmenin Hükümleri :

2675 sayılı kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasında, evlât edinme hükümlerinin, (evlât edinenin millî hukuku)na tabî olacağı öngörülmüştür. Sözgelimi bir Türk, bir isviçreliyi evlât edinirse, Türk Medenî Kanununun hükümleri uygulanacağı için evlâtlık, evlât edinenin aile ismini (Soyadını) taşır, onun mirasçısı olur. Asıl ailesindeki mirasçılık hakkı halele uğramaz, velâyet hakkı, infak borcu evlât edinene geçer (M. K. 257).

2846 sayılı kanunla değiştirilen Medenî Kanunun 253. maddesine göre evlâtlığın nüfustaki ana veya baba adı yerine evlât edinenin adı yazılmak suretiyle kimlik belgesi düzenlenir.

Evlâtlık sözleşmesi yapılmadan önce yapılmış resmî bir senetle, mirasçılık ve ana babanın çocuk malları üzerindeki hakları ile ilgili hükümlerine aykırı şartlar kabul olunabilir, yâni evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olmak hakkında yoksun bırakılabilir.

Uygulamadaki bazı tereddütleri gidermek için bir konuya açıklık getirmekte yarar görmekteyim. Medenî Kanunun 447. maddesi, sadece evlâtlık ve füruunu evlât edinenin mirasçısı yapmıştır. Onun için evât edinen, evlâtlığın mirasçısı olamıyacağı gibi, evlât edinenin öldükten sonra, ona kendi miras bırakanından intikal eden miras da evlâtlık ve füruuna geçmez (10).

Evli birisinin evlât edinmesi veya evlâtlık olması, eşinin izin vermesine bağlıdır (M. K. 255). 2675 sayılı kanunun son fıkrasında "evlât edinmeye diğer eşin rızası konusunda, eşlerin millî hukuklarının" birlikte uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm, tâbiiyetleri aynı olan eşler bakımından bir sakınca doğurmamakta ise de, ayrı uyruklukta olan eşler açısından güçlükler doğurmakla birlikte adil olduğu söz götürmez (11). Aksi halde eşler arasında yarar dengesi bozulabilir. Zira birinin yararı, ötekine üstün tutulursa haksızlığa yol açabilirdi.

---

(9) Gülören Age. Sh. 155.

(10) Şener Age. Sh. 70, Y. 2. H. D.nin 2.6.1971 günlü ve 3539-3588 sayılı ve benzeri kararları.

(11) Gülören Age. Sh. 154.

Her ne kadar Kanunda, ayrı uyrukluktaki eşlerin birlikte evlât edinmeleri ihtimali gözetilmemiş ve bu yönden, hüküm sevk edilmemiş ise de, 2675 sayılı kanunun birinci fıkrasında, evlâtlıkla evlât edinenin millî kanunlarının uygulanacağı yolunda sevkedilen hüküm, yeterli ve açık olup, bu gibi hallerde, evlât edinenler ile evlâtlığın, yâni üç ayrı millî kanunun uygulanması gerekecektir (12).

Medenî Kanunun 255. maddesinde, evli olan birinin evlâtlık olması halinde öteki eşin izin vermesinin gerekli olduğu vurgulanmıştır. 2675 sayılı kanunun 18. maddesinin son fıkrasında, sadece evlât edinmeden sözedilmiştir. Her ne kadar metinde, eşlerden birinin başkası tarafından evlât edinilmesi halinde öteki eşin rızasının olmaması hususunda bir açıklık yoksa da, Medenî Kanunun 255. maddesinin emredici hükmü karşısında, evli birinin evlât edinilmesine eşin rıza göstermesinin zorunlu olduğu söz götürmez. Onun için bu hallerde, eşlerin millî hukuklarının birlikte uygulanması gerekir. Yani, evlât edinmedeki kuralın (mad. 18/III) evlâtlık olma halinde de gözönünde tutulması zorunludur.

III — Noterin Görevi :

Noterler, 1512 sayılı Noterlik Kanunun 89. maddesi gereğince, evlâtlık sözleşmesi düzenlemekle görevlidirler. Medenî Kanunun 256. maddesinde, evlât edinmenin "yapılacak resmî senetle" mümkün olacağı yolunda emredici bir kural yer almıştır. Bu geçerlik şartıdır. Başka bir anlatımla resmî senet düzenlendiği anda, evlâtlık ilişkisi gerçekleşir. Bu yön, yâni sözleşmenin etkisi, maddî hukuku ilgilendirdiği için, şekil şartı olarak düşünülemez. Ama Noter tarafından, evlât edinen ile evlâtlık veya veli ya da vasinin evlâtlık konusundaki irade beyanlarının sorulup tesbit edilmesi, şekil şartıdır. İşte bu itibarla evlâtlık sözleşmesinin düzenlenmesi "LOCUS REGİT ACTUM" kuralına tâbidir(13). O halde yabancı bir kimse, Türkiye'de evlât edinecekse, sözleşmenin Noterde yapılması (Madde 89) gereklidir. Milletlerarası özel hukuk, bunu şart kıldığı gibi, 2675 sayılı kanunun 18. maddesi de bu hususu öngörmektedir. Zira sadece maddî şartlar millî kanuna bırakılmıştır.

IV — SONUÇ

23 Şubat 1330 tarihli olup "Memaliki Osmaniyede bulunan ecanibin hukuk ve vezaifi" hakkındaki muvakkat kanunun 4. maddesinde, milletlerarası özel hukukla ilgili bazı kurallar özet olarak ve yetersiz şekilde

(12) Gülören Age. Sh. 154.

(13) Gülören Age. Sh. 155; Berki Age. Sh. 222.

açıklanırken bir yerinde de tebenniye (Evlât edinmeye) atıf yapılmış isede, maddî ve şekil şartları bakımından yeterli hükümlere yer verilmemiştir (14). İşte bu yüzden yıllarca bu boşluk kazaî içtihatlarla doldurulmaya çalışılmış, nihayet 2675 sayılı kanun, ayrıntılı hükümlerle konuyu aydınlığa çıkarmış, vatandaşı kararsızlıktan kurtarmıştır.

(14) 1330 tarihli kanunu muvakkatta, evlâtlığa (Tebenniye) geniş yer verilmemiş olması, bu müessesenin İslâm Hukukunda bulunmayışı sebebi ile, ayrıntıya gerek görülmemesi gibi bir düşünce ürün olabilir.

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU TOPLANTI NİSAPLARI

Sami KARAHAN (*)

I — Giriş

Tüzel kişiler belirli bir amaca ulaşabilmek için toplanan kişilerden ve bu amacı gerçekleştirmek için tahsis olunan mal varlığından oluşur, Tüzel kişilik kazanan kuruluşlar, amaçlarına ulaşabilmek için tüzüklerinde veya esas mukavelelerinde yazılı faaliyet konularıyla uğraşırlar. Bu eylem ve işlemlerin yapılabilmesi, hakların iktisap, borçların iltizam edilebilmesi için, tüzel kişi adına belli bir yönde irade açıklamasında bulunmak üzere görevlendirilecek gerçek kişilerin bulunması gereklidir.

İdare ve temsil işi kollektif şirketlerde şeriklere, komandit şirketlerde komandite ortak denilen ortaklara verilmiştir.

Anonim ortaklıklarda ise, şahıs şirketlerinden farklı olarak bu işlemlerin organlar tarafından görülmesi gerekmektedir. Gerçekten anonim şirketlerde pay sahibi oranı çok fazla olabileceğinden, pay sahiplerinin tamamının idare ve temsil işleri ile vazifelendirilmeleri beklenemez. Ayrışa bütün pay sahiplerinin şirketi idareye ehil kimseler olabilecekleri de düşünülemez.

Bu gibi nedenlerle, TTK, anonim şirketlerde genel kurul (GK), yönetim kurulu (YK) ve denetleme kurulu (DK) olmak üzere 3 organın bulunmasını zorunlu kılmıştır. Bu organlardan herhangi birisi kuruluşta bulunmadığı taktirde şirket tüzel kişilik kazanamıyacağı gibi, kuruluştan sonra herhangi bir nedenle bunlardan birinin yitirilmesi veya GK'un toplanamaması halinde şirket infisah etmiş sayılır (TTK. m. 435)).

Üst karar organı olan GK arizi bir organ durumunda olduğundan, ağır işleyen bir yapıya sahiptir. YK ise anonim ortaklığın idare ve temsil organı olup daimi bir statüye sahiptir. Bu nedenle YK, ortaklığın temsilciye ve idareciye olan ihtiyacını sürekli olarak karşılamak durumundadır. Ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından, sonra ermesine kadar ortaklığın idaresi ve temsili YK'na aittir.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Arş. Gör.

Anonim ortaklığın yaşayabilmesi ancak YK'nun olaylar sırasında vereceği ani kararlarla mümkün olur. YK'nun yönetim yetkisini kullanması, yani karar alabilmesi ise, kurul halinde toplanmasıyla ve bütün YK üyelerinin görüşlerini açıklaması ve oyunu kullanması sureti ile temin edilebilir. Bu husus YK üyesi için hem bir hak hem de bir görevdir. Bu görevi özürsüz olarak yerine getirilmemesi üyenin sorumluluğuna yol açar (1). Gerçekten YK üyelerinin şirket işlerinde gerekli dikkat ve özeni gösterdiklerinin (TTK. m. 320; BK. m. 528/2, 390, 391) ispatlanması, sorumluluk karinesinin (TTK. m. 388) ortadan kaldırılması açısından önemlidir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere YK'nun toplanmadan da karar alabilmesi imkan dahilindedir (TTK. m. 330/2).

Görülüyor ki YK'nun toplanması anonim ortaklık açısından büyük önem arzetmektedir. O halde YK nasıl toplanacaktır ve toplanmış sayılabilme için nasıl bir nisap aranacaktır sorularının cevaplanması gerekmektedir.

II — YK'nun Toplanması Şekli

YK her yıl üyeleri arasından bir reis ve bulunmadığı zamanlarda ona vekalet etmek üzere bir başkan vekili seçer (TTK. m. 318).

YK'nu toplantıya, YK başkanı veya başkan vekili çağırır. YK üyelerinden herbiri de YK'nun toplantıya davet edilmesini başkan veya başkan vekilinden isteyebilir (TTK. m. 331/2). Olağanüstü toplantı talep eden üye bu talebin gerekçesini ve toplantının gündemini de bildirmelidir. Ancak gündem bildirilmek şartıyla gerekçe gösterilmesi dahi başkan bu istemi yerine getirmek zorundadır (2).

Toplantıya çağrı herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Önemli olan üyelerin katılmasını temin edecek bir süre önce çağrının yapılmış olmasıdır. Bu nedenle ispat edebilmek şartıyla her bildirim şekli, örneğin, taahhütlü mektupla, telgrafla vb. şekillerde yapılan bildirimi geçerlidir. Ancak işin önemi gerektirdiği taktirde hiç süre verilmeden de YK derhal toplantıya çağırılabilir. Ancak bu husustaki ölçü objektif iyiniyet kurallarına uygunluk olmalıdır.

III — YK Toplantı Nisapları

Toplantıya çağrı usulüne uygun olarak yapıldıktan sonra, toplantının yapılabilmesi için aranması gerekli olan nisabı TTK. m. 330/1 düzenlemektedir. Bu maddeye göre "Esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça

(1) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortalıklar Hukuku, İstanbul 1984, s. 251
(2) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), s. 251

idare meclisinin bir karar verebilmesi için, âzaların yarısından bir fazlasının hazır bulunması şarttır."

Toplantı nisaplar hususunda dolayısıyla gözönünde bulundurulması gereken diğer bir madde de TTK. m. 312 hükmüdür. Bu maddeye göre de "Anonim şirketlerin esas mukavelesiyle tayin veya umumi heyetçe intihap edilmiş en az üç âzadan ibaret bir idare meclisi bulunur."

TTK'nun otuz yıllık bir tatbikatı olduğu halde, ne doktrinde ne de Yargıtayın içtihatlarında anonim şirket YK toplantı nisabını düzenleyen TTK. m. 330/1 ile, YK asgari üye sayısını düzenleyen TTK. m. 312'nin ne şekilde anlaşılacağı konusunda bir görüş birliği temin edilebilmiştir.

Netice olarak önce TTK. m. 330/1'in düzenlemesini, sonra bu konuda doktrinde ve Yargıtayda ileri sürülmüş görüşleri, İsviçre Borçlar Hukukunun bu husustaki düzenlemesini vermeye ve nihayet bunlar doğrultusunda kanaatimizi belirtmeye çalışacağız.

IV — Esas Mukaveleye Hüküm Konulması Halinde

TTK. m. 330/1'e göre kanuni toplantı nisabı üye tam sayısının yarısından bir fazlası ise, de esas mukavele ile daha başka bir nisap kararlaştırılması mümkündür. Maddenin lafzından da anlaşılacağı gibi esas mukavele ile kararlaştırılacak nisap, kanuni nisabın daha ağırlaştırılması şeklinde olabileceği gibi (Örneğin, 2/3, 3/4), daha hafifletilmesi şeklinde de olabilir (Örneğin, 1/3, 1/4) (3).

V — Esas Mukavelede Hüküm Bulunmaması Halinde

Anonim şirket YK toplantı nisabına ilişkin anonim şirket esas mukavelesine hüküm konulmaması halinde, YK'nun toplanabilmesi için kanuni nisap aranacaktır. TTK. m. 330/1'e göre YK'nun toplanabilmesi ve bir karar alabilmesi için aranacak olan toplantı nisabı, "âzaların en az yarısından bir fazlasının hazır olmasıdır."

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanunda bulunan "âzaların en az yarısından bir fazlası" ibaresinin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında görüş birliği temin edilememiştir.

Gerçekten bu ibarenin iki şekilde anlaşılması mümkündür. İlk olarak, kanun koyucunun burada çoğunluk prensibini vaz'etmek istediği şeklinde anlaşılabileceği gibi, ikinci olarak, kanun koyucunun burada çoğunluk

(3) ARSLANLI, H. : Anonim Şirketler, II., III, s. 116; DOMANİÇ, H. : Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 401

değil, yarısından bir fazlası şeklinde ifade edilen başka bir nisabı vaz'etmek istediği şeklinde de anlaşılabilir.

Bazı müellifler (4), kanun koyucunun aslında çoğunluk prensibini benimsediğini, fakat bunu ifade etmekte aciz kaldığı görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, kanun koyucu çoğunluk prensibini vaz'ederken "yarısından bir fazlası" şeklinde değil, "yarısından fazlası" şeklinde bir ifade kullanmalı idi. Gerçekten kanunun bu şekilde anlaşılması halinde beş kişilik bir YK üç üye ile, yedi kişilik bir YK dört üye ile toplanabilecektir.

Bazı müellifler ise (5), kanun koyucunun toplantı nisabı olarak üye tam sayısının çoğunluğunu değil, üye tam sayısının yarısından bir fazlasını aradığını belirtmektedirler. Bu görüşün kabulü halinde ise, beş kişilik YK'da toplantı nisabı dört üye olacaktır. Zira beş'in yarısı ikibuçuk olamayacağına göre, zorunlu olarak tama iblağ suretiyle üç ve bunun bir fazlası da dört olacaktır.

Bu konuda Yargıtay'ın içtihatları da bir istikrar arzetmemektedir. Yargıtay 1936 yılında vermiş olduğu bir kararında (6) çoğunluk prensibini kabul ile "Beş kişiden mürekkep bir idare meclisinin karar alabilmesi için üç kişinin huzuru kâfi olup, hilafına karar ittihazı bozmayı muciptir." demiştir. Yine aynı görüş doğrultusunda, 11. HD. 19.7.1982 tarih, 1982/3778 esas ve 1982/543 sayılı kararında çoğunluk prensibini kabul ile, kanunda bu prensibin vaz'edilmek istendiğini şöyle ifade etmiştir: "YK'nun yedi kişilik olması durumunda yarıdan bir fazlası ile toplanabilmesi yönünde kanunun amaçladığı sayı kanaatimizce beş kişi olmayıp, dört kişi ile toplanması ve karar alabilmesi imkan dahilindedir. Toplantı yeter sayısı yarıyı geçen üye sayısıdır. Yedi kişilik YK'nun toplantı yeter sayısı dört kişidir. Bu nedenle dört kişinin huzurunda toplantının açılması ve karar alınmasında aykırı bir yön bulunmamaktadır" (7).

Ancak 11. HD yaklaşık yarım yüzyıllık bir istikrar arzeden içtihadından 23.9.1986 tarih, 1986/3027 esas ve 1986/4651 sayılı kararıyla (8) dönmüş ve kanunun ifade etmek istediği nisabın çoğunluk değil, yarıdan bir fazlası olduğunu kabul etmiştir. 11. HD kararında bu görüşünü şu şekilde ifade etmektedir:

"Davalı anonim şirket esas mukavelesinin 14. maddesi hükmüne gö-

(4) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), s. 252; DOMANİÇ, s. 400

(6) TD. E. 88, K. 1948, G. 27.6.1936 (HİRŞ, E.: Notlu Ticaret Kanunu, I. Kitap, İstanbul 1946, s. 152)

(7) İst. Bar. Der., 1986, S. 1-2-3, s. 146-147

(8) YKD, C. XIII, S. 2, Şubat 1987, s. 253

re, yöneticiler..... ve .....'un şirketi münferiden temsil ve ilzama yetkili kılındıkları anlaşılmakta ise de, mahkemes önünde sulh, ibra ve feragat yetkisi esas mukavelenin 12. maddesi hükmüne göre YK'na ait bulunmaktadır. Şu halde davanın kabul edilmesi veya davadan feragat edilmesi için bu yolda bir karar alınması şarttır. Olayımızda ise bu yolda alınmış bir karar mevcut değildir. Her ne kadar YK üyelerinden..... ile ..... diğer YK üyesi .....'a haber vermeden (kabul ve feragat)konusunda bir karar almışlarsa da bu şirketi ilzam edecek geçerli bir karar değildir. Zira TTK'nun 330. maddesi ve esas mukavelenin 12. maddesine göre karar verilebilmesi için âzaların yarısından bir fazlasının karara katılması şarttır. Davalı şirketin idare meclisi üç kişiden ibaret olduğuna göre, bunun yarısı matematiksel olarak bir buçuktur. Bir fazlası ise iki buçuk olup tama iblağ edilmesi halinde böyle bir kurulda toplantı nisabının üç kişi olduğunun kabulü zorunlu olmaktadır. Olayımızda ise YK'ndan yalnız ikisi bir araya gelmiştir. Her ne kadar davalı şirket vekili YK üyelerinden .....'un ihraç edildiğini, bu nedenle iki kişilik kararın geçerli olacağını belirtmiş ise de, bu beyanın kabul edilmesine imkan görülmemiştir. Zira ihraç kararı, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1985/4949 esas, 1986/465 karar sayılı ve 14.2.1986 tarihli kesinleşmiş kararı ile iptal edilmiştir. Kaldı ki, TTK'nun 312. maddesinin ilk fıkrasına göre anonim şirketlerde idare meclisinin en az üç üyeden teşekkül etmesi gerekmektedir. Tüm bu durumda 1.10.1985 tarihli geçersiz YK kararına ve idare meclisi üyelerinden .....'in 21.10.1985 tarihli celsedeki beyanına göre davanın kabul ve tevhitli davadan ferağat edildiği sonucuna varılarak bu yolda karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. Mahkemece yukarıda açıklanan bu hususlar dikkate alınmadan yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş hükmün BOZULMASI gerekmiştir."

Görülüyor ki, TTK. m. 330/1 hükmü değişik anlamalara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, bu hükmü yorumlarken TTK'ndan soyutlayıp münferid olarak yapılacak bir yorum sıhhatli olmayabilir. Bu itibarla, TTK. m. 330/1'in eski Ticaret Kanununda ve mehaz İsviçre Borçlar Kanununda nasıl düzenlendiğinin ve yeni Ticaret Kanununda ki diğer ilgili hükümlerle ilişkilerinin bilinmesi gerekir.

Eski Ticaret Kanununun 330. maddesi toplantı nisaplarını şöyle düzenlemekte idi: "Şirket mukavelesinde hilâfına sarahat olmadığı surette meclisi idarenin karar ittihaz edebilmesi için âzanın lâakal nısfından bir ziyadesinin huzuru şarttır." Görülüyor ki eski Ticaret Kanunu m. 330/1'de ki hüküm aynen yeni Ticaret Kanununa alınmıştır. Bu veriye dayanarak burada şu görüş ileri sürülebilir: Kanun koyucu nisap olarak çoğunluğu değil, bilâkis yarıdan bir fazlayı aramıştır. Zira aksi düşünülecek olursa, yani bu hükümle aslında çoğunluk ifade edilmek istenmiştir deni-

lirse, ilk otuz yıllık ilgili maddenin tatbikatından sonra, bu hüküm çoğunluğu ifade edecek şekilde değiştirilebilir ve yeni TTK'na aksettirebilirdi. Oysa madde aynen muhafaza edilmiştir. Öyleyse, kanun koyucu bu ifadeyi özellikle korumak ihtiyacını hissetmiştir.

Ayrıca bu hükümle çoğunluğun değil, daha ağır bir nisabın arandığı görüşünü desteklemek için şöyle bir fikrin de ileri sürülmesi imkan dahilindedir : TTK. 160, 162, 163, 168, 197, 290/2, 290/4, 293, 330, 378 vb. maddelerinde çoğunluğun aranacağını çok açık bir şekilde ifade etmiştir. Burada da çoğunluk arıyor olsa idi, benzer ifadelerle maksadını kolayca ortaya koyabilirdi. Demek ki TTK burada çoğunluğu değil, daha ağırlatılmış bir nisap aradığı için TTK. m. 330/1'de iki değişik ifadeyi özellikle kullanmıştır.

Yukarıda sözü geçen maddelerden de anlaşılacağı gibi, ticaret şirketlerinde ve özellikle anonim şirketlerde ana kural çoğunluk ile yönetilme olup, ancak kanunla veya sözleşme ile daha başka nisaplar öngörülmesi halinde onlara uyulması sözkonusudur. O halde burada karşımıza şu problemler çıkar.

a — TTK. m. 330/1 kanunla ağırlaştırılmış bir nisap olarak kabul edilebilir mi?

Anonim şirketler bünye ve mahiyetleri gereği çoğunluk sistemine göre yönetilirler. Zaten bu yetkinin çoğunluğa tanınması da zorunludur. Anonim şirket kendine özgü mal varlığına sahip tüzel kişi olduğundan, yönetilmesi yukarıda da belirttiğimiz gibi organları vasıtasıyla mümkün olur. GK, YK ve DK -birden fazla kişiden oluşuyorsa TTK. m. 347 gereğiheyet halinde çalışırlar. Bunların çalışmalarında ana kural çoğunluk prensibinin geçerli olmasıdır. TTK. m. 279/7 toplantı ve karar nisaplarının sözleşme ile düzenlenebileceğini, TTK. m. 385 ise bazı konularda bütün pay sahiplerinin oy birliği şartının dahi konulabileceğini belirterek, kanunla öngörülmüş olan nisapların daha da ağırlaştırılabileceğini kabul etmiştir.

Üst karar organı olan GK'un arîzi bir organ olması ve şirketin hayatiyetini temin eden kararların esas itibariyle YK tarafından alınması dolayısıyla, YK'nun toplanma ve karar alma mekanizmasının mümkün olduğu kadar -kanunun izin verdiği ölçüde- kolaylaştırılması gereklidir. Aksi taktirde YK'nun karar alamaması gibi bir durum ortaya çıkar ki, bu da gerek kanunun anonim şirketlerin kurulmasında gütmüş olduğu gayeye ve gerekse milli ekonominin menfaatlerine ters düşer.

Ayrıca, bilindiği gibi TTK'nın ikinci kitabının anonim şirketlere dair olan dördüncü faslı (m. 269-474), bazı değişikliklerle İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. Bu nedenle meselenin çözümü açısından mehaz

kanunun da incelenmesi gereklidir. Ancak İsviçre Borçlar Kanununda anonim şirket YK toplantı nisapları hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre'de şirketin idaresi bir tek kişiye verilebileceği gibi (IBK. m. 707/I, 711/I), idare ve temsil yetkisinin birden fazla kişilere de verilmesi mümkündür. Bu halde idare meclisi heyet olarak fonksiyonlarını normal bir şekilde toplantılarında ifa eder. Her üye bu toplantılara katılmak mecburiyetindedir. Kanunda toplantı nisapları konusunda herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, bütün üyelerin karar ittihazına davet edilmiş olması kaydıyla, kararların, esas mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, muteber olacağı kabul edilmektedir (9).

Ayrıca TTK tadili sırasında maddenin değiştirilmeyişini, maddede ki ifadenin özellikle korunmak istendiği şeklinde ki kanaate bağlıyanlara gelince; Gerçekten yukarıda da söylemiş olduğumuz gibi eski Ticaret Kanunu'nda hüküm yeni Ticaret Kanununa aynen alınmıştır. Bu alıntının sebebini anlayabilmek için yeni kanunun hazırlanmasıda ki gerekçeye bakmak lazımdır. Gerekçe (10), TTK'un niçin kısmen tadil edildiğini ve bir kısım maddelerin niçin aynen muhafaza edildiğini şöyle izah ediyor: "Bilhassa harp ve harp ekonomisi yüzünden, kapitalist iktisat rejiminin en mümeyyiz teşekkülü olan anonim şirket, bünye itibariyle yeni değişikliklere maruz kalmıştır. Harpten sonra başlamış olan buhran içinde anonim şirketin hangi istikamete doğru inkişaf edeceği bugün takribi olarak kestirilemez. Bu sebepten dolayı bugünkü TTK'nun anonim şirketlere müteallik hükümlerinin baştan aşağı ıslah fırsatı henüz gelmemiştir."

Bununla beraber kanun maddelerinin dil bakımından yenilenmesi münasebetiyle son yirmi yıl içinde ki tatbikat yüzünden ıslaha muhtaç görülen hükümler değiştirilmiş ve eksik olan kaideler eklenmiştir. Görülüyor ki, TTK'nun anonim şirketlerle ilgili hükümlerinin kısmen tadili esas itibariyle iki gerekçeye bağlanıyor. Birincisi anonim şirketler hukukunun henüz tamamiyle inkişaf etmemiş olması dolayısıyla baştan aşağı ıslahın imkansızlığı, ikincisi ise, yalnızca tatbikatta zorluk çıkaran maddelerin ıslah edilmesi. Birinci gerekçe genel olması itibarı ile bir kenara bırakılacak olursa, yalnızca tatbikatta zorluk çıkaran maddelerin ıslah edildiği görülüyor. Gerçekten TTK. m. 330/1, 1926-1956 yılları arasında tatbikatta ihtilaflara sebep olmamıştır. Öyleyse ihtilaflara sebep olmayan bu uygulamanın ne şekilde yapılmış olduğunun araştırılması ve bilinmesi gereklidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK. m. 330/1'in Yargıtay uygulaması 1986 tarihli Yargıtay kararına kadar daima çoğunluğun aranması şeklin-

(9) F. V. STEIGER (tç. ÇAGA, T.) : İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 274

(10) TTK, Gerekçe, s. 35

de olmuştur. Netice olarak diyebiliriz ki uygulamada maddenin anlaşılışı zaten çoğunluğun aranması şeklinde olduğu için 1956 tadilinde maddenin değiştirilmesine ihtiyaç duyulmamıştır.

Ayrıca, TTK. m. 823 gereği tüzel kişilere ait bir geminin Türk bayrağı çekme hakkını iktisap edebilmesi için, teşekkül, müessese, dernek ve vakıflarda idare uzvunu teşkil eden şahısların ekseriyeti Türk olmalıdır. Türk ticaret siciline tescil edilmiş ticaret şirketlerinde de şirketi idare ve temsil etmeye yetkili olanların ekseriyeti Türk olmalı ve ayrıca şirket mukavelesine göre rey çoğunluğu Türk ortaklarda bulunmalıdır. Gemi birden çok kişiye ait olup donatma iştiraki şeklinde işletiliyorsa, donatma iştiraki Türk ticaret siciline tescil edilmiş olmak şartıyla gemi paylarının yarısından fazlasının Türklere ait olması gereklidir.

Görülüyor ki, kendisine kabotaj hakkının kullanılması gibi önemli bir netice bağlanan bayrak çekme hakkını, kanun, şirket yönetiminin Türk'lerde olmasına yani çoğunluğun Türkler de bulunmasına bağlanmaktadır. Kaldı ki yedi kişiden oluşan bir YK'na sahip olan bir anonim şirketin kabotaj hakkından istifade edebilmesi için rey çoğunluğunun Türk vatandaşlarında olması yanı sıra, dört üyenin Türk olması gerekli ve yeterlidir. Kanun koyucu burada şirket yönetiminin tamamen Türklere ait olması, yönetimin yabancıların eline geçmemesi, Türklerin yabancı baskısı altında bulunmaması için bu şekilde bir düzenleme getirmiştir. Şimdi TTK. m. 330/1'e Yargıtay'ın getirdiği yorum ile TTK. m. 823'ü birlikte değerlendirecek olursak kanun maddeleri arasında apaçık bir çelişkinin doğmuş olduğunu görürüz. Zira yedi kişiden oluşan bir YK'da Türk bayrağı çekebilme ve kabotaj hakkından istifade edebilme için dört Türk üye gerekli ve yeterli iken, Yargıtay'ın yorumu ile YK'nun toplanabilmesi için beşinci üye olan yabancılardan birinin huzuru mutlaka şart olacaktır. Bu ise, Türklerin yabancılara bağlanması gibi bir sonuç ortaya çıkarır ki, bu çözümün TTK'nun ve dolayısıyla Kabotaj Kanununun ruhuna aykırı olduğu izahtan varestedir.

Görülüyor ki gerek mehaz İsviçre anonim şirketler hukukunda ki düzenleme ve gerekse anonim şirketlerin bünye ve mahiyetleri esas itibarı ile çoğunluk sistemini benimsemektedir. Ayrıca, TTK'nun çeşitli maddeleri ile TTK. m. 330 arasındaki ahengin sağlanabilmesi açısından da TTK. m. 330/1'de ifade edilmek istenen nisabın çoğunluk olduğunun kabulü gereklidir.

Gerçekten de TTK. m. 330/1'i kanunla ağırlaştırılmış bir nisap olarak kabul etmeye imkan yoktur. TTK. m. 330/1'de ki hüküm gerçekte çoğunluk prensibini kabul için düzenlenmiş, fakat yanlış ifade edilmiş bir hükümden başka bir şey değildir.

b — İncelenmesi gereğen diğer bir mesele de toplantı nisapları hususunda asgari bir nisabın öngörülmüş olup olmadığıdır.

Yargıtay, TTK. m. 330/1'i ağırlaştırılmış nisap olarak yorumlayan 1986 tarihli kararında, "Kaldı ki, TTK. 312'nin ilk fıkrasına göre anonim şirketlerde idare meclisinin en az üç üyeden teşekkül etmesi gerekmektedir." diyerek üç kişiden oluşan YK'nun iki kişi ile toplanarak aldığı kararın geçersiz olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, TTK. m. 330/1 ile TTK. m. 312'yi birlikte yorumlamakta ve TTK 312'nin sadece YK asgari üye sayısını değil, aynı zamanda toplantıya katılması gereken asgari üye sayısını da düzenlediğini kabul etmektedir.

Doktrinde de bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Erem (11), TTK. m. 330/1'de ki hükmün ağırlaştırılmış nisap olduğunu kabul ile, YK'nun üç kişiden oluşması halinde YK'nun toplantı yapabilmesi için âzaların hepsinin hazır bulunması gerekir demekte ve fakat, esas mukaveleye toplantı nisabını üye tam sayısının çoğunluğu olduğu şeklinde bir hüküm konulması sureti ile üç kişiden oluşan bir YK'nda toplantı nisabını iki kişi olarak öngörülebileceğini kabul etmektedir.

Çamoğlu da (12), TTK. m. 330/1 ile TTK. m. 213'nin birlikte değerlendirilemeyeceği görüşünden hareketle, üç kişiden oluşan bir YK'nun iki kişi ile dahi toplanabileceğini savunmaktadır.

Domaniç (13) ise, TTK. m. 312 gereği, gerek ani kuruluşta ve gerekse tedrici kuruluşta anonim şirket YK'nun en az üç üyeden oluşması halinde, YK toplantı nisabının üç üye olarak tesbit edilmesi gerektiğini ve esas mukavele ile kanuni nisabın hafifletilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, aksi halde asgari üç kişilik idare meclisinden sözeden emredici TTK. m. 312 hükmünün bir anlamı kalmıyacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, esas mukaveleye konulacak kanuni nisabı hafifleten bir hüküm kanunda öngörülmüş olan ve YK'nun esas çalışma şekli olan **heyet** kavramının ortadan kalkmasına sebep olabilir. Örneğin, YK'nun bir kişi ile dahi toplanabileceği şeklinde, esas mukaveleye bir hüküm konulması halinde olduğu gibi.

Kanaatimizce, TTK. m. 330/1 ile, TTK. m. 312'nin birlikte değerlendirilmesine imkan ihtiyaç yoktur. Zira TTK. m. 312'nin kenar başlığı "Âzaların sayısı ve sıfatı" başlığını taşımakta olup, maddede düzenlenen, sadece YK'nun resmen bulunması gerekli asgari üye sayısıdır. Toplantı nisabını düzenleyen hüküm ise TTK. m. 330/1 hükmüdür. Yoksa TTK. m.312'ye her iki anlamı birden vermek mümkün olmamak gerektir.

(11) EREM, T. : Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II, İstanbul 1983, s. 221
(12) ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), s. 252
(13) DOMANİÇ, s. 401

YK'nun vazifelerini heyet halinde göreceği, toplantı nisabının üç kişiden az olarak öngörülmesi halinde heyet kavramının bozulacağını ileri süren görüşe gelince; Önce heyet nedir ve asgari kaç kişiden oluşur sorularının cevaplandırılması gereklidir.

Heyet kavramının oluşması için asgari üç kişinin huzuru şartını arayan görüşe katılmak mümkün olmadığı gibi, İsviçre Borçlar Kanununun "birden fazla kişiler heyet teşkil eder." diyen 707 vd. maddeleri doğrultusunda, iki kişinin dahi heyet teşkil ettiğinin kabulü iktiza eder.

Ayrıca üç kişiden oluşan bir YK'da iki kişinin toplantı nisabını oluşturamıyacağını kabul etmek, azınlığın hakimiyetini tesis ettirmekten başka bir şey değildir. Gerçekten böyle bir durumda karar alınmasına engel olmak isteyen her üye toplantılara iştirak etmemek sureti ile, toplantılara katılmakla elde edemeyeceği neticeyi elde etmiş olacaktır.

Netice itibarı ile diyebiliriz ki, TTK. m. 330/1'deki ifadenin çoğunluğu kastettiği görüşünden hareketle, YK'nun kaç kişiden oluşursa oluşsun -TTK. m. 312 gereği asgari üç üye- çoğunluk ile toplanabileceği ve karar alabileceği kanatindeyiz.

VI — Yönetim Kurulunun Toplanmadan Karar Alması

YK yukarıda belirttiğimiz nisaplarla toplanıp, mevcut âzaların ekseriyeti ile karar alabileceği gibi (TTK. m. 330/1), istisnaen acil olan hallerde toplantı yapmaksızın da üyelerden birinin muayyen bir hususta yaptığı teklife diğerlerinin yazılı muvaffakatlarının alınması sureti ile de karar alabilir (TTK. m. 330/2). Teklifin yazılı ve imzalı olması muteberiyet şartıdır (14). Ancak bu usulle karar alınabilmesi için kendilerine teklif sunulan üyelerden hiç birisinin müzakere talebinde bulunmamış ve karar alınması için gerekli olayların yazılı ve imzalı olarak bildirilmesi gerekli ve yeterlidir.

VII — Toplantı Nisaplarının Gerçekleştirilememesi Halinde

Gerek esas mukavele ile tayin edilmiş ve gerekse kanunla belirlenmiş toplantı nisapları gerçekleşmeden YK toplantı yapamaz ve karar alamaz. Buna rağmen alınmış bir karar şirketi bağlayacak bir karar sayılmaz. Yani böyle kararlar yoklukla malûldürler. Tüm YK kararları aleyhine TTK. m. 381 anlamında iptal davası açılması zaten söz konusu olmayacağı için bu şekilde alınmış kararlarında iptal davasına konu olması düşünülemez. Ancak gerekli nisaplar gerçekleştirilmeden karar alınması halinde yokluğun tesbiti için karar alınması mümkündür.

(14) DOĞANAY, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981, s. 768

GÖRÜŞLER

HUKUK DAVASININ HANGİ TARİHTE AÇILMIŞ SAYILACAĞINI BELİRLEYEN BİR YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI ÜZERİNE

Prof. Dr. Ergun ÖNEN (*)

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz bir hukuk dâvasının hangi tarihte açılmış sayılacağını gerek genel gerekse özel mahkemelerde uygulanan yargılama usulleri yönünden ayrı ayrı belirtmiştir. Buna göre dâva, yazılı (âdi) yargılama usulünün (1) uygulandığı asliye hukuk mahkemelerinde arzuhallerin mahkeme kalemine kaydı tarihinde ikame edilmiş addolunur (2). Buradaki "arzuhaller" sözcüğünden maksat, dâvacı tarafından mahkemeye verilecek olan asgari iki nüshadan ibaret (3) dâva dilekçesidir. Basit yargılama usulünün (4) uygulandığı sulh hukuk mahkemelerinde de (5) dâvacı davasını açmak için mahkemeye iki nüsha gerekçeli dilekçe verir (6). Bu dilekçenin mahkeme kaleminde kaydının yapılmasıyla dâva açılmış olur (7). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda yazılı (âdi) ve basit yargılama usullerinden başka sözlü yargılama usulü hakkında da hükümler konulmuştur (8). Bu yargılama usulü bugün memleketimizde özel mahkemeler niteliğinde olan iş mahkemeleri ile tapulama mahkemelerinde uygulanmaktadır (9). Kanun sözlü yargılama usulünde dâvanın tarafların mahkemeye sözlü müracaatları ile (sözlü olarak) açılabileceğini (10) ve davanın açıldığı tarihin davacının veya her iki tarafın mahkemeye geldiklerinin kaydolunduğu gün olacağını (11) ifade etmektedir. Ancak davanın bu şekilde açılması durumunda da taraflarca yazılmış bir dâva tutanağının mahkemeye verilmesi zorunlu kılındığından

---

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) HUMK. m. 178 v.d.
(2) HUMK. m. 178
(3) Bkz. Teb. K. m. 8/I; Teb. N. m. 10/I
(4) HUMK. m. 507 - 511
(5) Bkz. HUMK. m. 507/1; 176/10
(6) HUMK. m. 508
(7) HUMK. m. 511, 178
(8) HUMK. m. 473 - 491
(9) Bkz. İş Mahkemeleri K. m. 7; Tapulama K. m. 58
(10) HUMK. m. 474 C. 1
(11) HUMK. m. 475

(12), uygulamada sözlü yargılama usulünün geçerli olduğu davalarda da neticede bir dâva dilekçesi ile açılmaktadır. Şu halde, bu usulde de dâva dilekçesi mahkeme kalemine kaydedilecek ve bununla dâva açılmış olacaktır (13). Görülüyor ki, hangi yargılama usulü uygulanırsa uygulansın tüm hukuk dâvaları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 178'inci maddesinde konulan ana kaideye uygun olarak, dâvacı tarafça mahkemeye verilen dâva dilekçelerinin mahkeme kalemine kaydedilmesi ile açılmış olmaktadır.

Dâvanın açıldığı tarih, pratik önemi nedeniyle, Türk Hukukunda ötedenberi uygulamacıları olduğu kadar, doktrini de meşgul eden bir konu olmuştur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 178'inci maddesinin açık hükmüne rağmen, dava açma aşamasında zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin gün farkıyla geçirilmiş olması nedeniyle özellikle davacının haklarının zayi olabileceği endişesiyle, yorum kuralları zorlanarak, dâvanın açılma gününün çeşitli ihtimallere göre farklılıklar arzedebiceği görüşü savunulmuştur. Buna uygun olarak Yargıtay'ın çeşitli kararlarında dâvanın açıldığı tarih olarak, kâh dâva dilekçesinin mahkeme kalemine havale edildiği tarih (14), kâh dilekçenin kalemde esas defterine kaydedildiğ tarih (15) kabul edilmiş, bu arada harca tâbi davalar yönünden bazı kararlarda harç ödenmesinin önemliliği vurgulanmakla ve harca ilişkin işlemler tamamlanmadıkça esas defterine kayıt yapılmıyacağı ve usulüne uygun bir dâva açılmış sayılamıyacağı (16) belirtilmekle beraber, harç ödenmesini gerektiren diğer bazı dâvalar hakkında verilen kararlarda ise yine dilekçenin havale edildiği tarihin dâva tarihi olarak kabul edilmiş olduğuna (17) tanık olmaktayız. Dâvanın açıldığı gün konusunda Yargıtay kararları arasındaki bu tutarsızlık, bir yandan dilekçenin kaleme havalesi, harç ödenmesi, kalemde dilekçenin deftere kaydedilmesi gibi işlemlerden hangisinin dâvanın açıldığı anı belirleyen esas işlem, ön işlem ya da tamamlayıcı formalite işlemi olduğu kanusunda Yargıtay görüşünün istikrar bulamamış olmasından doğarken, öte yandan da dilekçenin kaleme havalesinden başlayarak, esas defterine kaydedilmesine kadar geçen süre içinde harca tâbi dâvalarda harcın ödenmesi muame-

(12) HUMK. m. 474
(13) HUMK. m. 473/II, 178
(14) Bkz. HGK' 4.6.1976, 5-1783/2181 (YKD 1977/4, s. 465); 4, HD 25.9.1980, 7344/10139 (ABD. 1980/6, s. 737-738); (temyize başvuru yönünden) 10. HD. 11.4.1978, 2084/2711 (ABD. 1978/3 s. 536 - 537)
(15) 5. HD. 28.6.1961, 3000/2881 (AD. 1961/7-8, s. 793).
(16) 4. HD. 15.6.1972, 3710/5743 (RKD 1973/4-5, II/2, s. 188-190; HGK. 17.2.1965, 1-524/74 (Sİ 1965/207, s. 6287; İKİD 1965/52 s. 3686); 11. HD. 16.9.1976, 3304/3793 (İKİD 1977/193, s. 5100-5102)
(17) Bkz. yuk. d.n. 14 deki kaarrlar.

lesi de dahil olmak üzere dâva dâva açma işleminin devam etmesi aşamasında, davacının dilekçe üzerinde tasarruf yetkisinin kalkıp kalkmaması, diğer bir ifadeyle dâvacının tüm bu işlemleri bizzat takip etmesi veya bu işlemlerin mahkeme görevlilerince kovuşturulmuş olması ihtimallerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim özellikle bu ikinci neden, doktrinde de hakim görüşün dilekçenin mahkeme esas defterine kaydı tarihinde dâvanın açılmış olacağı (18) şeklinde yerleşmiş bulunmasına rağmen, dâva tarihinin değişik ihtimallere göre farklılıklar gösterebileceği şeklinde diğer bazı görüşlerin de (19) ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada hakim olan bu görüş farklılıkları ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile, Birinci, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Sekizinci, Onbirinci ve Onbeşinci Hukuk Daireleri arasındaki içtihat aykırılığı nedeniyle, dâvanın açıldığı tarihin belirlenmesi için nihayet içtihatların birleştirilmes yoluna gidilmiş ve bu konuda 19.2.1983 ve 6.2.1984 tarihlerinde 1983-7/1984 - 3 no'lu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı (20) alınmıştır.

Bu İçtihadı Birleştirme Kararına göre, dâvalar dâva açma gününün belirlenmesi açısından harca tâbi olmayan ve harca tâbi olan dâvalar olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Harca tâbi olmayan davalarda, dâva dilekçesi hakim tarafından kaleme havale edildikten sonra tekrar dâvacının eline verilmezse, dilekçe sahibinin dilekçe üzerinde tasarrufu kalkacak ve dilekçe mahkemenin malı olacaktır. Bu durumda eğer dilekçe havale edilmiş olduğu günde esas defterine de kaydedilmiş olursa, dâva (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 178'inci maddesine uygun olarak) bu tarihte açılmış olacaktır. Ancak eğer, çeşitli nedenlerle, esas defterine kayıt havale tarihinden sonraki bir güne rastlarsa, dâva hakimin dilekçeyi kaleme havale ettiği tarihte açılmış sayılacaktır. Buna karşılık eğer dilekçe havale edildikten sonra tatbikatta çoğu kez yapıldığı gibi kalemde kaydının yapılması için yeniden dâvacıya verilir ve dâvacı da dilekçenin kaydını kalemde aynı gün yaptırmaz ve kayıt işlemini geciktirirse, kalemde bu hususu belgelendirilmiş olması halinde, dâvanın dilekçenin mahkeme kalemine kaydı tarihinde açıldığı kabul edilecektir.

İçtihadı Birleştirme Kararı dâvanın açıldığı tarihin tespiti açısından

(18) Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s. 373, 376; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, cilt 1, 3. bası, İstanbul 1935, s. 384-387; Berkin Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku, Rehberi, s. 369-370, 372; Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 144.

(19) Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt II, 4. bası, Ankara 1980, s. 1116 vd.; Bilge, Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 433 vd.

(20) R.G. 19.3.1984, S. 18346, s. 5 vd.

harca tâbi bulunan dâvalar içinde şöyle bir çözüm yolu tercih edilmiştir: Henüz harç ödenmediği için sadece hakimin havalesi ile dilekçe mâhkemenin malı olmaz. Dâvacının, Harçlar Kanunu hükümleri uyarınca ödemekle yükümlü olduğu harçları da yatırması gerekir ve ancak harçları ödemesiyle dâvacının dilekçe üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer ve dilekçe mahkemenin malı olur. Şu halde dilekçe ancak harçların tahsil edildiği gün deftere kaydedilecek ve dâva bu tarihte açılmış sayılacaktır. Ancak eğer dâvacı dilekçeyi kaleme vermiş ve harçlar ödemiş olduğu halde, deftere kayıt işlemi daha sonraki bir günde gerçekleşirse, bunda dâvacının kusuru olmadığından dâva harçların ödendiği tarihte açılmış olacaktır. Eğer harçların kalemde değil de, ayrı vezne teşkilatı bulunması nedeniyle veznede ödenmesi gerekiyorsa, dâvacının veznede harçları ödemiş olması dâvanın açılmış sayılması için yeterli sayılmalıdır. Zira veznede harç ödendikten sonra dilekçenin kalemde deftere kaydı, kalemce yapılacak bir işlemdir, bu nedenle bunun gecikmiş olmasından dâvacı etkilenmemeli ve dâvanın harçların vezneye ödendiği gün açılmış olduğu kabul edilmelidir. Normal prasedürün böyle olması gerekmekle beraber, dâvacı veznede harcı ödedikten sonra, dilekçe kalemde kaydının yapılması için yine kendisine verilir ve dâvacı tarafından kayıt aynı gün yaptırılmazsa, dâva yine dâvacının dilekçeyi mahkeme kaleminde kaydettirdiği tarihte açılmış olacaktır.

Görüldüğü gibi, İçtihadı Birleştirme Kararında, çeşitli ihtimaller dikkate alınarak, hukuk dâvasının açıldığı tarihe mebde teşkil edecek ve her seferinde bir diğerinin yerine kaim olabilecek üç ayrı işlem kabul edilmiştir. Bunlar dâva dilekçesinin kaleme havalesi, (harca tâbi dâvalarda) dilekçenin harçlandırılması ve dilekçenin esas defterine kaydedilmesi işlemleridir. Yargıtayca konulan bu sistem, oldukça komplike, zahmetli ve tatbikatta birtakım karışıklıklar ve yanılgılar doğmasına son derece elverişli niteliktedir. Yüksek Mahkememizi böyle bir kural koymaya iten sebep dâva açma aşamasında adlî mekanizmanın halen kendini kurtaramadığı birtakım ihmaller ve alışkanlıklardır. Nitekim İçtihadı Birleştirme Kararında defalarca vurguladığı gibi, kararın bu şekilde alınmış olmasında ana etken, dâva dilekçesinin mahkemenin tasarrufuna geçmiş, mahkemenin malı olmuş olup olmadığı düşüncesinden kaynaklanıyor. Ancak önemli olan husus, dâva dilekçesi üzerindeki fiilî tasarruf durumu değil, dilekçe üzerinde kurulacak hukuki hakimiyet statüsüdür. Dilekçe üzerinde hukuki hakimiyet, yani dilekçenin hukuken mahkemenin malı olması ise, dâva açma aşamasında dilekçe çeşitli işlemler için ister ilgilice, isterse bir adliye görevlisince dolaştırılsın, ancak dâva açma muamelesinin tamamlandığı anda tesis, edilmiş olur. Bu ise 178'inci maddede açıkça belirtildiği gibi, dilekçenin mahkeme kaleminde deftere kaydedildiği andır.

İçtihadı Birleştirme Kararından da anlaşılacağı üzere dâva açma, bir işlemler zincirinden oluşmaktadır. Zincirin ilk halkası dâva dilekçesinin mahkemeye arzı üzerine hakim ya da yazı işleri müdürünce yapılan havale (21) işlemidir. İkinci halka, Harçlar Kanunu uyarınca harç ödenmesi gereken dâvalarda, gerekli harçların ödenmesi işlemidir (22). Nihayet üçüncü ve son halka ise, harca tâbi olsun olmasın, dâva dilekçesinin mahkeme kaleminde ilgili deftere kaydedilmesi işlemidir (23).

Hernekadar Kanunumuzun mevcut sistemine göre dâva açma işlemi iki ya da üç halkalı bir zincirden oluşmaktaysa da, burada bir ilâve halkanın daha bulunmasının gerekliliğini belirtmek uygun olur. Bu da dâva dilekçesinin dâvalıya tebliği işlemidir. Özellikle hasımlı dâvalarda dâva açma dâvacıyı olduğu kadar dâvalıyı da etkileyen bir hukuki statü yarattığından ve dâvanın açılmasıyla, dâvacı ile dâvalı ve hattâ bunlarla mahkeme arasında bir dâva ilişkisi doğduğundan (24), dâva açma muamelesinin son aşamasını dâva dilekçesinin dâvalıya tebliği işleminin teşkil etmesi gerektiğini (25) vurgulamakta yarar görüyoruz. Sorun bu açıdan bakıldığında dâva dilekçesinin dâvalıya tebliği (tebellüğ) tarihi dâvanın açıldığı gün olarak kabul edilmelidir. Tekrar belirtmekte yarar görüyorum, de lege lata tebliğ tarihini dâvanın açıldığı tarih olarak kabule imkân bulunmamaktadır. Ancak de lege ferenda, dâva açma işleminin dâvalının dâva dilekçesini tebellüğü ile hukuken tekemmül etmesinin menfaatler dengesine olduğu kadar pozitif hukuk sistemimize de daha uygun olacağı kanısındayım (26).

Öte yandan İçtihadı Birleştirme Kararında da değinildiği gibi, dâvanın açıldığı zamanın belirlenmesi, dâva açılmasının maddi hukuk ve usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar açısından da büyük önem taşır. Doktrinde dâva açılmasının maddi hukuk bakımından olan sonuçları, zamanaşımının kesilmesi kesa hak düşürücü sürenin muhafaza edilmesi, dâvalının mütemerrit duruma gelmesi, dâvalının o ana kadarki iyiniyetinin

---

(21) Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yaşı İşleri Yönetmeliği (kısaca Y) (RG. 3.2.1984, S. 18301), m. 18/I).

(22) Y. m. 18/III, IV

(23) Y. m. 18/II-V.

(24) Bkz. Önen, s. 139

(25) Krş., Üstündağ, c. I, s. 384.

(26) Nitekim Alman Usul Kanunu dâvanın dâva dilekçesinin davalıya tebliğiyle açılmış sayılacağını hükme bağlamıştır. (ZPO §§ 253 I, 498/III). Buna göre Alman Hukukunda dâva açma üç safhada tamamlanmaktadır. Dâva dilekçesinin mahkemeye verilmesi, oturum günü (yargılama için) tayini ve dâva dilekçesinin bir suretinin dâvalıya tebliğ edilerek belirlenen oturum için dâvalıya davetiye çıkarılması (Karş. Rosenberg - Schwab, Zivilprosessrecht, § 98 I; Blomeyer, Arwed Zivilprozessrecht, § 43 I).

kötüniyete dönüşmüş sayılması, şahsi haklara ilişkin bazı dâvaları takip etme hakkının mirasçılara geçmesi; usul hukuku bakımından olan sonuçları ise, dâvanın takibinden vazgeçememe iddiaları genişletme ve değiştirme yasağının başlaması, derdestlik, mahkemenin dâvayı sonuçlandırmak durumunda bulunması olarak sayılmaktadır (27). Yargıtay bütün bu sonuçların dâva açılmasıyla yani dâva dilekçesinin mahkeme kalemine kaydedilmesiyle doğacağını, bu sonuçları doğması için dâva dilekçesinin dâvalıya ulaşmasının şart olmadığını içtihat etmiştir (28). Ancak dâva açılmasının bazı sonuçları yönünden Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak güçtür. Meselâ henüz dâva dilekçesinin dâvalıya tebliğ edilmesinden önce, dâvalının iyiniyetinin kötüniyete dönüşmüş olduğunu, keza davalının mütemerrit hale geldiğini kabul edebilmek mümkün değildir (29). Dâva açılmakla dâvanın takibinden vazgeçmeme veya derdestliğin doğması gibi sonuçlar yönünden de ayrı tereddütler sözkonusu olabilecektir. Nitekim dâvacı dâvanın açılmış sayılması için 178'inci maddede öngörülen, dilekçenin kalemde ilgili deftere kaydedilmiş olması şartının gerçekleşmiş olmasına rağmen, dilekçe henüz dâvalıya tebliğ edilmeden önce dâvasını niçin geri almamalıdır? Dâvacının dâavsını ancak dâvalının rızası ile geri alabileceğini ifade eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 185/1'inci maddesi hükmü, tebliğden önce dâvanın geri alınmak istenmesi halinde davalının henüz dâva açıldığından haberi olmadığına göre, dâva açılmasının ancak tebliğ ile gerçekleşebileceği şeklinde kabul edilecek bir kural ile daha düz bir uyum içinde olmayacakmıdır? Yine tebliğ ücretinin ödenmemiş olmasına rağmen, dâva dilekçesinin esas defterine kaydedilmiş olması ihtimalinde, 178'inci madde uyarınca dâva açılmış sayılacak, ancak dâvacı mahkemece kendisine verilecek süre içinde tebligat masrafını ödemezse Tebligat Mevzuatı uyarınca talebinden sarfınazar etmiş addolunacaktır (30). Bu çelişkinin giderilmesi için bir kısım doktrin, bu durumun dosyanın işlemden kaldırılmasını arzu etme şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini savunurken (31), bazı görüşler de dâvacının dâvasını takipten vazgeçmiş sayılmasının uygun olacağını (32), hattâ bu durumda dâvalının rızasının aranmayacağını (33) ileri sürmektedirler ki, özellikle bu ikinci görüş yine m. 185/1 hükmüne açıkça aykırı düşmektedir.

---

(27) Bkz. Üstündağ, c. I, s. 412 vd.; Önen, s. 156 vd.; Kuru, c. II, s. 1134 vd.; Postacıoğlu, s. 396 vd.; Bilge-Önen, s. 443 vd.; Berkin, s. 375 vd.

(28) 4. H.D. 24.3.1972, 14075/2556 (Sİ 1972/297, s. 363-365).

(29) Aynı görüşte : Kuru, c. II, s. 1134, 1149; Yargıtay aksi görüşte olup, dâvanın açılmasıyla dâvalının mütemerrit hale düşmüş sayılmasını uygun görmektedir. (bkz. İBK. 28.11.1956 15/15 "RG. 27.12.1956, S. 9494").

(30) Bkz. Teb. K. m. 5; Teb. N. m. 6

(31) Postacıoğlu, s. 390; Bilge-Önen s. 436-437 (Zımnen)

(32) Kuru, cilt II, s. 1114; Üstündağ, c. I, s. 386

(33) Kuru c. II, s. 1114.

Derdestlik yönünden de durum farklı değildir. Kabul edelim ki, adliye görevlilerinin ihmail sonucu dilekçenin sonucu dilekçenin havale edildiği tarihten çok sonra deftere kaydedilen, fakat İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca havale tarihinde açılmış sayılan bir dava, uzun süredir açılmış sayılmasına ve dava açılmasının tüm hüküm ve sonuçlarını hasıl etmesine bu arada derdest olmasına rağmen, henüz tebligat işlemi gereçekleşmediği için, dâvalının bundan haberi olmayacaktır. Peki bu süre zarfında, hakkında derdest bir dâvanın varlığından bihaber olan bir dâvalının maruz kalabileceği muhtemel zarar ve mahzurlar nasıl telâfi edilecektir?

Şüphesiz ki, bu çelişkilerin giderilmesi dâvanın kural olarak dâva dilekçesinin dâvalıya tebliğ edildiği tarihte açılmış olacağı şeklinde yapılacak bir kanu değişikliği ile mümkün olabilecektir (34).

İçtihadı Birleştirme Kararında, Genel Kurulda yapılan müzakereler sonunda, bazı üyelerce, dâvanın HUMK.nun 178'inci maddesi uyarınca dâva dilekçesinin mahkeme kalemindeki deftere kaydı tarihinde açılmış sayılacağı, havale ve harç ödeme tarihinin dâvanın açıldığı tarih olarak kabul edilemeyeceği, harç ödenmemiş olsa bile dâvanın açılmış sayılabileceği ve harcın daha sonra da ödenebileceği yolunda görüşler ileri sürüldüğü ifade edilmekte, ne varki bu görüşlerin çoğunluk tarafından benimsenmediği belirtilmektedir. Öte yandan kararda devamla, görüşmeler sürerken Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesinde yapılan bir değişiklikle dâva açma zamanının belirlendiği, bu nedenle İçtihadı Birleştirme Kararının konusuz kaldığı yolundaki azınlık görüşlerine de itibar edilemediği, çünkü (... Yönetmelikle yapılan değişikliğin İçtihadı Birleştirme görüşmelerini etkilemiyeceği...) ifade olunmuştur.

İçtihadı Birleştirme Kararı iki aşamada almak üzere, harca tâbi olmayan dâvalar yönünden 19.2.1983 tarihinde Kurulun üçüncü toplantısında, harca tâbi davalar yönünden ise 6.2.1984 tarihinde ve Kurulun dördüncü toplantısında oyçokluğu ile alınmıştır. Gerçekten bu arada 3.2.1984 tarihli Resmi Gazetede "Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesinde (35) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir (36). İçtihadı Birleştirme kararının alınmasından daha önce yürürlüğe giren yönetmelik hükmüyle, mahkemeye sunulan bir dâva dilekçesinin nasıl ve kimlere verileceği ve dilekçe

(34) Ancak istisnaen süre kesilmesi sözkonusu olan durumlarda (zamanaşımı, hak düşürücü gibi) bugünkü 178'inci madde hükmünün muhafazası uygun olur.

(35) Bu talimatname 1.1.1947 tarihinde yürürlüğe girmiş, 1959 yılında yapılan değişiklikten sonra 18.2.1959 tarih ve 10138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

(36) Bkz. Y. m. 5

üzerinde mahkemece ne gibi işlemler yapılacağı ve buna göre dâvanın ne zaman açılmış sayılacağı açık olarak düzenlenmiş ve belirtilmiş bulunmaktadır. Böylece Yönetmelik Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 178'inci maddesindeki "Arzuhallerin mahkeme kalemine kaydı tarihinde dâva ikame edilmiş addolunur" hükmünü kayıt prosedürü ve dâvanın açıldığı anın tespiti yönünden hiçbir tereddüde yer bırakılmayacak biçimde açıklamıştır. Hal böyle iken ayrıca Yargıtayca da 178'inci madde hükmünün bir İçtihadı Birleştirme Kararıyla açıklanmasına ve yorumlanmasına gerek dnyulmuş olmasını haklı ve makûl görebilmek imkânsızdır. Nitekim karara katılmayan bazı üyeler hazırladıkları karşı oy yazılarında, İçtihadı Birleştirme Kararının 178'inci madde hükmüne tamamen aykırı olduğunu kesinlikle ifade etmişlerdir (37).

Yargıtay yönetmelik değişikliğinin içtihadı birleştirme görüşmelerini etkilemeyeceğini ifade etmektedir. Yani Yargıtay bir yönetmeliğin, bir yönetmelik hükmünün kendileri için bağlayıcı olamıyacağı görüşündedir. Karara katılmayan üyelerden birisince karşı oy yazısında da açıklandığı üzere (38), bu düşünce görüşmeler sırasında muhtemelen "Yönetmelikler genelde yargıyı ve özelde içtihadı birleştirme müzakerelerini etkilemezler ve bağlayıcı değildirler" biçiminde belirmiş ve tasvip görmüştür. Ancak bilindiği gibi ,yönetmelikler de, Anayasa, kanun, tüzük gibi yazılı hukuk kurallarını ihtiva ederler ve en güçsüz olmakla beraber en somut ve teferruatlı düzenlemeleri yaparlar. Yönetmelik kaynağını kanun ve tüzük gibi Anayasa'dan alır (39). Yönetmelik şekli yönünden bir idari işlemi olmakla beraber, maddî açıdan yani muhteva bakımından bir kural işlemdir. Yönetmeliği kanundan ayrı olarak düşünmeye imkan yoktur. Yasama organı kanunla bir hizmeti ihdas edip, genel ve soyut hükümlerle belirledikten sonra, bu hizmete ilişkin icraî ve idarî nitelikteki işlem ve tasarrufların yine kural işlem niteliğinde tasarruflarla daha geniş olarak düzenlenmesini İdareye bırakır. İdarenin bu yetkisi Anayasanın 6'ncı maddesiyle "Yürütme"ye tanınan yetki ve yüklenen görevin doğal bir sonucudur. Bu itibarla İdarece çıkarılan yönetmelikler genel ve soyut nitelikte hukuk kurallarıdır, yoksa belli kişileri ve durumları dikkate alarak gerçekleşen idari karar niteliğinde somut işlemler değildirler (40). Meseleye

(37) Bkz. RG. 19 Mart 1984, S. 18346 : 7. Hukuk Dairesi Başkanı A. Nusret Ozanalp (s. 8); 10. Hukuk aDiresi Üyesi İlhan Teoman Ozanoğlu (s. 9,10); 4. Hukuk Dairesi Üyesi Namık Yalçınkaya (s. 13, 14).

(38) Bkz. 4. Hukuk Dairesi Üyesi Namık Yalçınkaya'nın karşı oy yazısı (RG. 19 Mart 1984, S. 18346, s. 14)

(39) Bkz. Any. m. 124.

(40) Karş., Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. bası, c. I, s. 390-391; Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 458, 459, 464; Yalçınkaya, Namık, İBK.'ya ek ayrışık oy yazısı, RG. 19.3.1984, S. 18346, s. 13

bu açıdan bakılması Yargıtay'ın yönetmeliğe rağmen ve yönetmeliğe aykırı içtihadı birleştirme kararı çıkarılabileceğini içtihat etmiş olmasıyla, yönetmeliği adetâ alelâde bir idari kararmış gibi mülâhaza ve mütalâa etmiş olabileceği akla gelmektedir.

Yönetmelikler, kanunlar ve tüzükler gibi Devlet Mevzuatında yer alan düzenleyici kural işlemler olduğundan, bütün ilgilileri, tüm kamu mercilerini ve görevlilerini bağlar. Yönetmelik hükümlerinin bu makamlar ve kişiler, bu arada mahkemeler ve hakimler tarafından uygulanması zorunludur. Buna aykırı davranış o merci ve kişilerin sorumluluğunu gerektirir (41).

Yönetmeliklere uyulması ve yönetmeliklerin uygulanması hakkındaki bu açıklamalardan sonra; burada hukuk mahkemelerinde davanın açıldığı tarihi açıklığa kavuşturan Yazı İşleri Yönetmeliğinin ilgili hükmünün incelenmesinde yarar görmekteyiz. Tadil Yönetmeliğinin 3'üncü maddesi hükmü şöyledir :

Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesinin 18'inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Davanın açılma tarihi ile temyiz tarihinin tespiti

Madde 18 — Dâva dilekçeleri, yetkili ve görevli hakimler veya bunların bulunmaması halinde mahkeme yazı işleri müdürü tarafından, dilekçe üzerine başvuru tarihi yazılarak doğrudan kaleme verilir.

Harca tâbi olmayan dâvalara ait dilekçeler, esas, muhabere ya da tevzi defterine kaydedilir.

Harca tâbi olan dâvalarda dilekçenin kaleme verilmesi üzerine, gerekli harç tahakkuk ettirilerek ilgilisinden tahsil edilir ve ondan sonra esas, muhabere ya da tevzi defterine kaydedilir. Harcın Maliyece tahsili gerektiği hallerde ilgilisine tahakkuk belgesi verilerek, harcın tahsil edildiğine dair belgenin yazı işleri müdürüne ibraz edilmesi üzerine yukarıda sözü edilen defterlere kayıt işlemi yapılır.

Vezne teşkilatı bulunan yerlerde dâva dilekçesinin kabulü ile harcın yatırılmasında yukardaki fıkra hükümleri uygulanır.

Dâva dilekçesinin esas veya muhabere ya da tevzi defterine kayıt tarihi dâvanın açıldığı tarihtir.

---

(41) Duran, s. 469-470; bkz. Kuntman, Osman, Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, 1984 / 10-12, s. 677-679.

Görülüyor ki, 3.2.1984 tarihinde, yani İçtihadı Birleştirme Kararının alındığı tarihten üç gün önce yayımlanan ve yürürlüğe giren yönetmelik uyarınca, dâva dilekçesi, dâvacı tarafından mahkemeye arzolununca hakim ya da mahkeme kaleminin başı durumunda bulunan yazı işleri müdürü tarafından dilekçe üzerine dâvacının mahkemeye başvurduğu tarih tarih yazıldıktan sonra doğrudan kaleme verilecektir. Yani yazı işleri müdürü dâva dilekçesini havale ettikten sonra dâvacının eline vermeyecek, aksine bizzat, re'sen kaleme intikalini sağlayacaktır. Dâva harca tâbi değilse kalemde dilekçenin esas, muhabere ya da tevzi defterine (42) kaydı yapılacaktır. Harca tâbi olan dâvalarda ise, gerek vezne teşkilatı bulunan gereksel bulunmayan yerlerde, dilekçenin kaleme verilmesi üzerine gerekli harçlar ilgilisinden tahsil edildikten sonra dilekçe yine aynı defterterlere kaydedilecektir. Yönetmeliğin 18'inci maddesinin 1-4 üncü fıkraları hükümlerinden havale muamelesinden kayıt muamelesine kadar yapılan tüm bu tasarruflarda dilekçe sahibinin dilekçe üzerinde fiili tasarrufunun bulunmayacağı ve dilekçenin havale anından itibaren mahkemenin malı olacağı açıkça anlaşılmaktadır. İşte dilekçenin esas, muhabere ya da tevzi defterinden birine kaydedilmesi HUMK. m. 178 anlamında "mahkeme kalemine kayıt"tır (43) ve yönetmeliğe göre bu kaydın yapıldığı tarih dâvanın açıldığı tarihtir (44).

Görüldüğü üzere yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle, hukuk dâvasının hangi tarihte (hangi işlemle) açılmış sayılacağı konusunda Yargıtay içtihatları arasında süregelen uyuşmama 3.2.1984 tarihi itibariyle kesin olarak bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Buna rağmen bu tarihten üç gün sonra 6.2.1984 tarihinde Yargıtayca konusuz kalmış içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş, üstelik İçtihadı Birleştirme Kararı, bir yazılı hukuk kaynağı olan Yönetmelikle getirilen yeni düzenlemeden çok farklı ve hattâ bu düzenlemeye aykırı bir yorum yapmış ve o istikamette kural koymuştur. Şüphesiz ki, yargı mercileri kanun ve tüzükler ile yönetmelikleri yorumlayarak uygulayabilirler; ancak tabiidir ki yorumu gerektiren bir durum varsa. 178'inci maddenin çok genel olan ifadesi belki böyl ebir yorumu haklı kılabilir. Ne varki, bu hükmü tamamlayıcı nitelikte olan yönet-

(42) Esas defteri, dâva açıldığında dâva dilekçelerinin sırasıyla kaydedileceği defterdir (Y. m. 7/II); Muhabere defteri, başka mahal mahkemelerine gönderilmek üzere verilen dâva dilekçelerinin kaydedileceği defterdir (Y. m. 7/VI); Tevzi defteri, aynı mahkemenin birden fazla dairesi bulunan yerlerde, dâva dilekçelerinin kaydına mahsus olup, bu dilekçelerin mahkemeler arasındaki dağıtımını gösteren ve nöbetçi mahkeme tarafından tutulan defterdir (Y. m. 7/12).

(43) Karş., A. Nusret Ozanalp ve İlhan Teoman Ozanoğlu'nun İBK'ya karşı oy yazıları, RG. 19.3.1984, S. 18346, s. 8, 10.

(44) Y. m. 18/V.

meliğin 18'inci maddesi hükmü karara katılmayan üyelerin de karşı oy yazılarında ifade ettikleri gibi (45), hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin bir düzenleme getirmiştir. Bu durumda içtihadı birleştirme kararıyla yapılan şey bu pozitif hukuk kurallarını yorumlamak değil, bunun da ötesinde adetâ yeni bir kural koymak hüviyetine bürünmüştür. Ancak Yargıtayın buna yetkisi yoktur. Nitekim bir Anayasa Mahkemesi Kararında da vurgulandığı gibi "İçtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya tüzük ve yönetmelik gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir. Buna göre içtiihadı birleştirme kararı, objektif hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğuran nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir..." (46).

Sonuç olarak, Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 178'inci maddesine açıklık getiren 18'inci maddesinin yürrülüğe girmesiyle hukuk dâvalarında dâvanın açıldığı tarih yönünden uygulamada süre gelen ve çeşitli Yargıtay kararlarına da akseden tereddüt ve tenakuzlar giderilmiş ve bu ihtilaflı mesele kesin alarak çözümlenmiştir. Ancak Yargıtay, yönetmelik ile getirilen yeni düzenlemeden kısa süre sonra aldığı bu talihsiz İçtihadı Birleştirme Kararıyla, Kanun ve Yönetmelik hükümlerini dikkate almayan ve bunlara aykırı nitelikte bulunan bir kural koymak istemiştir (47). Şu kadar ki, Yargıtay'ın Kanun ve Yönetmeliğin ilgili hükümleriyle gelişen bu kural tasarrufu düşündürücü olmaktan ötede, Anayasa'nın 11, 124 ve 138'inci maddeleri ışığında Anayasa'ya uygunluk yönünden de ayrıca tartışılabilir niteliktedir (48).

Yönetmeliğin 18'inci maddesi uyarınca bugün artık dâvanın açıldığı tarih harca tâbi olan ya da olmayan dâvalarda kesinlikle dâva dilekçesinin mahkeme kalemindeki esas, tevzi ya da muhabere defterine kaydedildiği tarih olacak, ancak dâvacının kayıt tarihinden önceki bir zamanda dilekçenin yetkili kişice kaleme havalesi anında dilekçe üzerindeki fiili tasarrufu kalkacaktır. Eğer dilekçenin havalesi, keza harca tâbi davalarda harcın ödenmesi ve son olarak ilgili deftere kayıt tarihleri aynı olmaz, meselâ kayıt havale tarihinden daha sonraki bir tarihte gerçekleşirse, dâva dilekçesi havale tarihinden itibaren mahkemenin malı olmuş bulun-

(45) Bkz. Ozanalp, ve Ozanoğlu ve Yalçınkaya'nın karşı oy yazıları.
(46) AMK. 12.6.1969, 1968-38/1969-34 (RG. 29.1.1970, S. 13412)
(47) Aynı görüşte : Kuntman, s. 679-680, 684.
(48) Aynı Görüşte : Namık Yalçınkaya, İBK.'na karşı oy yazısı, RG. 19.3.1984, S. 18346, s. 14, 15; Kuntman, s. 677-679, 684.

masına rağmen, Yönetmeliğin 18'inci maddesinin açık hükmü muvacehesinde dâva yine ancak ilgili deftere kayıt tarihinde açılmış olacaktır. Yargıtay'ı inceleme konumuz İçtihadı Birleştirme Kararının alınmasına sevkeden başlıca neden olan, havale tarihi ile kayıt tarihi arasında zamanaşımı ya da hak düşürücü sürelerin dolmuş olması ihtimalinde bile, dâva dâvacının bunda hiçbir kusuru olmamasına rağmen deftere kayıt tarihinde, yani zamanaşımı keza hak düşürücü süreler geçtikten sonra açılmış sayılacaktır. Ancak bu durumda dâvacı, hiç kusuru olmadığı halde uğramış olduğu zararın giderilmesi için kayıt işleminin gecikmeli olarak yapılması nedeniyle ihmali görülen kalem görevlileri aleyhine tazminat dâvası açılabilmelidir (49). Öte yandan burada tıpkı icra ve iflas memurlarının sorumluluğunda (50) olduğu gibi görevli personelin yanısıra Devletin de ikinci derecede sorumluluğu sözkonusu olmalıdır (51) (52).

---

(49) Karş., Kuntman, s. 684.

(50) İİK. m. 5-7.

(51) İİK. m. 6; aynı görüşte : İlhan Teoman Ozanoğlu ve Namık Yalçınkaya, bkz. karşı oy yazıları (RG. 19.3.1984, S. 18346, s. 11, 15)

(52) Devletin kusurlu personelle birlikte ikinci derecede sorumlu tutulması kaynağını MK. m. 48 ve BK. m. 55'de bulan hakkaniyete uygun bir çözüm şekli olacaktır.

HUKUK DAVASINDA HÂKİMİN VERDİĞİ KESİN MEHİLİN HAKKI KISITLAMASI

(Yargıtay 6 ncı Hukuk Dairesi'nin 20.9.1984 tarih ve 8022/8360 sayılı kararının düşündürdükleri)

Doç. Dr. Ejder YILMAZ (*)

I) Yargıtay 6 ncı Hukuk Dairesi, 20.9.1984 tarih ve Esas No. : 1984 / 8022, Karar No. : 1984/8360 sayılı bir kararında şöyle demektedir :

"Dava, temerrüt nedeniyle kiralananın boşaltılması isteminden ibarettir. Mahkeme istem gibi karar verilmiş ve hüküm davalı tarafından temyiz olunmuştur - Davacı, Temmuz, Ağustos, Eylül aylarına ait kiranın 9.9.1983 tebliğ tarihli ihtara rağmen süresinde ödenmediğini ileri sürerek kiralananın boşaltılmasını istemiştir. **Davalı,** 15.2.1984 tarihli oturumda kira borcu olmadığını ve **ödemeye ait delillerini mehil verilirse ibraz edeceğini savunmuştur.** 15.2.1984 tarihli oturumda tarafların yazılı, sözlü bütün delillerini **10 gün içinde ibraz etmek üzere kesin mehil verilmesi**ne karar verilmiş ve yargılama 20.4.1984 gününe bırakılmıştır. 20.4.1984 tarihli oturumda davalı bir dilekçe vererek, ödemesine ait sekiz adet makbuzun dilekçesinde ekli olduğunu bildirmiş ve şifahî beyanında da delillerini şimdi ibraz ettiğini beyan etmiştir. Mahkemece aynı oturumdaki ara kararıyla, **davalının süresi içinde delillerini ikame etmemesi sebebiyle delil ikamesinden vazgeçtiğ**ine karar verilmiştir. Davalının 20.4.1984 tarihli dilekçesi dosya arasına konulduğu halde bu dilekçeye ekli sekiz adet ödeme makbuzunu dosyaya koymaması yerinde değildir. Her ne kadar hakimin ilk celsede delil ibrazı için kesin mehil verebilmesi mümkün ise de, bundan **amaç davanın bir an önce bitirilmesi**dir. 15.2.1984 tarihli oturumda taraflara delil ikamesi için on gün süre tanırken yargılamanın iki aydan fazla bir zaman sonraya bırakılması bu amaca aykırıdır. Kaldı ki, yargılamanın yürütülmesi bakımından **verilecek mehiller delillerin ibrazını önler olmayıp, ibrazı sağlar nitelikte bulunmak gerekir.** Temyiz dilekçesine eklenen PTT makbuzlarına göre de temerrüde esas olan aylara ait kira paralarının ihtardan evvel konutta ödemeli olarak davacıya gönderildiği belirtildiğinden, **yukarda belirtilen ve delil ibrazı için verilen mehil bir**

(*) A. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı

hakkın istihsalini önler ve savunmayı kısıtlar niteliktedir. Bu cihetler gözönünde tutulmadan ve ibraz edilen deliller alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır" (1).

Yukarıya aynen alınan bu karar, medeni usul hukukuna egemen olan ilkeler açısından ve özellikle kesin mehil müessesesi bakımından değerlendirmeye şayan bir karardır.

II) Medeni usul hukuku, şekil hukuku olması nedeniyle, diğer şekil kuralları yanında, sürelere (müddetlere) ilişkin olarak da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda pekçok hüküm yeralmıştır. Bunlar, HUMK. 159-165'de genel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, Kanunun pekçok maddesine de sürelerle ilgili hükümler serpiştirilmiştir. Sürelerle ilgili hükümlerin çokluğu, davaların belli bir zaman içerisinde ve esas olarak belli bir düzene bağlı ve hızlı (çabuk) bir şekilde görülmesi ihtiyacından ve yargılamanın amacından (2) kaynaklanmaktadır.

Medeni usul hukuku veya diğer bir deyişle, hukuk davaları bakımından süreler, genel olarak, taraflar için öngörülen süreler ve mahkemeler için öngörülen süreler olarak ikiye ayrılmaktadır (3).

Taraflar için öngörülen süreler, tarafları belli zaman kesitleri içerisinde belli işlemlerde bulunma durumunda bırakan sürelerdir. Tarafın, kendisi açısından öngörülen süre içerisinde yapması gereken işlemi yapmaması halinde, kural olarak, taraf o hususla ilgili olan hakkından vazgeçmiş sayılır ve bu durum genellikle, o taraf aleyhine bazı sonuçlar doğurur. Bu da doğal bir sonuçtur; çünkü, taraf, kendisinin yapması gereken işlemleri belli zaman kesiti içerisinde yapmak zorunda bırakılmazsa ve kendisine, istediği (dilediği) zaman işlem yapabilme serbestliği tanınacak olursa, davalarda sonuç alabilmek olanaksız hale gelir ve yargılama amacına ulaşamaz.

O halde, hukuk davaları bakımından, "taraflar kendileriyle ilgili usul işlemlerini belli zaman kesiti içerisinde yapmak zorundadırlar" şeklinde bir genel kuralın varlığından sözedilmesi yanlış olmaz. Mamafih, bu kuralın değerini daha iyi anlayabilmek için de, taraflar için öngörülen sürelerin kanun tarafından mı, yoksa hâkim tarafından mı tayin edilmiş olduğuna da bakılması gerekir. Çünkü, taraflar için öngörülen sürelerin kanun tarafından konulmuş olması ile hâkim tarafından tayin edilmesi, usul hukuku bakımından önemli bazı sonuçlar doğururlar:

---

(1) Bkz. Yasa Hukuk Dergisi, Kasım 1984 (11), s. 1635-1636 (No. 882).

(2) Bkz. bu konuda Ejder **Yılmaz,** Medeni yargılama hukukunda ıslah, İstanbul 1982, s. 1-9 ve orada anılan yazarlar.

(3) Bkz. Baki **Kuru,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 4, Ankara 1984, s. 3761 vd.

Kanunun koymuş olduğu süreler, kural olarak, kesindir; Kanunda ayrık (müstesna) hallerde (bkz. örneğin HUMK m. 164, 166, 182, 195, 197, 198, 215) başka durumlarda hâkim, kanunun koymuş olduğu süreleri çoğaltamaz veya azaltamaz (HUMK m. 159)). Kanunun koymuş olduğu sürelerde yapılması gereken işlem yapılmazsa o hak düşer (HUMK m. 163 / cümle 2). Buna karşılık, **hâkim tarafından tayin olunan süreler ise, kural olarak kesin değildir;** hâkim kendi tayin ettiği süreleri (4), iki tarafı dinledikten sonra kabul edilebilir (makul) sebeplere dayanarak azaltıp çoğaltabilir (HUMK m. 159/cümle 2). Hâkimin kendi tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebilmesi de mümkündür; eğer hâkim sürenin kesin olduğunu belirtmemiş (5) ise, tayin olunan müddeti geçirmiş olan taraf yenisini isteyebilir. Bu suretle verilecek süre kesindir ve bir daha verilemez (HUMK m. 163).

III) Hâkimin kendi tayin ettiği süreye, uygulamada "mehil" (önel) adı da verilmektedir.

---

(4) Kanunumuzda, burada bir tercüme eksikliği vardır; m. 159/cümle 2'yi, kaynak Nöşatel Usul Kanunu m. 134, III'de olduğu gibi şöyle anlamak gerekir : "Hâkim, kendi tâyin ettiği müddetleri, kendi tarafından tayin edilen müddetin içinde, iki tarafı dinledikten sonra makul sebeplere binaen tenkis veya tezyit edebilir" (bkz. Baki **Kuru** / Ejder **Yılmaz, En son** değişikliklere göre notlu - gerekçeli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve ilgili mevzuat, Ankara 1983, s. 63 dipnot 2).

(5) Veya belirtilmiş ise, bu belirtmenin kesin ve açık bir şekilde olması ve ayrıca, kesin mehile uyulmamasının doğuracağı sonuçlar taraflara anlatılarak tutanağa geçirilmelidir. Aksi takdirde, bu husus Yargıtay'ca bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Bkz. örneğin : "Müddetin katî olduğuna mütedair kararın açık ve kesin neticeli olmalı lâzımdır; yani, hâkim yapılacak muameleyi açık ve etraflı olarak belirttikten sonra muamelenin ne kadar müddet içinde yapılması gerektiğini ve yapılmaması halindeki hukukî neticeyi kesin olarak göstermelidir" (İİD 27.12.1962, 14562/15395 : **Kuru,** age. s. 3764 dipnot 21'den naklen); "HUMK'nun 163. maddesi uyarınca ilgili taraflara verilecek önel ve kesin önele ilişkin ara kararında yapılması gereken işlerin neler olduğunun bir bir açıklıkla belirtilmesi, tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması, ayrıntılı olarak saptanması, önele uyulmamasının doğuracağı sonuçların açıklanması ve tarafların uyarılması gerekir" (HGK 21.9.1983, 14-3447/825 : İzmir Barosu Dergisi, 1984/1, s. 75-76); "Yasal süre içinde yapılması gereken şeyin ne olduğu yasalarda yazılmış ve gösterilmiştir. Hâkimin tanıdığı süre içinde yapılması istenilen işlemin ne olduğu ise hâkimin bu yöne ilişkin bulunan ara kararında her halde açıklanmış olmalıdır. **Hâkimin süreye ilişkin ara kararının tereddüd uyandırmayacak, yorumu zorunlu kılmayacak, yanlış anlamayı önleyecek, ilgili tarafından kolaylıkla anlaşılacak derecede açık, sade ve sınırlı olması gereklidir.** - Bu hususla ilgili ara kararı konusu, kapsamı ve sınırları bakımından orta halli bir kişinin rahatlıkla anlayabileceği kadar açık olmalıdır. Pek az kişinin akıl erdirebileceği 'muğlak ifadeli' bir ara kararının sa-

Hâkim, tayin ettiği süreyi (mehili) kesin olarak nitelerse (6), tarafın o süre içerisinde, gerekli işlemi mutlaka yapması zorunludur. Aksi takdirde, taraf, hakkını süresi içerisinde kullanmadığından hakkı düşer (HUMK m. 163/cümle 2'ye kıyasen).

Hâkimin, bir süreyi "kesin" olarak tayin etmesinin (yani, taraflara kesin mehil vermesinin) nedeni, yargılamayı hızlı (çabuk) bir şekilde görmek ve bu arada tarafların davayı uzatıcı davranışlarına engel olmaktır. Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği gibi, "HUMK'nun 163 üncü maddesinde yer alan 'kesin önel' kuralı, davayı uzatmak ve sonucunu geciktirmek amacını güden tarafın davranışlarını önlemek için getirilmiştir" (7).

Hâkimin bir süreyi kesin olarak nitelemesi halinde, verdiği karar, bir "ara kararı"dır ve bilindiği gibi, ara kararlarından dönülebilmesi, kural olarak, mümkündür. Ancak, hâkimin tayin ettiği süreyi kesin olarak nitelemesi halinde, bu durum, işlemin süresi içerisinde yapılmaması halinde, sürenin verildiği taraf aleyhine sonuçlar ortaya çıkarır ve kesin mehil, diğer taraf için bir usulî kazanılmış (müktesep) hak doğurur (8). Bu nedenle, hâkim kesin mehile ilişkin ara kararından dönemez; yani hâkim, verdiği kesin mehilden sonra bu süreyi uzatamaz (9).

IV) Yazımın konusunu oluşturan Yargıtay 6 ncı Hukuk Dairesi'nin kararında belirtilen olayda, hâkim 15.2.1984 tarihli oturumda taraflara delillerini sunmaları için on günlük kesin mehil vermiş ve yargılamayı 20.4.1984 tarihine bırakmıştır. Davalı, on günlük süre içinde herhangi bir davranışta bulunmamış ve yargılamanın ertelendiği 20.4.1984 tarihinde kendisinden istenilen kiraları ödediğine ilişkin olarak makbuzlarını mahkemeye vermek istemiştir; mahkeme ise, davalı tarafın dilekçesini almış ve fakat dilekçenin eki olarak gösterilen makbuzları dosyaya koymamış

---

de vatandaş tarafından anlaşılması olanağı yoktur. Özetle, hâkimin kesin süreye ilişkin ara kararında ilgili tarafın yapması gerekli görülen işler, sade bir dil kullanılarak 'kolayca' anlaşılabilir biçimde 'birer birer' ve 'açıkça' gösterilmiş olmalıdır" (HGK 25.6.1975, 1-560/837 : Yargıtay Kararları Dergisi 1976/1, s. 9-10).

(6) Veya hâkim sürenin kesin olduğunu bildirmese de, verilen süre yeni (ikinci) bir süre ise (ki, HUMK. m. 163/cümle 5 gereğince bu ikinci süre kanundan dolayı kesindir).

(7) 4. HD 21.3.1983, 1276/3007 (Kuru, age. s. 3768-3769'dan naklen).

(8) 14. HD 23.10.1975, 4328/4609 (Mustafa Reşit Karahasan, Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, cilt 1, Ankara 1977, s. 111-112); ayrıca bkz.: 6. HD 23.10.1956, 6154/5782 (Jurisdictio Kazai İçtihat, 1957/7 s. 634).

(9) Elbette, HUMK m. 166 vd. hükümlerinin öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde, "eski hale getirme" (hali sabıka irca) kurumuna ilişkin hükümler saklıdır.

ve aynı oturumdaki ara kararıyla, davalının süresi içinde delillerini ikame etmemesi sebebiyle delil ikamesinden vazgeçtiğine karar vermiştir.

Yukarda verilen bilgiler ışığında, ilk bakışta, mahkemenin verdiği kararın yerinde olduğu söylenebilir. Çünkü, hâkim kesin mehil vermiş ve bu kesin mehile rağmen davalı taraf, süresi içinde delillerini gösterememiştir. Ohalde, Kanunun (HUMK m. 163/cümle 2) deyişiyle, davalının delil gösterme "hakkı sâkıt olmuştur" ve şeklî açıdan mahkemenin kararı yerindedir. Ancak, soruna daha yakından bakıldığında ve bazı ihtimaller gözönüne alındığında, mahkemenin kararının gerçekten yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Şöyle ki:

1) Hâkimin tayin etmek durumunda olduğu bir süreyi (aksine kanunda bir açıklık olmadığı sürece), kesin olarak nitelendirip nitelendirmemek, hâkimin takdir yetkisi içindedir. Hâkim, somut olayın özelliklerine bakarak ve yargılamanın amacını gözönünde bulundurarak, taraflara verdiği sürenin (mehilin) kesin olduğuna karar verebilir. Bu yetki, hâkime Kanun (HUMK m. 163/cümle 3) tarafından verilmiştir. Ancak, hâkimin takdir yetkisi bulunması demek, hâkimin keyfî hareket edebilmesi anlamına elbette gelmez. Hâkim takdir yetkisini kullanırken tarafların durumunu, olayın özelliğini, objektif hukuk kurallarını ve hepsinin de üstünde yargılamanın amacını gözönüne alarak takdir yetkisini kullanmak zorundadır. Bu husus, hâkimin takdir yetkisini düzenleyen Medeni Kanun'un 4 üncü maddesinde şöyle dile getirilmektedir: "Kanunun takdir yetkisi verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hâkim hak ve nısfetle hükmeder."

O halde, hâkim, taraflara verdiği bir sürenin (mehlin) kesin olup olmadığını ve sürenin uzunluğunu belirlerken, "hak ve nısfetle" hareket etmek zorunda olacaktır. Aksi takdirde, hâkim kendisine tanınmış bulunan takdir yetkisini yerinde kullanmamış olur ve bu durum belli çerçevede üst derece mahkemesi olan Yargıtay'ın denetimine tâbidir (10).

Yargıtay, yazımın konusunu oluşturan kararında, somut olay bakımından hâkimin takdir yetkisini yerinde kullanmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay'a göre: "Hernekadar hâkimin ilk celsede delil ibrazı için **kesin mehil** verebilmesi mümkün ise de (11), bundan amaç **davanın bir an**

(10) Bkz. bu konuda: Burhan **Gürdoğan**, Özel hukuk alanında maddi hukuk ve yargılama usulü yönünden yargıcın takdir hakkının Yargıtay'ca denetlenmesi, Ankara 1967, s. 42 vd.

(11) Burada, yeri gelmişken belirteyim ki, 2494 sayılı Kanunla getirilen HUMK m. 180 inci maddesinin tanık listesini kapsayıp kapsamadığı uygulamada bazı tereddütlere yolaçmıştır. Yargıtay, yeni bir kararında haklı olarak şu şekilde karar vermiştir: "Mahkemece ilk oturumda davacıya tanık lis-

önce bitirilmesidir. 15.2.1984 tarihli oturumda taraflara **delil ikameşi için on gün süre tanınırken yargılamanın iki aydan fazla bir zaman sonraya bırakılması bu amaca aykırıdır.** Kaldı ki, yargılamanın yürütülmesi bakımından **verilecek mehiller** delillerin **ibrazını önler nitelikte bulunmak gerekir.** Temyiz dilekçesine eklenen PTT makbuzlarına göre de temerrüde esas olan aylara ait kira paralarının ihtardan evvel konutta ödemeli olarak daacıya gönderildiği belirtildiğinden yukarda belirtilen ve delil ibrazı için verilen mehil bir **hakkın istihsalini** önler ve **savunmayı kısıtlar nitelik**tedir".

2) Yargıtay, bu kararında açıkça söylememekle birlikte, ilk derece mahkemesinin tayin ettiği sürenin (yani, verdiği kesin mehilin) uzunluğunu az bulmakta ve bu kanısını, duruşmanın iki aydan fazla bir zaman sonraya bırakılmasına dayandırmaktdır.

Yargıtay, benzer olaylarda verdiği diğer bazı kararlarında sorunu, daha kesin ve net bir şekilde şöyle ifade etmektedir: "... duruşma iki ayı aşkın bir zamana talik edildiiğ halde davacıya on gün gibi **çok kısa** ve kesin mehil verilmesi usul ve kanuna aykırıdır" (12); "... Yasanın 163 üncü maddesi uyarınca ilgili tarafa verilen önel ve kesin önele ilişkin ara kararında... tanınan **sürenin yeterli ve elverişli olması gerekir**" (13). Görüldüğü gibi, Yargıtay, hâkimin tayin ettiği kesin sürenin uzunluğunu denetlemektedir.

Ancak, burada karşımıza hemen başka bir soru çıkmaktadır: Acaba hâkim, davalıya on günden uzun bir süre (mehil) verebilir mi? HUMK m. 180, I hükmü, **davacının** elinde bulunan belgeleri dilekçeye ekleyerek vermesi gerektiğini düzenlemekte ve buna uyulmaması halinde, hâkimin ilk oturumda davacıya **on günlük kesin mehil** vereceğini II nci fıkrada belirtmektedir (14). Kanunun âmir (buyurucu) hükmü nedeniyle hâkim da-

---

tesini ve delillerini bildirmek üzere mehil verilmiş, ancak ertelenen oturumda davacı vekiline mazereti kabul edilerek yargılama başka bir güne bırakılmıştır. Bu yargılama oturumunda tanık listesi verilmek üzere davacı vekili tarafından mehil istenmiş olup, ancak bu talep HUMK'nun 180 inci maddesi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. 2494 sayılı Yasayla değişik 1086 sayılı HUMK'nun 180. maddesinde, dava dilekçesinde sözü edilen ve davacının elinde bulunan belgelerden sözedilmiştir. Tanık listesi maddede yazılı belgelerden sayılmaz. Şu durumda 180 inci maddenin tanık listesi hakkında uygulanması mümkün değildir" (8. HD. 10.10.1984, 8650/8767: Yasa Hukuk Dergisi, Ekim 1984 (10) s. 1491 no. 817).

(12) 6. HD 22.10.1974, 4604/4549 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1975/11-12, s. 1034-1037).

(13) HGK 18.2.1983, 1-1284/141 (Yargıtay Kararları Dergisi 1983/10, s. 1439-1441).

(14) Bu hükmün gerekçesi için bkz. **Kuru/Yılmaz**, age, s. 70 dipnot 6.

vacıya on günden daha uzun bir süre (mehil) veremeyecektir. Buna karşılık, **davalının** elinde bulunan belgelerin mahkemeye verilmesiyle ilgili HUMK m. 195'e göre, davalı cevabını ve delillerini, dava dilekçesinin kendisine tebliği tarihinden itibaren on gün "veya **hâkim tarafından bir süre tayin edilmişse o süre içinde"** mahkeme kalemine bildirmek zorundadır. Görüldüğü gibi, HUMK m. 195 açısından hâkimin davalıya vereceği süre (ki, bu kesin bir süre -mehil- de olabilir, HUMK m. 163/cümle 3), HUMK m. 180, II'de olduğu gibi, "on gün" ile sınırlı değildir; hâkim, takdir yetkisini kullanarak sürenin uzunluğunu tesbit edecektir. İşte, yazımın konusunu oluşturan Yargıtay kararında belirtildiği gibi, hâkim davalıya on günlük kesin süre vermiş ve fakat buna karşılık, yargılamayı iik aydan fazla bir zaman sonraya bırakmıştır; yani, süreyi kısa bulmanın gerekçesi "yargılamanın iki ay sonraya bırakılmış olması"dır.

3) Kanımca, yalnız başına bu gerekçe (yani, yargılamanın iki ay sonraya bırakılmış olması gerekçesi), mahkemenin tayin ettiği on günlük kesin mehil vermesine ilişkin olan ara kararının yerinde olmadığını gösteremez. Çünkü, on günlük süre çok kısa bir süre değildir; hatta davacı bakımından 180 inci maddenin ikinci fıkrasına da konulmuş bulunan yeterli bir süredir. Eğer, kanun koyucu on günlük süreyi kısa görse idi, bunu 180 inci maddeye koymazdı. Bu açıdan, davalıya verilen on günlük süre, somut olayda başka bir özellik olmadığı takdirde yeterli olarak kabul edilebilir. Zira, davalının göstereceği deliller, ödemeye ilişkin makbuzlardır ve olaydan aksi anlaşılamadığına göre, bu makbuzlar davalının eilnde bulunmaktadır. Davalı bunları kolaylıkla, on gün içinde, mahkemeye sunabilecek imkâna sahiptir. Eğer davalı bu makbuzların elinde bulunmadığını, sözgelimi on gün içinde temin edemeyeceği bir yerde olduğunu iddia ediyorsa (ki, bu husus karardan anlaşılamamaktadır), o zaman on gün geçtikten sonra da bu delillerini mahkemeye sunabilir. Ancak, bunun yolu HUMK m. 166 vedevamı hükümlerinde düzenlenen eski hale getirme müessesesinden geçer. Eğer eski hale getirme koşulları gerçekleşmemiş ise (HUMK m. 167) ve süresinde talepte bulunulmazsa (HUMK m. 168) eski hale getirme de istenemeyecektir.

Olayda, hâkim davalıya on günlük kesin mehil vermiş ve davalı hâkimin verdiği bu kararın gereğini yapmamış (süreyi hiçbir faaliyette bulunmadan geçirmiş) ve duruşmanın bırakıldığı iki aydan sonraki bir tarihte delillerini sunmuştur. Yargıtay'ca, mahkemenin kesin mehil kararı, "uzunluk" açısından yerinde görülmediği için davalının delillerinin alınarak mahkemece değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır. Delillerin her duruşmada verilebileceği ve hatta bu konuda belli sürelerle tarafların sınırlanamayacağı gibi bir sonuç, belki olması gereken hukuk ve özellikle mahkemenin maddi gerçeği bulması amacı bakımından düşünülebilirse de, olan hukuk ve özellikle HUMK m. 180, 195 hükümleri karşı-

sında kabul edilmesi, olanaksız olmasa da, çok zor bir husustur. Aksi takdirde, hâkimin kesin mehil tayin edebilme yetkisinin ve buna ilişkin hükümlerin konuluş amaçlarını anlayabilmek olanaksız hale gelir.

Yargıtay'ın somut olayda verdiği karar, hâkimin kesin mehil tayin edebilme yetkisini gölgeler niteliktedir ve hâkimin verdiği karara saygıyı da bir ölçüde ihmal eder durumdadır.

Yargıtay'ın somut olaydaki kararı, sonuç itibariyle davanın uzamasına da yolaçar niteliktedir. Çünkü, eğer davalı kendisine verilen kesin mehil içinde delillerini sunsa idi, hâkim 20.4.1984 tarihli duruşmadan önce bunları değerlendirebilecek ve belki de 20.4.1984 tarihli duruşmada kararını da verebilecekti. Oysa, davalı delillerini 20.4.1984 tarihli duruşmada verdiği ve Yargıtay'ın bozma ilâmı gereği bunlar kabul edildiği için, hâkim bunları değerlendirebilmek için duruşmayı ertelemek zorunda kalmaktadır. Bu ise, davayı uzatan bir sonuçtur. Yargıtay, burada hiç olmazsa, mahkemeye yol göstermek açısından, "delilleri şimdi al; ancak davalı, davanın gecikmesine neden olduğu için, davalıyı celse harcına mahkûm et ve ayrıca yargılama giderlerinin hesabında HUMK m. 418/1 ve 3'ü de (15) gözönünde bulundur" demeliydi. Fakat Yargıtay bunu dahi yapmamıştır.

4 Yargıtay'ın somut olayda verdiği karar, genelleştirilerek davacı bakımından kesinlikle uygulanamaz. Yani, duruşmanın iki ay sonraya atıldığı bir davada, hâkimin davacıya delillerini göstermesi için on günlük kesin mehil vermesi halinde, hâkimin kararının yanlışlığından (yani, sürenin kısalığından) kesinlikle sözedilemez. Zira, HUMK m. 180, II'ye göre, hâkim zaten azami on günlük süre verebilir; daha uzun süre veremez. Somut olayda, mahkeme her iki tarafa da delillerini göstermeleri için on günlük kesin mehil vermiştir. Eğer davacı da sözgelimi delillerini on gün içinde göstermek durumunda olsa idi, o takdirde Yargıtay süreyi davacı bakımından yeterli ve fakat davalı bakımından yetersiz görecekti! Böyle bir sonuç taraflar arasındaki eşitliği zedeler nitelikte olurdu. Hernekadar, önce davacının delillerini vermesi ve bunun davalıya bildirilmesinden sonra, davalının karşı delillerini göstermesi, dolayısıyla davalı açısından, sürenin davacının delillerini aldıktan sonra başlatılması uygun olur ise de, somut olayda böyle bir durum da sözkonusu değildir.

5) Gerçi, hâkimin taraflara on günlük mehil verdikten sonra, yargı-

(15) HUMK m. 418'e göre: "Davanın esası hakkında lehine hüküm verilmiş olan taraf aşağıdaki hallerden birini yapmış ise masarifi muhakemenin tamamı veya bir kısmıyle mahkûm edilebilir: 1. Davayı bililtizam uzatmak, ... **3. Yedinde bulunup da hükme müessir olan vesikaları vakit ve zamaniyle hasmına bildirmemek."**

lamayı, olaydaki gibi iki ay sonraya değil de, daha yakın bir tarihe ertelemesi, elbette ki arzu edilirdi. Ancak, uygulamada iş çokluğu ve hâkim azlığı nedeniyle, duruşmalar arasında ortalama 1,5 - 2 aylık bir süre bulunmaktadır. Bu durum davaların uzaması sakıncası yaratmaktadır. Kanımca, bu sakıncanın ortadan kaldırılması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü hükümlerin zorlanması ile değil, doğrudan doğruya hâkim sayısının nitelik ve nicelik bakımından artırılmasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerin zorlanması, bir bütün olan Kanunun sistemini bozar ve arzu edilmeyen sonuçlara yolaçar.

Sonuç olarak, yazıma konu teşkil eden Yargıtay kararı, yanlış anlamlara yolaçabilecek niteliktedir kanısındayım.

HARCA TABİ TEMYİZ DİLEKÇESİNİN HARCI ALINMADAN TEMYİZ DEFTERİNE KAYDEDİLMİŞ OLMASI HALİNDE UYGULANMASI GEREKEN YASA HÜKÜMLERİ NELER OLMALIDIR?

Edip DOĞRUSÖZ (*)

Temyiz dilekçesi harca tabi olduğu halde hiç harç verilmeden temyiz defterine kaydedilmiş ve temyiz süresi geçirilmş olursa uygulanacak yasa hükmü neler olmalıdır.

Gerçekten H.U.M.K.nun 434 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında; harca tabi temyizlerde temyiz isteminin harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası ise, eksik harcın yatırıldığı sonra-dan anlaşılırsa ilgiliye 7 günlük bir ek süre içinde tamamlanması istenebilecektir. Yasada, temyiz dilekçesi harca tabi olduğu halde hiç harç alınmamış olması halinde neler yapılabileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum karşısında yasa boşluğu varmıdır, neler yapılabilecektir : Yargıtay'ın bu konu ile ilgili Yüksek Üçüncü Hukuk ve Dördüncü Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulunun kararları arasında ve diğer hukuk dairelerinin uygulamaları yönünden görüş ayrılıkları meydana gelmiştir.

Şöyleki; H.U.M.K.nun 2494 sayılı kanunla değişik 434. üncü maddesinin 3. fıkrasındaki eksik harç ödenmesi ile ilgili kuralın, harca tabi olmasına karşın, harç alınmadan temyiz defterine kaydedilen temyiz dilekçeleri hakkında da kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı konusunda meydana gelen uyuşmazlığın giderilmesi için konunun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunda görüşülmesi istenilmiştir.

Konunun Yargıtay Büyük Genel Kurulunda görüşülüp tartışılacak ve bir sonuca bağlanacağı umudundayız. Ancak biz burada ayrı ayrı görüş farklılığı olan Yüksek Daireleri ile Genel Kurulunun kararlarını açıklayacağız. Konu ile ilgili kanaatimizi ve katıldığımız görüşü belirteceğiz.

Yargıtay Yüksek 3. Hukuk Dairesinin 9.2.1984 gün ve 1984/395- esas, 1984/553 karar sayılı kararında : (... Mahkeme hükmünü 18.11.1983 tarihinde tebellüğ eden davacıların mahkemeye verdikleri temyiz dilekçesi,

---

(*) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

18.11.1983 tarihinde hakim tarafından kaleme havale edilmiş ve mahkeme yazı işleri müdürlüğünce 1983/66 sayı ile aynı tarihte temyiz defterine kaydedilmiş, ancak temyiz harcının tahsil edildiğine dair bir kayda raslanmamıştır.

H.U.M.K.nun 2494 sayılı kanunla değişik 434. maddesinin ikinci fıkrasında, harca tâbi temyiz istemlerinin harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılacağı belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında, harcın eksik ödendiği sonradan anlaşılan hallerde hakimin vereceği 7 günlük süre içinde harcın tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususunda yazılı olarak temyiz edene bildirilmesi ve sonucuna göre işlem yapılması hükme bağlanmış ise de, hiç harç yatırılmamış olması durumunda, yapılacak işlem belirtilmemiştir.

Kanundaki bu boşluğun temyiz dilekçesinin yasal süresi içinde verilip mahkeme yazı işleri müdürlüğünce kabul edilerek temyiz defterine de kaydedilmiş olması nedeniyle hiç harç alınmamış olmasının Harçlar Kanununun yanlış yorumu veya mahkeme kaleminin ihmalinden ileri geldiği bu ihmal veya yanlış yorumun sonucunun temyiz edene yükletilmesinin hakkaniyet ve adalet kavramları ile bağdaşamayacağı gözönünde bulundurularak hiç harç alınmadan temyiz defterine kaydedilen harca tabî temyiz istemlerine ilişkin dilekçe konusunda da noksan harç alınmış bulunan hallerde olduğu gibi 434. maddenin üçüncü fıkrasında öngörüldüğü üzere işlem yapılması suretiyle doldurulması uygun olacaktır.

Bu itibarla temyiz alınmış ise bunu gösteren belgenin dosyasına konulması, temyiz harcı alınmamış ise, H.U.M.K.nun 2494 sayılı Kanunla değiştirilen 434. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davacılara harcın tamamlanması için yazılı olarak bildirim yapılması ve sonucuna göre gerekli işlemlerin yapılması için dosyanın iade edilmek üzere mahalline gönderilmesine 9.2.1984 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.) şeklindedir.

Yargıtay Yüksek 4. Hukuk Dairesinin 2.2.1984 gün ve 1984/164 esas 1984/866 sayılı kararında ise:

(... Mahkeme kararlarına karşı temyiz isteklerinin harca tabi olmasına, bu harcın maktu ise tamamının nisbi ise dörtte birinin ilgili bulunduğu işlerin yapılmasından önce peşin olarak ödenmesi gerekmesine, davacı avukatı tarafından temyiz ederken harç yatırılmamış bulunmasına, harca tâbi işlerde sürenin harcın yatırıldığı güne göre hesaplanması gerekmesine, bu işte ilâmın davacıya tebliğ günü ile harç sonradan yatırılsa bile yatırılacağı güne kadar otuz günden fazla bir süre geçmiş olacağına göre temyiz istemi hakkında H.U.M.K.nun değişik 432. maddesinin dördüncü bendi uyarınca işlem yapılmak üzere dosyanın geri çevrilmesi gerekir.) demek suretiyle aksi bir görüşde olduğu anlaşılmıştır. Yüksek

Daire buna dayanak olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulunun 19.12.1983 gün ve 1983/7 esas 1984/3 karar sayılı kararının 2 nolu bendinin 5 ve 6 pragraflarındaki gerekçeye değinmektedir. Buna göre, dava açılma tarihi bakımında harç verilmemiş olsa dahi davanın, dava dilekçesinin mahkeme kalemindeki deftere kaydı tarihinde açılmış sayılacağına dair ileri sürülen görüş Büyük Kurulunca kabul edilmemiştir. Dairenin uygulaması Yargıtay Büyük Genel Kurulunun dava açılması tarihi bakımında belirttiği görüşle tam bir parelellik arz etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.5.1982 gün ve esas 1981/9-1180, K. 1982/494 sayılı kararıda şöyledir; (... Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü.

H.U.M.K.nun 16.7.1981 gün ve 2494 sayılı Yasa ile değişik 432. ve 434. maddeleri hükümlerine göre,

(... Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren hakim veya mahkeme başkanı tarafından verilecek 7 günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme, kararının temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir.) (Madde 434 fıkra 3)

(... Bu red kararı, tebliğinden itibaren 7 gün içinde temyiz edilebilir; temyiz edildiği ve gerekli giderler de yatırıldığı takdirde dosya kararı veren mahkemece Yargıtay'a yollanır. Yargıtay'ın ilgili dairesi temyiz isteminin reddine ilişkin kararı bozarsa, ilk temyiz dilekçesine göre temyiz istemini inceler...) (Madde 432. fıkra 5).

Temyiz incelemesine konu bu davada, direnme kararı 18.8.1981 gününden sonra verildiğinden az yukarıda sözü edilen değişik hükümlerin uygulanması gerekir. (2494 S. K. Geçici madde (d) bendi).

Direnme kararı, davalı DSİ Genel Müdürlüğü tarafından temyiz edilmiş ve fakat temyiz dilekçesi verilirken 492 sayılı Harçlar Kanununa göre gerekli temyiz harcı alınmamıştır. Gerçi 6200 sayılı Yasanın 49. maddesinde (Umum Müdürlüğünün varidatı kurumlar vergisinden ve muameleleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.) denilmekte ise de, bu bağışıklık idari işlemlere ilişkin olup, yargı harçlarını içermez. Nitekim, bu yön, Hukuk Genel Kurulunun 12.5.1982 gün ve 1982/5-341 E. 1982/493 K. sayılı ilamında da açıkca vurgulanmıştır. Bu nedenle, davalı idarenin harçla yükümlü tutulması ve temyiz harcını ödemesi gerekmektedir.

18.11.1983 tarihinde hakim tarafından kaleme havale edilmiş ve mahkeme yazı işleri müdürlüğünce 1983/66 sayı ile aynı tarihte temyiz defterine kaydedilmiş, ancak temyiz harcının tahsil edildiğine dair bir kayda raslanmamıştır.

H.U.M.K.nun 2494 sayılı kanunla değişik 434. maddesinin ikinci fıkrasında, harca tâbi temyiz istemlerinin harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılacağı belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında, harcın eksik ödendiği sonradan anlaşılan hallerde hakimin vereceği 7 günlük süre içinde harcın tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususunda yazılı olarak temyiz edene bildirilmesi ve sonucuna göre işlem yapılması hükme bağlanmış ise de, hiç harç yatırılmamış olması durumunda, yapılacak işlem belirtilmemiştir.

Kanundaki bu boşluğun temyiz dilekçesinin yasal süresi içinde verilip mahkeme yazı işleri müdürlüğünce kabul edilerek temyiz defterine de kaydedilmiş olması nedeniyle hiç harç alınmamış olmasının Harçlar Kanununun yanlış yorumu veya mahkeme kaleminin ihmalinden ileri geldiği bu ihmal veya yanlış yorumun sonucunun temyiz edene yükletilmesinin hakkaniyet ve adalet kavramları ile bağdaşamayacağı gözönünde bulundurularak hiç harç alınmadan temyiz defterine kaydedilen harca tabî temyiz istemlerine ilişkin dilekçe konusunda da noksan harç alınmış bulunan hallerde olduğu gibi 434. maddenin üçüncü fıkrasında öngörüldüğü üzere işlem yapılması suretiyle doldurulması uygun olacaktır.

Bu itibarla temyiz alınmış ise bunu gösteren belgenin dosyasına konulması, temyiz harcı alınmamış ise, H.U.M.K.nun 2494 sayılı Kanunla değiştirilen 434. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davacılara harcın tamamlanması için yazılı olarak bildirim yapılması ve sonucuna göre gerekli işlemlerin yapılması için dosyanın iade edilmek üzere mahalline gönderilmesine 9.2.1984 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.) şeklindedir.

Yargıtay Yüksek 4. Hukuk Dairesinin 2.2.1984 gün ve 1984/164 esas 1984/866 sayılı kararında ise:

(... Mahkeme kararlarına karşı temyiz isteklerinin harca tabi olmasına, bu harcın maktu ise tamamının nisbi ise dörtte birinin ilgili bulunduğu işlerin yapılmasından önce peşin olarak ödenmesi gerekmesine, davacı avukatı tarafından temyiz ederken harç yatırılmamış bulunmasına, harca tâbi işlerde sürenin harcın yatırıldığı güne göre hesaplanması gerekmesine, bu işte ilâmın davacıya tebliğ günü ile harç sonradan yatırılsa bile yatırılacağı güne kadar otuz günden fazla bir süre geçmiş olacağına göre temyiz istemi hakkında H.U.M.K.nun değişik 432. maddesinin dördüncü bendi uyarınca işlem yapılmak üzere dosyanın geri çevrilmesi gerekir.) demek suretiyle aksi bir görüşde olduğu anlaşılmıştır. Yüksek

Daire buna dayanak olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulunun 19.12.1983 gün ve 1983/7 esas 1984/3 karar sayılı kararının 2 nolu bendinin 5 ve 6 pragraflarındaki gerekçeye değinmektedir. Buna göre, dava açılma tarihi bakımında harç verilmemiş olsa dahi davanın, dava dilekçesinin mahkeme kalemindeki deftere kaydı tarihinde açılmış sayılacağına dair ileri sürülen görüş Büyük Kurulunca kabul edilmemiştir. Dairenin uygulaması Yargıtay Büyük Genel Kurulunun dava açılması tarihi bakımında belirttiği görüşle tam bir parelellik arz etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.5.1982 gün ve esas 1981/9-1180, K. 1982/494 sayılı kararıda şöyledir; (... Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü.

H.U.M.K.nun 16.7.1981 gün ve 2494 sayılı Yasa ile değişik 432. ve 434. maddeleri hükümlerine göre,

(... Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren hakim veya mahkeme başkanı tarafından verilecek 7 günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme, kararının temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir.) (Madde 434 fıkra 3)

(... Bu red kararı, tebliğinden itibaren 7 gün içinde temyiz edilebilir; temyiz edildiği ve gerekli giderler de yatırıldığı takdirde dosya kararı veren mahkemece Yargıtay'a yollanır. Yargıtay'ın ilgili dairesi temyiz isteminin reddine ilişkin kararı bozarsa, ilk temyiz dilekçesine göre temyiz istemini inceler...) (Madde 432. fıkra 5).

Temyiz incelemesine konu bu davada, direnme kararı 18.8.1981 gününden sonra verildiğinden az yukarıda sözü edilen değişik hükümlerin uygulanması gerekir. (2494 S. K. Geçici madde (d) bendi).

Direnme kararı, davalı DSİ Genel Müdürlüğü tarafından temyiz edilmiş ve fakat temyiz dilekçesi verilirken 492 sayılı Harçlar Kanununa göre gerekli temyiz harcı alınmamıştır. Gerçi 6200 sayılı Yasanın 49. maddesinde (Umum Müdürlüğünün varidatı kurumlar vergisinden ve muameleleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.) denilmekte ise de, bu bağışıklık idari işlemlere ilişkin olup, yargı harçlarını içermez. Nitekim, bu yön, Hukuk Genel Kurulunun 12.5.1982 gün ve 1982/5-341 E. 1982/493 K. sayılı ilamında da açıkca vurgulanmıştır. Bu nedenle, davalı idarenin harçla yükümlü tutulması ve temyiz harcını ödemesi gerekmektedir.

Öte yandan, 492 sayılı Harçlar Kanununun 32. maddesine göre, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamaz.

O halde, direnme kararını temyiz eden davalı idarece ödenmesi, gerekli temyiz harcı alınmadığından, bu eksikliğin giderilmesi ve H. U. M. K.-nun yukarıda sözü edilen değişik hükümlerine göre gerekli işlemin yapılması için dosya mahkemesine geri çevrilmelidir.

SONUÇ : Dosyanın yukarıda gösterilen nedenlerle GERİ ÇEVRİLMESİNE 12.3.1982 gününde oyçokluğu ile karar verildi.)

Yukarıda açıklanan kararlardan anlaşılacağı gibi, Yargıtay'ın Yüksek Daireleri arasındaki içtihad uyuşmazlığını şöyle özetleyebiliriz:

Yargıtay Yüksek 4. Hukuk Dairesinin görüşüne göre, harca tabi konularda temyiz dilekçesi verildiğinde gerekli harç yatırılmamışsa ve temyiz süresi geçmiş olursa, harcın sonradan yatırılmasının hukuki bir sonuç doğurmayacağından H. U. M. K.nun 2494 sayılı kanunla değişik 432. maddesinin 4. fıkrası gereğince işlem yapılması gerektiği yolundadır.

Yüksek 3. Hukuk Dairesi kararlarında ise, aksi bir görüşle, harca tabi olduğu halde harç alınmadan temyiz defterine kaydedilen temyiz dilekçesi hakkında eksik harç alınmış durumlarda olduğu gibi aynı yasanın 434/3. maddesi uyarınca işlem yapılması yolundadır.

Gerçekten H. U. M. K.nun 434. maddesinin 2. fıkrası harca tabi temyizlerde, temyiz isteminin harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası bu kurala bir istisna getirerek eksik harç yatırıldığının sonradan anlaşılması halinde, ilgiliye bir uyarıda bulunulmamı ve 7 gün-lük bir ek süre verilerek eksiklikler tamamlattırılmak suretiyle temyiz isteminin geçerli kılma olanağını getirmiştir. Yasa, yanlış hesap sonucu eksik harç alınması halinde yapılacak işlemi öngörmüştür. Hiç harç alınmamış olması durumunu hükme bağlamamış ve böylece bir yasa boşluğu olarak nitelendirilmiş, kıyas yoluna gidilerek 3. fıkranın uygulanması gereği duyulmuştur.

Gerçekte harca tabi bir temyiz isteminde, mahkeme yanılgı sonucu veya tereddüt halinde harca tabi olmadığı kanaatine varabilir. Bu halde temyiz dilekçesi kabul edilerek temyiz defterine kaydedilmiş ve dosya Yargıtay'a gönderilmiş olabilir. Böyle durumlarda temyiz edenin eksik harcı yatıran gibi 434. maddenin 3. fıkrasında belirtilen ek süreden yararlandırılması ve sözü edilen fıkranın kıyasen uygulanması en doğal bir hukuk kuralıdır.

Yüksek 4. Hukuk Dairesinin sözünü ettiği 19.12.1983 gün ve 1983/7

esas 1984/3 sayılı Tevhidi İçtihad Kararı; davanın ne zaman açılmış ve dava dilekçesinin mahkeme kalemine ne zaman kaydedilmiş sayılacağına ilişkin olup, konumuzla ilgili bulunmamaktadır. Zira, konumuzda çözümü gerektiren husus, eksik harç yatırana yasa ile tanınan uyarı ve 7 günlük ek sürenin bir yanılgı sonucu kendisinden hiç harç alınmayan kişiye de tanınmasıdır.

Kanaatımız, Yargıtay Yüksek 3. Hukuk Dairesinin kararlarında belirtildiği gibi 434. maddenin 3. fıkrası ile eksik harç yatırana tanınan uyarı ve ek süre hakkının, kendisinden harç istenmeden dilekçesi temyiz defterine kaydedilene de tanınması gerektiği görüşündeyiz. Şüphsiz, konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca görüşülerek en uygun sonuca ulaşılacaktır.

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULUNA ÜYE SEÇİLEBİLMEK İÇİN EHLİYET ŞARTI

Yrd. Doç. Dr. Rıza AYHAN (*)

GİRİŞ

Bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu, kanunla öngörülmüş zaruri bir organdır. Bu husus TK m. 317'de "Anonim Şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur." şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple, yönetim kurulu, anonim şirketin kanuni mümessili olarak görev yapar ve vazifesini heyet olarak ifa eder.

Anonim Şirketin idare ve temsil organı olan yönetim kurulu üyesi olabilmek için, kanun, bazı nitelikler aradığı gibi, esas mukavele ile de bu yolda hükümler sevkedilebilir. Yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için kanunun aradığı ilk şart, üyenin gerçek kişi olmasıdır (TK m. 312/II). Anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilmek için, anonim şirkette pay sahibi olmak şart değildir. Ancak pay sahibi olmayan bir kişi, yönetim kurulu üyesi seçilmişse, bu sıfatı iktisap etmeden göreve başlayamaz (TK 312/II).

Anonim şirket esas mukavelesi ile de, yönetim kurulu üyelerinde bazı nitelikler aranabilir.

Bu kısa izahtan ve TK m. 312 vd. maddelerinin tetkikinden de anlaşılacağı gibi, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişi olması mecburiyeti hükme bağlanmış olmasına rağmen, bunlarnı ehliyeti hususu düzenlenmemiştir. Kanunumuzun bu düzenleme eksikliği doktrinde tartışmalara yol açmış, müelliflerden bazıları (1) yönetim kurulu üyeliği için kullanma (fiil) ehliyetinin ararken, bir kısım müellifler (2) yönetim kurulu üyeliğine seçilecek gerçek kişinin mümeyyiz olması kâfidir ve mümeyyiz

---

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) T. Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, b. 4, Ankara 1973, s. 92-93; F. Tekil, Şirketler Hukuku, İstanbul 1981, s. 275; Poroy-Tekinalp-Çamoğlu, Ortalıklar ve Kooperatif Hukuku, b. 3, İstanbul 1984, s. 261; Ö. Teoman İkt. Mal. D., S., 416-422 İ. Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara

(2) H. Arslanlı, Anonim Şirketler, C. II, İtanbul, 1959, s. 90-91; O. İmregün, Kara Ticaret Hukuk Dersleri, b. 7, İstanbul 1984, s. 361-362

olmak şartıyla küçük ve mahcurların seçimine mani yoktur, fikrini savunmaktadırlar.

Yargıtayımız, geçenlerde yayımlanan bir kararıyla (3) doktrinde tartışmalı olan hususa açıklık getirmeye çalışmış ve baskın olan görüşe katılmıştır.

Yargıtay 11 HD.nin E. 1986/6762, K. 1986/6565, T. 5.12.1986 sayılı kararında "Şirket ortağı sıfatını taşıyan küçüğün anonim şirkette yönetim kurulu üyeliği yapabilip yapamıyacağına ilişkin soruna gelince; bu konuda özel düzenlemeyi teşkil eden TTK nun anonim şirketler yönetim kuruluyla ilgili hükümlerinin öncelikle incelenmesi gerekmektedir. TTK nun yönetim kurulu üyelerinin sıfatıyla ilgili 312. maddesinin 2. fıkrası, sadece şirket ortağı sıfatının yönetim kurulu üyeliği seçimi için yeterli görüldüğü izlenimini yaratıyorsa da yine aynı yasanın 315. maddesinin 2. fıkrasında yönetim kuruluna seçilen bir kişinin sonradan ehliyetinin kısıtlanması hali, onun görevinin kendiliğinden sona erdirilme sebebi kabul edildiğine göre, yönetim kuruluna seçilecek kişinin başlangıçta da kısıtlı olmaması diğer bir deyişle, bu göreve seçilebilmesi için tam ehliyetli olması gerektiği sonucuna varılmaktadır." görüşünü savunmuştu.r

Yargıtay 11. HD nin kararında sadece tam ehliyetlilerin anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilebileceği belirtilmiş ve bu hususta kullanma ehliyetinin hiç bulunmaması ile mahdut ehliyet hallerini herhangi bir ayırıma tabi tutmamıştır. Halbuki şahsın hukukunu inceleyen eserlerin birçoğu (4), kullanma (fiil) ehliyetini tam ehliyetler, tam ehliyetsizler diye bir tasnife tabi tutmaktadır (5).

Biz araştırmamızda, öncelikle yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeliği kavramını inceleyip, şahsın kullanma (fiil) ehliyetlerini tek tek nazara alarak, bunların anonim şirket yönetim kurulu üyesi olup olamayacağını tesbit etmenin daha faydalı olduğu görüşünden hareket edeceğiz.

I —) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyeliği

TK, Anonim Şirketlerde idare meclisi (TK m. 317-341), murakıplar

(3) 11. HD. E. 1986/6762, K. 1986/6565, T. 512.1986 (YKD, C. 13, S. 3, Mart 1987, s. 429-433)

(4) Bkz., B. Öztan, Şahsın Hukuku, Ankara 1987, s. 34 vd.; J. Akipek, Türk Medeni Hukuku, C. I, 2. Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara, s. 35 vd.; A. Zevkliler, Medeni Hukuk, Diyarbakır 1986, s. 181

(5) Diğer bir kısım müelliflerin görüşüne göre, ehliyet üç grup altında toplanmalıdır. Tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler ,sınırlı ehliyetsizler bkz. M. Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, b. 2, İstanbul 1984, s. 64 vd.

(TK m. 347-359) ve umumî heyet (TK m. 360-398) olmak üzere üç kanunî ve mecburî organ kabul etmiştir.

Her şirket türüne ait hükümler saklı kalmak kaydiyle MK un 47 ve 48 nci maddeleri anonim şirketler hakkında da uygulanır. Bu duruma göre, tüzel kişilerin medenî hakları kullanma yetkisi, kanuna ve esas mukavelelerine göre, bu husus için gerekli organlara malik olmaları ile başlar (MK m. 17). Keza tüzel kişinin iradesi, organları vasıtasıyla ifade olunur. Organlar hukukî tasarrufları veya diğer herhangi fiilleri ile tüzel kişiyi, ilzam ederler (MK m. 48/I, II).

Anonim Şirketin doğumu ve varlığı organların mevcudiyetine yakından bağlıdır. Organların şirketin faaliyeti esnasında da, mevcut olmaya devam etmeleri şarttır. Zira, Ticaret Kanunu'nun 435. maddesine göre, şirketin tescilinden sonraki safhada, şirketin kanunen lüzumlu organlarından biri mevcut olmazsa (6) pay sahiplerinden veya şirket alacaklılarından birinin yahut Ticaret Bakanlığının talebi üzerine, mahkeme şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmek için belirli bir süre tayin eder ve buna rağmen durum düzeltilmezse, şirketin feshine karar verilir.

Yönetim Kurulu, anonim şirketin idare ve temsil yetkisini, haiz, kanunla öngörülmüş zarurî bir organdır. "Anonim Şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur." (TK m. 317). Bu sebeple, Yönetim Kurulu, Anonim Şirketin kanuni mümessilidir (7). Yönetim Kurulu bu görevini kurul halinde ifa eder.

Yönetim Kurulu, bu niteliği gereği genel kurulu aksine olarak daimi bir organdır. Anonim şirketin tüzel kişiliği tescille kazandığı andan (TK m. 301/3) feshedilip, tasfiyeye girdiği, hatta sınırlı olmakla beraber tasfiye süresince dahi (TK m. 440, 441) şirketi yönetir, temsil eder, şirketin şirket alacaklılarının ve pay sahiplerinin hak ve çıkarları üzerinde etkili olur (8).

Hukukumuza göre anonim şirketlerde yönetim kurulu en az üç üyeden teşekkül eder (TK m. 312). Ani kuruluşta ilk yönetim kurulu üyelerinin esas mukavele ile tayini mecburi (TK m. 289/4, 5, 303) tedrici kuruluşta ise mümkündür (TK m. 292). Tedrici kuruluşta yönetim kurulu

(6) Veya pay sahiplerinin sayısı beşten aşağı düşer, yahut genel kurul toplanamazsa.

(7) Yargıtay, 7.4.1965 gün, E. 547/D, İc. İf. K. 158 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında "iflasına hükmedilmiş bir kimsenin, bir ticaret şirketinin temsilcisi olmasına kanuni bir engel yoktur. BK nun 35 ve 397. maddeleri kamu düzeni niteliği taşımaktadır." görüşünü savunmaktadır. Bkz. S. Akyazgan, TTK ve ilgili mevzuat, Ankara 1971, s. 232

(8) İmregün, s. 358-359

olmak şartıyla küçük ve mahcurların seçimine mani yoktur, fikrini savunmaktadırlar.

Yargıtayımız, geçenlerde yayımlanan bir kararıyla (3) doktrinde tartışmalı olan hususa açıklık getirmeye çalışmış ve baskın olan görüşe katılmıştır.

Yargıtay 11 HD.nin E. 1986/6762, K. 1986/6565, T. 5.12.1986 sayılı kararında "Şirket ortağı sıfatını taşıyan küçüğün anonim şirkette yönetim kurulu üyeliği yapabilip yapamıyacağına ilişkin soruna gelince; bu konuda özel düzenlemeyi teşkil eden TTK nun anonim şirketler yönetim kuruluyla ilgili hükümlerinin öncelikle incelenmesi gerekmektedir. TTK nun yönetim kurulu üyelerinin sıfatıyla ilgili 312. maddesinin 2. fıkrası, sadece şirket ortağı sıfatının yönetim kurulu üyeliği seçimi için yeterli görüldüğü izlenimini yaratıyorsa da yine aynı yasanın 315. maddesinin 2. fıkrasında yönetim kuruluna seçilen bir kişinin sonradan ehliyetinin kısıtlanması hali, onun görevinin kendiliğinden sona erdirilme sebebi kabul edildiğine göre, yönetim kuruluna seçilecek kişinin başlangıçta da kısıtlı olmaması diğer bir deyişle, bu göreve seçilebilmesi için tam ehliyetli olması gerektiği sonucuna varılmaktadır." görüşünü savunmuştu.r

Yargıtay 11. HD nin kararında sadece tam ehliyetlilerin anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilebileceği belirtilmiş ve bu hususta kullanma ehliyetinin hiç bulunmaması ile mahdut ehliyet hallerini herhangi bir ayırıma tabi tutmamıştır. Halbuki şahsın hukukunu inceleyen eserlerin birçoğu (4), kullanma (fiil) ehliyetini tam ehliyetler, tam ehliyetsizler diye bir tasnife tabi tutmaktadır (5).

Biz araştırmamızda, öncelikle yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeliği kavramını inceleyip, şahsın kullanma (fiil) ehliyetlerini tek tek nazara alarak, bunların anonim şirket yönetim kurulu üyesi olup olamayacağını tesbit etmenin daha faydalı olduğu görüşünden hareket edeceğiz.

I —) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyeliği

TK, Anonim Şirketlerde idare meclisi (TK m. 317-341), murakıplar

(3) 11. HD. E. 1986/6762, K. 1986/6565, T. 512.1986 (YKD, C. 13, S. 3, Mart 1987, s. 429-433)

(4) Bkz., B. Öztan, Şahsın Hukuku, Ankara 1987, s. 34 vd.; J. Akipek, Türk Medeni Hukuku, C. I, 2. Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara, s. 35 vd.; A. Zevkliler, Medeni Hukuk, Diyarbakır 1986, s. 181

(5) Diğer bir kısım müelliflerin görüşüne göre, ehliyet üç grup altında toplanmalıdır. Tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler ,sınırlı ehliyetsizler bkz. M. Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, b. 2, İstanbul 1984, s. 64 vd.

(TK m. 347-359) ve umumî heyet (TK m. 360-398) olmak üzere üç kanunî ve mecburî organ kabul etmiştir.

Her şirket türüne ait hükümler saklı kalmak kaydiyle MK un 47 ve 48 nci maddeleri anonim şirketler hakkında da uygulanır. Bu duruma göre, tüzel kişilerin medenî hakları kullanma yetkisi, kanuna ve esas mukavelelerine göre, bu husus için gerekli organlara malik olmaları ile başlar (MK m. 17). Keza tüzel kişinin iradesi, organları vasıtasıyla ifade olunur. Organlar hukukî tasarrufları veya diğer herhangi fiilleri ile tüzel kişiyi, ilzam ederler (MK m. 48/I, II).

Anonim Şirketin doğumu ve varlığı organların mevcudiyetine yakından bağlıdır. Organların şirketin faaliyeti esnasında da, mevcut olmaya devam etmeleri şarttır. Zira, Ticaret Kanunu'nun 435. maddesine göre, şirketin tescilinden sonraki safhada, şirketin kanunen lüzumlu organlarından biri mevcut olmazsa (6) pay sahiplerinden veya şirket alacaklılarından birinin yahut Ticaret Bakanlığının talebi üzerine, mahkeme şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmek için belirli bir süre tayin eder ve buna rağmen durum düzeltilmezse, şirketin feshine karar verilir.

Yönetim Kurulu, anonim şirketin idare ve temsil yetkisini, haiz, kanunla öngörülmüş zarurî bir organdır. "Anonim Şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur." (TK m. 317). Bu sebeple, Yönetim Kurulu, Anonim Şirketin kanuni mümessilidir (7). Yönetim Kurulu bu görevini kurul halinde ifa eder.

Yönetim Kurulu, bu niteliği gereği genel kurulu aksine olarak daimi bir organdır. Anonim şirketin tüzel kişiliği tescille kazandığı andan (TK m. 301/3) feshedilip, tasfiyeye girdiği, hatta sınırlı olmakla beraber tasfiye süresince dahi (TK m. 440, 441) şirketi yönetir, temsil eder, şirketin şirket alacaklılarının ve pay sahiplerinin hak ve çıkarları üzerinde etkili olur (8).

Hukukumuza göre anonim şirketlerde yönetim kurulu en az üç üyeden teşekkül eder (TK m. 312). Ani kuruluşta ilk yönetim kurulu üyelerinin esas mukavele ile tayini mecburi (TK m. 289/4, 5, 303) tedrici kuruluşta ise mümkündür (TK m. 292). Tedrici kuruluşta yönetim kurulu

(6) Veya pay sahiplerinin sayısı beşten aşağı düşer, yahut genel kurul toplanamazsa.

(7) Yargıtay, 7.4.1965 gün, E. 547/D, İc. İf. K. 158 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında "iflasına hükmedilmiş bir kimsenin, bir ticaret şirketinin temsilcisi olmasına kanuni bir engel yoktur. BK nun 35 ve 397. maddeleri kamu düzeni niteliği taşımaktadır." görüşünü savunmaktadır. Bkz. S. Akyazgan, TTK ve ilgili mevzuat, Ankara 1971, s. 232

(8) İmregün, s. 358-359

üyeleri esas mukavele ile tayin edilmemişlerse kuruluş genel kurulunca seçilirler (TK m. 289).

Yukarıda izah ettiğimiz kuruluş safhası haricinde yönetim kurulu üyelerinin seçimi yetkisi, kural olarak, genel kurula aittir (TK m. 312). Ancak ölüm, temyiz kudretini kaybetme, istifa v.s. gibi bir sebeple üyeliğin açılması durumunda, TK m. 275 hükmü saklı kalmak kaydıyla, yönetim kurulunun, kanuni şartları haiz bir kimseyi ilk toplanacak genel kurulun onayına sunma şartı altında geçici olarak seçme yetkisi vardır (TK 315/1).

Yönetim Kurulu üyeleri en çok üç yıl için seçilebilirler. Esas sözleşmede aksi hükme bağlanmamışsa tekrar seçilmeleri caizdir (TK m. 314). Yönetim Kurulu üyeliği için Ticaret Kanunu tarafından aranan şartlar, seçilecek üyenin gerçek kişi ve (TK 275 hükmü saklı kalmak kaydıyla) pay sahibi olmasıdır (9).

Yönetim Kurulu üyeliğine seçilecek kişilerde kullanma (fiil) ehliyetinin aranıp aranmıyacağı hususunda Ticaret Kanununda herhangi bir hüküm yoktur.

Bütün hukuk sistemlerinde, hukukî durumu değişik şekilde düzenlenmiş olsa dahi, şirketin işlerini idare ve şirketi temsil etmek görev ve yetkilerine sahip olan, Ticaret Kanunu'muzda "İdare Meclisi" olarak düzenlenmiş bir kurul vardır. Bu kısımda, bilhassa anonim şirketlerle ilgili Ticaret Kanunu hükümlerinin hazırlanması esnasında, hukukumuzu etkileyen İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesiyle Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda yönetim kurulundan kısaca bahsedeceğiz.

1) İsviçre Hukukunda Yönetim Kurulu

İsviçre hukukunda da, yönetim kurulu, şirketi idare eden ve onu üçüncü şahıslara karşı temsil eden bir organdır (İBK m. 717). İsviçre Borçlar Kanunu, Yönetim Kurulu, nezaret kurulu ve genel kurul ayrımı yapan Alman hukukunun aksine olarak, yönetim organını kontrol makamından ayırmamıştır. Başka bir ifadeyle, şirketin idaresi ile şirket işlerine nezareti birbirinden tefrik etmemiş bulunmaktadır (10).

İsviçre'de anonim şirketin idaresi, bir tek kişiye verilebilir (İBK m. 707/I, 711/I). Yönetim Kurulu'nun tek bir şahıstan terekküp ettiği basit

(9) Pay sahibi olmayan kimseler yönetim kurulu üyesi seçildikleri takdirde, bunlar pay sahibi sıfatını kazandıktan sonra işe başlayabilirler. (TK m. 312) Ayrıca yönetim kuluna seçilen kişinin aynı zamanda denetçi olmaması gerekir. (TK m. 317)

(10) F. v. Steiger (Çev. T. Çağa) İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, İst. 1966, s. 255 vd.

durumlarda bütün yetkiler bu tek üyenin şahsında toplanır. Fakat böyle basit bir idari teşkilat ancak nadir hallerde kâfi gelebilir. Bu itibarla büyük şirketler esas mukavelelerinde sadece birden çok üyesi bulunan bir yönetim kurulu (İBK m. 712/I) öngörmekle yetinmemekte, aynı zamanda kanunun yönetim kuruluna tanıdığı yetkiler yönetim kurulu ve müdür arasında taksim edilerek işlerin yönetimi, yani mutad işletmeden mâdut bütün faaliyet müdüriyete devir edilmekte ve yönetim kuruluna ancak yüksek idare adı verilen fonksiyon bırakılmaktadır (11).

Türk Hukukunda olduğu gibi (TK m. 312/II), İsviçre hukukunda da, ancak şirkete ortak olanlar yönetim kuruluna seçilebilirler. Bununla beraber, pay sahibi olmayan kimseler yönetim kuruluna seçildikleri takdirde, pay sahibi sıfatını kazanmadan göreve başlıyamazlar (İBK m. 707/II). Keza yalnız gerçek kişiler, şirket yönetim kuruluna üye olabilirler (İBK m. 707/III) (12).

İsviçre Borçlar Kanununda yönetim kuruluna seçilme ehliyeti hakkında 707 ve 711. maddeler haricinde bir hüküm yoktur. Ancak esas mukaveleye seçilme ehliyeti ile ilgili hükümlerin konulması mümkündür. Esas mukavelede böyle bir hüküm yoksa, genel kurul kimi uygun görürse onu seçmekte serbesttir (13). İsviçre doktrininde (14) ve Federal Mahkemede (15) kabul edildiği gibi, seçilebilmek için temyiz kudretine sahip olmak şarttır. Buna mukabil medenî hakları kullanmaya tamamen ehil bulunmak şart değildir. Gerçekten de, yukarıda da zikrettiğimiz gibi, İsviçre doktrin ve tatbikatı, küçükler ve mahcurların da şirketin yönetim kurulu üyeliğine seçilmelerinin caiz olduğu görüşünü paylaşmaktadırlar (16).

2) Alman Hukukunda Yönetim Kurulu

Alman hukukunda da, anonim şirket organları içinde, yönetim kurulunun idare ve temsil yetkisi esastır (AktG§ 71) (17). Alman anonim şir-

---

(11) Steiger, s. 257

(12) Steiger, s. 258-259

(13) Steiger, s. 260

(14) Steiger, s. 261; F. Funk, Kommentardes Obligationsrechts, B. II; Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, Art 707 Anm. 1.

(15) BGE 84 II 684; Pr. 49 Nr 101, s. 300; 53 Nr 35, s. 98 11; BGE 89 II 387 (Steiger, s. 261)

(16) Aksi kanaat için bkz. Schlegelberger-Quassowski, Kommentar zum deutschen Aktiengesetz, 3. Aufl., § 75 Anm. 4 ve § 86 Anm. 13.

(17) Alman hukukunda murakabe meclisine muayyen neviden muamelelere iştirak yetkisi de verilebilirse de kanundaki bir iki istisna dışındaki meclisin prensip itibariyle temil yetkisi yoktur (krş. HGB§ 247 ve AktG§ 111-112).

ketler kanununa göre yönetim kurulu, İsviçre'de olduğu gibi, bir veya birden ziyade hakiki şahıstan oluşmaktadır (AktG§ 76). Şirket esas sermayesinin üç milyon marktan fazla olması ve esas mukavelede aksi belirtilmemesi hallerinde yönetim kurulunun en az iki gerçek kişiden oluşturulması gerekir (AktG§ 76).

1937 tarihli eski Anonim Şirketler Kanunu § 70'de, halen memleketimizde ve İsviçre'de olduğu gibi yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için tam ehliyeti arayan bir hüküm mevcut değildi. Bu husus Alman doktrininde ve tatbikatında tartışmalara yol açmıştı. Ne var ki, Hükümet Tasarısına ilişkin gerekçeden de anlaşılacağı gibi, medenî hakları kullanma ehliyetinden tümü ile mahrum bulunan ya da bu hakkı kısıtlanmış bir kişinin yönetim kurulu üyesi olabilmesi, bu mevkiin sağladığı haklar ve yüklediği borçlar ile bağdaşmadığı görüşünden hareket ederek, genellikle yönetim kurulu üyeliği için tam ehliyet aranmıştır. Bu sebeple 1965 tarihli Anonim Şirketler Kanununun kabulü esnasında AktG§ 70'e bir üçüncü fıkra ilâve edilerek tartışmalara son verilmiş ve yönetim kurulu üyeliği sıfatı, ancak hakları kullanma (fiil) ehliyeti kısıtlanmamış bulunan, yani tam ehliyetli kişilere, kanunun açık hükmüyle, tanınmıştır (AktG§ 70, 1. 3).

3) Türk Hukukunda Yönetim Kurulu

Türk Hukukunda da, yukarıda kısmen zikrettiğimiz gibi, anonim şirket yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunur (TK m. 317) (18).

Yönetim Kurulu tüzel kişinin kanunî mümessili olup, şirket idaresinde işletme sahibi gibi bir vaziyet işgal eder (19). Yönetim Kurulu esas mukavele ile tayin veya genel kurul tarafından seçilmekle beraber, görev ve yetkileri Ticaret Kanununun anonim şirketlerin teşkilatına mütedair hükümlerine dayanır.

Türk Ticaret kanununa göre anonim şirketlerin esas mukavele ile tayin veya genel kurulca seçilmiş en az üç gerçek kişiden ibaret bir yönetim kurulu bulunması mecburidir (TK m. 312).

Yönetim Kurulu'nun pay sahibi olan ortaklardan teşekkül etmesi esas ise de (TK m. 312/II) pay sahibi olmayan kimseler üye seçilmişlerse, pay sahibi sıfatını iktisap ettikten sonra işe başlayabilirler (TK m. 312/II).

Türk Ticaret Kanununda yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek hususunda herhangi bir ehliyet şartı yoktur. Türk Hukuk doktrininde, eski

(18) Anonim Şirketlerde idare yetkisi, genel kurul ile yönetim kurulu arasında bir dağıtıma tutulmasına rağmen, kural olarak yönetim kuruluna aittir. (Mimaroğlu, s. 8).

(19) Arslanlı, s. 87

Ticaret Kanununun 345. maddesine müsteniden, (ki bu hüküm yeni Ticaret Kanununa da alınmıştır (TK m. 315/II), yönetim kurulu üyelerinde kullanma (fiil)ehliyeti arandığı gibi, bu maddede zeval sebebi sayılan hallerin de bulunması şart koşulur ve iflâs etmiş, ağır ceza ile veya sahtekârlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkûm olanların, hatta daimî hastalık veya yabancı memleketlerde ikamet gibi sebepler yüzünden kendilerine verilecek vazifeyi yerine getirmeye maddaten muktedir olamıyanların seçilemiyeceği belirtilir (20). Yargıtayımız da Türk Hukuk doktrinine hâkim olan bu görüşe iştirak etmektedir (21). Ancak yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için sınırlı ehliyetin varlığını yeterli gören, yönetim kuruluna seçilecek olan gerçek kişinin sadece mümeyyiz olması kâfidir diyen müellifler (22), bugünde tartışmalara yön vermektedir.

II — Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Seçilebilme Hususunda Ehliyet Şartı

Ticaret Kanunumuzda, yukarıda da temas ettiğimiz gibi, anonim şirket yönetim kuruluna seçilebilme hususunda kullanma ehliyetinin aranacağı hususunda, herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak müelliflerin çoğu ve Yargıtay, işin mahiyeti icabı, yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için, kullanma ehliyetinin şart olduğu görüşündedirler.

Hukukumuzda kullanma (fiil) ehliyeti, genellikle kabul edildiği gibi, tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, mahdut ehliyetliler ve mahdut ehliyetsizler diye dört grup altında (23) incelenir (24).

Tam ehliyetlilerin, kanun (TK m. 312) ve esas mukaveledeki şartları haiz olduğu takdirde, anonim şirket yönetim kurulu üyesi seçilebileceği hususunda gerek doktrin gerekse tatbikatta herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Tam ehliyetsizler ise temyiz kudretinden mahrum kişilerdir. Medeni Kanunun 15. maddesi mümeyyiz olmayan şahısların tasarruflarının hukukî bir hüküm ifade etmeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu sebepten bunlarında anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilemeyeceği kabul edilmektedir.

Tam ehliyetlilerin ve tam ehliyetsizlerin anonim şirket yönetim kuru-

(20) Bu görüşte olanlar için bkz. Arslanlı, s. 91, dn. 12
(21) 11. HD. E. 1986/6762, K. 1986/6565, T. 5.12.1986 (YKD C. 13, S. 3, Mart 1987)
(22) Bu görüş için bkz, Arslanlı, s. 91-92; İmregün, s. 153.
(23) Kullanma (fiil) ehliyetini üç gruba ayıranlar için, bkz, Dural, s. 64 vd.
(24) Öztan, s. 34 vd.; Akipek, s. 35 vd.; Zevkliler, s. 181 vd.

lu üyeliğine seçilmesi hususu bu merkezde iken, acaba mahdut ehliyetli ve mahdut ehliyetsizlerin durumu ne olmaktadır. Müelliflerin çoğunun ve Yargıtayımızın kabul ettiği gibi anonim şirket yönetim kuruluna üye seçilebilmek için mutlak tam ehliyet mi? Aranacaktır. Yoksa mahdut ehliyetliler ve mahdut ehliyetsizler anonim şirkete yönetim kurulu üyesi seçilecekler midir?

1) Mahdut Ehliyetliler Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilebilirler mi?

Mahdut ehliyetliler, temyiz kudretine sahip ve reşit olan kişilerdir. Bunların ehliyeti asıl ehliyetsizliği istisnadır. Başka bir ifade ile, bunlar tam ehliyetlidir ve fakat bazı muameleleri kendi başlarına yapmaları yasaklanmıştır. Mahdut ehliyetliler, kanunların açıkça yasaklamadığı muameleleri izne ihtiyaç duymadan yapabilirler. Mahdut ehliyetlilerin tek başlarına yapamayacağı işler ise kanunlarımızın çeşitli maddelerinde (MK m. 173/II, 255, 169, 379) hükme bağlanmıştır.

Bu gruba giren evli kadının meslek veya sanatla iştigali Medeni Kanunun 159. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten ve zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir.

Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu isbat ederse, bu izin, hâkim tarafından verilebilir..."

Görüldüğü gibi, mahdut ehliyetliler grubuna giren evli kadın, kocanın vereceği izin ile, bir iş veya sanatla iştigal edebilir. Kocanın bu izinden imtinaı halinde, izin hâkim tarafından verilebilir. Kaldı ki, kocasından veya hâkimden böyle bir izin almaksızın bir ticarî işletmeyi işletebilir ve tacir sayılırlar (TK m. 16/I). Sadece bu hareketin doğurduğu hukukî, inzibatî ve cezaî hükümler mahfuz tutulmaktadır (TK m. 16/II).

Meslek ve sanatla iştigal edebilen, herhangi bir izne ihtiyaç duymadan, aracısız bir şekilde tacir olabilen (MK m. 159, TK m. 16/3), ehliyeti asıl ehliyetsizliği istisna olan, mahdut ehliyetliler grubuna giren evli kadına, kanunlarda belirtilmeyen bir istisna ile anonim şirkete yönetim kurulu üyesi seçilebilmek hakkının tanınmaması düşünülemez.

Bunun yanında, yine mahdut ehliyetliler grubuna giren, kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişilerin dahi, müşavirinin icazeti ile anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilmesini engelleyen bir hüküm, ne Medenî Kanunda, ne de Ticaret Kanununda bulunmaktadır. O halde ehliyeti asıl, ehliyetsizliği istisna olan, kendilerine kanunî müşavir tayin edilen

bu kişilerin de anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmesi, başka bir tâbirle tam ehliyetin aranmaması gerekir.

2) Mahdut Ehliyetsizler Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilebilirler mi?

Mahdut ehliyetsizler temyiz kudretine sahip bulunmalarına rağmen, yaş küçüklüğü sebebiyle veya hakkında kısıtlılık kararı olması dolayısıyle fiil ehliyeti büyük ölçüde sınırlandırılmış bulunan kimselerdir (25). Mahdut ehliyetsiz olanlarda ehliyetsizlik asıl, ehliyet istisnadır.

Mahdut ehliyetsiz kimseler, kanunda öngörülen istisnalar dışında, ancak şartlı bir fiil ehliyetine sahiptirler, bir diğer ifade ile, bu kimseler kural olarak kanunî temsilcilerinin muvafakatlarıyla hukukî muamele yapabilirler. Kanunî temsilcisinin muvafakatı, temyiz kudretine sahip küçüğü veya kısıtlıyı belli bir hususta tam ehliyetil bir kimsenin sahip olduğu duruma getirir (26).

Mahdut ehliyetsiz, kimse, kanunî temsilcisinin rızası olmadığı takdirde yapamayacağı hukukî muameleleri, bir başkasının temsilcisi olarak onlar adına yapabilir. Bu hususta ilişkin özel bir hüküm olmamakla beraber, Medenî Kanunun 16'ıncı maddesinin birinci fıkrasının yorumu böyle bir sonuca varmaya elverişlidir. Çünkü Medenî Kanunun 16 ncı maddesinin birinci fıkrası mahdut ehliyetsiz kimselerin sadece kendi malvarlıklarını etkileyecek muameleleri kanunî temsilcilerinin iznini almadan yapmalarını yasaklar. Kanunkoyucu mahdut ehliyetsiz kimsenin yapacağı hukukî muameleden üçüncü şahısların malvarlıklarının etkilenip etkilenmeyeceği hususu ile ilgilenmemiştir (27).

Mahdut ehliyetsiz bir kimsenin vekil olması kendisini borç altına sokabileceğinden bu temsilciliği alabilmesi için de kanunî temsilcisinin rızasının alınması icap eder (28).

Kısaca izahına çalıştığımız mahdut ehliyetsizlerin anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilip seçilemeyeceğine dair Medenî Kanun ve Ticaret Kanununda herhangi bir sarih hüküm bulunmamaktadır. Sadece "Aralığın Açılması" kenar başlığını taşıyan TK m. 315/II "İdare Meclisi azalarından biri iflâsa tabi kimselerden olupta iflâsına karar verilir veya hacir altına alınır yahut azalık için lüzumlu kanunî vasıflarını kaybederse vazifesi sona ermiş olur. Ağır hapis cezasıyla veya sahtekârlık, emniye-

(25) Öztan, s. 89; Akipek, s. 85
(26) Öztan, s. 89
(27) Öztan, s. 99; Özsunay, s. 68.
(28) Dural, s. 106; Öztan, s. 100.

ti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkumiyet halinde dahi hüküm aynıdır." hükmü sevkedilerek, bu durumda olanların, yani tam ehliyetli olarak anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilenlerin ehliyetlerini, kısmen de olsa, kaybetmeleri halinde üyelik sıfatını kaybedeceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce, Ticaret Kanununun 315 inci maddesinde zikredilen haller, sadece üyeliği sona erdiren sebepler olarak düşünülmüştür. Zira, ne Ticaret Kanununun anonim şirketlerle ilgili hükümlerine geniş ölçüde kaynaklık yapan İsviçre Borçlar Kanununda (İsv. BK m. 707), ne de o tarihte yürürlükte bulunan Alman Anonim Şirketler Kanununda (AktG§ 70) TK m. 315'de belirtilen sebepler seçilme ehliyeti için şart olarak belirtilmemiştir. TK m. 315 de belirtilen sebeplerin seçilme ehliyetini sınırlayacağı belirtilmek istenseydi kanun yapma tekniği bakımından, açıkça ehliyet şartları olarak tanzim edilmeleri gerekirdi. Kanun yapma tekniği bakımından seçilmeye engel bir sebebin ileride meydana gelmesi evleviyetle üyeliğin ortadan kalkması sebebi olarak tesir icra ederdi. Gerçekten de, bu şekilde bir sınırlamayı arzu eden Alman Konunkoyucusu Anonim Şirketler Kanununda 1955 yılında yaptığı değişiklikle § 70'e ilave ettiği üçüncü bir fıkra ile bu hususu, kanun yapma tekniğine uygun olarak, açıkça hükme bağlamıştır.

Kaldı ki menfaatler vaziyeti bakımından genel kurulun mahdut ehliyetsiz bir kimseyi seçmesi evvelemirde ortakları ilgilendirir. Diğer ticaret şirketlerinde aynı vaziyette o kimseyi müdür tayinine cevaz olduğuna ve mahdut ehliyetsizlerin tacir olabilmesi hükme bağlanmış (TK m. 15) olduğuna göre, anonim şirketlerde de bir mani olmamak lazımdır (29).

Ticaret Kanununun 315 nci maddesinde bahsedilen haller, seçildikten sonra, ileride tahakkuk ederse, bunların yönetim kurulu üyeliği vazifesini kendiliğinden sona erdirmesi yerinde bir tedbirdir. Zira pay sahiplerinin iflas etmiş veya mahkum olmuş bir kimseyi seçmemiş olacakları mülahaza edilebilir. Aynı şekilde pay sahipleri bilmeyerek bir müflisi yahut sayılan suçlardan (TK m. 315) biri ile mahkum olan bir kimseyi yönetim kuruluna üye seçmişlerse, bu halde oy ve netice olarak karar hatta sebebiyle iptal ettirilebilir. Lakin, genel kurul durumu bilerek yönetim kuruluna üye seçmişse bizce karar muteberdir (30).

Gerçi, Ticaret Kanununun 315 nci maddesinin gerek 1 nci, gerek 2 nci fıkralarında "kanuni şart ve vasıflardan" bahsedilmişse de bu şart ve vasıfların mahiyeti açıklanmamış, sadece 312 nci maddede yönetim

(29) Arslanlı, s. 91
(30) Arslanlı, s. 91

kurulu üyelerinin pay sahibi ortaklardan teşekkül edeceği tasrih edilmiştir. TK 315 nci maddenin metne dahil olan kenar başlığa da (TK m. 1474), bu maddede zikredilen hallerin seçilme ehliyetine getirilmiş sınırlamalar manasında tefsire müsaid değildir (31).

Kanaatimizce yönetim kuruluna seçilme bakımından hukuken kullanma (fiil) ehliyeti aranmamalı, başka bir ifade ile mehaz İsviçre Borçlar Kanununda (m. 707) ve İsviçre uygulamasında (32) kabul edildiği gibi, anonim şirket yönetim kuruluna seçilecek hakiki şahsın mümeyyiz olması kâfi görülmeli ve temyiz kudretine sahip olmak kaydıyla küçük ve mahcurların seçimine bir mani olmamalıdır. Şöyle ki;

a) Vesayet altındaki şahsın, sulh mahkemesinden izin almak şartıyla, bir sanat ve meslekle iştigal edebilmesi (MK m. 405/b. 7) ve hatta, asliye hukuk mahkemesinin vereceği izinle "iktisadi bir teşebbüsün iktisabı veya tasfiyesi ve vesayet altındaki kimsenin şahsi mesuliyetini veya mühim bir sermaye tahsisini icap ettiren bir şirkete girmesi" de mümkündür.

Görüldüğü gibi, bir meslek ve sanatla uğraşması için mahdut ehliyetsiz bir kimseye müsaade edilmişse (MK m. 396, 405/b. 7), mahdut ehliyetsiz kimse bu meslek ve sanatın gerekli kıldığı her türlü hukuki muameleyi yapabilir. Bu alanda sınırlı olarak kendisine tam ehliyet tanınır.

b Kaldı ki, Medenî Kanunun 348 nci maddesinde hususi vesayetten bahsedilirken "şirket ve sınai teşebbüsten" açıkça söz edilmiş ve "vesayet altındaki kimsenin menfaati ve hususi ile bir şirketin veya sınai teşebbüsün devamı icap eylediği takdirde vesayet, müstesna olarak aileye tevdi olunabilir." denilmek suretiyle, vesayet altında bulunan bir kimsenin vesayet makamı aracılığı ile şirketi idare edebileceği hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar, bahsi geçen bu hükümde anonim şirketten ve anonim şirket yönetim kurulu üyeliğinden bahsolunmamışsa da, genel bir kanun olan Medenî Kanunun, hususi bir kanunda düzenlenmesi gereken hususu ancak bu şekilde ifade edeceği aşikardır.

c) Ayrıca Medenî Kanunumuzun 387 nci maddesi mucibince "Vesayet altındaki kimenin malları, sınaî ve ticarî vesair teşebbüsleri de ihtiva ediyorsa; sulh mahkemesi, bunların tasfiyesi veya idamesi için lazım gelen talimatı ifa eder." Başka bir ifadeyle söylemek icab ederse; sulh mahkemesi, vesayet altında bulunan şahsın menfaati gerekiyorsa, sınaî ve ticarî vesair teşebbüslerin (pek tabiî olarak şirketin) devamı yahut sona

(31) Arslanlı, s. 91
(32) Steiger (Çağa), s. 261

erdirilmesi hususunda emir verir. Bir sınaî ve ticarî ve sair teşebbüsün devamı da ancak vasi aracılığıyla ya da vasinin vereceği muvafakatla vesayet altında bulunan kişi tarafından yapılabilir. Bu nevi bir teşebbüsün devamında, vasinin yahut vesayet altında bulunan kişinin, sadece seçme hakkının verdiği bir yetkiyi kullanması sözkonusu olamaz. Hatta böyle bir çözüm, vesayet müessesinin esasını oluşturan, (vesayet altındaki kimselerin menfaatini korumak) prensibine ters düşer. Bu sebepten diğer ticaret şirketlerinde olduğu gibi, anonim şirketlerde de mahdut ehliyetliye seçilme hakkı tanınmalıdır.

Burada, "anonim şirkete ortak olmak sınırlı bir mesuliyet tevlit etmektedir. Oysa, yönetim kurulu üyelerinin mesuliyeti şahsi mesuliyeti de doğurabileceği için, vesayet altındaki kimsenin anonim şirket yönetim kuruluna üye seçilmemesi kendi menfaati icabıdır." denilebilir. Ancak, vasinin (MK m. 397) ve vesayet dairelerinin (MK m. 409, 411) mesuliyetleri nazara alındığında, vesayet altında bulunan kimsenin, TK m. 20 vd. da belirtilen tacir olmanın sonuçlarından, daha ağır bir mesuliyet altına girdiğini söyleme, sanırım, mümkün değildir.

Diğer taraftan, kanuni temsilcinin muvafakatının, temyiz kudretine sahip küçüğü ve kısıtlıyı belli bir hususta tam ehliyetli bir duruma getirdiği (33) de nazara alınırsa, mahdut ehliyetsizlere anonim şirket yönetim kuruluna seçilme hakkının (muvafakata rağmen) tanınmaması sözkonusu olmamalıdır.

Medenî Kanunumuzdaki mahdut ehliyetsizlerle ilgili bu düzenlemelere karşı Ticaret Kanunumuzda, acaba, hangi düzenlemeler yapılmıştır.

a) Ticaret Kanunumuzun 312 nci maddesinde yukarıda da bahsettiğimiz gibi, yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için ehliyet şartı aranmamıştır. Ticaret Kanununun 312 nci maddesinde ehliyet şartı aranmadığı gibi, mehaz İsviçre Borçlar Kanununda ve 1937 tarihli Alman Anonim Şirketler Kanununda (§ 70) da böyle bir şart sözkonusu değildir (34).

b) Ticaret Kanununun 315 nci maddesinde zikredilen haller, sadece yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren sebeplerdendir; yoksa yönetim kurulu üyeliğine seçilme ehliyetini düzenleyen bir hüküm değildir (35).

Yargıtayımız bir Hukuk Genel Kurulu kararında (36) "İflasına hükmedilmiş bir kimsenin bir ticaret şirketinin temsilcisi olmasına kanuni bir engel yoktur. BK'nun 35 ve 397 nci maddeleri kamu düzeni niteliğini taşı-

(33) Öztan, s. 89.
(34) Bkz. yuk. s.
(35) Bkz. yuk. s.
(36) YHGK 7.4.1965, E. 547/D, İc. İf. K. 158 (Akyazgan, s. 232)

maktadır." görüşünü savunarak temsil yetkisini sona erdiren sebepleri, temsilci olabilmenin şartı olarak kabul etmemiştir. Diğer bir ifadeyle kullanma (fiil) ehliyeti kısmen de olsa sınırlandırılmış bir kişinin temsil yetkisinin son bulacağı (BK m. 35, 397) açıkça hükme bağlanmışken, son bulma sebepleri, Yargıtayımızca, seçilme engeli olarak kabul edilmemiştir.

Yargıtayımızın getirdiği bu izahtan da anlaşılabileceği gibi, Ticaret Kanununun 315 nci maddesiyle hükme bağladığı "Yönetim Kurulu üyeliğinin son bulma halleri" bidayette tam ehliyetli olarak seçilmiş ve bilâhare 315 nci maddedeki haler kendisinde zuhur etmiş yönetim kurulu üyelerinin durumunu düzenlemekte, yönetim kuruluna seçilme ehliyeti ile ilgili bir düzenleme getirmemektedir. Genel kurul yönetim kurulu üyeliğine seçilecek kimsenin durumunu bilerek yönetim kuruluna üye seçmişse bizce karar muteberdir. Kanaatimizce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda bahsettiğimiz kararı da bunu teyid eder mahiyettedir.

c) Küçük ve mahcurların velileri veya vasileri aracılığı ile tacir olmaları (TK m. 15) ve bir anonim şirkete ortak olmaları (TK 269 vd.) mümkündür. Küçüklerin tacir sıfatını dahi kazanabilecekleri dikkate alındığında, kendilerine daha fazla bir mesuliyet ve mükellefiyet tahmil etmeyecek olan anonim şirket yönetim kurulu üyeliğine seçilmesini engelleyen bir hususun bulunmaması gerekir.

SONUÇ

Kullanma (fiil) ehliyeti sınırlandırılmış kişilerin anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliği sıfatını kazanıp kazanamayacakları sorusunun cevabı araştırılırken, herşeyden evvel Medenî Kanun ve Ticaret Kanunu hükümlerinin müştereken nazara alınması gerekmektedir.

1) Şahsın ehliyetlerini düzenleyen hükümler ehliyeti sınırlandırılmış olan kişilerin kanuni istisnalar haricinde, temsilcilerinin aracılığıyla veya izniyle tam ehliyetlilerin yapabileceği işleri yapabileceğini açıkça belirtmiştir. (MK m. 348, 387, 396, 397 vs.) Ehliyeti sınırlandırılmış olanların yapamıyacağı işler arasında, ne Medenî Kanunda ne de Ticaret Kanununda, yönetim kurulu üyeliği sayılmamıştır.

2) Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu üyeleri arasındaki hukukî münasebet genellikle vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilir. Vekile kanuni temsilci tayin edilmesinin de vekâleti ortadan kaldıracağı aşikârdır (BK m. 397). Ancak, kamu düzeni niteliği taşıyan bu hüküm, tam ehliyetli olarak temsilci seçilip, bilâhare ehliyetini kısmen de olsa kaybeden kişilerin durumunu düzenlemektedir. Yargıtayımızın da isabetle belirttiği gibi (37)

(37) YHGK 7.4.1965 T., E. 547/D, İc. İf. K. 158, (Akyazgan, s. 232)

BK nun 397 nci maddesi bunların temsilci uolarak seçilmesini engelleyen bir hüküm değildir.

Kaldı ki, mahdut ehliyetsiz kimse, kanuni temsilcisinin rızası olmadığı takdirde yapamayacağı hukuki muameleleri, bir başkasının temsilcisi olarak onlar adına yapabilir. Bu hususa ilişkin özel bir hüküm olmamakla beraber, Medenî Kanunun 16'ıncı maddesinin birinci fıkrasının yorumu böyle bir sonuca varmaya elverişlidir (38).

3) Ticaret Kanunun 330 ncu maddesi "Azaların yediğerine niyabeten rey vermesi caiz değildir." hükmünü getirmiştir (TK m. 330/I c. 3). TK m. 330/I c. 3'de yer alan "niyabet yasağı" yönetim kurulu üyelerini birbirlerine vekaleten oy kullanmalarını yasaklamaktadır; Ancak, ehliyeti sınırlandırılmış kişinin seçildikten sonra yönetim kurulunda bizzat bulunmasını ve oy kullanmasını engelleyen bir halde yoktur.

4) Yönetim Kurulunun mesuliyeti hakkında TK da öngörülen ilkeler ve sistem de, kendisine kanuni temsilci tayin edilen kişinin bu görevi yapmasına engel değildir kanaatindeyiz. Şöyleki; vasi ve vesayet dairelerinin mesuliyeti (MK m. 409 vd.) nazara alındığı takdirde, mahdut ehliyetli yönetim kurulu üyelerinin ferdî olarak ve sınırsız mesuliyetleri önemli ölçüde hafifletilmiştir. TK nun 15 nci maddesi ile kendisine tacir sıfatı verilebilen küçük ve mahcurların meuliyeti, anonim şirket yönetim kurulu üyesi olmaları halinde daha fazla artmayacaktır. Kanunun açık olarak mahzur görmediği bu halin (TK m. 15) yanında, küçük veya mahcura ilâve bir mükellefiyet tahmil etmeyen yönetim kurulu üyeliğinde de bir mahzur bulunmamalıdır.

Kanaatimizce yukarıda izah etmeye çalıştığımız hususlar karşısında yönetim kurulunca seçilme bakımından kullanma (fiil) ehliyetinin aranmaması gerekir. Velayet veya vesayet altında bulunan bir kimsenin bir sanat veya meslekle iştigaline müsaade edilebileceğine göre (MK m. 284, 396, 405) anonim şirket yönetim kurulunda vazife görmeside mümkün olmalıdır. Lakin, Alman Hukukunda olduğu gibi "de lege ferenda" yönetim kuruluna üye seçilecek kimselerde, kullanma ehliyeti, iyi hal gibi şartların aranmasında fayda vardır. Zamanla müesseseler haline gelen anonim şirketlerin iktisadi hayattaki faaliyetleri ortaklar kadar üçüncü şahısları da alakadar eder. Bu itibarla anonim şirketleri idare eden şahıslarda muayyen vasıfların aranması amme menfaati bakımından da zaruri görülebilir (39). Ne var ki yürürlükteki mevzuatımız karşısında, kanunî herhangi bir değişiklik yapılmadan yönetim kuruluna seçilme bakımından tam ehliyetin aranmaması gerekmemeli, küçük ve mahcurlar da yönetim kuruluna üye seçilebilmelidir.

---

(38) Öztan, s. 99
(39) Arslanlı, s. 92