



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYIN No : 428

İKTİSADİ VE İDARİ BİLİMLER FAKÜLTESİ YAYIN No : 372

HUKUKUN TEMEL İLKELERİ

EL KİTABI

Yazan :

Doçent Dr. Erhan ADAL

*(Marmara Üniversitesi, İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi
Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı) Öğretim Üyesi*

İSTANBUL — 1985



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYIN No: 428

İKTİSADİ VE İDARİ BİLİMLER FAKÜLTESİ YAYIN No: 372

HUKUKUN TEMEL İLKELERİ

EL KİTABI

Yazan :

Doçent Dr. Erhan ADAL

*(Marmara Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi
Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı) Öğretim Üyesi*

İSTANBUL — 1985

FATİH YAYINEVİ MATBAASI — 527 23 72
Alibaba Türbe Sok. 21/3 Nuruosmaniye - İST.

Sayın
Hüsnüye Ayten
Korun'a an
ıyı dileklerle
Ayten
15/11/2015

Çocuklarını

Sabiha ve Can'a

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	XV
BİBLİYOGRAFYA	XVII
KISALTMALAR	XIX

Birinci Bölüm

HUKUK KAVRAMI

§ 1. Toplum Düzeni ve Hukukun Rolü

1. Hukuk Kavramı	1
2. Hukukun Rolü	2

§ 2. Toplumsal Davranış Kuralları

1. Genel Olarak	3
2. Ahlâk ve Görgü Kuralları	4
3. Din Kuralları	6

§ 3. Yaptırım (Müeyyide) Kavramı

1. Genel Olarak	6
2. Yaptırımın Türleri	7

§ 4. Hukukun Çeşitli Manaları

I. Müsbet (pozitif) Hukuk	8
II. Mevzu Hukuku	8
III. Tabii veya İdeal Hukuk	9

İkinci Bölüm

HUKUKUN SİSTEMİ

§ 5. Özel Hukuk - Kamu Hukuku Ayırımı

I. Genel Olarak	11
II. Kamu Hukukunun Çeşitli Dalları	11
1) Anayasa Hukuku	12
2) İdare Hukuku	12
3) Ceza Hukuku	12
4) Yargılama Hukuku	14
5) Devletler Genel Hukuku	17
6) İş Hukuku	18
III. Özel Hukukun Çeşitli Dalları	18
1) Medeni Hukuk	18
2) Ticaret Hukuku	18
3) Devletler Özel Hukuku	19

Üçüncü Bölüm

HUKUKUN KAYNAKLARI

§ 6. Hukukta Kaynak Kavramı

I. Genel Olarak Kaynak Kavramı	21
II. Hukukun Yürürlük Kaynakları	21
1. Yazılı Kaynaklar	22
A) Kanunlar	22
B) Kanun Hükmünde Kararnameler	26
C) Tüzükler	26
D) Yönetmelikler	26
E) İçtihadı Birleştirme Kararları	27
2. Yazılı Olmayan (yazısız) Kaynaklar	...
A) Töre (Örf ve Adet) Hukuku	37
B) Yardımcı Kaynaklar	39
III. Hukuki Malzeme ve Aletleri Araştırma Karşılığı Olarak Kaynak	90

1. Mevzu Hukuk Kaynakları	90
A) Genel Kaynaklar	90
B) Medenî Hukuka Özgü Kaynaklar	93
2. Yargı Organları Kararları	93
3. Kuramsal Kaynaklar	93

Dördüncü Bölüm

KANUNLAŞTIRMA

§ 7. Avrupa'da Özel Hukukun Gelişmesi

1. Cermen Hukuku	95
2. Roma Hukukunun Kabulü ve «Müşterek Hukukun Oluşması»	96
3. Ortaçağ Kaynaklı Ticarî Gelenekleri	97
4. Kilise Hukuku (Kanonik Hukuk)	97
5. Tabii Hukuk Akımı	98

§ 8. Önemli Kanunnameler

1. Prusya Genel Kanunu	99
2. Fransız Medenî Kanunu	100
3. Avusturya Genel Kanunnamesi	102
4. Alman Medenî Kanunu	103
5. İsviçre Medenî Kanunu	106

§ 9. Deniz Avrupa Hukuk Sistemine Örnek Olarak İngiliz Hukuku

1. İngiliz Sistemi ile Kara Avrupası Özel Hukuk Sistemleri Arasındaki Esaslı Farkın Nedenleri	107
2. İngiliz Hukukunun Öğelerine Bir Bakış	109
A) Common Law	109
B) Equity	109
C) Statute Law	110
D) Case Law (Örnek Olay Hukuku)	111

VIII

§ 10. Türkiye'de Medeni Hukuk Alanında Kanunlaştırma Hareketi

1. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde Kanunlaştırma	112
A) İslâm Hukukunun Hukukî Yapısı	112
B) İslâm Hukuku ve Kaynakları	112
C) Kanunlaştırma Hareketleri	113
2. Türkiye'de İsviçre Medeni Kanununun İktibası	117
3. Medeni Kanunun Sistemi ve İçeriği	118

Beşinci Bölüm

KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 11. Hukuk Kurallarının Uygulanması

I. Genel Olarak	125
II. Hukuk Kurallarının Türleri	125
1. Emredici Hukuk Kuralları	125
2. Yedek Hukuk Kuralları	128

§ 12. Kanunun Anlam Yönünden Uygulanması Ve Yorumu

I. Genel Olarak	129
II. Yorum Yöntemleri	130
III. Medeni Kanunun Benimsediği Esas	131

§ 13. Hukukta Boşluk Kavramı ve Yargıcın Hukuku Bulması ve Yaratması

I. Hukukta Boşluk	132
II. Yargıcın Hukuku Bulması ve Yaratması	134

Altıncı Bölüm

HAKLAR

§ 14. Hakkın Anlamı ve Türleri

I. Hak Kavramı	138
----------------------	-----

II. Hakkın Türleri	138
1. Kamu Hakları	138
2. Özel Haklar	138
A — Niteliklerine Göre	
(a) Mutlak Haklar - Nisbi Haklar	140
B — Konularına Göre :	
(b) Malvarlığı Hakları - Şahısvarlığı Hakları	140
C — Kullanacak Kişiye Göre :	
(c) Kişiye Bağlı Olan ve Olmayan Haklar	141
D — Amaçlarına Göre :	
(d) Yalın Haklar - Yenilik Doğuran Haklar	141
III. Mutlak ve Nisbi Hak Arasındaki Farklar	143
IV. Mutlak ve Nisbi Hak Ayırımının Uygulamadaki Önemi	143
1. Satış Sözleşmesinde	145
2. Kira Sözleşmesinden Bir Örnek	146
3. İcra ve İflas Hukuku Yönünden	148

§ 15. Ayni/Nesnel Haklardan Mülkiyet Hakkı

I. Genel Olarak	149
II. Mülkiyet Hakkının Kapsamı	149
III. Mülkiyet Hakkının Türleri	151
IV. Taşınmaz Mülkiyeti	
1. Aslen Kazanma - Devren Kazanma	
2. Tescille Kazanma - Tescilden Önce Kazanma	174
V. Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı	178
VI. Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırlamaları	180
VII. Taşınır Mülkiyeti	182

§ 16. Mülkiyetten Başka (Sınırlı) Nesnel Haklardan Yükümlenim Hakları ve Taşınmaz Yükümü

I. Taşınmaz Yararına Yükümlenim Hakkı	184
II. Kişi Yararına Yükümlenim Hakkı	187
III. Taşınmaz Yükümü	191

X

§ 17. Mülkiyetten Başka (Sınırlı) Nesnel Haklardan Taşınmaz ve Taşınır Rehni Hakkı

I. Genel Olarak	191
II. Taşınmaz Rehnine İlişkin İlkeler ve Kapsamı	192
III. İpotek	195
IV. Taşınır Rehni Hakkı	197

§ 18. Aynı (Nesnel) Hakların Tesisinde Elmenlik ve Tapu Kütüğünün Rolü

I. Elmenlik (Zilyetlik)	199
1. Genel Olarak	199
2. Elmenliğin Türleri	200
3. Elmenliğin Kazanılması ve Sona Ermesi	201
4. Elmenliğin Korunması	202
II. Tapu Kütüğü	204
1. Genel Olarak	204
2. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtlar	206
A) Tescil	206
B) Silim	206
C) Belirtilimler (Şerhler)	207
3. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtların Hukuki Sonuçları	208
4. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtların Hükümsüzlüğü	209

§ 19. Hak Süjesinin Haklar Karşısındaki Durumu Açısından Yetenek (Ehliyet) Kavramı

I. Haklardan Yararlanma Yeteneği	211
II. Hakları Kullanma Yeteneği	212
1. Sezginlik	212
2. Erginlik	213
3. Kısıtlı Olmama	214
III. Hakları Kullanma Yeteneği Bakımından Kişilerin Sınıflandırılması	214

1. Yetenekliler	214
A) Evli Kadınlar	214
B) Kendisine Kanunî Danışman Tayin Edilenler	214
2. Yeteneksizler	215
A) Tam Yeteneksizler	215
B) Sınırlı Yeteneksizler	216

§ 20. Hakkın Kazanılması ve Yitirilmesinde İyiniyetin Rolü

I. Kavram	
II. Medenî Kanundaki İyiniyet Kuralı	217
III. Örnekler	218
1. Medenî Hukuktan	218
(a) Aile Hukukundan	218
(b) Miras Hukukundan	219
(c) Eşya Hukukundan	220
2. Borçlar Hukukundan	224
IV. İyiniyet Belirgesi	225

§ 21. Hakkın Kullanılmasında ve Borcun Yerine Getirilmesinde «Dürüstlük Kuralına» Uyuma Zorunluğu (Objektif İyiniyet)

I. Kavram	225
II. Doğruluk ve Dürüstlük Kuralının Rolü	226
III. Hakkın Kötüye Kullanılması	226
1. Genel Olarak	227
2. Unsurları	227
3. Yaptırımı	228

Yedinci Bölüm

BORCUN DOĞMASI VE SONA ERMESİ

§ 22. Borç İlişkisi ve Borç Doğuran Olaylar

I. Borç İlişkisi Kavramı	229
--------------------------	-----

XII

II. Hukukî Olay	229
1. Kavram	229
2. Kategorileri	230

§ 23. Hukukî, Eylem, Hukukî İşlem ve İrade Beyanı

I. Hukukî Eylem	231
II. Hukukî İşlem	231
1. Tek Taraflı Hukukî İşlemler	232
2. Çok taraflı Hukukî İşlemler	233
III. Çeşitli Yönleriyle 'İrade Beyanı'	235

§ 24. Borçlanma ve Egenim İşlemleri, Kazandırma İşlemleri

I. Borçlanma İşlemleri	240
II. Egenim İşlemleri	240
III. Kazandırma İşlemleri	242
IV. Hukukî Nedene Bağlılık ve Nedene Bağlı Olmama	243

§ 25. Hukukî İşlemin Geçerliliği ve Hükümsüzlüğü

I. Yokluk	246
II. Bozukluk	247
III. Askıda Kalan Bozukluk	248

Sekizinci Bölüm

HUKUKDA ZAMAN

§ 26. Hakkın Edinilmesinde ve Yitirilmesinde Zamanın Rolü

I. Genel Olarak	251
II. Zamanaşımı	251
III. Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi	253

1. Zamanaşımının Durması	253
2. Zamanaşımının Kesilmesi	253
IV. Hakkı Düşüren Süreler	254
1. Kavram	254
2. Zamanaşımından Farkı	255

Dokuzuncu Bölüm

HUKUKİ GÜCÜN SONUCU

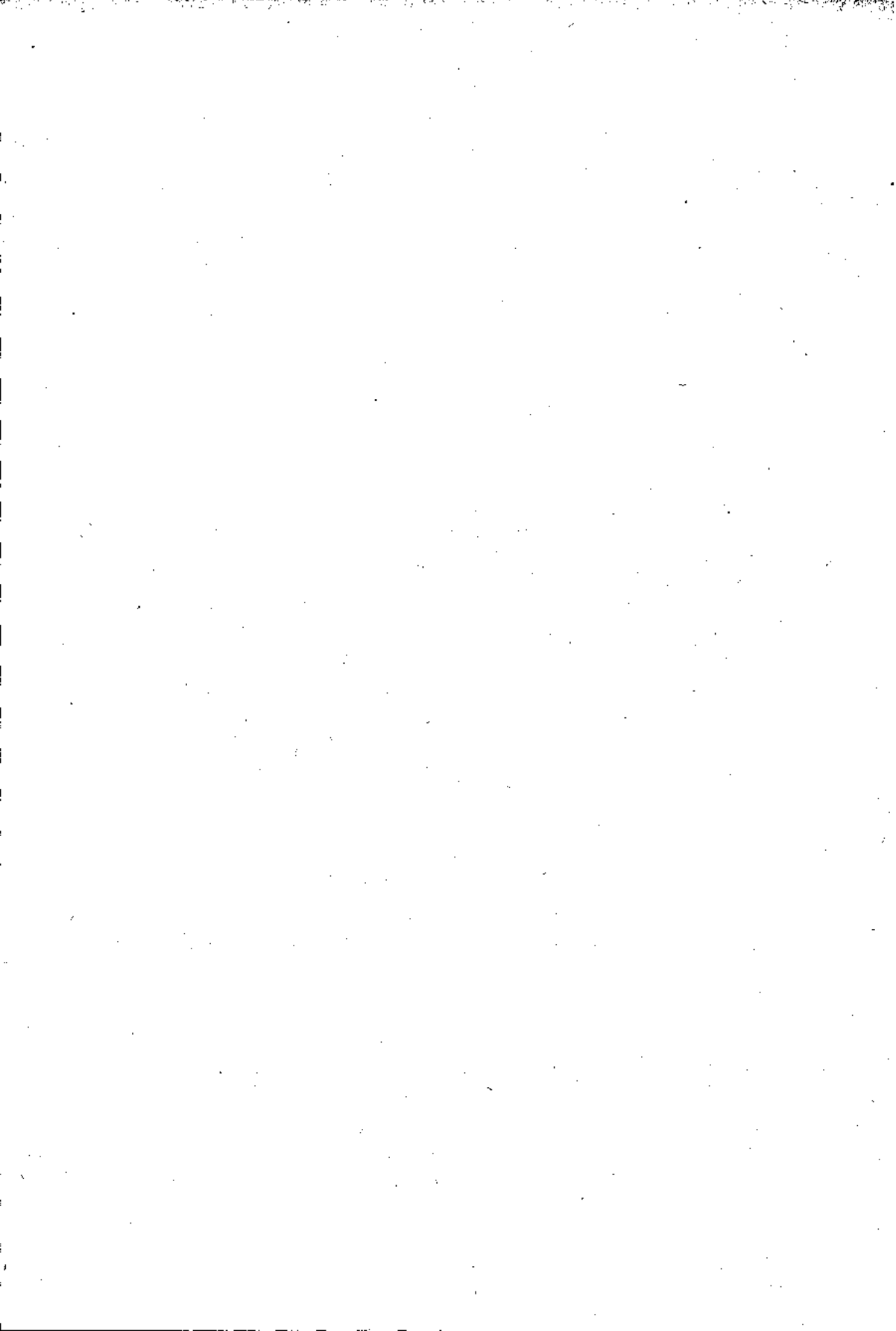
§ 27. Hakların Korunması ve Elde Edilmesi

I. Genel Olarak	258
II. Hakkın Hak Sahibi Eliyle Korunması	258
1. Eylemsel (bizzat) Karışmak Suretiyle	258
2. Talep/İstem Hakkının Kullanılması Suretiyle	259
III. Hakkın Devlet Eliyle Korunması ve Dava Hakkı	259
1. Kavram	259
2. Davanın Türleri	260
3. Ceza Davaları	261
4. İdarî Davalar	262

§ 28. Talep ve Dava Karşısında Savunma

I. Genel Olarak	263
II. Davanın Dayandığı Olay ve Davanın Konusu	264
III. Savunmanın Dayandığı Olay	264
1. İnkâr	264
2. Davanın def'i/Savv	264

Ek — Hukukî Deyimler (Almanca, Fransızca, İngilizce)/ Karşılıklarıyla	267
--	-----



ÖNSÖZ

«Hukukun temel ilkeleri», genel olarak, toplum kuralları, hukukun yeri ve rolü, hukukun sistemi, yaptırım kavramı, hukukun kaynakları, kanunlaştırma hareketi ve çeşitli hukuk sistemlerine ilişkin karşılaştırmalı bilgi, Türk medeni hukuku, özellikle medeni kanunun yapısı, hukuk kurallarının uygulanması, yorum yöntemleri, yargıcın hukuku bulması ve yaratması, haklar ve türleri, borcun doğması ve sona ermesi, hukuki işlemler ve türleri, kazandırma işlemleri ve amacı, zamanaşımı ve hakkı düşüren süreler, hakların korunma ve elde edilmesi, ve talep ve dava karşısında savunma yolları konularını içermektedir. Ayrıca değinilen elmenlik/zilyetlik, tapu sicili ve yetenek/ehliyeteye ilişkin kısa açıklama da yer almaktadır.

Bu kitap bir eser niteliğini taşımak iddiasında değildir. Bu, bir «el kitabı» (manuel), yani bir konunun veya bilim dalının tanıtımını ve içeriğini, talebeye iletme amacını güden sınırlı kapsamlı çalışma ürünüdür. Bu tür çalışmalar «neleri bilmem gerekir? veya «hukuk anahtarı» dizisi niteliğinde, bu amaçla kaleme alınmış ve ilişkin oldukları konuları «gerektirdiği kadar» vermeye çalışan kitapçıklardır. Burada zor olan, o konunun vazgeçilmez unsurlarını «gerekli» bir biçimde aktarmaktır; sübjektiviteye ve zorunlu olmayan ayrıntılara yer vermeden talebede yeterlik duygusu uyandırmak başlıca amaçtır.

Bu konularda derinleşmeyi arzu eden okuyucu için ayrıca geniş bir (bibliyografya) sunulmuştur.

Kitapçığın diline gelince; kabil olduğu kadar bugün yerleşmiş ve benimsenmiş öz türkçe kelimeleri kullanmaya çalıştım. Örneğin yargı organı, hukuki işlem, borçlanma işlemi, egenim işlemi, kazandırma işlemi, hukuki nedene bağlılık ve nedene bağlı olmama, yaptırım, özel hukuk ve kamu hukuku, yargılama hukuku, töre hukuku, kuramsal kaynaklar, yorum, nesnel haklar, sınırlı nesnel haklar, elmenlik, tapu kütüğü, taşınır ve taşınmaz

mallar, yetenek, sezginlik, erginlik, kısıtlılık, tam yeteneksizler, sınırlı yeteneksizler, iyiniyet ve kötü niyet, yargıcın değerlendirme yetkisi, zamanaşımı, hakkı düşüren süre, istem hakkı ve savun yolları, önlenmez neden, beklenilmeyen durum, özdeşleşme, öncelikle alım hakkı, alım hakkı, geri alım hakkı, yükümlenim hakkı, yararlanım hakkı, oturma hakkı, taşınmaz yükümü, sorumluluk, öneri, yüküm, soydanlık soruşturma ve sözveri gibi.

Ayrıca yadırganmayan bazı eski deyimleri de muhafaza ettim; örneğin, ceza, dava, hukuk, içtihadı birleştirme, kabul, kusur, irade beyanı, mal, senet, şikâyet, teslim, vasiyetname, zarar ziyan, ipotek, rehin, mülkiyet, malik gibi.

Dil konusunda Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU'nun 1970 yılında Türk Dil Kurumu tarafından yayımlanan Türk Medeni Kanunu. Cilt I, Türk Borçlar Kanunu, Cilt II ve Terim ve Sözcükler Kılavuzu, Cilt III adlı eserlerinden geniş ölçüde yararlandım.

Talebeye kolaylık sağlama açısından, ilgili yerlerde Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun değinilen maddeleri (öztürkçe) biçiminde yazılmıştır.

Terimler bölümündeki, üç yabancı dilde verilen karşılıklar talebenin yaşantısında yararlı olması amacıyla konulmuştur. Böyle bir çalışmanın yapılmasında, öğrenci olduğum dönemde, ilk temel hukuk bilgilerini aldığım, büyük hukukçu ve bilgin, rahmetli hocam Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHWARZ, ve asistanlık yaptığım süre içerisinde kendisinden her konuda çok şeyler öğrendiğim muhterem hocam Prof. Dr. Bülent DAVRAN'ın büyük etkileri rol oynadı.

Son olarak, bu kitabın yazılmasında içtenlikle çalışan Avukat, Ahmet A. ERYILMAZ'a, Marmara Üniversitesi Rektörlüğüne ve baskı işlerini yürüten Fatih Yayınevi Matbaası Yöneticisi Sayın Nazmi ÇEKİCİ ve Personeline candan teşekkürlerimi sunarım(*).

İstanbul, 18 Eylül 1985
Doçent Dr. Erhan ADAL

(*) Bu kitap Erhan ADAL'ın çok sevdiği talebelerine bir armağandır.

BİBLİYOGRAFYA

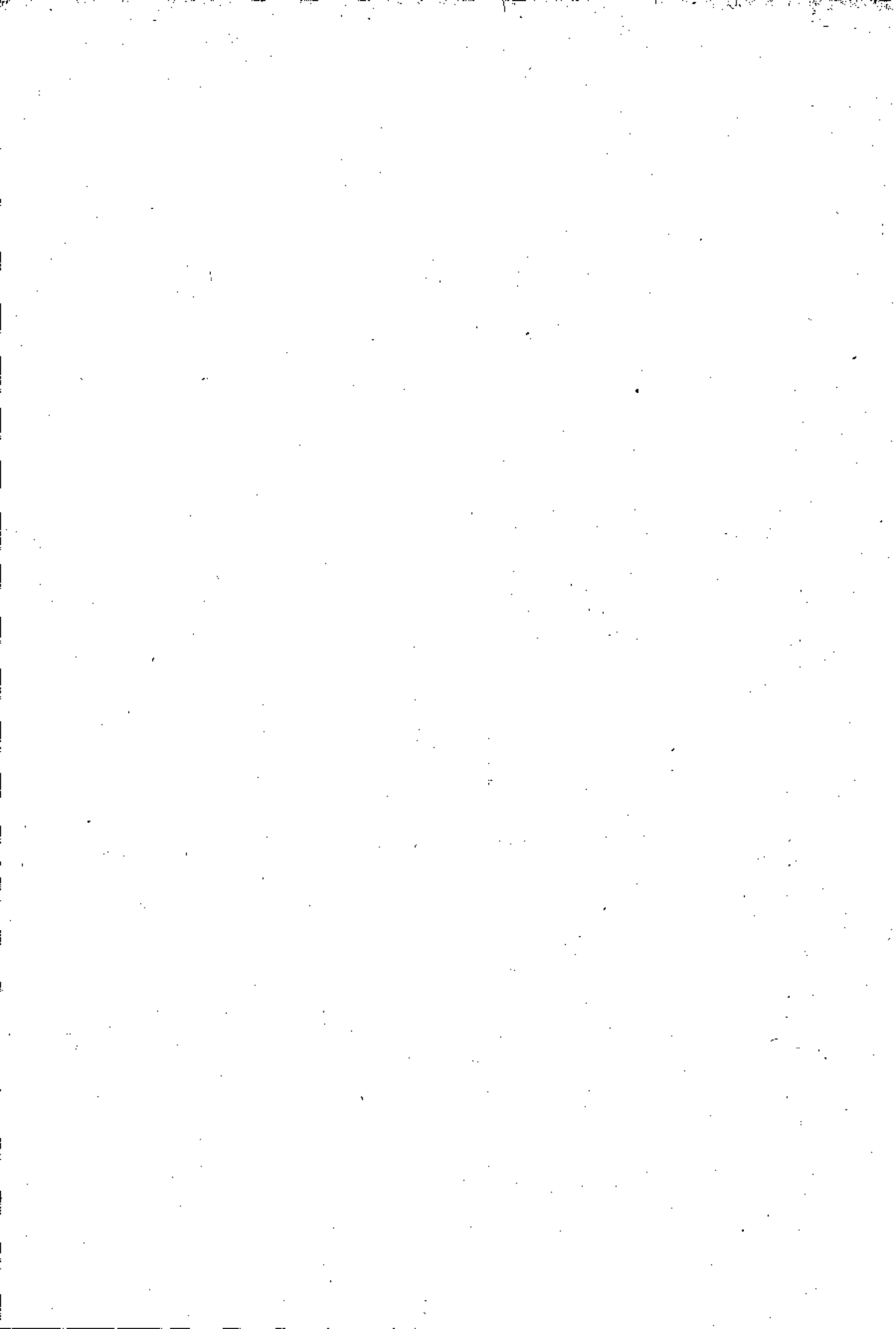
- Akıntürk, T.* → Bankacılar için Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Bİlgisi BATİDER, No. 9, 1969.
→ Temel Hukuk, Anadolu Üniversitesi, Açık Öğretim Fakültesi, Ünite 1, 2, 3, 4, 5 Ankara, 1983.
- Akıpek, J.* Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Ank. 1973.
- Ansay, S. S.* Hukuk Bilimine Başlangıç, A.H.F. Yayını, 1958.
- Aral, V.* Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İ.H.F. Yayını, 1971
- Arık, F.* Türk Medenî Hukuku, 1- Genel Prensipler, S.B.F. Yayını, 1963
- Arsal, S. M.* Hukukun Umumi Esasları, İstanbul, 1937
- Atay, A.* Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İst., 1980
- Akyol, S.* Medenî Hukukta Uygulama Örnekleri, İst., 1971
- Berki, A. H.* Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1948
- Bilge, N.* Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel İlkeleri, 4. Baskı, Ankara, 1983
- Binatlı, M.* Hukuk Hakkında Malûmat, İst., 1959
- Çağlı, O. M.* Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş, İ.H.F. Yayını, 1971
- Davran, B.* Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri, İst., 1968
- Dural, M.* Medenî Hukukun Temel Kavramları, İstanbul, 1976
- Edis, S.* Medenî Hukuka Giriş, Ankara, 1979
- Esen, B. N.* Türk Medenî Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1943
- Feyzioğlu/
Doğanay/
Aybar* Medenî Hukuk, İstanbul, 1978
- Göğer, E.* Hukuk Başlangıcı Dersleri, 3. Bası, Ankara, 1974

XVIII

- Gözübüyük, A.Ş.* Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, TODAI Yayınları, 3. Bası, Ankara, 1978
- İmre, Z.* Medenî Hukuka Giriş, 3. Bası, İst., 1980
- Hirs, E.* Pratik Hukukta Metod, İst., 1944
- Kurtuluş, S.* Türk Medenî Hukuku Dersleri, İst., 1977
- Köprülü, B.* Medenî Hukuk (Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku), İst., 1971
- Oğuzman, K.* Medenî Hukuk Dersleri, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar 3. Bası, İst., 1978
- Özsunay, E.* — Medenî Hukuka Giriş, 4. Bası, İst., 1981
— Bankacılık Yöntünden Medenî Hukuk Kuralları, İstanbul, 1978
- Saymen, F. H.* Türk Medenî Hukuku, C. 1, 3. Bası, İst., 1960
- Schwarz, A. B.* (Çev.: H. V. Velidedeoğlu) Medenî Hukuka Giriş, İstanbul, 1940
- Tekinay, S. S.* — Medenî Hukuka Giriş Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 1984
— Medenî Hukukun Önemli Kavramları, İst., 1962
- Topçuoğlu, H.* Hukuk Sosyolojisi, A.H.F. Yayını, 1963
- Umar, B.* Umumi Hukuk Bilgisi, İzmir, 1975
- Üçok, C.* Türk Hukuk Tarihi, A.H.F. Yayını, 1972
- Velidedeoğlu, H. V.* — Türk Medenî Hukuku, C. 1 - Umumi Esaslar, 6. Bası, İstanbul, 1959
— Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Hukuku :
C. I Türk Kanunu Medenisi
C. II Borçlar Kanunu
3. Bası, Ankara, 1979
- Yörük, A. K.* Hukuk Başlangıcı, İ.H.F. Yayını, 1956.

KISALTMALAR

ABGB	: Avusturya Genel Kanunnamesi (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)
ALR	: Prusya Genel Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)
A. Y.	: Anayasa
A.H.F. Yayını	: Ankara Hukuk Fakültesi Yayını
BGB	: Alman Medenî Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)
B.K.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
C.K.	: Ceza Kanunu
C.M.U.K.	: Ceza Muhakemeleri Usulî Kanunu
Code c. fr.	: Fransız Medenî Kanunu (Code Civil Français)
Code c.s./ZBG	: İsviçre Medenî Kanunu (Code Civil Suisse; Schweizerisches Zivilgesetzbuch)
çev.	: çeviren
E. No.	: Esas numarası
I.B.D.	: İstanbul Barosu Dergisi
I.H.F. Yayını	: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını
İ.İ.K.	: İcra ve İflâs Kanunu
K. No.	: Karar numarası
K.T.	: Karar Tarihi
M.K.	: Medenî Kanun
no.	: numara
S.	: Sayı
S.B.F.	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
T.K.	: Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri



Doçent Dr. Erhan ADAL'ın Özgeçmişi

1934 doğumlu Erhan ADAL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1956 Haziran döneminde mezun olmuş, Avukatlık stajını yaparak, 1957 tarihinde İstanbul Barosuna kaydolmuştur.

Erhan ADAL, Fakültenin Doktora İhtisas ve Lisans kurslarını tamamladıktan sonra, I. No.lu Medenî Hukuk ve Mukayeseli Medenî Hukuk Kürsüsüne Asistan olarak girmiş ve 1963 yılında «Trafik kazalarında akit dışı hukuki sorumluluk» adlı teziyle «Hukuk Doktoru» ünvanını almıştır.

1961'de misafir olarak gittiği New-York Columbia Üniversitesinde (Master of Comparative law) ve 1964'de Strasbourg Mukayeseli Hukuk Enstitüsünde (Mukayeseli Hukuk Doktoru, Kısım - I) derecelerini kazanmıştır.

Kendisi 1968-1978 yılları arasında Türk Sevk ve İdare Derneğinde (Personel Yönetimi ve Beşerî İlişkiler Müşavir Uzmanı) olarak çalışmış olup, 1969'da İngiltere'de ve 1972'de Amerika'nın Harvard Üniversitesi'nde 4'er aylık (Yönetici Geliştirme Eğitimlerine) katılmış ve bu kurslardan mezun olmuştur. 1974'de Fransa'da, Fontainebleau (INSEAD) Enstitüsü'nün kurslarına katılarak «Uluslararası Yönetim Öğretim Üyeliği» (ITP) diplomasını almıştır.

Ülkemizde ilk defa organize edilen Duyarlık Eğitimi Laboratuvar çalışmalarını (T-Grubu), öğretim görevlisi merhum Sadi Gencer'le birlikte ve tek başına yönetmiştir.

1978-1980 yılında İstanbul, Sheraton Otelinde «Eğitim ve Geliştirme Müdürü» olarak çalışmıştır.

1980 yılında «Sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo)» adlı teziyle «Hukuk Doçenti» ünvanını kazanmıştır.

Halen, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim dalına (Öğretim Üyesi) olarak atanmış olup, (İngilizce ve Türkçe) Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku derslerini vermektedir.

Evli ve iki çocuk babası olan Erhan, ADAL, İngilizce ve Fransızca bilmektedir.

İlmî yayınları arasında beş kitap ve 17 monografi eseri bulunmaktadır.

Doçent Dr. Erhan ADAL'ın Yayınlarının Listesidir

I — Kitaplar :

1. Trafik kazalarında akit-dışı hukuki sorumluluk (Doktora tezi) İstanbul, 1964
2. Türkçe-İngilizce Hukuk ve Ticaret Terimleri Sözlüğü Ankara, 1967
3. Yeni Türkçe-İngilizce «Hukuk, Ticaret ve İşletme Terimleri ve Kısaltmalar Sözlüğü» Ankara, 1979
4. Hukukun Temel İlkeleri (Ders Notları) (teksir) Nihat Sayar Vakfı Yayını, 585/619, İstanbul, 1983.
5. Sekreterlik Geliştirme, MESS Eğitim Kitapları Dizisi-6, İstanbul, 1984.

II — Çeviri :

Babcock/Jackson olayı üzerinde yorumlar - Amerikan Kanunlar ihtilâfı sisteminde yeni bir cereyan, IBD. C. XXXIX, 1965, 50-62.

III — Makaleler :

1. Trafik kazalarında zarar görenin himayesi, BATIDER, 1964, C. II, 384-396.
2. Trafikteki tavır ve hareketlerde yeni bir temel kaide: İtimat prensibi, IHFM. C. XXX, 1964, 234-245.
3. Motorlu taşıtın işletilmesi, BATIDER, 1965, C. II, 147-158.
4. Mecburi mali sorumluluk sigortası ve kara nakliyatına müteallik karar incelemeleri, BATIDER, 1966, C. II, 305-331.
5. Karayolları Trafik Kanununun mad. 53/I'in tahlili, IHFM. C. XXX, Sayı 3/4, 1965, 1063-1073.
6. Motorlu taşıt kazalarına karşı mecburi mali sorumluluk sigortası, IHFM. C. XXX, Sayı 3/4, 1965, 861-897.

7. İsviçre-Türk mevzuatında hukukî sorumluluk ve sorumluluk sigortasının kaydettiği son gelişmeler, BATİDER, 1966, C. III, 549-566.
8. Motorlu taşıtın, hususiyle otomobilin mahiyetinden meydana gelen tehlikenin tespiti, BATİDER, 1966, C. III, 704-719.
9. Kazalara bağlı haksız fiillerden doğan zararların giderilmesi (H. Çelikkale ile müşterek) (Askeri Ad. D. 1967), Sayı 42, 37-64.
10. Trafik kazalarında orta/vasat kusur kavramı, IBD. 1968, C. XLII, 18-29.
11. Trafik kazalarında cismanî zararın giderilmesinde tatbik edilecek esaslar, Ad. D. 1968, Sayı 3/4, 162-200.
12. Motorlu taşıt işleticisinin uğradığı zararlar ilgili olarak «Sorumluluk çatışmaları», BATİDER, 1968, C. IV, Sayı 4, 620-646.
13. «İşe adam alma mülakatında» 7 nokta planı, Sevk ve İdare Dergisi, Sayı 80, Nisan 1975.
14. Personel geliştirilmesinde «Duyarlık Eğitimi», PER-YÖN Bülteni, 1/2, 1977-1978.
15. «Duyarlık Eğitimi», AKADEMİ, Sayı 1, Haziran 1982, 43-69.
16. Yeni Karayolları Trafik Kanununun Hukukî Sorumluluğa İlişkin Yenilikleri, 16 Kasım 1983 tarihli Milliyet Gazetesi, 2 vd.
17. Sözleşme görüşmeleri nedeniyle olan tutumdan dolayı «Culpa in contrahendo» sorumluluğu (karşılaştırmalı araştırma), Marmara Üniversitesi, İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 27-42.

IV — Tebliğler :

1. Kamu Ekonomik Kuruluşlarında Eğitimcilerin Eğitimi Semineri «Duyarlık Eğitimi», MPM, Ankara, 4-15 Ekim 1976, 1-37.
2. Beşeri Münasebetlere Giriş, Atatürk Üniversitesi, İşletme Fakültesi Dergisi C. 2, Sayı 1, 37-41, 1976
3. The General Principles of the Turkish Law of Torts, Columbia Üniversitesi Parker School of Foreign Law, 2. Sınıfında Ocak 1962 yılında verilen konferans, (22 daktilo edilmiş sahife).

XXIV.

V — Yönetimle İlgili Seminer Notları :

1. Modern Personel Sevk ve İdaresinin Anlamı, 6.00/1, 1969.
2. İnsangücü Kaynağını Seçme Usulleri - Teknikler, 6.02/1, 1969.
3. İstihdam - Genel Prensipler, 6.03/1, 1970.
4. İnsangücü Plânlaması, 6.03/2, 1970.
5. Eğitim Prensipleri, 6.04/1, 1970.
6. Beşeri İlişkiler, 6.05/6, 1970.
7. Sınai İlişkiler, 6.06/1, 1971.
8. Modern Maaş ve Ücret İdaresi, 6.07/1, 1972.
9. İş Güvenliği, 6.08/1, 1972.
10. Motivasyon, 6.10/1, 1973.
11. Sevk ve İdare Denklemi/Management Grid, 1.01/4, 1973.
12. Genel Olarak Mülakat, 6.11/1, 1974.
13. Şikâyet/Uyuşmazlık Prosedürü, 6.06/14, 1974.
14. Tahkim, 6.06/15, 1974.
15. Satış Elemanlarının Yetiştirilmesi, 5.17/1, 1975.
16. Personelin Değerlendirilmesi, 6.12/1, 1976.
17. Amaçlara Yönelmiş Sevk ve İdare, 0.05/1, 1977.
18. Çeşitli Önderlik Tipleri ve Uyumsuzluğun Giderilmesi, 6.13/1, 1977.
19. Kişilerarası Etkileşim Analizi, 6.14/1, 1978.
20. Sevk ve İdare Geliştirme Programı (Genel Müdürler ve Üst Kademe Seviyesinde), 0.15/4, 1978.

VI — İngilizce Ders Teksirleri :

1. Fundamentals of Turkish Law, 1983.
 2. Law of Obligations, 1984.
-

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK KAVRAMI

§ 1. Toplum Düzeni ve Hukukun Rolü

I. Hukuk Kavramı :

İnsanlar doğuştan topluluk halinde yaşar. Bu toplu yaşayışın kendine özgü yararları olmakla beraber, sakıncaları da vardır; çünkü insanlar maddî ve manevî nitelikleri açısından birbirlerine denk ve eşit olmadıklarından, topluluk halinde yaşayan bireyler arasında belirgin ayrımlar doğar ve bir toplulukta kuvvetli olan bireylerin başıboş hareket etmeleri diğer bireylerin ve sonuç olarak toplum düzeninin aleyhine olur. İşte bu nedenle insanlar ilk çağlardanberi topluluk içinde bazı kurallara uyma gereğinin, toplu yaşama için zorunlu olduğunu hissetmiş ve sonuçta bazı kurallar oluşturmuştur. Başlangıçta nitelik açısından birbirinden ayırt edilmeyen bu kuralların bazı köklü farklar taşıdıkları sonradan görülmüş ve böylece bugün birbirinden ayrı tutulan toplum kuralları oluşmuştur. Bu kuralların amacı, toplum içindeki bireylerin birbirlerine ve topluma, toplumun da bireylere karşı davranışlarını ve bu ikisi arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Kısaca, toplum düzenini sağlamaktır.

Bunlar, hukuk, ahlâk ve görgü ve din kurallarıdır.

Hukukun çeşitli tanımı yapılmıştır. Genel olarak hukuk, «insan varlığını ve insan topluluğunu düzenleyen ve devlet yaptırımıyla kuvvetlendirilmiş bulunan kural, norm, emir ve yasaklardan oluşan kaidelerin bir bütünü»dür. Devlet yaptırımından amaç, devletin cebir ve zoru, yani hukuka uymayanlara karşı kullanılan devlet otoritesidir.

Bugün toplumu düzenleyen kuralların en önemli ve başta geleni hukuk kurallarıdır. Topluluk halinde yaşayan insanların belli bazı kurallara uymaları toplum hayatının gereklerindendir. Herkes tarafından uyulması gereken kurallar bulunmayan bir yerde, düzenli bir topluluk da düşünülemez. Hukukun ve hukuk düzeninin varlığını ve gereğini insan, bir haksızlığa uğradığı, şahsı veya malı zarar görünce derhal anlamaktadır. Bu, sağlığın varlık ve değerini hastalanınca anlayan insanın durumuna benzer. Ancak nasıl sağlığın kıymetli daha önce bilinmekle birçok hastalığın önü alınıyorsa, hukukun değeri de toplumun her bireyi tarafından önceden bilinip takdir olunmak suretiyle, birçok düzensiz davranış önlenmiş olur.

Hukuk kurallarının tam anlamıyla uygulanması için bireylerde adalet duygusunun kökleşmiş olması gerekir. Herkesin hukuk öğrenimi yapmasına ve hukukçu olmasına imkân olmamakla beraber, herkesin bir hak ve hukuk duygusuna, bir adalet düşüncesine sahip olması lâzımdır. Medenî bir toplumda, hukukun değeri her şeyin üstünde ve önündedir. Bu açıdan hukuk her yurttaşın ilgisini çeker. Hukuk, soyut kurallar topluluğu olmayıp, bizzat yaşantının düzeni olduğuna göre, içinde yaşadığımız, daimi bir oluş ve mücadele halindeki toplum hayatımızın gereklerindendir. Burada en önemli konu, toplumu oluşturan bireylerin, kökleri ahlâka ve görgüye veya dine dayanan bir adalet duygusuna sahip olmalarıdır. Kanunların uygulanmasının ve toplum düzeninin en büyük dayanağı ve güvencesi budur. Bunun yansıra, hukukun adalete hizmet etmesi ve hakkaniyet ölçülerini de dikkate alması gereklidir. İmparator Justinianus tarafından hazırlanan (Corpus Juris Civilis) adlı eserin ikinci kısmını oluşturan Digesta da hukukun tanımını «hukuk, gerektiği gibi ve adil olma sanatıdır (jus est ars boni et aequi)» tarzında vermiştir.

II. Hukukun Rolü :

Hukukun rolü denince, hukukun sosyal fonksiyonu anlaşılmalıdır. Hukukun amacı, hem bireysel hem de toplumsal çıkarları uyum halinde düzenlemek'tir.

1) Bireysel Çıkar :

İnsan yaradılışı gereği çıkarıcıdır. Kendi çıkarından kolay

kolay vaz geçmek istemez. Birçok hukuk kuralı bu birseysel çıkarı korumak için konulmuştur. Örneğin Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun mülkiyet hakkı, alacak hakkını gözeten hükümleri bu niteliktedir.

2) Toplumsal Çıkar :

Bir toplumda herkesin özellikle evvela kendi çıkarını sağlaması, yine herkesin çıkarına dokunması sonucunu doğurur. Bu nedenle, birey kendi çıkarına dokunulmamasını sağlamak için kendisi de başkasının çıkarına saygı göstermeye mecburdur. Birey soyut bir varlık olmayıp, toplumsal bir varlıktır. Bu nedenle, hukuk yalnız bireysel çıkarlardan değil, özellikle toplumsal çıkardan doğmuştur. Hukukun karakteri bireysel olmayıp, toplumsal, sosyaldır ve fonksiyonu da bireysel değil, sosyaldır. Bunun sonucu olarak da bireyler hukuk karşısında eşittirler.

Hukuk karşısında eşit olan insanlar, kuvvet, zekâ ve malvarlığı açısından eşit olmadıkları ve olmalarına da imkân bulunmadığından, yukarıda anılan hukuki eşitlik ilkesi çoğu zaman sözde kalmakta, kuvvet, zekâ veya malvarlığı açısından kuvvetli olan bireyler, zayıfları sömürmektedirler. Bu ise adalet düşüncesine aykırıdır. Öyleyse hukuk kuralları adalet esaslarına uygun olmalıdır. İdeal hukuk, bireyin ve toplumun karşılıklı çıkarlarını bir uyum içinde düzenleyen, bireyin varlık ve çıkarını toplum içinde eritmediği gibi, toplumun çıkarını da bireye feda etmeyen ve bundan başka kuvvetlinin zayıfı sömürmesine imkân vermeyerek, sosyal adaleti tesis eden, hukuktur.

§ 2. Toplumsal Davranış Kuralları

I. GENEL OLARAK

Toplum içinde yaşayan insan, dış yaşantısında birçok davranış kuralına bağlıdır. İnsanların birbirleriyle olan ilişkilerinde uymaları gereken bu kurallar sayesinde beraber ve birlikte yan yana yaşamak mümkün olmaktadır. Bu davranış kuralları bir takım emirler ve yasaklamalardır, yapmayı veya yapmamayı içerirler.

Hukuk birlikte yaşayabilmeyi sağlayan tek kural değildir. Bundan başka ahlâk ve görgü kuralları ve din kuralları vardır. Ancak hukukta insanın buna uymak görevi olduğu gibi, bunun yerine getirilmemesi halinde yaptırıma uğraması da söz konusudur.

İnsanlar üzerinde etkin olan, hareket ve faaliyetlerini düzenleyen bu toplumsal davranış kuralları arasında hukuk kuralları, din, ahlâk ve görgü kurallarından bazan birbirine karışmış olmakla beraber, açık olarak ayrılmıştır.

İlk çağlardanberi insan yaşantısını yöneten ve düzenleyen, insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde doğru ile eğriyi, iyi ile fenayı, haklı ile haksızı ayırd etmek için uygulanan bu kuralların birbirinden ayrılması ancak insanlığın geçirdiği çok uzun bir gelişme sonucu sağlanabilmektedir.

II. AHLAK VE GÖRGÜ KURALLARI

İnsan davranışları, ahlâk ve görgü kurallarıyla da bağlantılıdır. Ancak bu bağlantı, bazı durumlarda hukuk kuralının meydana getirdiği gibi olmakla beraber, çoğunlukla hukukun yaptırımından başka tür yaptırımlara tabidir.

Toplumlar ahlâk konusunda çok duyarlıdır. Ahlâk kurallarına aykırı hareket edenler, toplumun hafif veya ağır tepkisiyle karşılaşır. Bunlar diğer insanların saygısını kaybederler, dikkate alınmazlar, alaya alınırlar, toplum içinde yaşarken toplumun dışına atılmış gibidirler.

"Ahlâk objektif ve sübjektif olarak ikiye ayrılır. İnsanlar çok eski devirlerdenberi toplum içinde kendilerini maddi ve manevi birtakım görevlerle yükümlü saymışlardır. Bunlar önce insanın asıl kendine karşı olan görevleri ve sonra da başka insanlar karşısındaki görevleridir. Ahlâk kuralları insanların bazı davranışları devamlı olarak iyi ve bazılarını da devamlı olarak fena görmelerinden doğmuş bir görüş tarzıdır. Bu görüşten doğan görevlerin tümüne birden (ahlâki görevler) denir. Bunlardan insanın asıl kendine karşı olan görevlerine sübjektif ahlâk, diğer bireylere karşı olan görevlerine de objektif veya toplumsal ahlâk adı verilmiştir. Bu görevler çok eski devirlerden başlayarak toplumun bünyesinde kökleşen birtakım göreneklerden ve bazı dav-

ramışların iyi, bazılarının da fena sayılmasına ilişkin geleneklerden oluşur. Yani, objektif ahlâk özellikle bireyin diğer toplum bireylerine karşı olan, sübjektif ahlâk ise bireyin asıl kendine karşı olan görevleriyle ilgilenir. Sübjektif ahlâk tamamen öznel bir nitelik taşır; örneğin yalan söylememek, başkası hakkında kötülük düşünmemek gibi. Hukukla ilgisi olan ahlâk kısmı, objektif ahlâktır. Başkasının canına, şerefine, malına dokunmamak konusundaki kurallar objektif ahlâk çevresine girer.

Hukukla ahlâk birçok noktalardan birbirinin içine geçmekle beraber, aralarında farklar vardır :

(a) Ahlâk, insanın kendine karşı olan görevleriyle meşgul olur, hukuk genellikle bununla uğraşmaz.

(b) Ahlâk kuralları başkalarının haklarını çiğnememeyi ve ayrıca başkalarına yardım ve acımayı da emreder. Halbuki hukukta böyle bir emir yer almaz. Hukuk, sadece toplum düzeninin koruması için gerekli sosyal ve ailevi bağlar açısından gerekli saydığı yardımların yapılması için bazı kurallar koyabilir.

(c) Hukuk kuralları genellikle, bir biçime bağlı olarak, kanun haline getirilmiş kurallardır. Halbuki, ahlâk kuralları ancak toplumun vicdanında yaşarlar.

(d) Hukuk ile ahlâk arasında en önemli fark yaptırım farkıdır. Hukuki yaptırım, hukuk kurallarına uyulmayı sağlamak için devlet kudretinin kullanılması, bir kurala bireyin uymasını sağlamak amacıyla toplumun cebir ve zor kullanması anlamına gelir. Bir ahlâk kuralı devlet yaptırımına dayanınca, bu artık bir hukuk kuralı haline gelir. Örneğin, başkasının malını çalmamak, alacaklısına olan borcunu ödemek birer ahlâk kuralıdır. Bunların yapılmasını ahlâk emretmektedir. Ancak bugün bunlar sadece ahlâk değil, aynı zamanda birer hukuk kuralıdır. Çünkü bunları yerine getirmeyene karşı devlet bizzat ve alâkalının başvurusu üzerine harekete geçer ve yaptırım gücünü kullanarak hukuk kuralının yerine getirilmesini sağlar.

Buna karşılık ahlâk kurallarına aykırı davranan kimseye karşı kullanılacak bir devlet yaptırımı yoktur. Örneğin, aç bir kimseyi doyurmayan veya otobüste yaşlı ve hastalara yer vermeyen bir şahıs devlet tarafından cezalandırılmaz. Çünkü bütün bunlar ahlâki görevlerdendir.

Aynı biçimde, insanların günlük yaşantılarında, birbirleriyle ilişkilerinde uydukları bazı davranış, yani görgü kuralları da, örneğin, selâm verme, kapalı yerlerde sigara içmeme, ulu orta konuşmama, geçirmeme de yaptırım gücünden mahrumdur.

III. DİN KURALLARI

Toplumu düzenleyen kurallar yalnız hukuk, ahlâk ve görgü kurallarından ibaret değildir. Bu konudaki ilk kurallar özellikle, din kuralları olmuştur. Roma hukukunun ilk devirlerinde din kurallarıyla hukuk kurallarının ve din adamlarıyla hukuk adamlarının karışmış olduğunu görüyoruz.

Din kuralları, Tanrı tarafından konulmuş olan birtakım emir ve yasaklardan ibarettir; bu itibarla da Tanrı ile O'nun kulları olan insanlar arasındaki ilişkileri düzenler. Başka bir deyimle, din kuralları gerçekte (öteki âlem) ile olan «uhrevî ilişkileri» düzenler. Fakat bunun yanında, (buradaki âleme ilişkin) olan «dünyevî ilişkileri» de yani insanların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler. Ancak bu tür din kuralları, insanlar arasındaki sosyal ilişkileri düzenlemeye yetmemektedir. Çünkü din kurallarının koydukları emir ve yasalara uygun surette hareket edilmeme halinde karşılaşılabilecek tepki, manevidir. Din kurallarına uygun davranmayanlar ancak öldükten sonra öbür dünyada bir tepkiyle karşılaşır. Bu dünyada ise, din kurallarına uymayanları devlet gücüyle bunlara uydurmak kabil değildir.

§ 3. Yaptırım (Müeyyide) Kavramı

I. GENEL OLARAK

Kural olarak, hukuk kuralını belirleyici kıstas olarak önümüze çıkan yaptırım, «bir kuraldan doğan emir ve yasalara uymama halinde karşılaşılabilecek olan tepki» dir. Bu, farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir; örneğin, ayıplanmadan özgürlüğü kısıtlayacak biçimde cezalandırılmaya kadar ... Toplum hayatını düzenleyen kuralların, hepsinin kendine özgü bir yaptırımı vardır ki, bunları genel olarak, «maddî» ve «manevî» olarak sınıflandırabiliriz.

II. YAPTIRIMIN TÜRLERİ

Burada hukuk kurallarına aykırı davranan bireylerin karşılaştıkları «maddî tepkiler» incelenecektir.

1) Ceza :

Yaptırımın, insan kişiliğine doğrudan etkide bulunan bir türü olarak, çok değişik biçimlerde ortaya çıkan hali «ceza»dır. Örneğin hapis, kamu hizmetlerinden yoksunluk, belli bir meslek veya sanatın icrasının geçici olarak durdurulması ve daha hafif nitelikteki «disiplin cezaları» bu başlık altında verilebilir.

2) Cebri İcra :

Bunu açıklamadan önce şu ana kuralı önemle belirtmek gerekir : bir hukuk düzeni içerisinde bir kimsenin hakkını biz-zat kendisinin almaya kalkışması kabul edilemez. Bunu, taraflardan birinin hakkına tecavüz etmeden, objektif olarak hareket edebilecek, üstün bir gücün yapması uygun olacaktır. Çağdaş sosyal yaşantı düzeninde bu gücün adı «Devlet» tir. İşte bir sübjektif hakkın (bir hukuk süjesinin, kanunların kendisine tanıdığı yetkilerden yararlanması) veya bir hukuk kuralının gereğini zorla yerine getirmeyi devletin organları (icra ve iflâs daireleri) üstlenmişse, bu cebri icra eylemi bir yaptırım görünümü olarak karşımıza çıkar.

3) Tazminat (Giderim) :

Hukuka aykırı bir eylemin telâfisi onun aynen iadesi biçiminde mümkün olmayıp, ortada giderilmesi gereken bir de «zarar» varsa, bunu karşılayabilecek bir yaptırım türü de giderim (tazminat) dir. Bu giderim maddî biçimde olabileceği gibi manevî giderim biçiminde de olabilir.

4) Hükümsüzlük :

Hukuki işlemler, yine hukuk düzeninin getirdiği kurallar çerçevesinde doğar, yani hukuki deyimle bir hüküm ifade eder. Bir hukuki işlemden ortaya çıkabilecek sakatlık, dolaylı olarak onun doğumunu sağlayan hukuk kuralının emrine uygun hareket etmemek anlamına gelecektir. Bu ise bir yaptırımı gerekti-

rir; ilk akla gelen o işlemin «geçersiz» sayılmasıdır. Bu, «yokluk» derecesine varabileceği gibi, bütün veya kısmi «hükümsüzlük», veya taraflardan birini bağlayıcı etkisini yitirme biçimlerinde karşımıza çıkabilir. Örneğin, kanunun mutlak olarak aradığı bir biçim şartını (geçerlilik/sıhhat koşulu olarak) yerine getirmemek veya hukuki işlem yapma yeteneği olmayan bir kimsenin taraf olduğu sözleşmenin hukuk dünyasında doğmamış olduğunu (yoklukla geçersiz) kabul etmek zorunludur.

5) Bozma (İptal) :

Hukuk kurallarına aykırı biçimde yapılan «idari işlemlere» uygulanacak yaptırım ise, onu ortadan kaldırma, bozma, yani iptaldir. Örneğin, bir kamulaştırma bedeli haksız olacak biçimde düşük tutulmuşsa, bunun yargı yoluyla değiştirilmesi ve eski kararın gereğinin yerine getirilmemesi, bir bozma görünümünü altındaki yaptırımdır.

§ 4. Hukukun Çeşitli Manâları

I. MÜSBET (POZİTİF) HUKUK

Bir ülkede belli bir zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının tümüne birden müsbet hukuk veya pozitif hukuk denir. Pozitif hukukun içerisine, sadece yazılı olan hukuk kuralları, örneğin kanunlar, kanun niteliğinde kararnameler, uluslararası andlaşmalar, tüzükler ve yönetmelikler değil; yazılı olmayan hukuk kuralları, örneğin töre (örf ve âdet) hukuku da girer.

Alman hukuku, Fransız hukuku, İsviçre hukuku, İtalyan hukuku, Türk hukuku vs. denilince, halen Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya ve Türkiye'de uygulanmakta olan bütün hukuk kuralları belirtilmiş olur. Bu açıdan buna «yürürlükte olan hukuk» adı da verilir.

II. MEVZU HUKUK

Bir ülkede belli bir zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarından sadece yazılı olanları kapsar. Yani yetkili bir organ tarafından konulmuş bulunan kanun, kanun niteliğinde

kararname, yapılan uluslararası andlaşmalar, tüzük ve yönetmelikler ifade edilir. Bunun anlamı «konulmuş hukuk» tur. Bunlara kısaca mevzuat denilmektedir.

III. TABİİ VEYA IDEAL HUKUK

Belli bir ülkede, belli bir devrin gereksinmelerini ve insanlık duygularını en iyi karşılayan hukuk kurallarına «ideal» veya «tabii» hukuk denilir. Tabii hukuk, insan tabiatında saklı bulunan ideal hukuktur. Bu nedenle tabii hukuk kuramı, hukuk kurallarının tabiatte var olduğunu ve insanlara düşen görevin, insan tabiatında zaten mevcut olan bu kuralları bulup ortaya çıkarmak olduğunu kabul eder. Bu düşünceye göre, bugün mevcut ve yürürlükte olan pozitif hukuk kurallarından başka ve onların üstünde ideal bir hukuk vardır. Bu hukuk her zaman, her devirde ve her yerde gerçek bir nitelik gösteren değişmez ilkelere dir. İnsan bu ilkeleri kendi akıl ve düşünceleriyle bulur, ortaya çıkarır. Burada ağırlık insan aklına verilmiştir. Akılcılık cereyanı da bu düşüncenin bütün kurumlarda ve varlıklarda uygulanmasıdır.

Kanun koyucunun en önemli görevi, «müsbet hukuku» «ideal hukuka» yaklaştırmak ve ülkede çoğunluğu memnun ve tatmin eden bir hukuk düzeni kurmaktır. İdeal hukuku özellikle öğretici (doktrin) geliştirir.

Bir ülkede müsbet hukuk kuralları, tabii hukukun ilkelerine uydukları oranda değer kazanırlar. Örneğin, tabii hukukun ilkelerinden bir tanesi «herkesin hukuk karşısında eşit olmasıdır.» Ülkemizde bu ilke gerçekleştirildiği için, Türk hukukunun modern ve değerli olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten Medenî Kanunumuz 8 inci maddesinde;

«Her insanın hak yeteneği vardır.

Böylece bütün insanlar, kanun sınırları içinde, haklara ve borçlara yetenekli olmada eşittir.»

demekle «hak yeteneği» açısından bütün insanları yaş, cinsiyet, ırk, din, dil, milliyet vs. gibi ayırım yapmaksızın eşit saymaktadır. Yine aile hukukunda «boşanma davası açmak hakkı» karı ve kocaya eşit olarak tanındığı gibi, miras hukukumuzda, mirasçılık hakkı açısından da erkek-kadın farkına yer ve-

rilmeyerek aynı zümredeki bütün mirasçılarının örneğın, erkek ve kız çocukların mirasa eşit biçimde katılmaları kabul edilmiştir.

Hukuk kurallarının değeriendirilmesinde, gereksinimleri karşılamayan mevcut hukuk (de lege lata) karşısında, olması gereken/arzu edilen hukuk (de lege ferenda) ayırımı öğretilde yapılmaktadır. Ele alınan hukuk sorunu incelenirken, öne sürülen görüşün yürürlükte olan hukuku mu açıkladığı, yoksa arzu edilen, olması gereken hukuka mı yöneldiğı konusuna dikkat edilmelidir.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN SİSTEMİ

§ 5. Özel Hukuk - Kamu Hukuku Ayırımı

I. GENEL OLARAK

Hukukun sistemi demek, nitelikleri ve özellikleri açısından kişilerle —kişiler veya kişilerle— toplum arasında farklı olan, çeşitli ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını bir tertibe, bir sıralamaya tabi tutmak demektir. Bu sıralama, yani sistem özellelikle devlet esas alınarak yapılır; çünkü bireyin devlet karşısındaki hukuki durumu değişik bir nitelik taşır: evvela, her devlette bireylerin veya özel kuruluşların eşit esaslar içerisinde birbiriyle, yahut yine eşit esaslar içerisinde devletle birtakım ilişkileri vardır; bunları özel hukuk düzenler. Ayrıca, bunların devletle bir de eşit olmayan esaslar içerisinde bazı ilişkileri ve çeşitli devletlerin kendi aralarında birtakım ilişkileri vardır ve bunu da kamu hukuku düzenler. Böylece düzenlediği ilişkilerin türüne göre, hukuk sistemlendirilmiş, bir sıralamaya tabi tutulmuştur.

Hukukun böyle kamu hukuku ve özel hukuk diye ikiye ayrılması Roma hukukundan kaynaklanmaktadır. *Corpus Juris Civilis*'de *jus privatum* (özel hukuk) ile *jus publicum* (kamu hukuku) ayırımı yapılmış ve bu ayırım günümüze kadar da sürmüştür.

Corpus Juris'te aynen şöyle denmektedir :

«*Jus publicum as statum rei Romanae spectat, jus privatum ad singulorum utilitatem.*»

Kamu hukuku Roma devletine, özel hukuk ise bireylerin yararlarına ilişkindir.»

Hukukun düzenlediği ilişkiler iki türdür : bir taraftan birbirine eşit olan bireyler arasındaki ilişkiler vardır. Örneğin, mal sahibi ile komşusu, alacaklı ile borçlu, kiraya veren ile kiracı, satıcı ile alıcı, karı ile koca arasındaki ilişkiler gibi. Bu gibi ilişkilere ait düzen özel hukuku oluşturur. Diğer taraftan bireyler, varlıklarını düzene koymak amacıyla birtakım kuruluşlara girerler. Bunlar birey üzerinde egemendirler. Bu kuruluşların en büyüğü ve önemlisi devlettir. Fakat devlet bu nitelikteki tek kuruluş değildir. Örneğin kent ve belediye de böyle bir kuruluştur. Bu gibi kudret ve egemenliği taşıyan kurumların yaşantısı ve vatandaşın bunlara karşı olan durumu ve ilişkilerinin düzenlenmesi kamu hukukunu oluşturur.

Özel hukuk ilişkileri esas itibariyle vatandaşların eşitlik ilkesine dayandığı halde, kamu hukuku alanında bir üstlük-aşlık ilişkisi göze çarpmaktadır.

II. KAMU HUKUKUNUN ÇEŞİTLİ DALLARI

Kamu hukukuna giren alanlar aşağıda sıralanmıştır :

1) Anayasa Hukuku :

Kamu hukukunun özellikle en başında devleti düzenleyen Anayasa hukuku gelir. Türk Anayasa hukukunun temelini 1982 tarihli yeni Türkiye Cumhuriyeti Anayasası oluşturur. Modern, devletlerden çoğunun böyle yazılı anayasaları vardır. Örneğin Fransa, Almanya ve İtalya yazılı anayasalara sahiptirler; halbuki İngiltere'nin bu anlamda yazılı bir anayasası yoktur.

Anayasa hukuku, devletin biçimini, yapısını, organlarının görev ve yetkilerini, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür.

2709 sayılı yeni «Türkiye Cumhuriyeti Anayasası», bir başlangıç ve yedi kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım «Genel Esaslar», ikinci kısım «Temel Hak ve Ödevler», üçüncü kısım «Cumhuriyetin Temel Organları», dördüncü kısım «Mali ve Ekonomik Hükümler», beşinci kısım «Çeşitli Hükümler», altıncı kısım «Geçici Hükümler» ve yedinci kısım «Son Hükümler» başlığını taşır.

Anayasamızın Temel İlkeleri 5'tir. Bunlar sırasıyla :

- 1 — Millî Devlet İlkesi,
- 2 — Demokratik Devlet İlkesi,
- 3 — Lâik Devlet İlkesi,
- 4 — Sosyal Devlet İlkesi,
- 5 — Hukuk Devleti İlkesi'dir.

Anayasa devlet organlarını üçe ayırmıştır; bunlar Yasama Organı (Türkiye Büyük Millet Meclisi), Yürütme Organı (Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşur) ve Yargı Organı (bağımsız mahkemeler) dir.

Yargı organının yüksek mercileri olan Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Sayıştay, Anayasa Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasada düzenlenmiştir.

Ülkemizde yargı türlerinin ayırımına «Yargılama hukuku» bahsinde yer verilmiştir.

2) İdare Hukuku :

İdare hukuku, devlet idaresinin teşkilât ve işleyişini, kişilerin idare ile ilişki ve uyuşmazlıklarını, kamu hizmetlerinin görülmesini düzenler. İdare hukukunda, ona ilişkin kuralları kapsayan genel bir kaynak, bir kanun mevcut değildir. Çünkü böyle bir kaynaklaştırma, yani kanunlaştırma, kamu hizmetinin yapısına ve idare hukukunun karakterine uygun düşmemektedir. İdare hukuku, yargı kararıyla olaydan olaya oluşan bir hukuk dalı niteliğini taşır.

3) Ceza Hukuku :

Ceza hukuku, suç sayılan eylemleri saptayan, bunları işleyenlere, yani hukuk düzenini bozanlara uygulanacak cezaları inceleyen ve suçları önleme çarelerini arayan, kamu hukukuna giren bir hukuk dalıdır.

Ceza hukukumuzun temel kaynağını 1926 tarihli «Türk Ceza Kanunu» oluşturur.

4) Yargılama Hukuku :

Bu hukuk dalı, devletin kendi organları olan yargı vasıtasıyla görevini yürütürken takip edeceği yöntemi saptar ve düzenler.

Ülkemizde yargı türleri dörde ayrılır :

(aa) Anayasa Yargısı :

Anayasa Mahkemesinin bu sıfatla baktığı işler ile Yüce Divan sıfatıyla gördüğü işlerdeki faaliyetlerini kapsayan yargı türüdür. Bu dalda Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün biçim ve esas açısından, Anayasa değişikliklerinin sadece biçim açısından Anayasa uygunluğunu denetleyen, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkanı ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayan ve Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getiren bir yüksek yargı organıdır (AY. mad. 148).

(bb) İdari Yargı :

İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay olmak üzere dörde ayrılır. İdare Mahkemeleri, genel idari yargı alanında ilk derece (hüküm) mahkemeleridir. Kanunlarla başka yargı yerlerinin görev alanına girmeyen, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayın ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı dışında kalan bütün idari uyusmazlıklara karşı açılacak «iptal» ve «tam yargı» davalarını karara bağlar. Vergi mahkemeleri, kanunlarla başka yargı yerlerinin görev alanına girmeyen vergi uyusmazlıklarıyla ilgili davaları karara bağlar. Vergi mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden oluşur. Bu mahkemeler kural olarak vergi uyusmazlıklarını kurul halinde toplanarak karara bağlar. Ancak, vergi mahkemeleri kazançları götürü usûlde belirlenen yükümlülerin ve derecelerinin saptanmasına ilişkin işlemleri ve toplamı yetmiş beş bin lirayı aşmayan vergi uyusmazlıklarını tek yargıyla karara bağlar. Vergi mahkemelerinin kurul halinde verdikleri kararlara

karşı Danıştaya, tek yargıçla verdikleri kararlara karşı Bölge İdare Mahkemesine başvurulur. Bölge İdare Mahkemelerinin görevi, idare ve vergi mahkemelerinin tek yargıçla verdiği kararlara karşı yapılan itirazlar ile idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkacak görev ve yetki uyumsuzluklarını inceleyerek kesin karara bağlamaktır.

Danıştay, genel idari yargı alanındaki yüksek idare mahkemesidir. Danıştay, idari mahkemeler tarafından verilen ve kanunun başka bir idari yargı organına bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar (AY. mad. 155/1). Danıştay ilk derece mahkemesi olarak 2575 sayılı Danıştay Kanununda gösterilen alanlarda açılan iptal ve tam yargı davalarını doğrudan doğruya ve kesin olarak karara bağlar. Danıştay temyiz merci olarak da ilk derece idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleri tarafından nihai olarak verilmiş olan ve bölge idare mahkemelerine itiraz yoluyla götürülemeyen kararları inceleyerek çözümler. Ayrıca Danıştay, idari yargı yerleri arasında çıkan görev ve yetki uyumsuzluklarını çözüme bağlar ve idari yargı alanında içtihatlar arasında çıkan çelişkileri gidererek içtihadı birleştirme kararları alır.

(cc) Askeri Yargı :

Askeri mahkemelerin askeri ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyetleri ile asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin bulunan idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukları çözümler. Askeri yargı kendi içinde «askeri ceza yargısı» ve «askeri idari yargı» olmak üzere iki yargı türüne ayrılır. Askeri ceza yargısı, askeri mahkemelerin askeri ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyetlerini oluşturur. Askeri ceza yargısında kontrol niteliğinde bulunan Askeri Yargıtay yer alır. Askeri idari yargı, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin bulunan işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukları çözümler. Askeri idari yargıda, yargısal faaliyeti yürüten yargı yeri, bir yüksek yargı organı niteliğinde olan «Askeri Yüksek İdare Mahkemesi» dir.

(dd) Adli Yargı :

Anayasa yargısı, idari yargı ve askeri yargı dışında kalan

yargısal faaliyetleri, adliye mahkemeleri tarafından yürütölmekte olan yargı faaliyetlerini kapsar.

Adli yargının, «ceza yargısı» ve «hukuk yargısı» olmak üzere iki türü vardır. Ceza yargısı, ceza mahkemelerinin ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyetlerini kapsar. Hukuk yargısının konusunu, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri oluşturur.

Adli yargı, adliye mahkemeleri tarafından yürütölür. Ülkemizde mahkemeler birinci derecede hüküm mahkemeleri ve ikinci derecede kontrol mahkemesi (Yargıtay) olarak iki derecelidir.

Ceza yargısında hüküm mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleridir. Hukuk yargısında hüküm mahkemeleri, sulh hukuk ve asliye hukuk (ve asliye ticaret) mahkemeleridir. Bunlar genel mahkeme niteliğinde olup, ayrıca özel nitelikte mahkemeler de vardır; örneğin iş mahkemeleri, tapu-ma mahkemeleri gibi.

Yargıtay adli yargı alanındaki yüksek mahkemedir. Yargıtay adliye mahkemelerinden verilen karar ve hükümlerin temyiz yolu ile denetimini yapan bir kontrol mahkemesi olduğu gibi, kanunla gösterilen belli davalara bakmakla yükümlü olan bir ilk ve son derece (hüküm) mahkemesi niteliğini de taşır.

Yargıtayda onbeş hukuk ve dokuz ceza dairesi vardır. Her daire bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanarak salt çoğunlukla karar verir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelerce verilen ısrar (direnme) kararlarını inceleyerek karar verir. Hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa veya Yargıtay dairelerinden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlar. Büyük Genel Kurul, Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararlar ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları ve Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hu-

kuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek üzere (içtihadı birleştirme kararları) verir. Bu içtihadı Birleştirme Kararları Resmi Gazetede yayımlanır ve benzer konularda Yargıtay Dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

Yargılama Hukukuna, adli yargıya dahil mahkemelerin yargısal işlemleri dahildir. Bu yargılama hukukuna giren alt dallar şöyledir :

a) Hukuk Yargılama Usulü Hukuku :

Başlıca kaynağını 1927 tarihli «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» oluşturur.

b) Ceza Yargılama Usulü Hukuku :

Başlıca kaynağını 1929 tarihli «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu» oluşturur.

c) İcra İflâs Hukuku :

İcra hukuk, özel hukuk alanında başgösteren uyumsuzlukları bir sonuca bağlamakla görevli bulunan yargı organlarının vermiş oldukları hükümlerin gerektiğinde Devlet organları vasıtasıyla zorla yerine getirilmesi yöntemlerini ve bu konudaki yetkili organları düzenler. İflâs hukuku ise, iflâsa tabi olan kişiler hakkında uygulanan özel bir takip yöntemini düzenler.

İcra iflâs hukukumuzun başlıca kaynağını, 1932 tarihli «İcra ve İflâs Kanunu» oluşturur.

5) Devletler Genel Hukuku :

Bu hukuk, devletin diğer devletlerle ve uluslararası kuruluşların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler. Kaynakları, andlaşmalar, uluslararası gelenek, uluslararası mahkeme kararları ve doktrindir. Anayasamızın 90 ncı maddesinin beşinci fıkrası, usu-

lüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirttiğine göre, onaylanmış uluslararası andlaşmalar yazılı bir hukuk kuralı sayılmalıdır.

6) İş Hukuku :

İş hukuku, işçi ile işveren arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarından oluşan hukuk dalıdır. Bugün yazarlar bu hukuk dalının kamu veya özel hukuka girmesi konusunu tartışmaktadırlar. Ancak bu hukuk dalının niteliği gereği artık özel hukuktan kamu hukukuna doğru kaydığı öne sürülebilir. İş hukukumuzun belli başlı kaynakları 1983 tarihinde bazı hükümleri değiştirilen 1971 tarihli «İş Kanunu», 1983 tarihli «Sendikalar Kanunu» ve aynı tarihli «Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu» dur.

III. ÖZEL HUKUKUN ÇEŞİTLİ DALLARI

Özel hukuk dalına medeni hukuk, ticaret hukuku ve devletler hususî hukuku dahildir.

1) Medeni Hukuk :

Medeni hukuk, hukuk açısından eşit olan (gerçek ve tüzel) kişilerin hukuk açısından önem taşıyan her türlü toplumsal ve ekonomik ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. Medeni hukuk, özel hukukun en önemli ve geniş alanını oluşturur. Bu nedenle medeni hukuk ve özel hukuk deyimleri bazan eş anlamda kullanılmaktadır. Almanca «bürgerliches Recht», Fransızca «droit civil», İtalyanca «diritto civile», ve İngilizce «civil law» kavramına, dilimizde «Medeni Hukuk» denilmektedir. Fakat bu deyimler kapsadıkları anlamı tam olarak ifade etmekten uzaktır. Bunların hepsi lâtın kökenli olup «jus civile» deyiminden gelir. «Jus civile» aslında Roma vatandaşı «civis Romanus» için yürürlükte olan hukuku belirtiyordu. Tam olarak çevirisi «vatandaş medeni hukuku» demektir. Daha sonra, orta çağdan başlayarak bütün Roma hukukuna «Jus civile» denildi. Bizans imparatorlarından Justinianus'un VI. asırda İstanbul'da hazırlattığı Roma hukukunun külliyatına sonraları «Corpus Juris Civilis» adı verildi. «Jus civile», çağımızda hâlâ Roma hukukunun toplu bütünü

olarak adlandırılmaktadır. Roma hukuku başlı başına özel hukuktan ibaret olmamakla beraber, onda özel hukuk niteliği üstündü. İşte bu şekilde, «droit civil, bürgerliches Recht, jus civile» kelimeleri özel hukuka egemen oldu. Buna uygun olarak da modern özel hukuk kanunlarına Medenî Kanun adı verildi. Ülkemizde bugünkü medenî hukukun kaynağı, 17 Şubat 1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilip 4 Ekim 1926'da yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunudur. Buna aynı tarihte yürürlüğe giren Borçlar Kanunu da dahildir.

2) Ticaret Hukuku :

Özel hukukun başka bir kolu olan ticaret hukuku da bir tür medenî hukuktur, diyen yazarlar vardır. Gerçekten Türk Ticaret Kanununun 1 inci maddesinde «Türk Ticaret Kanunu, Medenî Kanunun ayrılmaz bir parçasıdır» denildiği gibi Borçlar Kanunumuzun 544 üncü maddesi «bu kanunun, Medenî Kanunun bütünleyicisi» olduğunu belirtmiştir.

Ticaret hukuku bireylerin günlük yaşantı ilişkilerinden bir kısmını, yani ticarî yaşantı ilişkilerini düzenler. Ekonomik yaşamın ilerlemesi ve ticarî ilişkilerin son derece genişlemesi, bunları düzenleyen hususî kuralların giderek, özellikle töreler yolu ile gelişmesini ve böylece özel hukukun içinde ayrı bir yer kaplayan ticaret hukukunu oluşturur.

Ülkemizde bugünkü ticaret hukukunun temeli 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunudur. Ticaret hukuku, ticarî işletme hukuku, şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku, deniz ticareti hukuku ve sigorta hukuku bölümlerine ayrılır.

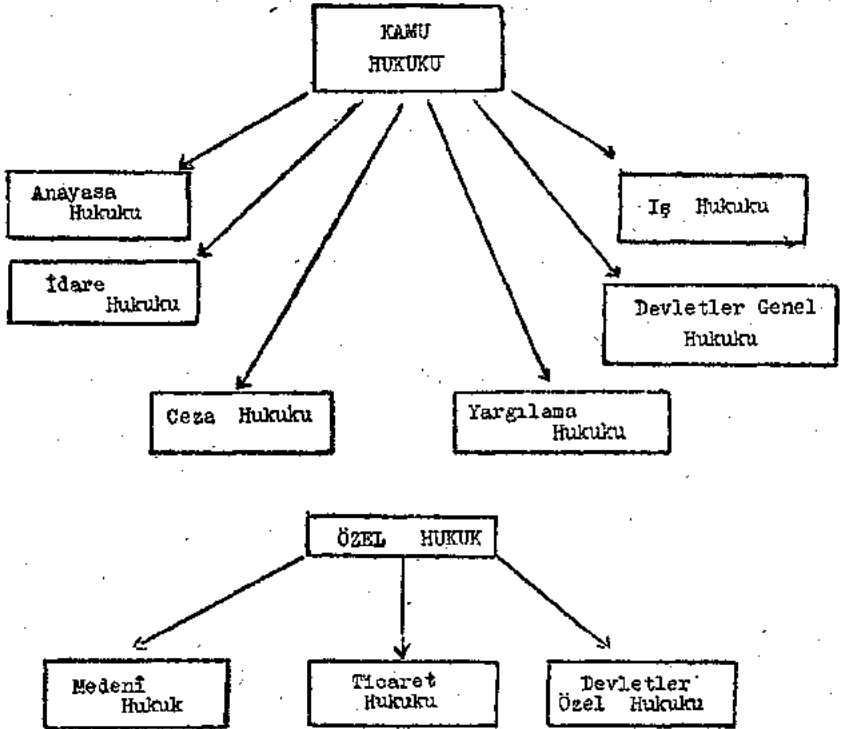
3) Devletler Özel Hukuku :

Bu hukuk, özellikle çeşitli devletlerin özel hukuka ilişkin kanunları arasındaki çatışmaları (kanunlar çatışması); vatandaşlık ve yabancıların hukukî durumlarına ilişkin sorunları düzenleyen bir hukuk koludur. Bu hukuk dalının temelini de her devlet tarafından konulan kurallar (Vatandaşlık Kanunları) ve devletler arasında bu konuda yapılan andlaşmalar oluşturur.

Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayırım kati olmayıp devamlı bir değişme halindedir.

Bu iki hukuk dalını şematik olarak belirtelim :

Şekil : 1.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN KAYNAKLARI

§ 6. Hukukta Kaynak Kavramı

I. GENEL OLARAK KAYNAK KAVRAMI

Hukukda kaynak deyimi çeşitli anlamda kullanılmaktadır. Bir anlamda hukuk kaynağı, hukuk kurallarını oluşturan güçleri belirtir. Bunlara hukukun yaratıcı kaynakları denilir. Bu da çeşitli ülkelerin yapıları ve organizasyonlarına göre değişir. Ülkemizde, T.B.M.M. bu anlamda bir hukuk kaynağıdır.

Diğer bir anlamda hukuk kaynağı deyimi hukukun meydana çıktığı ve yürürlükte bulunduğu zaman aldığı biçim anlamına kullanılır, buna da hukukun yürürlük kaynakları denilir. Daha doğrusu bunlara hukukun belirne biçimleri adı da verilebilir. Hukukun bu anlamdaki biçimsel kaynağı üçtür : Kanun, töre hukuku, yargı kararları ve öğretisi.

Başka bir anlam olarak da kaynak hukuki malzeme ve aletlerini sistematik olarak araştırma karşılığında kullanılmaktadır. Bu anlamda bunlar mevzu hukuk kaynakları, yargı organları kararları ve kuramsal kaynaklar olarak üçe ayrılır.

II. HUKUKUN YÜRÜRLÜK KAYNAKLARI

Hukukun biçimsel kaynaklarını (hukuk kaynaklarının bugünkü durumunu belirleyen görünüm) kendi içinde ikili bir ayrımına tabi tutabiliriz :

- (a) yazılı kaynaklar,
- (b) yazılı olmayan kaynaklar.

1. Yazılı Kaynaklar :

Bunlar kural olarak, bir ülkenin yetkili organları tarafından konulmuş ve «mevzuat» denilen uygulamadaki hukuku oluşturan kurallar bütünüdür.

Yazılı kaynaklar, kanunlar, kanun hükmünde kararname-ler, tüzükler ve yönetmeliklerden oluşur.

A) Kanunlar :

Kanun, Anayasanın yetkili kıldığı organ tarafından yazılı bir biçimde, genel, sürekli ve soyut olma niteliğini taşıyan hukuk kurallarıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yetkili organ olarak «yasama organı»nı yalnızca ve mutlak olarak «Türkiye Büyük Millet Meclisini» göstermiştir (A.Y. mad. 7). T.B.M.M. ise, milletçe genel oyla seçilen 400 milletvekilinden kurulur (A.Y. mad. 75).

T.B.M.M.'de, meclis üyeleri ile Bakanlar Kurulu üyeleri kanun teklifinde bulunma yetkisine sahiptirler. Milletvekillerinin sunduğu kanun projelerine «kanun teklifi», Bakanlar Kurulu'nun hazırlayarak meclise sunduğu kanun projelerine ise «kanun tasarısı» adı verilir. Bir kanun tasarısı veya teklifinin görüşülmesine ilk defa ilgili komisyonlarda başlanır; buradan geçen metin, Meclis Genel Kuruluna sunulur ve oylanarak kanun niteliğini kazanır. Bunlar, Cumhurbaşkanınca ya onbeş gün içinde yayımlanır, ya da bir daha görüşülmek üzere (bu husustaki gerekçesiyle beraber) aynı süre içinde T.B.M.M.'ne geri gönderilir. Ancak, Cumhurbaşkanının bütçe kanunlarını geri gönderme yetkisi yoktur. Yeniden görüşülen kanun, T.B.M.M.'nce aynen benimsenirse Cumhurbaşkanınca yayımlanır. Ancak üzerinde bir değişiklik yapılırsa Cumhurbaşkanının, değiştirilen kanunu tekrar meclis'e gönderme yetkisi vardır (A.Y. mad. 89).

Kanunların «genel» olma niteliği ile kastedilen, kanunun belirli bir kişi veya olayı değil, aynı durumda bulunan bütün kişileri ve aynı nitelikteki bütün olayları kapsamasıdır.

Kanunların «sürekli» olması ise, yürürlüğe girdikleri tarih-

ten itibaren kapsamına giren kişi ve olaylara her zaman uygulanması demektir; ancak tabiidir ki, gerektiğinde ve belirli prosedür dahilinde kanunların yürürlükten kaldırılması imkânı süreklilik niteliğini ortadan kaldırmaz.

Kanunların «soyutluğunu», belirli ilkeler koymasında ve bunları somut olayların özelliklerine uygulanması gerekliliği ile açıklayabiliriz.

Süreklilik niteliğinin bir istisnası bütçe kanunlarıdır. Bunlar bir yıllık süre için çıkarılır ve bu süre geçtikten sonra yerini yeni bütçe kanununa bırakır. Diğer bir istisnası ise Uluslararası Andlaşmalardır; bunlar da kanun niteliğindedir ve Anayasamıza göre Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılan andlaşmalar, T.B.M.M.'nce diğer bir kanunla onaylanmasına kadar yürürlükte sayılacak, bu olay sağlanamazsa yürürlükten kalkacaktır.

Kanunların yayımlanması Resmi Gazetede yapılır. T.B.M.M. nce kabul edilen kanun Resmi Gazetede yayımlanmadıkça kimseyi bağlamaz. Kanunların ne zaman yürürlüğe gireceği kanunların yürürlük maddesinde gösterilir. Şayet gösterilmemişse, Kanun, Resmi Gazete yayımını izleyen günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girer (Kanunların ve nizamnamelerin sureti neşir ve ilânı ve mer'iyet tarihi hakkındaki 28 Mayıs 1928 tarih ve 1322 sayılı kanun, mad. 3).

Yürürlüğe giren kanunlar çeşitli biçimlerde yürürlükten kalırlar.

(a) Açıkça Kaldırma :

Kanun koyucu, bir kanunun yürürlükte kalacağı süreyi açıkça belirtebilir. Bu durumda sürenin dolması veya belirli bir tarihe ulaşılma ile kanun, herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmadan yürürlükten kalkar.

Anayasa mahkemesi, Anayasaya aykırılık nedeni ile kanunu tüm olarak veya bazı maddelerini iptal edebilir (AY. mad. 148, 150).

Sonradan yürürlüğe giren kanun, açıkça kendisinden önce çıkarılmış bulunan bir kanunu veya belli maddelerini yürürlükten kaldırabilir.

(b) Üstü Kapalı Kaldırma :

Sonradan kaldırılan kanun kendisinden önce çıkmış olan kanunu veya bazı hükümlerini üstü kapalı bir biçimde yürürlükten kaldırabilir. Genel olarak, yeni çıkan kanuna aykırı olan eski kanunların hükümlerinin kalktığı ilke olarak kabul edilmektedir.

Önceki ve sonraki kanunların her ikisinin genel nitelikte olması halinde, sonraki kanun önceki kanunun kendisine aykırı olan hükümlerini yürürlükten kaldırır.

Önceki kanun genel, sonraki kanun özel ise, sonraki kanun kendi alanına giren konularda, genel kanunu yürürlükten kaldırır (lex specialis derogat lex generalis).

Önceki kanun özel, sonraki kanun genel nitelikte ise, yeni olan genel kanun, özel olan eski kanunu yürürlükten kaldıramaz.

Önceki kanun yahut sonraki kanun belirlenirken, kanunun yürürlüğe giriş tarihine bakmak gerekir. Anayasa mahkemesi de bir kararında bu görüşü benimsemiştir. Ancak bu konuda iki ayrı görüş daha vardır. Bu görüşlerden biri önceki kanun yahut sonraki kanunu belirlerken kanunun yasama organı tarafından kabul edildiği tarihin esas alınması gerektiğini öne sürer. Diğer bir görüş ise, kanunun Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmak üzere imzalandığı tarihin esas alınması gerektiğini belirtir.

(c) Kanunun Konusu :

1982 tarihli Anayasaya göre, yasama organının kanun yapma yetkisi, konu yönünden sınırlandırılmamıştır. Anayasaya aykırı olmamak şartıyla kanun koyucu, kanunun konusunu serbestçe belirleyebilir. Ancak yasama organının takdir yetkisi sınırsız değildir. Kanunların Anayasa hükümlerine, Anayasanın temel ilkelerine, söz ve özüne uygun olması gerekir.

(d) Kanunun Geriye Yürümemesi (Geçmişe Etkili Olmaması) İlkesi :

Kural olarak, hiçbir kanun, çıkarıldığı tarihten önceki olaylara uygulanamaz. Bu kural hukuk düzenini ve hukuki güveni sağlayan çok önemli bir kuraldır. Çünkü bir ülkede bireyler kendi hareket ve işlemlerini kanunda belirlenmiş olan kurallara

göre ayarlarlar. Kanunların geçmişe etkili olması, hukuk güvenliği ile bağdaşmaz. Kişi bugün yaptığı bir işten dolayı yarın çıkacak bir kanunla ceza göreceğini düşünürse, veya bugün yaptığı bir işleminden elde edeceği kazancı yarın çıkacak bir kanunla kayıp edeceğini düşünürse hukuka olan güvenini yitirir.

Bu kural, ideal hukuk kurallarına bir örnek teşkil eder. Çünkü bir kimsenin, işlendiği zaman suç olmayan bir eyleminden dolayı sonradan çıkan bir kanunla sorumlu tutulması ve mahkûm edilmesi adalet duygusuna ve sonuç olarak ideal hukuka aykırıdır. Ancak bu kuralın mutlak olarak uygulanması bazı sakıncalar doğurabilir. Bu nedenle bazı durumlarda yeni kanun, eski kanun dönemindeki olay ve ilişkilere uygulanabilir. Buna kanunların geçmişe etkisi, yahut kanunların geriye yürütmesi denir. Ancak bu haller istisnâî ve belirlidir.

(e) Kanunların Geriye Yürütmesi :

aa — Kazanılmış Bir Hakkın Bulunmaması :

Kazanılmış hak, hak sahibinin, bütün sonuçlarıyla kazanmış olduğu haktır. Kanunların geriye yürümemesi kuralı, kazanılmış hak esasına dayanır. Daha önce bireylerin eski kanuna göre bütün sonuçları ile kazanmış olduğu haklar artık onların kazanılmış hakkı sayıldığı için, yeni çıkan kanun çıkarıldığı tarihten geriye doğru yürüyerek bu kazanılmış hakları çiğneyemez. Şu halde kazanılmış bir hak doğmuşsa o zaman ana kural, yani kanunların geriye yürümemesi ilkesi geçerlidir.

Şayet ortada kazanılmış hak olmayıp sadece beklenen hak varsa o zaman kanun geçmişe etkili olur.

Beklenen hak, hak sahibinin bütün sonuçlarıyla kazanmayıp gelmesini ümit ettiği, beklediği haktır. Örneğin, Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce eski kanuna göre evlenmiş olanlar bu hakları kazandıkları halde, bu devrede taraflar evlenmenin bütün işlemlerini önceden hazırlamış ve bitirmiş olsalar bile, şayet işlemi tamamlamamışlarsa Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ancak yeni Medenî Kanuna göre evlenebilirler. Çünkü bunlar yeni kanun çıkmadan evvel evlenmeden doğan hakları bütün sonuçlarıyla birlikte kazanma-

miş olduklarından bu haklar onlar için kazanılmış değil, beklenen hak niteliğini taşımaktadır ve bu nedenle de yeni kanun hükümlerine tâbidir (684 sayılı Kanunu Medenin'in sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkında Kanun diğer adıyla, Tatbikat Kanunu, mad. 4).

bb — Kamu Düzenine ve Genel Ahlâka Aykırılık :

Eski kanun yürürlükte iken ona göre kazanılmış hak oluşturan bir hakkın kullanılması sonra çıkan bir kanun tarafından kamu düzenine veya genel ahlâka aykırı sayılmaşa, kazanılmış hak ilkesi uygulanmaz ve yeni çıkan kanun eski olaylara da uygulanır. Örneğin, yeni Borçlar Kanununun getirdiği, «hizmet sözleşmesinin on yılı geçen kısmı işçiyi bağlamaz» kuralı, kamu düzenini ilgilendiren bir kural olduğundan, eski hukuk döneminde yapılmış olan sözleşmelere de uygulanır (Tatbikat Kanunu mad. 2).

cc — İşlendikten Sonra, Yapılan Kanuna Göre Suç Sayılmayan Eylemler :

Türk Ceza Kanununa göre (mad. 2), dün suç teşkil eden bir eylem işlenir ve bugün bir kanun çıkarak bu eylemin suç niteliğini ortadan kaldırır, bu eyleme, işlendiği zamanki kanun değil, bugünkü kanun uygulanır.

dd — Ayrıca yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da kural olarak geriye yürtür (H.U.M.K. 578/I). Örneğin, yeni kanun yürürlüğe girmeden önce açılmış olan davalara, kural olarak, yeni kanun hükümleri uygulanır.

B) Kanun Hükmünde Kararnameler :

Kanun hükmünde kararnameler, T.B.M.M.'nin bir kanunla yetki vermesi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belli konularda çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Bunlar kanunlar gibi Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer.

1982 Anayasasının 91 inci maddesi Bakanlar Kuruluna belli konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarmak yetkisi vermiştir. Anayasasının ikinci kısmının, birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde

yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararname-
lerle düzenlenemez. Bu nedenle, kanun hükmünde kararname-
nin düzenleneceği konunun bunlar dışında bir konu olması ge-
rekdir.

Yetki veren kanunda çıkarılacak kanun hükmünde karar-
namelerin, amacı, kapsamı, ilkeleri ve yetkiyi kullanma sürele-
rinin açıkça belirtilmesi şarttır (A.Y. mad. 91/II).

Kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazete'de yayın-
landıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük
tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir (A.Y. mad.
91/IV). Kanun hükmünde kararnameler yayımlandıkları tarihte
T.B.M.M.'ne sunulurlar. Yayımlandıkları gün Büyük Millet Mec-
lisine sunulamayan kararnameler bu tarihte; T.B.M.M.'nce ka-
bul edilmeyenler de red kararının Resmi Gazete'de yayımlandı-
ğı tarihte yürürlükten kalkarlar (A.Y. mad. 91/Son fıkra).

C) Tüzükler :

Tüzükler Anayasanın 115 nci maddesi uyarınca, kanunların
uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirt-
mek üzere kanuna aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden
geçirilmek koşuluyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılır.

Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi
yayınlanır.

D) Yönetmelikler :

Yönetmelik kendi görev alanlarını ilgilendiren Kanun ve
Tüzüklerin uygulanmaları hakkında Bakanlıklar veya Kamu Tü-
zel Kişileri tarafından çıkartılır. Yönetmelikler hem kanuna hem
de tüzüğe aykırı olamazlar.

Yönetmelikler de, aynen kanunlar, kanun hükmünde karar-
nameler ve tüzükler gibi Resmi Gazete'de yayımlanırlar.

E) İctihadi Birleştirme Kararları :

Yargıtayın içtihadı birleştirme kararları da hukukun yazılı
kaynaklarındanr. Bu el kitabının 16 ve 17 inci sahifelerinde

belirtilen durumlarda verilen bu kararlar Yargıtayın en önemli görevlerinden birini, bütün yurttaki kanunların aynı biçimde uygulanmasını sağlamak oluşturur. İçtihadı birleştirme kararları bir davayı sonuçlandırmakla ilgili değildir. Çoğu zaman, bir ilkeyi ortaya koyarlar, ve bu açıdan ilke kararı niteliğini taşırlar. Bu nedenle Yargıtay Özel Daire Kararları başka davalarda hukuk açısından yargıcı bağlamazken, İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukukî konularda Yargıtay dairelerini ve yargı organlarını/mahkemeleri bağlar.

Bu bağlılık, içtihadı birleştirme kararının yeni bir içtihadı birleştirme kararı ile veya yeni bir kanunla etkisiz bırakılmasına kadar devam eder. İçtihadı birleştirme kararlarının bu özelliklerinden dolayı, içtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özetinin, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Yüksek Hakimler Kuruluna ve Adalet Bakanlığına bildirilmesi gerekir. Yüksek Hakimler Kurulu ve Adalet Bakanlığı bütün yargı organlarına ve Cumhuriyet Savcılıklarına bu kararı en kısa zaman içinde duyurur (Yargıtay Kanunu, mad. 20/son fıkra).

Yargıtay içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı güçte yeni bir hukuk kaidesi oluşturdıkları için hukuk açısından yazılı kaynak niteliğini taşırlar. İçtihadı birleştirme kararları kanunlar gibi Resmi Gazete'de yayımlanır.

İçtihadı Birleştirme Kararı dışındaki kararlar, yargıcı bağlamaz ise de hakim, ilke kararı niteliğindeki diğer kararlardan, Medeni Kanunun birinci maddesinin son fıkrası uyarınca veya kanun boşluğunu doldururken yararlanacaktır. Yargıç, bir konuda yerleşmiş, benimsenmiş bir içtihattan farklı bir karar vermek istediği zaman bunu köklü gerekçelere dayandırmak zorundadır.

**1984'de Yayınlanmış İki İçtihadı Birleştirme Kararı Örnek
Olarak Aynen Aktarılmıştır**

E. No.: 1983/3

K. No.: 1984/1

K. T.: 25.1.1984

ÖZET : İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyumsuzluğun kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur.

Borçlar Kanununun 360. maddesinin son fıkrasındaki «—yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibarıyla ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise, iş sahibi ancak ikinci fıkra mucibince işlem yapar—» hükmünün (müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi halinde) uygulanması konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6/10/1982 günlü ve 1982/15-358 Esas, 1982/817 Karar sayılı kararı ile Onbeşinci Hukuk Dairesi kararları arasında içtihat uyumsuzluğu meydana gelmesi nedeniyle içtihatların birleştirilmesi Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanlığının 26/4/1983 gün ve 1983/54 sayılı yazısıyla (bu konudaki Daire kararına dayanılarak) istenilmiş olmakla; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda, kararlar arasında içtihat uyumsuzluğunun varlığı kabul edilerek işin esası görüşüldü :

1 — Kararlar arasındaki içtihat uyumsuzluğu, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmeyerek kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda; Borçlar Kanununun 360. maddesinin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağına toplanmakta-

dir. Onbeşinci Hukuk Dairesinin kararlarında, bu hallerde, 360. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında ise, müteahhidin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda uyumsuzluğun yalnızca Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri uyarınca çözümlenmesi, 360. maddenin kıyasen uygulanamayacağı görüşü benimsenmiştir.

Raportör üyenin, konuya ve ayrıca sorunun çözümüne ilişkin bilimsel görüşler hakkındaki açıklamaları da dinledikten sonra, aşağıdaki gerekçelerle içtihat uyumsuzluğu giderilmiştir.

2 — Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108). tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğu göre, hâkimin görevi, herşeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür. (MK. m. 1).

Kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığı altında düzenlenen Borçlar Kanunun 360. maddesi hükmü, kural olarak, bir eserin istenen vasıflara uygun olarak meydana getirilmemesi (yani işin ayıplı tamamlanması) hallerinde uygulanabilir. İnceleme konusu olaylarda ise, müteahhidin teslim gününde yapıyı bitirmemesi yüzünden temerrüde düşmesi ve yapıyı kısmen tamamlaması söz konusudur. Bu nedenlerle, uyumsuzluk konusu olaylarda 360. maddenin doğrudan uygulanabileceği yolundaki görüş de benimsenmemiştir.

Öte yandan, Borçlar Kanununun 358. maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu

nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de mümkün görülmemiştir.

3 — A) Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında «—akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği—» belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut «kanun içi» boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medenî Kanunun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen «doğruluk kuralından» yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında; müteahhidin yapının tamamladığı kısmı (mütemmin cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı, için, sözleşmeyi feshi yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmi ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «anî edimli» sözleşmeler grubunda mütalâa edilmekte isede, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Ka-

nunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, anı edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşışmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karrılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceğı öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanıtacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmı ifasının karşılığı yalnızca 106 - 108. maddeler uyarınca belirlenirse ,iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkâna (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhid de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki, 106 - 108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde «haklı şekle mahkûm edecek derecede» adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medenî Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk - İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medenî Kanunun 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen «hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından» yararlanılabilir. Bu gün hâkim olan

fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hallerde (adâlete uygun düşecek şekilde) hüküm imkânını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medenî Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: «—Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve ferdin korunması için bütün hukukî yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f. 2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır.—». Prof. Dr. Zahir İmre'nin Türk Medenî Hukukuna göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1978. Sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre'de Medenî Hukuk Profesörü MERZ'in ifade ettiği gibi, bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülâhazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHWARZ'ın (Medenî Kanunun 2. maddesi ile Borçlar Kanununun 106 - 108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir: I - MK. 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hâkim bulunmaktadır. Bu umumî esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elâstikiyet bahşetmektedir (Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1948, Sh. 203 vd). II - MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlâl edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlâli sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hâkimin, her hadisede «feshin doğuracağı sonuçlar bakımından» böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdın İhlâli Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül'ulâ Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, Sh. 759 vd).

Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medenî Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın tâlîliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun

hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır :

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamlandığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK. 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshini bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) hakkı gösterdiği durumlarda; Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

SONUÇ : İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin hakkı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25/1/1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi.

(Gerekçe Bakımından Muhâlefet Şerhi)

«Bu «Tevhidi İctihat Kararı», Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesinin 26/4/1983 gün ve 1983/56 sayılı kararı ve bu karara âtfen aynı tarihli yazılı isteği üzerine «Yargıtay İctihadı Birleş-

tirme Büyük Genel Kurulu» tarafından ittihâz buyurulmuş bir karardır. Gerek söz konusu özel daire kararında ve gerekse 2797 sayılı «Yargıtay Kanunu»nun 45 inci maddesi hükmüne göre «Yargıtay Birinci Bakanlık» makamına yazılan yazıya eklenen, (8/4/1977 gün ve E. 1977/470, K. 1977/83 İzmir Asliye Beşinci Hukuk Hâkimliğine, 14/2/1980 gün ve E. 1979/2683, K. 1980/341 Antalya Asliye Üçüncü Hukuk Hâkimliğine ve 2/4/1980 gün ve E. 1980/679, 1980/843 sayılı Ankara Asliye Altıncı Hukuk Hâkimliğine) ait dava dosyaları ile ilgili olarak söz konusu özel dairece verilen karar örnekleri ile aynı «destek yazısına» ekli Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna ait 6/10/1982 gün ve E. 1982/15-356, K. 1982/817 sayılı ve (Samsun Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi)'ne ait dava dosyası ile ilgili kararların bir teki dahi (bedel) yani (para) karşılığı yapılan inşaat sözleşmesi ile ilgili olmayıp tamamı (arsa payı karşılığında apartman inşaatına ilişkin) olup (arsa sahibi) ile o inşaatı deruhte eden (müteahhit) arasında zuhur etmiş ve bu nedenle de Borçlar Kanunu'nun 358, 360 ve 371 inci maddeleri hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzluklara ait bulunmasına rağmen, —her nedense— Tevhidi İçtihat Kararının hemen hemen hiçbir yerinde (ana metnin ikinci satırı içindeki tek kelime dışında) bu «maddi olay» yönüne değinilmediği gibi, sanki, Tevhidi İçtihat İsteği —genel olarak— «para karşılığı inşaat yapımı» uyumsuzluğundan kaynaklanmış ve bu nedenle böyle bir karar verilmişcesine, — okuyanlar üzerinde— yanlış bir kanaat ve intiba uyandırır tarz ve üslûpla kaleme alınmış bulunmaktadır.

2727 sayılı «Yargıtay Kanunu»nun 45/f-4. hükmü ile «Yargıtay İç Yönetmeliği»nin 16 ncı maddelerinde; (İçtihadı Birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır) hükmü yer almış bulunmaktadır. Diğer taraftan, aynı Kanun'un 17/C bendi hükmüne göre İçtihadı Birleştirme görüşmeleri ve kararlarının alınış biçimi ile ilgili olarak (Yargıtay Başkanlar Kurulu) tarafından alınan ve (Resmî Gazete)'nin 13/7/1975 gün ve 15294 sayısının onbirinci sayfasında yayınlanmış olan 18 maddelik (İlke Kararı)'nın 8 inci maddesinde aynen :

«İçtihadı Birleştirme görüşmelerinde söz alanların konuşmaları elektromanyetik âletlerle tesbit ve sonradan daktilo edilir. Daktilo edilen metin

raportör üye ve konuşmacı tarafından imzalanır.
Bantlar Birinci Başkanlıkça saklanır...»

denildiği gibi, «Kararın yazılmasında göz'önünde tutulacak esaslar» başlıklı kısımda da :

M.13 — İçtihadı Birleştirme kararına neden olan kararların dayandıkları hukuki esaslar ve bu kararlar arasındaki çelişkiler, ön sorunların oylanmasına ilişkin açıklamalar.

M.14 — Müzakereler sırasında ortaya çıkan başlıca hukuki görüşler ve gerekçesi.

M.15 — Oylama sonucu içtihatların birleştirilmesi yönünde benimsenen hukuki görüş ve bu görüşün gerekçesi.

M.18 — İçtihadı Birleştirme kararı yazım işi ile görevlendirilen Kurul üyesi tarafından kaleme alındıktan sonra Başkana sunulur, karara son yazılış biçimi vermek Başkana aittir.

denilmektedir.

25/1/1984 gün ve E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı bu «Tevhidi İçtihat Kararı»nın, madde metinleri aynen yukarıya aktarılan «İlke Kararı»na tam mânasıyla uyularak kaleme alındığı, iddia edilemez. Diğer taraftan, söz konusu «İlke Kararı»nın (Resmî Gazete) ile yayımlanmasından bu güne kadar aradan geçen sekiz yılı aşkın uzun süre içerisinde, «İçtihadı Birleştirme» müzakereleri ile ilgili olarak, «İlke Kararı»; —müzakerelerin elektromanyetik âletlerle (teyp'le) tesbit ve sonradan daktilo ile çözümlüp konuşmacıya imzalatılması— gereğinin yerine getirildiğini ve bu suretle «İlke Kararı»na uyulduğunu, hiçbir yetkili kişi, ileri süremez ve bu itibarla da söz konusu «İlke Kararı», sadece yayınladığı (Resmî Gazete)'nin sayfaları arasında kalmış bulunmaktadır. Şayet, bu «İlke Kararı» gereği yerine getirilmiş olursa idi, o zaman, bu «Tevhidi İçtihat Kararı» müzakere zabıtları —karar metni ile birlikte— tıpkı 1927-1954 yılları arasında olduğu gibi yayımlanması gerekecek ve hangi üyenin, hangi görüş

İstikametinde ne şekilde bir fikir beyan ettiği ve alınan kararın hangi hukuki ilkeler doğrultusunda bir sonuca bağlandığı hususu, hiçbir tereddüde meydan vermiyecek bir şekilde, tebeyyün edecek idi.

Her ne kadar, «Yargıtay Kanunu»nun 45 inci maddesinin son fıkrası hükmüne göre, İçtihadı Birleştirme Kurulları, özel daire ve Genel Kurulların kararlarında yer alan gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın karar vermek imkânına sahip iseler de, hiç şüphesiz ki, bu hal, madde metinlerini bu muhâlefet serhi-ne aynen aktardığım söz konusu «İlke Kararı»nın, kararların yazılması ile ilgili açık hükümleri karşısında — «Tevhidi İçtihat Kararı» yazılırken heyetin hangi nedenlerle değişik bir sonuca ulaştığı hususunu, karar metninde belirtmeyi, bertaraf etmez. Tevhidi İçtihadı neden olan kararlarda yer alan «maddi vâkıâ» ve varılan hukuki görüşlere, — bu Tevhidi İçtihat Kararında olduğu gibi — karar metninde hiç yer verilmeden, «mücerret olarak», kararın kaleme alınmış olması hali, o kararın, hangi benzer olaylarda uygulanacağı hususunda, başta, mahkeme hâkimleri olmak üzere, bil'ümum sair ilgilileri tereddüde sevk'eder ve sehipsiz olarak yanlış uygulamalara ve hatta «karşılıklığa» neden olur ve olacaktır dal..

Yargıtay Kanunu'nun 45/1.5 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, (İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar). Binaenaleyh, «bağlayıcılık» yönünden «Tevhidi İçtihat Kararı» ile kanun hükmü arasında hiçbir «değer farkı» yoktur. Her kanun gibi, «Tevhidi İçtihat Kararı» da, hiçbir tereddüde ve karışıklığa mahal vermeyecek derecede «açık» ve «kesin» bir ifade ile kaleme alınmış olması, şarttır. Malûm olduğu veçhile, kanun metinlerinin açık olmaması ve uygulama alanında tereddütlere neden olması halinde, ilgililerin vaki müracaatı üzerine, teşrii organ olan, (Türkiye Büyük Millet Meclisi) tarafından «tefsir kararı» verilmek suretiyle kanunlardaki tereddüt ve müphemiyetin giderilmesi her zaman mümkün bulunduğu halde, «Tevhidi İçtihat» kararlarındaki aynı müphemiyeti açıklığa kavuşturacak, — Yargıtay Kanunu'nda — hiçbir hüküm sev'edilmiş değildir.

Bu «Tevhidi İçtihat» isteği ile ilgili olarak «Yargıtay Büyük Genel Kurulu»nda ayrı ayrı zamanlarda ve tam dört defa

yapılan müzakereler sırasındaki her konuşmamda da belirttiğim üzere, Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesine ait — bu muhalefet şerhinin baş kısmında — tarih ve numaraları yazılı daire kararları ile Yargıtay Genel Kuruluna ait (27 oya karşı 6 muhalif oyla alınmış olan) karar arasındaki aykırılık; (arsa payı karşılığı apartman inşaatı yapımı sözleşmelerinde) inşaatı (keyfi) veya kendi (kusurlu hareketi) sonucu sözleşmede belirtilmiş olan (süre) içinde tamamlamıyarak inşaatı yarıda bırakıp işi terk'eden ve fakat o arsa sahibi tarafından, ya kendi imkânları içinde veya bir başka müteahhitle yeni bir sözleşme yapmak suretiyle ancak inşaatı tamamlanan o apartman binasında — kusurlu ilk müteahhide yaptığı iş oranında ve (kâr) şeklinde — kendisine apartman dairesi vermek suretiyle, o müteahhit, o binanın mülkiyetine ortak'mı olacak, yoksa, Borçlar Kanunu'nun «haksız ıktisap hükümleri»ne göre, müteahhidin arsa sahibinden sadece inşaatı yarı bıraktığı ana kadar o inşaaata sarf ettiği ve inşaatın bünyesine giren (malzeme bedeli + işçilik ücreti =) toplamı neye bâliğ oluyorsa sadece onu (para) olarak mı alabileceği noktasında, toplanmakta idi. Özel daire, münhasıran, inşaatı yapılip ikmal edilmiş olan ve sadece yapımında «nefaset farkı» bulunan istisna akitlerinde ancak uygulanma olanağı bulunan ve bu nedenle de yarı kalan ve henüz tamamlanmamış olan inşaatlarda asla uygulanması mümkün bulunmayan — Borçlar Kanunu'nun 360/f. 3 hükmünün — (kıyas yolu) ile yarı kalmış inşaatlarda da uygulanabileceği, iddia ve görüşünde idi. Buna mukabil, «Yargıtay Hukuk Genel Kurulu» ise, —6/10/1982 gün ve 356/817 sayılı kararında açıkça belirttiği üzere — kendi kusuru veya ihmali ile inşaatı yarı bırakan müteahhidin (arsa sahibi) inşaat sahibinden biraz önce belirttiğimiz üzere, sadece, (inşaatın bünyesine giren malzeme bedeli + o inşaatın o hale gelebilmesi için inşaatla kullanılan usta ve işçilik ücretleri =) toplamı neye bağlı oluyorsa o miktarı (para olarak alabileceği ve fakat asla kendisine müteahhitlik kârı karşılığı olarak kendi kusuru veya ihmali hareketi ile yarı bıraktığı (daire) verilemeyeceği, aksi halde, (kusurlu müteahhidin (kâr karşılığı kendisine daire verilip o apartmanın malikleri arasına girdiği sürece) malzeme ve işçilik ücretlerinin — piyasa şartlarına — yükseliş gösterdiği hallerde işi yarıda bırakmasının onun lehine daha kârlı bir sonuç doğuracağı ve arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin asıl gayesinin inşaatı bir

an önce bitirmeyi hedef aldığı ve aksi takdirde «kusurlu» veya «keyfi» hareketi sonucu inşaatı yarıda bırakıp arsa sahibini kendi kadere ile baş-baş bırakarak ve bunun sonucu olarak onu mahkeme kapılarında süründürüp perişan eden müteahhidin aynı binada arsa sahibi ile birlikte (kat maliki) durumuna girmesinden, burada sayılamıyacak kadar, değişik mahzurlar ortaya çıkacağı ve bu halin tam bir (huzursuzluk kaynağı) oluşturacağı ve müteahhidin (kâr karşılığı) olarak kendisine düşen daire veya daireleri bir başkasına satarsa ve o binada fiilen oturmasa bile bu satışı — arsa sahibine sırf huzursuzluk vermek için — içtimai ve ahlaki durumları münasip olmayan kişilere satmayı tercih edeceği, halbuki 634 sayılı (Kat Mülkiyeti Kanunu)'nun ana esprisinin her şeyden önce apartmanda huzur ve sükunu sağlamak olduğu ve eskilerin (ev alma, komşu al...) deyimini kullandıkları, bunun da ancak (kusurlu) hareketi ile inşaatı yarıda bırakıp kaçan müteahhide sadece yaptığı işe karşılık (nakip para) vermekle mümkün olabileceği, noktasında toplanmakta idi.

«Tevhidi İctihat» müzakereleri sırasındaki müteaddit konuşmalarında da etraflıca ve mükerreren belirttiğim üzere, müteahhidin (kâr) karşılığı olarak ve yaptığı iş oranında o apartmandan daire alabilmesi yani (kat maliki) olabilmesi için Borçlar Kanununun 371 inci maddesi şartlarının —o olayda— gerçekleşmiş olması icap eder. Müteahhit inşaatı yürütürken ölür veya bütün maddi olanaklarını seferber edip bunları kullanmasına rağmen, sırf, içine düştüğü ekonomik (âciz hali) sonucu, — inşaatın % 85-90'ını ikmal etmiş olduğu halde — mütebâki kısmı bitirememiş ise, işte bu takdirde ve bu şartlar altında, ancak hâkim, Medeni Kanunun ikinci maddesinde yer alan (objektif iyi'niyet) ve (hakkâniyet) kuralları içerisinde, elbette, böyle bir müteahhide yaptığı işle orantılı olarak o inşaatı bir karşılık yani (daire) verecek ve onu (kat maliki) durumuna getirecektir. Bilindiği üzere, Medeni Kanunun ikinci maddesi hükümünde yer alan «objektif iyi'niyet kuralı», her hukuk kuralının en üstünde yani (zirvede) yer alan ve her halükârda hâkimin «resen kendiliğinden» gözönünde bulundurup uygulaması gereken bir «ana kural» olması itibariyle, bu kuralın, bu «Tevhidi İctihat» kararında hâkimleri müteahhitler lehine, — inşaat ne oranda yapılmış olursa olsun ve müteahhit yaptığı inşaat hangi

sebepler altında yarı bırakırsa bıraksın, aman, sen bu kuralı her zaman müteâhhide uygula!.. Sakın bunu hatırlından hiç çıkar-
ma!.. — anıâmi, yaratacak bir ifade uslûbû içerisinde kaleme
alınıp işlenmiş olması, genç ve tecrübesiz hâkimleri daima yan-
lış ve haksız bir uygulamaya sevk edecektir. Halbuki, bu «tevhi-
di içtihat kararı», şimdi benim bu «muhâlefet şerhi»nde, Borç-
lar Kanununun 371 inci madesi hükmü ile ilgili olarak belirtme-
ye çalıştığım ve müteâhhidin hiçbir «kusuru - keyfi hareketi»
olmaksızın, inşaatın en az % 80-90 nisbetinde ikmal edilmiş ol-
masına rağmen, müteâhhidin «halî-âcze» düşmesi veya ölümü
sonucu yarı kalması halinde ancak uygulanabileceği ve «iyi ni-
yet kuralı»nın bu şartlar dışında müteâhhit lehine uygulanması-
na imkân olmadığı, aksi halde, müteâhhidin — sudan sebepler-
le — inşaatı daima yarıda bırakıp kaçma kanaat ve temayülünü
gönünde taşıyacağı görüşünün, heyetce, — 12 özel daire görü-
şü oyuna karşı, 65 gibi çok farklı bir oyla — benimsenmesi so-
nucu, ittihaz buyrulmuş bir karardır.

«Tevhidi İctihat Kararı» bizim ve muhâlefet şerhinde açıkla-
maya çalıştığımız «hukuki görüş» doğrultusunda çıkmış olması-
na rağmen, kararın kaleme alınış şekli itibariyle, uygulamada
bazı tereddüt ve hatta yanlış anlamlara sebep olacağı kanaati
ile ve sırf meslekî sorumluluk duygusu altında bu «muhâlefet
şerhi»ni yazmak gereğini, hissetmiş bulunmaktayız.

«Tevhidi İctihat Kararı»nın 2. bendinin en son pragrafında,
Borçlar Kanununun 358 inci maddesi hükmünün olayda uygu-
lanma olanağı bulunmadığına, çünkü bu madde hükmünün «söz-
leşmeden erken dönme haline ilişkin» bir hüküm olduğuna de-
ğnilmiştir. Kararda yer alan bu görüş çok mutlak bir şekilde
ifade edilmiştir. Borçlar Kanununun 358. maddesi hükmü mü-
teâhhidin temerrüdünün «diğer bir çeşidini» hükme bağlanmış
bulunmaktadır. Bu «Tevhidi İctihat Kararı»na ana dayanak
yapılmış olan (temerrüt nedeniyle akdin feshi - B.K. m. 106-108)
halî ile, Borçlar Kanununun 358/f. 1 hükmünün iş sahibine (ar-
sa sahibine) «geriye etkili dönme hakkı tanımış olduğu» husu-
sunda, doktrinde ittifak vardır (Guhl-Merz-Kummer, Das Sch-
weizerische Obligationenrecht - İsviçre Borçlar Hukuku - 7. Aufl.
Zürich 1980, s. 47. IV, 3, sayfa: 453, Oser - Schönenberger, Art.
366, Nr. Becker, Art, 366 Nr. 4, Prof. Dr. Halûk Tandoğan, Ar-
sa üzerine inşaat yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bi-

rahan müteâhhdin yapılan kısım la orantılı ücret alması sorunu üzerinde görüşler - Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1981, Cilt XI, Sayı: 1, Sayfa 33 den naklen). Binâenaleyh, —Tevhidi İctihat Kararına göre— Borçlar Kanununun 358. maddesi hükmü gereğince erken dönmeye «akdin feshi» geriye etkili olarak kabul edilirken, işi yarıda bırakan müteâhhdin bir de mütemerrit olması halinde, «akdin feshinin geriye etkili olamayacağını» bu kararda ileri sürmek, müteâhhdin hakkaniyete hiç de uygun olmayan bir biçimde «koruma» sonucunu doğurur.

«Tevhidi İctihat Kararı»nın (B) bendinin ikinci paragrafında, müteahhdin «kısmi temerrüdünün» sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanununda bir «boşluk» olduğuna değinildikten sonra ilâveten «bazı istisnai hallerde hakkı şekle mahkûm edecek» derecede, adalete aykırı sonuçlar ortaya çıkacağı belirtilerek bu haksızlığın ancak Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü ile giderilebileceği görüşü ortaya atılmıştır. Bizim şahsî kanaatimizce, «kısmi temerrüdün» sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanununda bir «boşluk» yoktur. Çünkü, «kısmi temerrüdün sonuçları» için Borçlar Kanununun 20/f. 2 hükmünü, (kıyas yoluyla) uygulamak mümkündür. Şayet, müteahhit tarafından (ifa) edilmeyen yani henüz inşâ edilmemiş olan bina kısmı olmadıkça, sözleşme yerine getirilmiş sayılmayacak bir derecede ise, o zaman, «geriye etkili fesih halini» o inşaat sözleşmesinin tamamına teşmil etmek, en isabetli bir hal şekli olur.

Her ne kadar, «Tevhidi İctihat Kararı»nda, müteahhdin inşaatı sözleşmede belirtilen süre içinde tamamlamayıp temerrüde düşmesi nedeniyle Borçlar Kanununun 106-108 inci maddeleri hükümlerine göre yapılacak feshin «kural olarak» geriye yürürlü (etkili olacağı, ancak (istisnaen) ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtilmişse de, gerekçede (3-A bendinde) müteahhdin haklı beklentilerinde «hayal kırıklığına uğratılmaması» gerektiğine ilişkin görüş biçimi, işi (inşaatı) tamamlamama hallerinin hepsinde veya büyük bir kısmında —objektif iyi niyet kuralının uygulanması görüntüsü altında— kusurlu müteahhde yaptığı az işle orantılı ücret, yani (apartman dairesi) verilmesi yolunun açılması tehlikesini doğuracak bir mahiyettedir. Halbuki, «objektif iyi niyet» kuralı, ancak, işin (inşaatın) tama-

mına yakın büyük bir kısmının yapılıp tamamlandığı ve geriye cüz'i bir kısmının kaldığı hallerde »ileriyeye etkili» feshi, haklı kılar, yoksa müteahhit, velevki işin yarısından fazlasını yapmış olsa bile, «kusuruyla» veya «keyfi» olarak işi (inşaâtı) yarıda bırakmış ve geri kalan kısmı —B.K. 371. maddesi şartları da ol-mamasına rağmen— tamamlamak için hiçbir çaba göstermemiş ise, kendisinin «objektif iyi niyet» buralına dayanması ve bu kuralla mükâfatlandırılması asla mümkün değildir. Bu tevhidî içtihatla ilgili müzakereler sırasında açıkça belirttiğim üzere, işi (inşaâtı) kusuruyla yarıda bırakan mütemerrit müteahhide yaptığı işle orantılı (işçilik ücreti + inşaâtın bünyesine giren malzeme bedeli toplamı nakit para dışında) kâr (daire) vermek, yalnız müteahhidin «sun'ü taksiri» olmadan (inşaâtı) yapmak-tan acze düşmesi veya ölmesi halinde o müteahhide (kâr) ve-rilmesini öngören B.K.'nın 371. maddesi hükmüne aykırı bir so-nucun da ortaya çıkmasına neden olur. Bu halin doğuracağı sa-kıncalar ise çok aşikârdır.

SONUÇ : Yukarda açıklanan nedenlerle işbu (Tevhidi İç-tihat Kararına), gerekçe yazılışı noktasından, muhalifim.

İsmail Doğanay

11. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Çoğunluk kararında belirlendiği gibi, içtihadî birleştirmenin maddi olay yönünden konusu, borçlu müteahhidin alacaklıya karşı arsa karşılığı birden fazla bağımsız bölümden oluşan bir bina yapımına ilişkin taahhüdünü sözleşmede yazılı ve hatta daha sonra verilen sürelerle rağmen kendi kusuru ile zamanında yerine getirmemiş olmasından ibarettir. Bu maddi olay karşı-sında hukukî sorun ise, istisna sözleşmesine ve kanun hüküm-lerine göre alacaklının sözleşmeyi fesh hakkı olup olmadığı, alacaklının akti feshe hakkı varsa fesih sonunda borçlunun ala-cağının ne olması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Başka bir ifade ile, yukarda sözü edilen maddi olayda, kanunun hangi hükmünün uygulanacağı uyumsuzluk konusudur.

FESİH HAKKI

Görüşmeler sırasında bu hususta üç ana görüşün ileri sürüldüğü gözlenmiştir. Birinci görüşe göre, İctilhadı birleştirme konusu maddî olay hakkında Borçlar Kanununun genel ve özel hükümlerinde bir açıklık bulunmamaktadır. İkinci görüşe göre, Borçlar Kanununun özel hükümlerinde açıklık bulunmadığından işin genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Üçüncü görüşe göre de, Borçlar Kanununun istisna (Eser) sözleşmelerini düzenleyen hükümler arasında olaya uygun hükümler bulunmaktadır. Birinci görüşü paylaşanlarca kıyasen Borçlar Kanununun 360. maddesinin iki ve üçüncü bendlerinin uygulanması ileri sürülmüşse de çoğunluk kararı gerekçesinde açıklandığı gibi bu maddenin maddî olaya uygunluğu bulunmadığından sözü edilen görüşe itibar edilmemiştir. Bu noktada, çoğunluk düşüncesine katıldığımızdan ayrıca açıklamada bulunmaya gerek olmadığı kanısındayız.

Kanunda açıklık bulunduğu görüşlerine gelince; biz, istisna sözleşmelerini içeren Borçlar Kanununun özel hükümlerinde konuyu aydınlığa kavuşturacak hükümlerin varlığına inanıyoruz. Onun için Borçlar Kanununun genel hükümlerine başvurmadan konunun çözümlenmesi mümkündür. Ancak, şurasını belirtmekte de yarar var ki, istisna sözleşmelerine ilişkin Kanun hükümlerinden birini olayda uygulama olanağı yoksa fesih konusunda son çarenin Borçlar Kanununun genel hükümlerini uygulamak olduğuna kuşku yoktur. 17/4/1972 gün ve 8/8 sayılı İctilhad Birleştirme Kararında ifade edildiği gibi Kanunun yorumunda, sözünü esas tutmak ve sözünden çıkan anlamı Kanunun tümünden çıkan anlam ile çelişme halinde bulunmadığı takdirde bu anlamı esas almak, bir çelişme bulunması halinde tümünden çıkan anlamı uygun şekilde yorum yapmak Medenî Kanunun 1. maddesi gereği bulunmaktadır. Öyle ise, önce kanunun sözlerine ve sonra da Kanunun bu konudaki anlamına uygun olarak Kanunda bir hüküm bulunup bulunmadığının araştırılması sonuca ulaşmak için zorunludur. Borçlar Kanunun 358/1. maddesine göre müteahhit (yüklenici) işi tehir eder ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhür sebebiyle bütün tahminlere rağmen müteahhidin işi belli zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa alacaklı teslim

zamanını beklemeye mecbur olmaksızın akti feshedebilir. Kanunun (Tehir) kavramıyla ifade olunan bu bölümü olaya aynen uyduğu halde fesih hakkı yönünden Kanunun açık hükmünün sadece (iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline) ilişkin olarak yorumlanması yorum kurallarına uygun düşmediği açıktır. Söz konusu Kanun hükmü bir yönü itibarı ile anıldığı gibi ise de yorum suretiyle açıklanacak sebeplerle diğer sonuca ulaşmakta o kadar mümkün bulunmaktadır. Genelde, Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde hakim ilk başvuracağı yol kuşkusuz hukuki yorumdur. Bu itibarla, hukuki yorumla kanunun özel bir hükmünü uygulama olanağı varsa artık genelde olsa kanun başka bir hükmünün olaya uygunluğunu araştırmaya gerek yoktur. Hukuki yorumla sonuca üç surette ulaşılabilir: 1 — Evleviyet «a fortiori», 2 — Kıyas «a Pari», 3 — Mefhumu muhalif «a contrario» (E. Arsebük. M.K. Sh. 96). İşte, Kanun hükmü bu kurallardan faydalanarak yorumlanabilir. İşin zamanında bitirelemeyeceğinin anlaşılması halinde alacaklının fesih hakkının bulunduğu Medenî Kanun 356/1. maddesinde açıkça yazılıdır. İctihat konusu maddi olayda ise, borçlu yüklenici, alacaklının hiçbir kusuru olmadan tamamıyla kendi kusuru nedeniyle işi zamanında bitirememiştir. Öyle ise, teslim için süre gelmediği halde işi tamamlamamış kusurlu borçlu aleyhine alacaklının fesih hakkı tanınmış olmasına göre, çok daha ağır bir durum olan, teslim zamanı geçtiği halde işi bitirememiş kusurlu ve mütemerrit müteahhide karşı alacaklının fesih hakkının bulunduğu evleviyetle kabulü gerekir. İstisna sözleşmesine ilişkin tüm maddi ve hukuki olaylardan en evvel akla gelen örnek olayın herhalde icthad konusu olay ve benzerleri olduğuna kuşku yoktur. Böylesine her zaman karşılaşılabilecek olayın Kanun hükümleri düzenlenirken kasten ya da unutulmayla kanun koyucu tarafından düşünülmemiş olduğu iddia olunamaz. Aksine Kanun koyucu olayımıza uygun olan kuralı B.K. 358/1. maddesinde başka bir ifade ile ortaya koymak suretiyle bu yöndeki tüm olayları karşılamak istemiştir. Onun için arsa payı karşılığı bina yapımı sözleşmelerinde Borçlunun kusuru ile iş zamanında bitirilememişse alacaklının sözleşmeyi feshe hakkı bulunduğu haydi haydi kabulü gerekir. Çoğunluk görüşünde ise bu fesih hakkı alacaklıya B.K. 106. maddesi gereğince tanınmıştır.

FESHİN SONUÇLARI

İctihadı birleştirmeye neden olan asıl hukuki sorun ve de uyumsuzluk feshin sonuçlarının ne olacağına toplanmaktadır. Hatta denenebilirki, işin zamanında bitirilememiş olması sebebiyle borçlunun hakkının şu ya da bu sebeple ne olacağına birleşilemediğinden uyumsuzluk icthadı birleştirme genel kuruluna kadar gelmiştir. Peşin kabul etmek gerekirken, aktin feshinden sonra tarafların alacak ve borçlarının tasfiye şekli hakkında Borçlar Kanunun özel hükümleri arasında hesaplaşmanın nasıl yapılacağı yönünden gerçekten bir açıklık yoktur. Bu nedenle, istisna sözleşmesinin feshinden sonra sonuçlarının Borçlar Kanunun genel hükümlerine göre tayininde zorunluluk vardır. Hesaplaşmanın Borçlar Kanunun 108. maddesine göre yapılmasında aktin, aynı Kanunun 358/1. maddesi uyarınca feshedilmiş bulunması engel teşkil etmez. Zira açıklık olmayan hallerde Borçlar Kanununun 108. maddesinin genel bir hüküm olarak tüm akitlerin feshinde uygulanma olanağı vardır. Bundan dolayı çoğunluk görüşünde borçlunun alacağının tesbiti için başlangıçta kabul edilen bu ilkeye katılmamak mümkün değildir. Ne varki, çoğunluk görüşünde, feshin sonuçlarının tayininde Borçlar Kanununun 108. maddesinin uygulanması açıkça kabul edilmişken, ileri sürülen ve kanun hükümleri arasında açıkça yazılı bulunmayan yeni bazı kavramlardan hareketle bu açık ve kesin kanun hükmünün aynen uygulanmasına olanak tanınmamıştır. Ve böylece hesaplaşmada Borçlar Kanunun genel hükümleri esas alınmasına karşı bazı hallerde bu kuralın ihmalî ile 108. maddenin aynen uygulanmasından sarfınazar edilmiştir. Şöyleki, kanunlarda açıkça bulunmadığı halde öğretide, akitlerin nitelendirilmesinde sözü edilen, (sürekli edim) ve (ani edim) kavramlarından daha doğrusu yorumlardan hareketle aktin geriye doğru feshi tartışma konusu yapılarak yüklenicinin bazı hallerde zararlı karşı karşıya bırakılmasını önlemek amacı ile Medeni Kanunun 2/2. maddesine göre feshin kapsamının tayin ve tesbiti yoluna gidilmiş ve ölçü olarak olayın niteliği ve özelliği esas alınmıştır. Oysa, bu ayırım ve sonuçta Kanunda öngörülme-yen bir değerlendirmeye başvurulmak suretiyle taraf haklarına ve uygulamaya kesin bir çözüm getirilmemiş olmaktadır. Sadece yüklenicinin durumu gözönünde tutularak sonuca ulaşmaya çalışmak hukukun eşitliği, kuralına aykırıdır.

İçtihadı birleştirmeye konu olan Hukuk Genel Kurulunun 6/10/1982 gün ve 15/817 sayılı kararının bir yerinde açıkladığı gibi, işi kusuru ile yarıda terk eden ya da sürüncemede bırakan yükleniciye yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde yüklenici taşınmazın paydaşı olacaktır ki bu durumda yarım kalan işlerin kim tarafından nasıl tamamlanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kat Mülkiyeti Kanununa göre ana taşınmazın tamamı bitirilmeden kat mülkiyeti kurulamayacağından ve iskan izni alınmayacağından iş - sahibinin yalnız kendisine kalacak dairelerini bir başkasına yaptırması mümkün değildir. Sözleşmeye göre yükleniciye kalacak bağımsız bölümleride yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak adil bir çözüm olmayacaktır. Bu harcamalarını sonra yükleniciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı alması olanağı ise haksızlığı giderecek bir neden değildir. İş kusuru ile yarıda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı kârını almış hemde işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından yararlanmış olacaktır. Ayrıca, kusurlu yükleniciye böyle bir olanağın tanınması için kârli kısımlarını yapıp istediği zaman inşaatı yarıda bırakmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağını da doğuracaktır. Bu itibarla, tartışmasız olan maddi olayda düşünülmesi ağırlık kazanan biri varsa o da alacaklı arsa sahibidir.

Medeni Kanunun 2. maddesi 1. bendinde aranan iyiniyet 2. bendinde aranan suistimal, hakların kullanılmasına ilişkin hukuk ilkeleridir. Bu iki kural kanun ya da sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde uygulama olanağı bulunan genel kurallardır. Oysa, fesih hakkının hangi koşullarda kullanılacağı gerek B.K. 106 ve gerekse 351/1. maddesinde açıkça yazılı olduğu gibi fesih halinde borçlunun alacağının neden ibaret olacağı aynı kanunun 108. maddesinde açıkça belirlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, alacaklının fesih hakkını kullanmasında veya borçlunun alacağının neden ibaret olduğunda medeni kanunun 2/2. maddesi hükmünü uygulama olanağı yoktur. Borçlu tarafından işin az veya çok yapılmış olması, alacaklının kanun hükmüne göre doğan fesih hakkını etkilemez. Fesih hakkı doğduktan sonra hesaplaşma sırasında hakların kötüye kullanılmasından ya da borçlunun iyiniyetinden de söz edilemez. Bu aşamada olsa olsa hakkaniyet ilkesi söz konusu olabilirse de, yukarıda özetlenen hukuk genel kurulu kararında belirlendiği gibi, ku-

Surlu yüklenicinin hakkaniyet ilkesinden yararlandırılması kusurlu müteahhidi ödüllendirmekten başka bir anlam taşımaz. Alacaklının olayda hiç bir kusuru bulunmadığı anlaşılmasına göre, kusurlu yüklenicinin kendi kusurunun sonuçlarına katlanması kadar tabii bir sonuç düşünülemez. Ve bu sonuç hakkaniyet ilkesine en uygun olanıdır.

Bundan başka hakkın kötüye kullanılmasında sadece izrar kastının bulunması gerekir. Borçlunun temerrüdü karşısında fesih hakkının kullanılmasındaki izrar kastının ya da Borçlar Kanununun 108. maddesine uygun olarak tasfiye istemesindeki izrar kastının varlığına nasıl ulaşıldığını, çoğunluk görüşünde açıklanmadığı için, anlamaya imkân bulunmamıştır.

İşte, bütün bu nedenlerden dolayı, İctihadi Birleştirme Genel Kurulunca (İstisna sözleşmelerinin türü olan inşaat sözleşmesi ile alacaklının arsası karşılığında bu arsaya birden fazla daire yapmayı yüklenen borçlu yüklenicinin kendi kusuru ile işi zamanında bitirememiş olması halinde yapılan binanın kal'ı çok fazla zararı gerektirse bile alacaklının Borçlar Kanununun 358/1. maddesine göre fesih hakkı bulunduğu ve aynı kanunun 108. maddesi gereğince borçlunun alacağının yapılan işin malzeme ve işçilik bedeli olduğuna, borçlunun ayrıca yaptığı için kâr payını istemeyeceğine) şeklinde karar verilmesi gerekirken borçlar kanunun özel ve genel hükümlerindeki hukuki açıklığa rağmen buna aykırı olarak, çoğunluk görüşünde belirlenen şekilde, karar verilmiş olmasına karşıyım.

Emin Başaklar

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi
Üyesi

KARŞI OY YAZISI

1 — İctihadi Birleştirme Kararı'nın oluşmasına neden olan olayda, davacı arsa sahibi noterde düzenlenmiş sözleşme ile 4 daire ve 1 dükkân karşılığında apartman inşaatını yapmak üzere davalı yüklenici ile anlaşmışlardır. Taraflar arasında geçerli ve tipik (kat karşılığı inşaat sözleşmesi) kurulmuş olup, yüklenicinin edimi kendi levazımatı ile başkasının arsası üzerinde yapacağı inşaatın belirli bölümleri arsa sahibine bırakmak, iş

verenin edimi ise, inşaatın diğer bölümlerini kat irtifakı ya da kat mülkiyeti şeklinde yükleniciye veya onun göstereceği 3 ncü kişilere tapuca ferağını vermekten ibarettir. Böylece ortaya çıkan bu hukuki ilişkide karma akit niteliğinin varlığı açıktır. Yükleniciye veya onun emrine bırakılan bağımsız bölümler açısından taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi; başkasının arsası üzerinde inşaat yapmak, projeleri ve değişikliklerini arsa sahibi adına hazırlamak ve onaylatmak, inşaat ve iskân ruhsatlarını almak gibi işlemler açısından vekâlet, istisna ve hizmet sözleşmeleri; kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulması, ortak yerlerden yararlanma ve bunlarla ilgili işlemler açısından taraflar arasında adi ortaklık sözleşmesi oluşmuş bulunmaktadır.

Böyle olunca, kat karşılığı inşaat sözleşmesi adıyla tanımlanan akitlerin genel anlamdaki inşaat sözleşmelerinden soyutlanarak sürekli akit tipi olduğu belirlenmeli ve bunun sonucu olarak bu tür sözleşmelerin yüklenicinin temerrüdüne bağlı fesih halinde istisnasız ileriye etkili sonuçlar doğuracağı açıklanmalıdır.

Bu nedenle ve öncelikle somut olay açısından bu sonucun İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenmemiş olmasının sakıncalı olduğunu karşı oy olarak belirtmek istiyoruz.

2 — Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri dışında kalan diğer istisna akitlerini sürekli veya ani akit tipine özgü fesih kurlarının inşaat sözleşmelerine uygulanacağını söylemek te olanaksızdır, gerçekten yasakoyucu istisna sözleşmelerinin bazıları için borçlunun temerrüdü halinde uygulanacak fesih sonuçlarını belirlemesine karşın, B.K.'nun 358. maddede bu konuda bir açıklık bulunmadığı ortadadır. O halde koşulları mevcut olduğu takdirde B.K.'nun 360. maddenin bunlar için uygulanması amaca uygun düşer. Çünkü her şeyden önce anılan madde, inşaat sözleşmeleri ile ilgili hükümleri içermesi bakımından özel bir kural getirmiştir. Özel hüküm bulunduğu yerde genel nite-likte olan M.K. 2. madde hükmünün uygulanması teknik açıdan doğru değildir.

İkincisi objektif iyiniyet kuralını her olayda ve her aşamada uygulamak da son derece sakıncalıdır.

Nihayet B.K.'nun 360. madde esasen iyi niyet kuralını da

beraberinde getirmiştir. Ancak uygulamada karşılaşılabilen duraksamaları gidermek açısından belli ölçüleri içerdiği için, uygulamaya daha yatkın ve yararlar dengesine daha uygun düşmektedir.

Bu nedenlerle, M.K. 2. madde yerine B.K. 360. maddesinin kıyas suretiyle uygulanarak yasa eksikliğinin giderilmesi gerektiği görüşü ile çoğunluk oyuna karşıyım.

Edip Şimşek
5. Hukuk Dairesi
Üyesi

KARŞI OY YAZISI

İstisna sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığında kat yapımı şeklindeki inşaat sözleşmelerinde, müteahhit, teslim gününde, hatta ek olarak verilen mehlin sonunda, inşaatı yapıp teslim etmemek suretiyle, kusuru ile borçlu temerrüdüne düşmüş ise, alacaklı durumundaki arsa sahibinin, akti feshedip edemeyeceği, fesih hakkının, Medeni Kanunun 2. maddesi çerçevesinde kullanılamayacağı hallerin öngörülüp öngörülemediği, Borçlar Kanununun 360. maddesi kıyasen uygulanarak feshin mümkün olmadığı sonucuna varılıp varılamayacağı, feshin caiz olduğu ve olmadığı hallerde, tasfiyenin nasıl yapılacağı, hususları, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan durumda, iş sahibinin akti feshedebileceği konusunda, Borçlar Kanununun istisna aktine ilişkin bölümünde, özel bir düzenleme yoktur. Gerçekten, Borçlar Kanununun 358. maddesi, müteahhidin zamanında işe başlamaması veya başlasa bile sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi veya işi bütün tahminlere göre zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması, veya imal sırasında müteahhidin kusuruyla ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağının katiiyetle tahmini ve üçüncü kişiye yaptırılmasının mümkün olmaması, yani, teslim zamanı gelmeden önceki temerrüde benzer hallerde, alacaklı iş sahibi-

nin akti feshine dair olmakla, teslim zamanı geldikten sonraki temerrüt hallerini, kapsamamaktadır.

Borçlar Kanununun 360. maddesi ise, tamamlanıp teslim gününde teslim edilen eserlerdeki kusura, ayıba, eserin sözleşme şartlarına aykırı yapılmış olması haline ilişkindir. Anılan Kanunun 371. maddesinde sözü edilen «...müteahhidin sun'u tak-siri olmadan işin bitirilememesi» halide söz konusu değildir. İstisna aktine ilişkin bölümde, fesih hakkı konusunda, başkaca bir hüküm de yoktur. Fakat, Borçlar Kanununun 108-108. maddelerinde, genel hükümlerde, konu düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, alacaklı iş sahibi aktin feshine ilişkin seçimlik hakkını kullanarak akti feshedebilir. Bu nedenle, bu konuda, Kanun boşluğu yoktur. Yasal hüküm mevcut olduğuna göre de, Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca, burada kıyasa gidilemez ve Borçlar Kanununun 360/3. maddesinin kıyasen uygulanması söz konusu olamaz.

Ne var ki, olayların özelliğine göre, Borçlar Kanununun 106. maddesinden kaynaklanan fesih hakkının kullanılmasının, Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, afaki iyiniyet kurallarına ters düştüğü haller söz konusu olabilir ve bu gibi pozisyonlar ayrık tutulmalıdır.

Şu var ki, vade ve munzam mehle rağmen, inşaatı zamanında teslim etmeme şeklinde kusuru olan müteahhidin, dürüstlük kurallarına uyduğu söylenemez. Böyle hallerde, temerrütteki kusur ile, dürüstlüğü aykırı davranışın iç içe bulunduğu meydana gelir. Böyle durumlarda iş sahibi alacaklının, eser sözleşmesini fesih hakkını kullanması, afaki iyi niyet kurallarına aykırı davranış olarak nitelendirilemez. Kimse kendi kusurundan yararlandırılmaz.

Feshin mümkün olmadığı hallerde, sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmede açıklık olmayan konularda Borçlar Kanununun genel ve özel hükümleri uyarınca uyumsuzlukların çözümlenmesi gerekir.

İnşaat sözleşmesinin, iş sahibi tarafından feshinin mümkün olduğu hallerde, tasfiye konusunda, Borçlar Kanununun 108. maddesinde, iş sahibi için boşluk yoktur. Bu maddeye göre, iş sahibi alacaklı «vadelenen şeyi vermekten imtina edebilir.»

Şu anlamdaki, inşaat karşılığında vereceği arsa payı veya katı vermeyebilir. Veya arsa payını önceden vermiş ise, geri almak için tapu iptali davası açabilir. Ayrıca, aktin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini de isteyebilir. Fakat, kusurlu mütemerrit müteahhidin durumu için Borçlar Kanununun 108. maddesinde bir açıklık yoktur. Borçlu müteahhit verdiklerini, yaptıklarını sebepsiz iktisap kurallarına göre isteyebilecektir. Çünkü, iş sahibi, müteahhidin işe başladığı ana göre, arsasında yapılan tamamlanmamış inşaat mütemmim cüzü nedeniyle, zenginleşmiştir. Bu zenginleşmeyi geri vermesi lâzımdır. Kendisine ücret olarak, arsa payı ve kat, kâr verilemez ise de, inşaatın objektif değerinin, yani yapım değerinin, Medeni Kanunun 4. maddesi uyarınca hakkaniyet, adalet ve nesafet ilkesi çevresinde ödenmesi lâzımdır.

Öte yandan, fesih tarihindeki malzeme ve işçilik rayicinin tasfiyeye esas tutulması öngörülürse, bu konuda da hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşılmış olur.

Sayın çoğunluğun kararının, açıklanan gerekçelere dayandırılmamış olmasına ve «olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına»

yollu bir kabul ile, bu konuda, önceye ve ileriye dönük fesih şeklinde, kabul edilen kurala ters düşen, sun'î bir ayırımı yer verilmesine Medeni Kanunun 2. maddesindeki koşulların bulunması takdirinde, fesih hakkının hiç kullanılamıyacağının, tasfiye konusunda ise, Medeni Kanunun 2. maddesi değil, Medeni Kanunun 4. maddesinin uygulanacağını, gözönünde tutulmasına karşıyım.

İlhan Teoman Özanoğlu

10. Hukuk Dairesi

Üyesi



YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU KARARI

E. No : 1983/9

K. No : 1984/2

K. T. : 1.2.1984

ÖZET : Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmaması halinde; yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda, Yargıtay'ca inceleme yapılamaz ve Hukuk Usulü Mahakemeleri Kanununun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü uyarınca bu konuda bir karar verilmek üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekir.

Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmaması halinde H.U.M.K.'nın 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü uyarınca temyiz isteminin reddine yerel mahkemece karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda, dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerektiği veya doğrudan da temyiz isteminin reddine karar verilebileceği hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile 4, 9, 10 ve 12. Hukuk Daireleri Kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun meydana gelmesi nedeniyle içtihatların birleştirilmesi 10. Hukuk Dairesi Başkanlığının 3/10/1983 gün ve 182/191 sayılı yazısı ile buna ilişkin daire kararlarına dayanılarak istenilmiş ve konu böylece 2497 sayılı Yargıtay Kanununun 16/5 ve 45/1. maddeleri uyarınca gündeme alınmış bulunmakla; Yargıtay İctihadi Birleştirme Büyük Genel Kurulunda raportör üyenin açıklaması dinlendikten ve kararlar arasında aykırılığın varlığı saptandıktan sonra işin esası görüşülmüştür.

I — İÇTİHAT AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNDE DAYANILAN KARARLARDA BELİREN GÖRÜŞLERİN ÖZETİ

- 1) Hukuk Genel Kurulunun 24/2/1982 gün, 3/115-183; 4.

Hukuk Dairesinin 20/6/1983 gün, 5648/6326 sayılı; 7/7/1983 gün, 6370/6873 sayılı; 9. Hukuk Dairesinin 1/8/1983 gün, 4345/658 sayılı ve 10. Hukuk Dairesinin 9/6/1983 gün, 2943/3121 sayılı; 5/7/1983 gün, 3489/3685 sayılı kararlarında; verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmaması halinde temyiz isteminin reddine yerel mahkemece karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4-5. maddeleri uyarınca işlem yapılmak üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesi hükme bağlanmıştır.

2) 9. Hukuk Dairesinin 30/6/1983 gün, 3670/6035 sayılı; 1/8/1983 gün 5570/6293 sayılı; 10. Hukuk Dairesinin 5/10/1982 gün, 4450/4066 sayılı ve 12. Hukuk Dairesinin 14/3/1983 gün, 815/1863 sayılı; 5/4/1983 gün, 1388/2606 sayılı kararlarında ise; yasal süre geçtikten sonra temyiz edilen veya esasen temyiz kabiliyeti bulunmayan ve fakat yerel mahkemece temyiz istemi reddedilmeden doğrudan Yargıtay'a gönderilen dosyalarla ilgili olarak inceleme yapılmış ve temyiz istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Şu duruma göre Yargıtay Hukuk Genel Kurul uile özel daire kararları ve hatta aynı dairelerin çeşitli kararları arasında uyumsuzluk bulunmaktadır ve Yargıtay Kanununun 16 ve 45. maddeleri uyarınca uyumsuzluğun (içtihat aykırılığının) giderilmesi gerekmektedir.

II — İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMENİN KONUSU

Asliye Mahkemelerinden verilen hükümlerin temyizine ilişkin bulunduğu hususu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada tartışmasız olan H.U.M.K.'nın 432. maddesinin 2494 sayılı Kanunla değişik dördüncü ve beşinci fıkralarında aynen;

«Temyiz, kanuni süre geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olursa kararı veren mahkeme temyiz isteminin reddine karar verir ve Yargıtay'a göndermek için yatırılan parayı kullanıak red kararını kendiliğinden ilgiliye tebliğ eder.

Bu red kararı tebliğinden itibaren yedi 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».

Denilmektedir.

İşte, Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesine veya esasen temyiz kabiliyeti bulunmamasına rağmen yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda, H.U.M.K.'nin yukarıda açıklanan 432/4-5. maddesi uyarınca gerekli işlemler yapılmak üzere dosyanın mahalline mi geri çevrilmesi gerektiği yoksa Yargıtay'ın da doğrudan temyiz isteminin reddine karar verebileceği hususu İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.

III — İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMENİN GEREKÇESİ

Hemen söylemek gerekirkî; Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi ya da esasen temyiz kabiliyeti bulunmayan bir karara ilişkin olması halinde temyiz isteminin reddine yerel mahkemece karar verilmesi gerektiği hususu tartışmasızdır. Bu konuda herhangi bir aykırı görüş söz konusu değildir. O halde bütün sorun, yerel mahkemenin şu ya da bu nedenle görevini ifa etmemesi halinde; «Temyiz isteminin reddine karar verilmesi»ne ilişkin kanun hükmünün mahkeme yerine Yargıtay'ca mı yerine getirileceği yoksa bu görevin ifası için, dosyanın mahalline geri mi çevrilmesi gerektiği hususlarından kaynaklanmaktadır. Görülmektedir ki İçtihadı Birleştirmenin konusu yönünden uyumsuzluğun çözümü öncelikle kanun koyucunun amacının ve dolayısıyla yerel mahkeme ile Yargıtay'ın görev sınırlarının ve bu sınırların kapsamının açıklıkla belirlenmesine bağlı bulunmaktadır.

Söyle ki:

A) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, hükümlere karşı başvurma yollarını düzenleyen üçüncü babının «Temyiz» başlıklı birinci faslında ve buna paralel hükümler oluşturan Yargıtay Kanununda benimsenen ana ilkenin temyiz incelemesinin hem esas ve

hem de usul yönünden Yargıtay'ca ifa edilmesine ilişkin bulunduğ u kuşkusuzdur. Ancak bu ana ilkenin istisnası olarak Tapulama Kanununun 66. ve İcra ve İflas Kanununun 365. maddelerinde temyiz isteminin reddine karar verilmesi konusunda yerel mahkemelerin görevi kabul edilmişti. Öte yandan 5/1/1949 tarihli ve 32/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile de, «posta ücretinin süresinde verilmemesinden ötürü temyiz edilmemiş sayılmasına karar vermek yetkisinin Yargıtay'a değil mahalli mahkemeye ait olduğu» hükme bağlanmıştı. Bilindiği gibi 16/7/1981 tarihli ve 2494 sayılı Kanunla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 35. maddesinde değişiklik yapılmış, yeni 2 madde eklenmiş ve 1 madde de yürürlükten kaldırılmıştır. İşte İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan 432. madde de değiştirilen maddeler arasında bulunmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değiştirilmesinin ana amacının davalara sürat kazandırılması ve davaların uzamasının önlenmesinin yanı sıra Yargıtay'ın iş yükünden de azaltılması bulunduğu ve bu nedenle Kanunun «temyiz» faslındaki bir çok maddelerde değişiklik öngördüğü tartışmasızdır. 2494 sayılı Kanun bu amaçla yeni bir sistem getirmiş, Tapulama Kanununun 66. ve İcra ve İflas Kanununun 365. maddelerinde kabul edilen temel ilkeyi genelleştirerek ve uygulamada birleştirerek kanun yolu incelemesinde yerel mahkemelere istisnai bazı görevler yüklenmiştir. Başka bir ifade ile 2494 sayılı Kanunla H.U.M.K.'nin 432. maddesine eklenen 4 ve 5. fıkralar temyiz incelemesinin Yargıtay'ca yerine getirilmesine ilişkin temel ilkenin kanun koyucunun bilinçli olarak amaçladığı açık bir istisnasıdır. Bu nedenledir ki temyiz isteminin reddine karar vermek yetkisinin yerel mahkemeye tanınmış olması halinde ana ilkenin zedelenmiş bulunup bulunmadığı yolundaki düşünce ve endişelerin yargının dışında yasama organına ait olmasından dolayı bu içtihadı birleştirmenin kapsamı içinde görüşülmesi ve tartışılması yolu benimsenmemiştir.

B) İçtihadı birleştirme istemine esas olan ve yukarıda özetlenen Hukuk Genel Kurulu ve Daire kararlarındaki farklı görüşler daha çok söz konusu 432. maddenin yorumlanmasından ve bu yorumlarda değişik sonuçlara ulaşılmasından kaynaklanmaktadır. Şüphe yokki Hukuk Usulünde kıyas ve yorumun mümkün bulunduğu doktrinde ittifak gösteren bir görüştür. Uygula-

mada da aynı düşünce benimsenmiş, çeşitli Yargıtay kararlarında yoruma dayanılmış ve hatta 7/6/1935 tarihli, 92/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yorumlanması sonucu itiraz edilmiştir. Ne varki H.U.M.K. nun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü hiç bir yorumu gerektirmeyecek kadar açık ve kesindir. Anılan fıkra temyiz isteminin yasal süre geçtikten sonra yapılması ya da temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin bulunması halinde yerel mahkemenin temyiz isteminin reddine karar vermekle yükümlü bulunduğunu tereddütsüz ifade etmiş ve hatta red kararından sonraki prosedürü çok ayrıntılı bir biçimde açıklamıştır. Kanunun yerel mahkemenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde ne olacağını ayrıca hükme bağlamamış bulunmasını bir kanun boşluğu olarak kabul eden düşüncelere katılmak mümkün değildir. Asıl ve doğal olan hâkimin kanun hükmünü yerine getirmesidir. Bundan dolayıdır ki hâkimin kanun hükmünü yerine getirmesi, yani temyiz isteminin reddine karar vermesi sonucu ortaya çıkacak gelişmeler ve bundan sonra ne yapılması gerektiği bir sonraki fıkroda açıkça gösterilmiştir. Kanun koyucunun, benimsediği bir ilkeyi ve yüklediği görevi hâkimin yerine getirmeyeceğini önceden düşünmesi, kabul etmesi ve böyle bir ihtimale karşı tamamlayıcı ek hükümler öngörmesi düşünülemez. Bilinen kanun yapma tekniğine de uygunluğu ile sürülemez. Hâkim görevini yerine getirmemiş, şu ya da bu nedenle bir kanun hükmünü uygulamaktan kaçınmış ise, üst kanun yolu mercinin görevi, kanun boşluğundan söz etmek değil hâkimin kanun hükümlerini yerine getirmesini sağlamaktır. Zaten kanun yolu incelemesinin temel felsefesi de budur. Bütün bu düşüncelere rağmen bir an için kanun boşluğu bulunduğu ve dolayısıyla kıyas veya yoruma gidilmesi gerektiği düşünülse dahi; 5/12/1977 tarihli ve 4/4 sayılı İçtihadı Birleştirme kararının mahkemelerin görevinin kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yoluyla genişletilip değiştirilemeyeceğine ilişkin bağlayıcı ilkesi karşısında olayımızda bu yolun kapalı bulunduğunun kabulü kaçınılmazdır. H.U.M.K.'nin 432. maddesinde temyiz isteminin reddine karar verilmesini öngören hükmün bir görev olmadığı ve dolayısıyla maddeyi yorumlamanın 5/12/1977 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile çatışmayacağı biçimindeki düşünceler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142. maddesi hükmü karşısında geçerli ve kabule şayan görülmemiştir. H.U.M.K.'nin

432. maddesi göreve ve kamu düzenine ilişkin emredici bir kuraldır. Bu maddeye göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının anılan 142. maddesine paralel ve bu maddedeki usule uygun olarak yalnızca ilk mahkemelere verilmiştir. Kanun koyucunun amacının nitelik ve kapsamı ve hatta sisteme uygun bulunup bulunmadığı tartışmaları, öngörülen yükümlülüğün «görev» olması niteliğini değiştirici ya da etkileyici mahiyette değildir.

C) Yapılan görüşmeler sırasında konu, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu açısından da ele alınmış, anılan maddenin Yargıtay'a ön inceleme yetkisi verdiği ve hatta H.U.M.K.'nin 432/4. maddesi hükmünü bir anlamda ortadan kaldırdığı yolunda düşünceler ileri sürülmüş ise de; bu yoldaki görüşler çoğunluk tarafından benimsenmemiş ve kabule şayan görülmemiştir. Gerçekten Yargıtay Kanununun 40. maddesinde Yargıtay'a gelen dosyalarda temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığının ya da hükmün temyiz kabiliyeti bulunup bulunmadığının bir ön inceleme konusu yapılması ve gerçekleştiği takdirde dosyaların daire ve genel kurullarda öncelikle incelenip karara bağlanması öngörülmüştür. Ancak bu hükümden H.U.M.K.'nin 432/4. maddesinin ortadan kaldırıldığı anlamını çıkarmak mümkün değildir. Aksine, H.U.M.K.'nin 432. maddesi Yargıtay Kanununun 40. maddesini tamamlayarak, yani Yargıtay ön incelemesinin hangi koşul ve unsurların gerçekleşmesi halinde yapılabileceğini belirleyerek, daha uygun bir deyimle ön incelemenin biçimini düzenleyerek konuya açıklık ve bütünlük sağlamıştır. Başka bir anlatımla Yargıtay'ın temyiz isteminin süresine ya da hükmün temyiz kabiliyeti bulunup bulunmadığına ilişkin ön inceleme yetkisi H.U.M.K.'nin 432/4-5. maddesinde öngörülen prosedüre bağlı olarak açık bir istisna hükmü ile sınırlanmıştır. Sözü geçen 432. maddenin 4. ve 5. fıkraları birlikte incelendiğinde ve hatta sistemi oluşturan 434. ve diğer takip eden maddeler göz önünde tutulduğunda yasanın öngördüğü biçim, kapsam, unsur ve koşullar özetle ve sırasıyla şunlardan ibarettir :

aa) Temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olursa kararı veren mahkeme temyiz isteminin reddine karar verecektir.

bb) Bu red kararı dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi için yatırılan para kullanılmak suretiyle ilgiliye tebliğ edilecektir.

cc) İlgili dilerse söz konusu ret kararını tebliğden itibaren yedi gün içinde temyiz edebilecektir. Bu ikinci temyiz vakti olduğu ve gerekli giderler de yatırıldığı takdirde dosya kararı veren mahkemece Yargıtay'a gönderilecektir.

İşte Yargıtay'ın, Yargıtay Kanununun 40. maddesinde öngörülen ön inceleme yetkisi bu andan itibaren yasal olarak söz konusudur. Aksi halde Yargıtay'ın inceleme görevine giren bir konu hiçbir şekilde mevcut değildir. Başka bir anlatımla, gerek temyiz kabiliyeti ve gerekse temyiz süresi yönünden Yargıtay'ın ister ön inceleme yoluyla isterse normal olarak herhangi bir inceleme yapabilmesi, önce yerel mahkemenin temyiz incelemesinin reddine ilişkin bir kararının bulunmasına, bunu takiben bu kararın ilgiliye tebliğ edilmesine ve nihayet anılan red kararının ilgili tarafından temyiz edilmesi koşullarına bağlıdır. Nitekim sözü geçen 432. maddenin son fıkrası uyarınca düzenlenen Yargıtay'ın inceleme biçimi de böyle bir sonuca ve anlamaya hak verdirecek doğrultudadır. Buna göre, Yargıtay önce ikinci temyiz dilekçesinin yedi günlük süre içerisinde verilip verilmediğine bakacak, süresinde ise bu kez davayı sonuçlandıran hükmün temyiz kabiliyeti bulunup bulunmadığını ya da süresinde temyiz edilip edilmediğini inceleyecek ve böylece yerel mahkemenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararının yerinde olup olmadığını denetleyecek, uygun bulursa bu hükmü onayacak, aksi halde ilk temyiz dilekçesine göre temyiz istemini inceleyecektir. Kanunun son derece açık ve ayrıntılı bu hükümleri yeterince değerlendirilmeden ve Yargıtay'ın görevinin öncelikle yerel mahkemenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararının denetlenmesi olduğu düşünülmeden ve ortada temyiz isteminin reddine ilişkin bir karar yoksa Yargıtay denetiminin de söz konusu olamayacağı gözönünde tutulmadan, yerel mahkemeye tanınan bir görevin Yargıtay tarafından da yerine getirilebileceği görüşü asıl Yargıtay Kanununun 40. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Özetle Yargıtay Kanununun 40. maddesi, H.U.M.K.'nin 432/4-5. maddesi hükmünü ortadan kaldırmamış ve aksine 432. madde hükmü belirlenen konularda Yargıtay ön incelemesine zaman, koşul, unsur ve kapsam yönünden açıklık getirmiş, Yargıtay'ın şekli açıdan süre ve nitelik yönlerini inceleme yetkisinin kullanılma biçimini düzenlemiştir.

D) Kanun yolu incelemesinde 2494 sayılı Kanun hem da-

valara sürat kazandırıp uzamayı önlemek ve hemde Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla yerel mahkemelere istisnai bazı görevler yükleyen yeni bir sistem getirmiştir. Kanunun amacı yorumlanırken 432. maddeyi tek başına ele almak ve sistemi görmezlikten gelmek mümkün değildir. H.U.M.K.'nın 427-444. maddelerini kapsayan «temyiz» faslında sistemin gereği olarak benzer ve birbirini tamamlayan değişiklikler yapılmıştır. 434. madde bunların en belirgin örneğini oluşturmaktadır. Anılan maddenin son fıkrasında temyiz harcının ve posta giderlerinin eksik ödenmesi halinde yerel mahkemeye gerekli ihtaratta bulunmak ve yerine getirilmemesi halinde hükmün temyiz edilmemiş sayılmasına karar vermek görevi verilmiş ve bu ikinci karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde 432. maddenin son fıkrasındaki prosedürün işletileceğine açık atıfta bulunmak suretiyle işaret edilmiştir. Görülmektedir ki kanun yoluna başvurmada yerel mahkemeye görev yükleyen istisnai hüküm yalnızca 432. maddede değil 434. maddede de vurgulanmak suretiyle kanun koyucunun yeni bir sistemi amaçladığı açıkça belli olmaktadır. 432. maddenin uygulanmasında yerel mahkemeye ait görevin Yargıtay'ca da yerine getirilebileceğinin benimsenmesi halinde, bu kez 434. madde ve dolayısıyla tüm sistem boşlukta ve dayanıksız kalmış olacaktır. Şayet 434. madde uygulanması da 432. maddeye benzer bir yola dönüştürülür, yani Yargıtay temyiz harcının eksik olduğunu belirlediği takdirde ilgili tamamlaması aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususunda ihtarat yapabilir biçimde düşünülürse; bu takdirde de anılan maddeler dolaylı olarak yürürlükten kaldırılmış, kanun koyucunun amacı unutulmuş ve yeni bir yasal düzenleme gerçekleştirilmiş olur. İçtihadı Birleştirme yoluyla yasal düzenlemenin geçersiz sayılması, yada işlemez hale getirilmesi, müessesenin amacını aşan bir yöntem biçimi oluşturur. İşte bir kısım üyelere dayanılan Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu'nun Yargıtay'ın da temyiz isteminin reddine karar verebilecekleri yolundaki gerekçesi bütün bu nedenlerle 2494 sayılı Kanunun amacıyla ve madde metniyle çatışmaktadır. Gerekçenin metinle çatışması halinde kanun metnine ve madde metniyle çatışmaktadır. Gerekçenin metinle çatışması halinde kanun metnine itibar edilmesi gerektiği tereddütsüzdür. Yasanın kabul amacına uygun düşmeyen bir gerekçe geçerli ve bağlayıcı sayılamaz.

E) Yargıtay'ın bir denetim mahkemesi olduğu ve içtihat mahkemesi hüviyetinde çalışması gerektiği, tereddüitten uzaktır. İşte 2494 sayılı Kanun sistemin temelini bu amacın gerçekleştirilmesine dayanmış, özellikle temyizın süresinde yapılıp yapılmadığı konusunda gerekli soruşturmanın yerel mahkeme tarafından yerine getirilmesi olduğusundan hareket etmiş ve nihayet Yargıtay'ın bir ilk mahkeme gibi soruşturma yapamayacağını düşünmüştür. Kaldı ki Yargıtay'ın görevi benimsemesinin bir diğer sakıncası da, davada hükmün kapsamı ve hüküm veren mahkemenin niteliği yönünden karar düzeltilmesi yolunun kapalı olması halinde hatanın telafi yolunun kalmaması ve belkide bir hakkın kaybolma ihtimalinin varlığıdır.

F) Nihayet Ceza Yargılamaları Usulünün Yargıtay'a da temyiz isteminin reddine karar verme olanağı tanınmasının emsal olup olamayacağı ve böylece Hukuk ve Ceza Usulleri arasında da eşit uygulama sağlanmış bulunup bulunmayacağı konusu görüşmelerin bir bölümünü oluşturmuştur. Ceza Hukuku ile özel hukuk hükümleri arasında gerek kamu yararı ve gerekse bağımsız mahkemeler yoluyla devletin cezalandırma hakkının varlığı açısından, kısacası hukuk felsefeleri yönünden bağdaştırılmaz kesin ayrımlar söz konusudur. Bu nedenledir ki iş bu içtihadı Birleştirmenin konusu ve sonucu hiçbir biçimde ceza usul hukukunu etkilemeyecektir. Kaldı ki Ceza Usulünde Yargıtay'a da görev verilmiş bulunması C.M.U.K.'nın 317. maddesinde getirilen açık bir hükmün gereğidir. H.U.M.K.'nın da Yargıtay'a görev yükleyen böyle özel bir düzenlemenin mevcut bulunmaması, kanun koyucunun bilinçli ve amacına uygun davranışının doğal sonucudur.

Her ne kadar yapılan müzakereler sırasında bir kısım üyeler; H.U.M.K.'nın 432. maddesinde öngörülen hususun görev olup bir anlamda ödev, iş, yasal vekâlet yasal istinabe ya da bir yargı yolu ilişkisi bulunduğunu, maddenin yeterli açıklıktan yoksun olup yoruma ihtiyâç gösterdiğini, kanunun kamu düzeni ile ilgisi bulunmadığını, Yargıtay Kanununun 40. maddesinin ön inceleme yetkisini Yargıtay'a verdiğini, Milli Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu'nun Yargıtay'ın görevini benimseyen gerekçelerinin bağlayıcı bulunduğunu, doğrudan Yargıtay incelemesinde meydana gelebilecek hataların tevzih yolu ile giderilebileceğini, C.M.U.K.'nın Yargıtay incelemesine olanak tanıdı-

ğını, böylece iki ayrı hukuk yolu arasında farklılık yaratılmaması gerektiğini, H.U.M.K.'nın 438. maddesinden yararlanmak suretiyle de inceleme yapılabileceğini, dosyanın mahalline geri çevrilmesinin hem davayı uzatacağını ve hemde Yargıtay'ın iş yükünü artıracaklarını, gerektiğinde Yargıtay'ın kendisine niyabeten mahalli mahkemeye tahkikat yaptırılabilceğini ileri sürmüş iselerde, bütün bu düşünceler yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklanan nedenler karşısında çoğunluk tarafından yerinde görülmemiş ve yerel mahkemenin yasal görevini kaldırıcı değer ve ağırlıkta kabul edilmemiştir.

O halde bütün bu açıklamalar karşısında Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya esasen temyiz kabiliyeti bulunmaması halinde, yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda H.U.M.K.'nın 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü uyarınca dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerektiğinin ve Yargıtay'ın kendisini yerel mahkeme yerine koyarak inceleme yapamayacağını kabulü gerekmektedir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle; Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmaması halinde, yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda Yargıtay'ca inceleme yapılamayacağına ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü uyarınca bu konuda bir karar verilmek üzere dosyanın mahalli-ne geri çevrilmesi gerektiğine, 1/2/1984 günlü dördüncü toplantıda oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

H.U.M.K.'nın 432 inci maddesinde 2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonunda kabul edilen (Temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olursa, kararı veren mahkeme temyiz isteminin reddine karar verir.) hükmünün kamu düzeni ile ilgili görev hükmü olduğu ve her nasılsa mahkemece karar verilmeden intikal etmiş

dosyalarda Yargıtay'ın bu konuyu karaa bağlayamayacağı şeklinde oluşan çoğunluk görüşüne ve M. G. K. İhtisas Komisyonu raporunun değerlendirilmesine aşağıdaki nedenlerden ötürü katılmamaktayım.

1 — Bu konuda asıl görevin Yargıtay'a ait olduğunu vurgulayan Milli Güvenlik Konseyi İhtisas Komisyonu raporunun değerlendirilmesinde 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Milli Güvenlik Konseyi Yasama Görevleri İktüzüğünün gözönünde bulundurulması gerekir.

Sözü geçen İktüzüğün 5 inci maddesine göre «Milli Güvenlik Konseyi Genel Sekreteri, lüzum gördüğü hallerde, kanun tasarı ve teklifleri üzerinde araştırma ve inceleme yapması için ihtisas komisyonları kurabilir. Bu komisyonlar çalışmalarının sonucunu rapor halinde Genel Sekreterliğe sunar, Genel Sekreterlik bu raporları inceler, nihai duruma getirir.

İhtisas komisyonları raporu, tasarı ve tekliflerle birlikte basılıp yeteri kadar önce, Konsey Üyelerine ve Bakanlar Kuruluna sunulur.»

Tasarı ve teklifin kabulünden yani kanunlaşmasından önce, Milli Güvenlik Konseyi Üyelerine (Takdim) yapıldığı, bu takdimde tasarı, teklif ve Genel Sekreterlikçe hazırlanan rapor hakkında bilgi verildiği, açıklamada bulunulduğu, direktifler alındığı bilahare İktüzüğün altıncı ve takip eden maddeleri uyarınca gündem hazırlanarak tasarının kanunlaşması için gerekli yasama işleminin yapıldığı bir vakiadır.

Bu durum karşısında H.U.M.K.'nin 432 inci maddesinde 2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklik nedeniyle hazırlanan ve Milli Güvenlik Konseyi Genel Sekreterliğince incelenerek (nihai duruma getirilen) ve Milli Güvenlik Konseyi Üyelerine (sunulan) İhtisas Komisyonu raporundaki, asıl görevin Yargıtay'a ait olduğunu, Yargıtay'ca inceleme yapılarak karar verilebileceğini açıklayan ifade ve kabule özel değer vermek gerekir.

Genel Sekreterlikçe (nihai şekle getirilen) bu rapor, Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ve Milli Güvenlik Konseyi Yasama İktüzüğünden önceki veya sonraki dönemlerdeki Yasama Organı Adalet Komisyonları raporları gibi değerlendirmek ve rapordaki kabulü gözardı etmek olanağı yoktur.

2 — İctihadı birleştirmenin konusunun, yerel mahkemeye verilmiş, kamu düzeni ile ilgili (görev) bulunduğunu ve bu görevin Yargıtay'a değil doğrudan doğruya mahkemeye ait olduğunu kabul ettiğimiz takdirde Yargıtay'ın, hükmün temyizi kabül olmadığı veya süre geçtiği görüşü ile nihai karara bağlamayarak bu konuda karar vermesi için mahkemesine iade ettiği dosyada hâkim aksi görüşte olduğu takdirde sorunun ve bu aşamada bulunan ilâmlarda İcra ve İflas Kanununun 36'ncı, H.U. M.K.'nin 443'üncü maddesinde yazılı ve görev olarak Yargıtay'a ait bulunan (icranın geri bırakılması) istemlerinin nasıl çözümleneceği düşündürücü olduğu gibi bu tür uygulama Kanunda yapılan değişikliğin amacına aykırı ve hak almadan gecikmelere neden olacaktır.

3 — Yargıtay'a intikal eden işlerin yüzde ellisine yakın bir bölümünün tashihi kararı mümkün olmayacak şekilde kesin olarak karara bağlandığı gözönünde bulundurulduğu takdirde, Yargıtay'da temyiz süresinin geçtiği yolunda verilecek kararın belki hakkın ziyanına neden olacağı görüşüne katılmayada olmak yoktur.

4 — Asıl görevin Yargıtay'a ait olduğu, H.U.M.K.'nin 432'inci maddesinde yapılan değişiklik ile mahkemeye de bir olanak tanındığı, Yargıtay'ın, temyiz dilekçesinin süresinde verilmediğini, hükmün temyiz edilemez olduğunu, temyiz edenin buna hakkı olmadığını gördüğü takdirde temyiz dilekçesini reddedebileceği ve bu hususun kanuna aykırı olmadığı görüşünde olduğundan iki oy farkla ekseriyet kazanan çoğunluk görüşüne karşıyım.

Firuz Çilingiroğlu
Cumhuriyet Başsavcısı

KARŞI OY YAZISI

1. a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 432'inci maddesinde yapılan değişiklik, temelde, bu gün artık Anayasal bir niteliğe bürünmüş olan «çabukluk» ve «ucuzluk» ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacıyla kaynaklanmıştır. Bu yön, yakın geçmişin acı deneyimlerinden süzülerek yasama belgelerinde en

açık anlatımla dile getirilmiştir. Bu konuda, —bu tür işlerin basitliği ve rahatlatıcı inceleme kolaylığı gözönünde tutulunca— vasa koyucunun ayrıca Yargıtay'ın yükünü azaltmak gibi bir amaç izlemediği açık-seçiktir. Öbür yandan Yasa hükümlerinin konuluş nedenlerine aykırı bir biçimde uygulanamayacağı yönü —içtihadı birleştirme kararlarımıza da geçmiş— bir evrensel hukuk kuralıdır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, maddede gerçekleştirilmiş değişikliği— Yargıtay yolu kapalı, ya da, Yargıtay'a başvurma süresi geçmiş kararlara yönelik temyiz istemleri yerel mahkemece her nasılsa red olunmayıp bunlara ait dosyaların kendisine gönderilmesi durumunda— Yargıtay'ın red kararı verebilme yetkisini kaldırdığı yollu değerlendirmenin konuluş amacıyla bağdaşmazlığı ortadadır.

b) Bu bağdaşmazlığı belirgin kılmak için uzun açıklamalara gerek yoktur; maddenin bu gibi durumlarda öngördüğü zaman alıcı, gider gerektirici işlemler zincirini gözönüne getirmek ve yerel mahkemeye yönelik uygulamada yaşanmış isyan ettirici acı gerçekleri anımsamak yeterlidir. Özellikle, Yargıtay Kanununun 40 ıncı maddesinin kesin buyruğu gereğince temyiz olunan kararın temyiz edilebilir kararlardan olmadığını, ya da temyiz süresinin geçmiş bulunduğunu saptadıktan sonra, Yargıtay'ın adeta (ben maddi ve hukuki durumu saptadım; sen de red kararını ver) diye, dava dosyasını yerel mahkemeye göndermesinin batıcı tutarsızlığı burada düşünülmelidir.

c) «Kararın temyiz edilebilirliği» veya «temyiz yasaları geçmezliği», Anayasa ve Yasa gereğince Yargıtay'ın üstlenmiş bulunduğu «temyiz incelemesi» bütünüdür bir parçasıdır, ve Yargıtay'ın bu incelemeyi yapabilmesinin ön koşuludur. Bu yönden, Yargıtay'ın anılan nedenlere dayanarak temyiz isteminin reddi yolunda karar verebilmesi doğaldır. Şu var ki temyiz olunan karar, temyiz edilemez kararlardan olsa, ya da, —temyiz edilebilir karar olmakla birlikte— temyiz süresi geçmişse, dava dosyası Yargıtay'a gönderilmeyip yerel mahkemece gene Yargıtay'ın denetiminde temyiz isteminin reddine karar verebilmesindeki yarar açıktır. 432 nci maddedeki değişiklik, işte bu olanağı getirmektedir. Daha açık bir anlatımla, Türk Yasa Koyucusu, hukuksal yardım çevresinde yerel mahkemeye bir tür yasal vekillik vermekte ve hukuk sözlüğündeki anlamıyla, yetki bahşetmektedir. Yoksa, madde, konuluş amacına aykırı olarak

Yargıtay'ın temyiz istemini red kararı yerebilme yetkisini kıldurmamaktadır. C.M.U.K.'nın 315 ve 317'inci maddelerinde bu anlayış açıktır. Maddenin anlatımından da bunu tersine bir anlam çıkarmak mümkün değildir. Her halde, yerel mahkemeye böyle bir yetki tanınması, Yargıtay'ın doğal olan bu yetkisini kaldırma anlamına gelmez.

ç) Nitekim doğal nitelikteki bu yasal ve hukuksal gerçek, Adalet Komisyonu Raporunda şu sözcüklerle vurgulanmıştır: «Temyizin kanuni süresi geçtikten sonra yapılması veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olması durumunda, hükmü veren mahkemenin, temyiz isteminin reddine karar vermeden, temyiz incelemesi için dosyayı Yargıtay'a göndermesi halinde, Yargıtay'ın da temyiz isteminin reddine karar vereceği tabii görüldüğünden, (HUMK'na) bu yolda bir açıklık getirilmesine gerek duyulmamıştır.»

2 — Sayın Çoğunluk'un görüşü, başlıca şu düşünce ve kaygılardan kaynaklanmaktadır :

a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 432 nci maddesinin yerel mahkemeye yetki bahşeden anılan hükmü, belirgin olarak, bir görev hükmüdür, ve bu niteliği ile de kamu düzenine ilişkindir. Bu görüş, kabul edilemez. Zira, «bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın memleketin hukuk düzeninin temel ilkelerinden biriyle çatışması, ya da memleketin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur» (FM 2 HD., 8/3/1962 Galtier-Fink-KANETİ, S: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, c: 1, sh: 22, No: 28; ÇENBERCİ, M. İş Kanunu Şerhi 1984, sh: 40, dipn. 16). Yargıtay incelemesini yapmakla görevli olan Yargıtay'ın —bu incelemenin önkoşulunu oluşturan bir konuda— temyiz isteminin reddine ilişkin karar vermesinin kamu düzenine aykırı sayılmasının düşünülmezliği ortadadır. Bu bakımdan, burada, yerel mahkeme için bir «görev» li mahkeme olma durumu değil, (Yargıtay incelemesi) alanının bir kesimiyle, sınırlı bulunma ve yargı yardımı çevresinde bir (yetki) bahşetme hali söz konusudur.

b) Yasa metni açık olduğu için Adliye Komisyonu Raporu-

nun bağlayıcı sayılamıyacağını öngören sayın çoğunluk görüşü de benimsenemez. Önce, şu yön, belirtilmelidir:

aa) TEYP KAYITLARINDA da görüleceği üzere, anılan raporun bağlayıcılığı değil, özellikle yeniliği açısından gözönünde tutulabilirliği dile getirilmiştir ve aradaki fark, belirgindir. Yasama belgelerinin gözönünde tutulabilirliği ise, her halde, tartışmasızdır. Kaldı ki tarihsel yorum başka ülkelerde eski saltanatını yitirmiş olsa da, hukukumuz açısından yasama belgelerinin yaşamsal önemi, Yargıtay ve özellikle de Anayasa Mahkemesi Kararlarında görüldüğü üzere, açık-seçiktir. Esasen görüşmelerde Adalet Komisyonu Raporu'nun bağlamazlığı değil, İçtihadı Birleştirme Kurulunda konuşan çoğunluk'a dahil sayın Başkan ve Sayın Üyelerin —Adalet Komisyonu Üyelerinden sadece birinin görüşünü içermesi, diğerlerinin, giderek, tasarıyı yasallaştıran gücün içeriğini bilmezliklerinden ötürü yok sayılması gerektiği— bir tür tanıklık biçiminde söz konusu edilmişti. Sayın çoğunluk'un dahi kararına almadığı bu savın geçersizliği üzerinde durmayı gereksiz görmekle beraber, oyların oluşmasında görüşmelerdeki gerekçeler etkili olacağı için, böyle uyumsuzlukların sakıncalarına burada işaret etmek isteriz.

bb) İçtihadı Birleştirme Kararı, 4 üncü oturumda bir oy farkla (çünkü, sayın Ozanoğlu'nun görüşü, bir «asgari müsterek» te birleştirme çabası içerisinde savunduğumuz düşüncelerin oya konuluş biçimini belirleyen ve temelde çoğunluk karşısında olanlarla birleşen anlayışın belirgin bir anlatımıdır.) çıkmıştır; 3 üncü oturumda oylar eşit, 2 nci oturumda ise, AZINLIK'ın oyları fazla idi; sadece ve sadece ilk oturumda sayın Çoğunluk bir iki oy ile ilerdeydi. Son oturumun —bir şansızlık eseri olarak— bazı üyelerin İçtihadı Birleştirme Kuruluna katılmalarına olanak bulunmayan bir güne rastlaması ve sorunun (Yargıtayca inceleme yapılabilir mi, yapılamaz mı) yolunda ve dolayısıyla, Yargıtay Kanunu, m. 40 ve 45/son karşısında yanıltıcı denebilecek bir biçimde oya konulması da gözönünde tutulunca, en azından sayısal olarak bu görüşteki AZINLIK'ın başka türlü anladığı bir yasa metninin açık olduğu söylenemez. Meğer ki Azınlıkta olanların görüşleri tümünden üzerinde durulamayacak kadar geçersiz ve hukuk dışı sayılmış olsun. Bu yönden, Yasa metninin açık ve kesin bulunduğundan bahisle, belirli sonuçlara varılmıyacağı açıktır.

c) Hukukun Ceza ile adi hukuk alanları arasında bir takım temel ayrımların bulunduğu kesindir; ama, bu olgu, ikisi arasında ortak yanların bulunmadığı anlamına gelmez. Büyük İctihadı Birleştirme Kurullarına hem hukuk, hem ceza dairelerince çalışan üyelerin katılma zorunluğu da bunun kanıtıdır. Ayrımlar, bir gereğe dayanıyorsa, bu gereğin sınırları içerisinde vardır. Bu konuda ise, bir ayırım gözetmenin hiçbir yönden düşünülemezliği belirgindir.

ç) Bir «yanlış»'ı, üzerinde tartışılmaz bir doğru saymak, ya da, bir «doğru»yu «yanlış anlamak» ve sonra da, kendi görüşüne destek almak, yanıltıcı bir yöntem olarak üzerinde herkesin birleşebileceği bir tartışma ilkesidir. Kararda yer alan bazı gerekçelerin bu ilkeye aykırı bir izlenim ve yargı uyandırmaya elverişli nitelikte bulunduğunu burada söylemeyi ödev sayıyoruz.

d) Azınlık'ın savunduğu ve Yargıtay Kanunu m. 5/son gereğince oya konulması gereken görüşünün özeti şu idi : Kararın temyiz edilmezliği, ya da, temyiz süresinin geçmiş olması durumunda, kararı veren yerel mahkemenin temyiz istemini red etmesi asıldır. Bu yetkisini kullanmayan mahkemenin hâkimi hakkında Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 62 nci maddesi gereğince —şayet koşulları varsa— inzibatı ceza niteliğinde yaptırımlar uygulanabileceği de doğaldır. Herhalde, hâkimin savsamasının olumsuz sonuçları taraflara yükletilemez. Bu nedenle, yerel mahkemece her nasılsa karar verilmeyip dava dosyası Yargıtay'a gönderilmişse, Yargıtay Kanunu m. 40/II. gereğince bu yönden ön inceleme yapmakla ödevli olan Yargıtay, temyiz isteminin reddine karar verebilmelidir. Şüphesiz, Yargıtay'ın, durumunun araştırma yapılmasını gerektirmesi takdirinde, dosyayı geri çevirmesi doğaldır. Az da olsa, oluşabilecek tek tük maddi yanlışların yerleşik uygulama ve içtihad gereğince düzeltilebileceği ise, açıktır (Not: Kararda bu konuda tavzihten söz edilmesi, herhalde —teyp kayıtlarından da anlaşılacağı üzere— maddi bir yanlıştır.)

Bu ve görüşmelerde açıkladığım gerekçelerle —ilgi çekici bir anlatım güzelliğine sahip bulunsa— Sayın ÇOĞUNLUK'un görüşüne karşıyım.

Mustafa Çenberci
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

KARŞI OY YAZISI

İçtihadı birleştirmenin konusu Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmamasına rağmen yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda Yargıtay'ca temyiz isteminin reddine karar verilebilip verilemeyeceği hususuna ilişkin bulunmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 2494 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğinden önceki hükümlerine veya esasen kararın temyiz kabiliyetinin olmaması durumlarında temyiz isteğini reddetme olanağı yoktur. 2494 sayılı Yasa ile getirilen değişikliğe göre temyiz yasal süre geçtikten sonra yapılır ve kararın esasen temyiz kabiliyeti bulunmazsa kararı veren mahkeme temyiz isteminin reddine karar verir; ilgili bu karara karşı dahi temyiz isteğinde bulunabilir. Kanaatimizce yasa koyucu 2494 sayılı yasa ile getirdiği değişiklikle davaların çabuklukla sonuçlanması, sürüncemede kalmaması için kararı veren mahkemeye de, yukarıda değinilen iki halde temyiz isteğini reddetme olanağını tanımıştır; bunu yaparken temyiz incelemesini yapmakla asıl görevli olan Yargıtay'ın temyiz dilekçesini reddetme olanağını ortadan kaldırmamıştır. Bu konuda Adalet Komisyonu raporunda aynen şöyle denilmiştir. «Temyizin kanuni süre geçtikten sonra yapılması veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olması durumunda, hükmü veren mahkemenin temyiz isteminin reddine karar vermeden temyiz incelemesi için dosyayı Yargıtay'a göndermesi halinde, Yargıtay'ında temyiz isteminin reddine karar vereceği tâbil görüldüğünden bu yolda bir açıklık getirilmesine gerek duyulmamıştır.» Bu açıklama çok net bir biçimde yasa koyucunun amacını göstermektedir. Yasaların yorumlanmasında yasa metninin belli bir biçimde kâleme alınmasına egemen bulunan gerekçe ve yasama organı komisyon raporları gibi hazırlık çalışmalarından yararlanılması yorum kurallarının bir gereğidir. İctihadı birleştirme görüşmeleri sırasında yasa metninin hiçbir yorumu gerektirmeyecek kadar açık ve kesin olduğu ileri sürülmüşse de bu görüşün isabet-sizliği, içtihadı birleştirmenin ancak dördüncü görüşmede 51 oya karşı 53 oyla iki farkla çıkmış olması ile kanıtlanmıştır. Yasal süre geçtikten sonra temyiz isteğinde bulunulması veya

kararın temyiz kabiliyetinin olmaması durumlarında kararı veren mahkeme temyiz dilekçesini reddedecektir; ancak, bu yolda bir karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda tereddütü gerektiren bir yön varsa Yargıtay dosyayı bu konuda gereken inceleme yapılarak bir karar verilmek üzere dosyayı kararı veren mahkemeye çevirir. Ne varki sürenin geçtiği veya kararın mahiyeti itibariyle kesin nitelikte bulunduğu hiç bir kuşkuyla yer kalmayacak biçimde anlaşılıyorsa Yargıtay'ca da temyiz dilekçesinin reddine karar verilebilir. Aksi çözüm yolu davaların sadece temyiz isteğinin süresinde olup olmadığının karara bağlanması için dahi dosyanın mahkeme ile Yargıtay arasında gidip gelmek suretiyle sürüncemede kalması sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise ülkemizde yasa koyuculara usul değişikliklerinde egemen bulunan «Davaların çabuklukla görülüp sonuçlandırılması» yolundaki ilkeye özellikle iş davaları ile İcra ve İflas Kanununa tâbi işlerin nitelikleri dikkate alındığında ters düşer. İcra ve İflas Kanununun 365. maddesinde de «Temyiz kanunî müddet geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara veya vazgeçme sebebiyle itiraz ve şikâyetin reddine veyahut müddeti geçmiş bir şikâyete talluk ederse, tetkik mercii temyiz talebinin reddine karar verir» hükmü mevcut olup, Yargıtay yıllardan beri, bu hükmü Yargıtay'ın temyiz istemini reddetme olanağını engellemediği şeklinde yorumlamış ve gerektiğinde temyiz isteğini, dosyayı yerine geri çevirmeden reddetmiştir.

2494 sayılı Yasadan sonra çıkarılan 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 40/4 üncü maddesi aynen şu hükümleri getirmiştir. «Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka daireye ait olduğu, temyiz kabiliyetinin bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı... saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır.» Bu hüküm ayrıca ve özellikle Yargıtay'ın da gereken kararı verebileceğini belirtmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Naci Varlık 9. H.D. Başkanı	Nezih Kalaycı 12. H.D. Başkanı	İsmet Ocakçıoğlu 9. H.D. Üyesi
Abdullah Berksun 9. H.D. Üyesi	Y. Semih Öktemer 12. H.D. Üyesi	İlhan Çallı 9. H.D. Üyesi

MUHALEFET ŞERHİ

Bilindiği üzere, 16/7/1981 gün ve 2494 sayılı Kanunla, «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» nun 35. maddesi hükmünde «değişiklik» yapılmış ve ayrıca bu kanunun 199. maddesi hükmü yürürlükten kaldırıldığı gibi yine bu kanuna iki yeni madde eklenmiş bulunmaktadır. Gerek yapılan değişiklikler ve gerekse yürürlükten kaldırılan hükümler Tek-tekele alınıp incelendiği zaman da görüleceği veçhile, kanun koyucu bu değişiklik ve ilâveleri, «Yargıtay'ın iş hacmini azaltmak» maksadiyle değil, münhasıran, davaların yıllar yılı uzayıp, mahkemelerden hak ve adalet bekleyen, dâvacı ve davalının bir an önce sonuca ulaşmasını ve uyuşmazlığın sürüncemede kalarak iş sahiplerinin —eski bir deyimle— (davayı kazandı/âmma, müddeâbihi kaybettik!..) dememeleri için, yapmış bulunmaktadır. Bizim bu görüşümüzü teyid eden ve 2494 sayılı Kanunla getirilen yeni hükümlerden bir kısmı şunlardır :

1) Yargıtay'da (duruşmalı olarak) temyiz incelenmesine imkân veren dâva nevilerine ait mahallî mahkeme kararları, sayet; (görevsizlik, yetkisizlik, hâkimin reddi, dâva veya karşılık dâvanın birleştirilmesi ile ilgili) ise, Yargıtay'da (duruşma) yapılması ve dâva dosyasının duruşmalı olarak incelenmesi istenemeyeceği gibi, «Hukuk Genel Kurulu»nun görev ve yetki alanına giren bil'umûm (ısrar) kararlarının da, keza, «duruşmalı inceleme şekli» tamamen kaldırılmış bulunmaktadır. : H.U.M.K. m. 438/f. 2). Ayrıca, —2494 sayılı Kanundan önce— Yargıtay duruşma isteklerinde, «tebligat posta masrafı» önceden yatırılmamış ise, Yargıtay sonradan dâva dosyasını «sırf posta masrafının tamamlanmasını temin maksadıyla —ya bir kararla— mahalline geri çeviriyor veya dâva dosyasını Yargıtay'da bekleterek (ilgisinden posta masrafı alınarak Yargıtay'a gönderilmesini temin zınnında) mahallî mahkemesine «nevâkısı tamamlatma» tezkeresi yazıyordu. Dâva dosyasının bu şekilde geri gönderilmesi veya posta masrafının temini için yapılan yazışmalar bir hayli uzun zaman aldığı ve davaları tam anlamı ile «sürüncemede bıraktığı» için, 2494 sayılı Kanunla, kanun koyucu, Yargıtay duruşması için temyiz dilekçesi ile birlikte tebligat posta masrafı peşinen ödenmemiş ise, Yargıtay'ın (duruşma isteğini dikkate almayarak), diğer bir deyişle, yukarıda değinilen ve işin uzamasına neden olan yollara hiç gitmeden doğ-

rudan doğruya ve «duruşma yapmadan» dava dosyası üzerinde (duruşmasız) inceleme yapabilme imkânını tanımış bulunmaktır (HUMK. m. 438/f. 1 son cümle).

2) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun «tashihi - karar» isteği ile ilgili 440 ıncı madde hükmünde 2494 sayılı Kanunla yapılan (m. 440/III - 2) değişikliğe göre de —HUMK. m. 438 inci maddesi hükmüne paralel olarak— (görevsizlik, yetkisizlik, hâkimin reddi, dava veya karşılık davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesi ve merci belirtilmesi) kararlarına karşı «tashihi - karar» kanun yolunun kapatılması da, keza, kanun koyucunun «davaların bir an önce sonuçlanıp ilâmların kesinleşmesini» hedef aldığı ve bu gâye ile bu değişikliği yaptığı, açıkça anlaşılmaktadır.

3) 2494 sayılı Kanunla —ilâve suretiyle— değiştirilen, (Yargıtay'ın karar düzeltme yolu açık olan —m. 440/III— bozma kararları, mahkeme başkâtibince onbeş gün içinde kendiliğinden taraflara tebliğ edilir.) meâlindeki (HUMK. m. 442-A) hükmü de, mahkeme ilâmlarının bir an önce kesinleşmesini ön gören diğer bir hükümdür.

Tashihi - karar arzuhâlinin müstedinin bulunduğu mahal mahkemesine veya Yargıtay'ın ilgili dairesine verilebilmesine imkân bahşeden HUMK.'nın 414 üncü maddesi hükmü dahi, —dava dosyasının mahalline gidip geri gelmesini önlemek suretiyle— çabukluğu sağlayıp mahkeme ilâmlarının bir an önce kesinleşmesini temine matûf tedbirlerden bir diğeridir.

Bilindiği üzere, bir kanun hükmü tefsir edilirken, her şeyden önce, kanun koyucunun o hükmü vâz'ederken göz'önünde tuttuğu (gâye) ve diğer bir deyişle, (maksadının ne olduğu) yönü üzerinde ısrarla durmak icap eder. Hukukta, bu türlü bir tefsir şekline, (gâi tefsir - maksada göre yorum) denildiği hususu, herkes tarafından bilinmektedir. Tevhidi - İctihat uyusmazlığına neden olan HUMK.'nın değişik 432/son fıkra hükmü ile ilgili gerekçede ise, kanun koyucu, (Temyizin kanunî süre geçtikten sonra yapılması veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olması durumunda, hükmü veren mahkemenin, temyiz isteminin reddine karar vermeden, temyiz incelemesi için dosyayı Yargıtay'a göndermesi halinde, Yargıtay'ın da temyiz isteminin reddine karar vereceği tabii görüldüğünden, Hukuk Usu-

lû Muhakemeleri Kanunu'nunda bu yolda bir açıklık getirilmesine gerek duyulmamıştır.) demektedir. Söz konusu madde hükümünü (tefsir) ederken, elbetteki, bu gerekçeyi gözönünde bulundurmak zorundayız. Kanun koyucu, gerek «temyiz süresi geçtikten sonra» ve gerekse «temyizi kabül olmayan bir kararın temyiz edilmesi» hallerinde, —böyle bir temyiz isteğini— hem Yargıtay'ın ve hem de o kararı veren mahallî mahkemenin incelemesine imkân vermiş bulunmaktadır. Bu tevhidî - İctihât isteği ile ilgili olarak Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nda ayrı ayrı zamanlarda dört defa yapılan müzakereler sırasındaki her konuşmamda da ısrarla belirttiğim üzere, esasen, bu türlü bir incelemeyi yapmak «aslı vazifesi» Yargıtay'a aittir. Çünkü, mahallî mahkeme hâkimi, (nihaî kararı)'nı vermek suretiyle o dava dosyasından elini çekmiş ve onun (kâza hâkkı) sona ermiş bulunmaktadır. Kaldı ki, davacı veya davalının verdiği «temyiz dilekçesi»nin gerçek muhatabı ve temyiz istemini inceleyecek yegâne makam, Yargıtay'dır. Mahallî mahkeme, nihaî kararını vermek suretiyle o dava dosyası ile «hukukî ittisâlini - bağlantısını» tamamen kesmiş bir duruma girdiği için, o andan sonra yapacağı her inceleme, münhasıran, «Yargıtay'a niyâbeten» ve onun nâm ve hesabına yapılan bir incelemeden başka birşey değildir, çünkü, incelemeye dayanak olan (temyiz dilekçesi) Yargıtay'a hitaben kaleme alınmış bir dilekçedir. Şimdi, Yargıtay'ın, bu Tevhidî - İctihât Kararı ile —esasen kendisine ait olan Yargıtay inceleme görevini— mahallî mahkemesi hâkimi üzerine yıkması ve bunun bir sonucu olarak da mahallî mahkeme hâkiminin, bir hükmün, gerek kanunen belirli temyiz süresi geçip - geçmediği ve gerekse, esasen o verilen kararın kabili temyiz bir karar olmadığı (HUMK. m. 427) yönünü araştırıp bir karar vermesi ve bu kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren de o ilgili tarafın (yedi gün) içinde bu karara karşı Yargıtay nezdinde temyiz yoluna başvurma hakkı bulunması ve özellikle taraflardan birinin, o davanın (esasını), diğerinin ise, (temyiz süresinin geçtiğine ilişkin) bir temyiz inceleme isteğinde bulunması gibi hallerde, dava dosyası, —şayet tâbir caiz ise— tıpkı bir futbol topu gibi beyhude yere Yargıtay'a iki-üç defa gidip gelecek ve bu davanın uzamasında —kendi bakımından— (fayda - yarar) uman kötünîyetli taraf ise, mahallî mahkemesinin, süre aşımı veya esasen kabili temyiz olmayan kesin kararına karşı, —tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde— temyiz etme (HUMK. m.

432/son) hakkına sahip olduğundan, davanın uzamasını sağlayacak ve diğer bir deyişle verilen kararın kesinleşmesini (kasden) ve (kötüniyetli) bir tutum içinde geciktirecektir. Bu da, bu (muhalâfet şerhi)'nin baş kısımlarında da değindiğimiz üzere ve —eskilerin tâbiri ile— (dâvayı kazandık âmma, müddeâbihi kaybettik!..» hukukî yecizesinin, tam anlamıyla gerçekleşmesine neden olacaktır.

Binâenaleyh, yukardanberi belirtilen nedenlerle ve HUMK. nun 432/4. fıkrası hükmünün uygulanmasını gerektiren hallerde, bir hükmün, gerek temyiz süresinin geçip - geçmediği yönünden ve gerekse verilen kararın bizâtihi temyizi kabil olmayan bir karar (HUMK. m. 427) olması hallerinde —dava dosyası Yargıtay'a gelmiş ise— temyiz incelemesi yapmak görevinin (esasen) Yargıtay'a ait bir görev bulunduğu için, bu görevi mahallî hâkimine ek bir görev olarak ve bu muhalâfet şerhinin yukarı kısımlarında da değinildiği üzere, kanun koyucunun, (davaların bir an önce sonuçlandırılıp, mahkeme ilâmlarının en kısa bir süre içinde kesinleşmesini sağlama amacına) ters düşen ve tamamen (lâfzî bir yorum) sonucu —o da, daha önceki oylama sonuçlarının tam aksine ve ancak iki lehe oy farkı gibi -zayıf bir ekseriyetle ittihâz buyrulan işbu Tevhidi İctihat kararına muhâlifim.

İsmail Doğanay

KARŞI OY YAZISI

2494 sayılı yasa ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bazı maddeleri değiştirilmiştir. Bunlardan birisi de İctihadı Birleştirmeye konu olan 432. maddedir. Değiştirmedeki amaç davaların bir an önce bitirilmesine, Yargıtay'ın iş yükünün azaltılmasına yöneliktir. Temyiz süresinin geçirilip geçirilmediği, bir kararın temyizi kabil olup olmadığı hususu davanın esası yanında teferruattan bir iştir. Kanun koyucu, temyiz süresi geçirilmiş veya temyizi kabil olmadığı halde temyiz edilmiş hükme ilişkin dosyalar boş yere Yargıtay'a gönderilip zaman kaybedilmesin, Yargıtay bu gibi tali meselelerle uğraştırılmasın bidayet mahkemesi de bu konularda karar verme yetkisine hâiz olsun diye düşünmüş ve şimdiki hükmü getirmiştir. Yoksa bidayet

Mahkemesinin bu hususta karar vermeden dosyayı Yargıtay'a göndermesi halinde Yargıtay'ın karar veremeyeceğini dosyayı mahalline geri çevirmesi gerekeceğini asla ve asla düşünmemiştir. Bu cihet yasanın getiriliş amacına tamamen ters düşer. Mutlak yetkinin bidayet mahkemesine ait olduğunu düşünürsek çeşitli sorunlar karşımıza çıkacaktır.

1 inci sorun : Dosya Yargıtay'ın ilgili dairesine geldiğinde esasa ön sorun olarak temyiz süresinin geçirilip geçirilmediği veya kararın temyizi kabil olup olmadığı incelenerek saptanacaktır. Bunun için bir zaman harcanacaktır. Özel daire her ne kadar temyiz süresi geçirilmiş veya kararın temyizi kabil olmadığı anlaşılmışsa da bu konuda karar verme yetkisi bidayet Mahkemesine ait olduğundan dosyanın geri çevrilmesine deyiş ilade edecektir. Dosya mahalline gidecek, mahkeme ya Yargıtay'ın görüşüne uyacak veya ayrı bir görüşle yeni bir karar oluşturmaktadır. Yargıtay'ın görüşüne uyarsa temyiz isteminin reddine karar verecektir. Bu karar ilgililere tebliğ edilecek, tebliğden itibaren 7 gün içinde son karar temyiz edilirse dosya Yargıtay'a gönderilecektir. Şu işlemlerle bir iş iki iş yapılmış, vatandaş boş yere posta masrafı yapmaya zorlanmış, zaman kaybına sebebiyet verilmiş böylece kanun koyucunun amacına ters düşülmüş olacaktır. Halbuki dosya Yargıtay'a geldiğinde yapılan inceleme sonucu kararın temyiz kabiliyeti yoktur, veya tereddüte meydan vermeyecek şekilde temyiz süresinin geçirildiği saptanmıştır diye dilekçeyi reddetseydi sorun kapanmış, sayılan mahsurlarda önlenmiş olacaktır.

2 nci sorun : Bidayet Mahkemesinin verdiği ikinci kararında 7 günlük temyiz süresi geçirilebilir. Şayet süre geçirilmiş mahkeme bu konuda bir karar vermeden dosyayı Yargıtay'a göndermişse bu sürede temyizle ilgili olduğu için yine aynı şekilde Yargıtay dosyayı geri çevirecek bu fasit daire içinde yukarıda belirtilen mahsurlar devam edip gidecektir.

3 ncü sorun : Yargıtay kararın temyiz kabiliyeti yoktur. Bu konuda mahalli mahkemece bir karar verilmesi gerekir görüşü ile dosyayı geri çevirdiğinde bidayet mahkemesi karar temyizi kabildir diye aksi doğrultuda bir karar verirse durum ne olacaktır? Öncelikle bu karar temyizi kabil midir değil midir? Temyizi kabilse direnme niteliğinde bir karar mı sayılacaktır? Tem-

yüz mercii neresi olacaktır? Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 432. maddesi temyiz isteminin reddine ilişkin kararların ilgililere tebliğ edileceğın ve 7 gün içinde bu kararın temyiz olunabileceğini düzenlemiştir. Bidayet Mahkemesinin Yargıtay'ın görüşüne aykırı olarak temyizi kabildir şeklinde verdiği karar temyiz isteminin reddi olmadığına göre ne yapılacaktır? Yasa koyucu böyle bir ihtimalı düşünmediği için bu konuya bir açıklık getirmemiştir.

4 nci sorun : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434 üncü maddesiyle harca tabi işlerde harcın yatırıldığı tarihte temyiz edilmiş sayılır hükmü getirilmiştir. Diyelimki harcı tabi bir davada temyiz harcı alınmadan karar temyiz edildi ve dosya bu halıyla Yargıtay'ın ilgili dairesine gönderildi, Özel daire temyiz harcı yatırılmadığı için sürenin geçirildiğini saptadı çoğunluk görüşüne göre bu dosyayı da bidayet mahkemesine geri çevirecektir. Çünkü buda neticeden temyiz süresine ilişkin bulunmaktadır. Bu hal ise Bidayet Mahkemesinin ve Yargıtay'ın işini azaltacağına bilakis çoğaltacak ve işleri sürüncemede bırakacaktır. Bu gibi durumlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434/3. maddenin uygulama olanağı da yoktur. Zira bu maddede eksik harcın tamamlanması ile ilgili olup hiç ödememesi halinde uygulanamaz.

5 nci sorun : Temyiz süresi geçen dilekçe ile birlikte icranın durdurulması da istenebilir. İcranın durdurulmasına yasa gereği Yargıtay'ın ilgili dairesi karar verecek süre yönünden temyiz talebinin reddine ise çoğunluk görüşüne göre bidayet mahkemesi karar verecektir. Bunun hangisi öncelik taşıyacaktır? Bu gibi hallerde nasıl bir yol takip edilecektir? belli değildir.

6 ncı sorun : Süresi geçen temyiz dileçesinde eski hale getirme talebinde de bulunulmuş bildirilen özür sebebiyle sürenin geçirildiği ileri sürülmüş olabilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 169 ncu maddesi uyarınca eski hale getirme isteği konusunda Yargıtay karar verecek çoğunluk görüşüne göre süre yönünden temyiz isteminin reddine ise Bidayet Mahkemesi karar verecektir. Tabiatı ile eski hale getirme incelemesi öncelik taşıyacaktır. Zira talep kabul edilirse dilekçe süresinde verilmiş sayılacak ve esasın incelenmesi yapılacaktır. Eski hale getirme isteği reddedilirse temyiz istemi konusunda karar verilmek üze-

re dosya Mahalline geri çevrilecektir. Bu işlemler tabiatıyla zaman kaybına ve masrafa sebebiyet verecektir.

Görülüyor ki yetkiyi mutlak olarak bidayet mahkemesine tanımak hem yasanın amacına ters düşmekte hemde bir takım sorunları birlikte getirmektedir.

Olayı 766 sayılı tapulama Yasasının 66. maddesine benzetmek mümkün değildir. Tapulama davaları harçtan muaf olduğu için temyiz harcı da bahse konu değildir. 66. madde temyizi, karar düzeltmeyi ve bunlardan feragatı bir tasfiye kanunu olma amacına yönelik olarak birlikte düzenlemiştir. Kanun koyucunun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 432. maddesi ile Tapulama Yasasının 66. maddesine paralel bir hüküm getirmek istediği söylenemez.

Bir yasa maddesi yorumlanırken gerekçeyi ve meclis tutanaklarını göz önünde tutmak zorunluluğu vardır. Ancak kanun koyucunun amacı böylece anlaşılabilir. Millî Güvenlik Konseyinde kabul edilen 2494 sayılı Yasanın elimizde tutanakları yoktur. Geriye Konseye sunulan Yasa gerekçesi kalmaktadır. Bunun esas alınması icap edecektir. Konseye sunulan Adalet Komisyonu Raporunun 432. maddeye ilişkin gerekçesinde Yargıtay'ın da bu konuları inceleyebileceğinin tabii olduğu bu nedenle maddeye bir açıklık getirmeye gerek duyulmadığı ifade edilmiştir. Millî Güvenlik Konseyi bu gerekçenin ışığı altında maddeyi şimdiki hali ile kabul etmiştir. Bu gerekçe ileri sürülmeseydi büyük bir ihtimalle Yargıtay'ın da bu konuda yetkili olacağı konusunda bir açıklık getirilecekti.

Yukarıdan beri açıklanan nedenlerle temyiz süresinin geçirilmesi veya temyizi kabül olmayan bir kararın temyiz edilmiş olması halinde bu konularda bir karar verilmeden dosya Yargıtay'a gelmişse Yargıtay'ın da bu hususlara ilişkin karar verebileceği görüşünde olduğumuzdan İçtihadı Birleştirme Kararındaki sayın çoğunluğun görüşlerine katılmıyoruz.

Celal Erdoğan
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi
Üyesi

Muammer Elçin
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi
Üyesi

KARŞI OY YAZISI

1 — Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4-5 maddesi, işlerin hızlandırılması, bir an önce sonuçlandırılması, Yargıtay'ın yükünün hafifletilmesi amaçlarıyla kabul edilmiştir. 432/4. madde ile, kararı veren mahkeme, temyiz, kanunî süre geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olursa, temyiz isteminin reddine karar verme ve bu kararını ilgiliye tebliğ etmekle yükümlendirilmiştir.

Bu nedenle, kararı veren mahkemenin, bu görevini yerine getirmesi zorunludur. Bu fıkra çevresinde karar vermeden ve işlem yapmadan dosyayı Yargıtay'a göndermesi, yasaya aykırıdır. Cezai ve inzibati takibati gerektirir. Diyelim ki, 432/4. çevresinde verilecek karardaki isabet, kaza hakkının kullanılmasına ilişkin olup, disiplin cezasına konu olmayabilirse de, yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle hakkı kazadan imtina anlamındaki bir davranışın, cezai ve disipliner tabikat konusu olabileceğinde, kuşku yoktur. Bu sebeple, yerel mahkemeler, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun m : 432/4. çevresinde karar vermeli ve işler yapmalıdırlar.

2 — Ancak, her nasılsa, dosya, bu yolda bir karar verilmeden ve işlem yapılmadan Yargıtay'a gönderilirse, Yargıtay'da, ne gibi bir karar verileceği diğer bir anlatımla, dosyanın kararı veren mahkemeye geri çevrilmesine mi, yoksa doğrudan temyiz isteminin reddine mi karar verilmesi gerektiği, işbu içtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.

Burada, bir ayırım yapmak lazımdır. Şayet, işin niteliği ve dosyanın durumuna göre, kanunî sürenin geçip geçmediği veya temyizi kabil olup olmadığı, açık ve seçik olarak anlaşılabilecek durumda değilse, hadise şeklinde bir araştırma ve incelemeyi gerektiriyorsa, Yargıtay'ın bu tür dosyaları, kararı veren mahkemeye geri çevirmesi zorunludur.

Bu gibi hallerde, Yargıtay istemin reddine karar veremez. 2494 sayılı Kanunla değişik m : 432/4 ve 2797 sayılı Kanunun m : 40/3, 4 hükümlerinin tam olarak ve isabetle uygulanması, bunu gerektirir ve bu yolda bir işlem yapmanın, ilgiliye hukuksal güvenlik sağlama açısından taşıdığı değerde ortadadır.

Şayet, gelen dosyadan, kanuni sürenin geçtiği, yada kararın temyizinin kabil olmadığı hadise şeklinde bir araştırma ve inceleme gereksizdir. Açık ve seçik olarak anlaşılabilir durumda bulunursa, Yargıtay Özel Dairesi, veya Hukuk Genel Kurulunun, dosyayı kararı veren mahkemeye geri çevirmeyerek doğrudan temyiz isteminin reddine karar vermesi mümkündür ve faydalıdır. Zira, 2494 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe giren, 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 40/3, 4, 5. maddesinde, Özel Dairelere ve Hukuk Genel Kuruluna gelen dosyaların «...temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı...» yönlerinden ön incelemeye tâbi tutulacağı ve bu inceleme sırasında «...temyiz kabiliyetinin bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olmadığı...» saptanan dosyaların, öncelikle incelenip karara bağlanacağı...» yazılıdır. Gelen dosyanın durumuna göre, temyiz kabiliyetinin bulunmadığı veya temyiz isteminin süresi içinde olmadığı, hadise şeklinde bir araştırma ve inceleme gereksizdir. Açık ve seçik olarak anlaşılabilir durumlarda, 2797 sayılı Kanunun m. 40/4 uyarınca, anılan yönlerin «saptandığı» meydandadır. Böyle hallerde, Yargıtay Özel Dairesi ve Hukuk Genel Kurulunun, temyiz isteminin reddine karar vermesi, hem yasanın bu hükümlerinin uygulanması anlamını taşıyacak, hem de işlerin çabuklaştırılması, Yargıtay'ın yükünün hafifletilmesi şeklinde belirlenebilen her iki Kanunun genel amaçlarına uygun düşecek, hem de 2494 ve 2797 sayılı Yasaların bu konudaki hükümlerinin bağdaştırılması ve birbirini tamamlar nitelikte yorumlanması anlamını taşıyacaktır.

Bunun tersini, yani temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olduğu, gelen dosyadaki duruma ve ön inceleme sonucuna göre açık ve seçik olarak belli olmasına rağmen, Yargıtay'ın istemin reddine karar vermeyerek, dosyayı kararı veren mahkemeye geri çevirdiğini düşünecek olursak, yerel mahkemenin hadise şeklinde yapacağı hiçbir inceleme bulunmadığı için, hiçbir şey yapmadan istemin reddine karar verecek, bu kararı ilgiliye tebliğ edecek, belki bu arada dosya Yargıtay'a gidip geldiğinden, Yargıtay'a gönderme için yatırılan parayı kullanma olanağı da kalmayacağından ötürü, red kararını tebliğde müşkülâta uğrayacak,

böyle bir kararın temyizinde, sonuç olarak pratik bir fayda bulunmadığı halde, işi uzatmak isteyebilecek ilgili, 432/5. maddedeki yetkisini kullanarak, bu nitelikteki bir red kararını da temyiz edebilecek ve böyle bir uygulama, hakkın kötüye kullanılmasına olanak verdiği kadar, işlerin hızlandırılması ve Yargıtay'ın yükünün hafifletilmesi amaçlarına da ters düşecektir.

Öte yandan, yukarıda (1) numarada belirtilen şekilde, kararı veren mahkemelerin, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 432/4. maddesine tam olarak uyma zorunlulukları, kanuni süresi geçtikten sonra yapılan veya temyizi kabil olmayan kararlara ilişkin olan temyiz istemlerini içeren bütün dosyaların Yargıtay'a gönderilmesini de engelleyecektir ve İctihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan türden uygulamalar önleneyecektir.

Sayın çoğunluğun yukarıda açıklanan ayırımı gözetmeyen kararına bu nedenle karşıyım.

İlhan Teoman Ozanoğlu
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

I — Çoğunluk görüşü, her şeyden önce içtihadı birleştirmeye konu yapılan yasal metnin yorumu gerektirmeyecek oranda açık olduğu savı üzerine temellendirilmiştir. Bilindiği üzere bu sav, çağdaş yorum anlayışının geçen yüzyıldan beri reddettiği «*in claris non fit interpretation* : açıklık durumunda yorum yapılmaz» kuralına dayanmaktadır. Oysa bir metnin açık olduğu yargısı, her zaman öznel (sübjektif) ve göreceli kalmaya mahkumdur (Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1975, s. 59-60; Bellavista *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1975, s. 18-21; Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909, s. 63-67). Kimileyin ilk bakışta çok yalın görünen bir yasa metninin, olayımızda olduğu gibi çok karmaşık ve hukuk dalının özyapısıyla ilgili bulunması olasıdır. Nitekim, açık olduğu ileri sürülen maddenin içtihadı birleştirmeye konu yapılması, bunun çarpıcı bir örneğidir ve bu örnekle çoğunluk görüşünün dayanağı, eylemli olarak doğrulanmamıştır. Esasen, yorum etkinliği, yargıcılara tanınmış bir ayrıcalık değil, yorumun tanımına uygun kurallar içinde kullanılması zorunlu bir kamu yetkisidir.

II — Kapsayıcı ve kavrayıcı tanımıyla yorum, dengeli, duyarlı ve sistematik bir bütün olan hukuk düzeni içinde yer alan ve norm (hüküm) denilen en küçük hukuk biriminin, bu sistem içinde sürtüşmelere, kayıplara yol açmayacak; sisteme ve gerçekleştirmek istediği amaca hizmet ederek ve yabancılaşmıyacak biçimde anlamlandırılmasıdır. Sağlıklı bir yorum yapabilmek için, klasik ve sembolik mantık kuralları, tüm hukuk dallarında geçerli ortak yorum kuralları ile yorumlanacak metnin içinde yer aldığı hukuk dalına özgü yorum kurallarına uyulmak gerekir.

A. Çoğunluk görüşü, dilsel mantık (exégèse) kuralları arasında, yalnızca benzetme (örnekseme, analogie, argumentum a pari) ve tasımlama (kıyas, syllogisme) yöntemlerine başvurmakta ve tümünü kıyas başlığı altında irdeleyerek şu sonuca ulaşmaktadır: İlk mahkemelere verilen öneleme inceleme yetkisi, kamu düzenine ilişkin bir görev olduğundan, genişletilerek Yargıtay'a aktarılamaz. Her şeyden önce çıkış noktasını oluşturan ve sonuca yansıyan bu optik yanılgıyla öneleme inceleme yetkisinin, madde açısından yetkiye (görev : *ratione materiale*) benzetilmesi tutarlı olmamıştır. Çünkü, mantıkta kesin (mutlak) değil, görevli (nisbi) gerçeği yansıttığı için pek az başvurulan benzetme yönteminin doğru sonuç verebilmesi, benzetmeye tâbi kılınan öğelerin benzerlik testine olumlu yanıt vermelerine bağlıdır. Ne var ki öneleme inceleme yetkisinin görev olduğunu ileri süren bir görüşe bugüne değin rastlanılmamıştır. Kanıtlanmayan bir benzetmenin kanıtlanmış gibi gösterilerek düşünceye temel yapılması ise, mantığın reddettiği bir tür savı kanıtsama (*pétition de principe*), yöntemidir. Görev kuralının katılığını yitirdiği (Vincent, *procédure civile*, Paris, 974, s. 10-12) günümüzde ise, bu yöntemin kullanılması, yerinde olamamak gerekir.

B. Yukarıdaki tanıma uygun yoruma varabilmek için uyulması gereken ikinci kural, tüm hukuk dallarında geçerli yöntemlere ve araçlara başvurmaktır.

a) Bu konuda Türk hukuku, ereksel (teleolojik) yorumu yeğlemiş ve madde metninin amacını saptamaya yönelmiştir. Hiç kuşkusuz böyle bir yorumda kullanılacak ilk araç ve çıkış noktası yasal metindir. Ancak, metne; yargıcı, yasanın yalnızca sözcücü (*vox legis*) durumuna indirgeyen ve hukukta kilitlen-

melere yol açan pozitivist bir yasa adamı (homo legalicus) olarak değil, hükmün iç ve derin anlamını bulmaya çalışan bir hukuk adamı (homo iuridicus) olarak yaklaşmak zorunludur. Çoğunluk görüşü, metinden yola çıkmakla birlikte, onu sistem içinde değil, sistemi birkaç maddeye indirgeyen küçük bir kesit içinde ele almaktadır. Oysa incelenen metin, küçük çapta bir yasada (lege, loi, ley) değil, gerisinde yüzyılların birikimini gizleyen ve bu birikimden süzülüp gelen yön verici (müdür) ve ilişilemez ilkelere yaslanan bir temel yasada (mecelle, code, codice, codigo) yer almaktadır.

b) Yorumda kullanılacak ikinci araç elbette, yasa koyucunun çalışmaları ve gerekçesinde yansıttığı amaçtır. Ancak, ereksel yorumda, yasa koyucunun öznel iradesi (voluntas legislatoris) ve yasanın çıkmasına yol açan neden (occasio legis), yasanın amacını belirlemede basat ve tek ölçüt değildir. Çünkü, yasa kalıcı, yasa koyucu ölümlüdür. Dünyanın iradesiyle bugünü yorumlamak, toplumsal değişim yasasını yadsımak ve adalet bunalımını göze almak demektir. Dahası, yasa koyucu, yasayı düzenlerken, tüm olasılıkları perspektifinde gözetemez. Monokrasi-nin tersine günümüzde yasalar tek kişinin (monokratın) değil, çoğu kez sözcüklere başka anlamlar veren ve karşılıklı ödümlerle uzlaşan kişilerden oluşmuş komisyon, kurul ve meclislerden geçerek yasallaşırlar. Böyle bir ortamda, bu kurullardan hangisinin yasa koyucunun gerçek iradesini yansıttığını saptamaya çalışmak boş ve metafizik bir çaba olacaktır. O nedenle, salt yasa koyucunun iradesiyle yapılacak bir yorum ereksel değil, genetik (oluşumsal) bir yorumdur. Nitekim bu düşünceler, kuramsal boyutlarda kalmamış, İtalyan Yargıtayı Hukuk Büyük Kurulu 21/5/1973 Türk Yargıtayı İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Genel Kurulu 8/12/1982 tarihlerinde, yasa koyucunun iradesinin kesin bağlayıcılığını reddetmişlerdir. (Antolisei, 61-63; Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, 1971, s. 33 vd; Bettiol, Diritto penale 1978, s. 125-128; Manzini Trattato di diritto penale italiano 1921, n. 134, 140; Pannain, Manuale di diritto penale, Torino, 1950, s. 95; Nuvolone, Il sistema del diritto penale, Padova, 1975, s. 112; Merle-Vitu, Traité du droit criminel I, 1973, s. 211; Rodriguez Devesa,

Derecho penal español, Madrid, 1981, s. 183). Bununla birlikte, ereksel yorumda yasa koyucunun iradesi ve gerekçe elbette ışıktutucu bir güce sahiptir. O nedenle, önce yasanın değil, yasa koyucunun iradesinin ve amacının saptamaya çalışılması; daha sonra da yasanın kabul amacıyla çalıştığından söz edilerek metnin gerekçesinin bütünüyle reddedilmesi, bir iç çelişkiyi yansıtmaktan öte, bir yorum aracına tümünden göz ardı etmek demektir. Kaldı ki, Yargıtayın öneleme inceleme yetkisinin doğallığından söz eden gerekçe, sistemle çatışmak şöyle dursun, onu doğrulayan ve destekleyen bir öğedir; feda edilemez. O yüzden, hem gerekçeyi bütünüyle bir yana iten çoğunluk görüşü, hem de yalnızca bu gerekçeye dayanan üyelerin görüşü yorumbilime (hermeneutica) uymamaktadır.

c) Yorum araçlarından bir başkası da, normun, sistematigiyle yürürlükte bulunan yasadaki yeridir. Çünkü, bir temel yasa (code), rastgele ve dağınık normlar (maddeler) yığını olmayıp, neden - sonuç ilişkileriyle birbirine bağlı normlardan oluşan dengeli ve duyarlı bir sistemdir. İncelenen metni, bu bütünden ayırarak irdelemek; yorumlamak değil, soyutlamak demektir.

Medeni Yargılama Yasasının yalnızca inceleme konusu 432/4-5 ve 434. maddeleri gözetilerek yapılacak bir yorum, her iki maddeyi sistemden soyutlayacağından, yasanın amacına ters düşen uygulamalara yol açacaktır. Bu açmazdan kurtulmanın tek yolu, yasal metin, gerekçe, metnin yasalaşma nedeni ve yasanın sistematigi içindeki yeri gözetilerek, yasacının değil, yasanın iradesi (voluntas legis) ile ereği (telos) ve temel mantığı (ratio legis) saptanılarak sağlıklı bir ereksel (teleolojik) yorumdur. Bu araçlardan yalnızca birine başvurmak, gerçeğin ancak bir parçasını yansıtabilir. Elbette parça, bütünün kendisi değildir. Zira bilimde ve dolayısıyla hukukta, parçalı mantık ve görüş (vision parcellaire) bakış açısını daralttığı (scomotiser) için reddedilmiştir.

Bu temeller üzerine kurulacak bir görüş bizi şu noktalara ulaştıracaktır:

Medeni Yargılama Yasasının 432/4-5. maddesi, Ceza Yargılama Yasasının 315. ve 317. ve İcra İflâs Yasasının 365. maddeleri gibi, bu yasanın «Yargıtay yolu» bölümünde yer almış

tır. Bundan şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: İlkin, bu maddeler, her üç yasada da bulundukları için, yargılama hukukunun ortak kuramı içinde incelenmelidirler. Sistematığın ikinci mesajı, konunun Yargıtayı ilgilendirdiği, öneleme inceleme yetkisinin aslında yargıtaya ait olduğu, gerekçede de belirtildiği üzere, bunun için ayrıca bir düzenlemeye gerek bulunmadığıdır. Zira, bir başvuru koşullara bağlanmışsa, o başvuruyu esastan incelemeye yetkili organ, akılcı ve metodik çalışmanın, zaman ve enerji tasarrufunun gereği olarak, yasada bu konuda bir düzenleme olmasa bile, bir öneleme incelemesi yapmak zorundadır. Bu öneleme inceleme yetkisi temyiz yolunda, elbette bu başvurunun esasını inceleyecek olan Yargıtayıdır. Bu bakımdan, Ceza Yargılama Yasasının 317. maddesinde konunun ayrıca düzenlenmiş olması, açıklayıcı nitelikte olup, Medeni Yargılama Yasasından ayrı bir durum yaratıldığı anlamına gelmez. O yüzden, her üç yasada da, Yargıtayın bir yetkisi alınıp bir başka mercie verilmemiş, exégèse yorum yöntemindeki öncelikle (argumentum a fortiori) kuralının gereği olarak, öncelikle (aslında) Yargıtay'ın olan ve onda kalan bir yetki, kolaylık amacıyla bir de yerel mahkemelere tanınmıştır. Kaldı ki, öneleme incelemesi üzerine yerel mahkeme «temyiz davasının kabul edilmezliğine» karar vermişse, Yargıtay, bu kararın doğru olup olmadığını denetlerken, aynı maddenin son fıkrasına göre, esasen yerel mahkemenin araştırdığı süre veya temyiz yeteneği koşullarının varlığını inceleyecek, yani aynı işi zaten yapacaktır. Bu da öneleme incelemesinin bir düzenlemeyi gerektirmeyecek ölçüde Yargıtaya ait olduğunun bir başka kanıtıdır.

Öte yandan, Medeni Yargılama Yasasının 432/4. maddesi, yargılama normlarına uymamanın kabul edilmezlik (inammissibilita, irrecevabilité istemin reddi) yaptırımını iki nedene dayanarak düzenlemektedir. Eğer kabul edilmezlik kararı, sürenin geçmesi nedeniyle alınması gerekiyorsa, hakdüşümü (preclusion, decadenza, forclusion, déchéance)¹ yaptırımı söz konusudur. Kabul edilmezlik kararına dayanak olacak hakdüşümü ise, daha sonraki ve bu arada Yargıtay aşamasında da gözetilebilir türdendir. O nedenle dosyanın Yargıtaya gönderilmesi sonucu değişitmeyecektir. Eğer kabul edilmezlik kararı, «temyiz yeteneği olmayan bir hüküm» nedeniyle alınmak gerekiyor ve ilk mahkeme bu maddeyi işletmeyerek bu başvuru işlemi üzerine dos-

yayı Yargıtaya göndermişse, hakdüşümü gibi süreyle ilgili olduğundan tartışılmayacak nitelikteki pozitif olgudan farklı olarak, ilk mahkemenin hükmün temyiz edilebilirliğini benimsediği sonucuna varmak gerekir. Çünkü, yargılama hukukuna göre ortada, o mercice zimnen kabul edilince kabul edilmezlik yaptırımından kendini kurtaran bir durum söz konusudur. Aynı durumu Yargıtay da inceleyeceğinden, artık yerel mahkemede zimnen reddettiği bir yaptırımı uygulaması istenilemez. İkinci nedenin gereği budur.

C — Yorumda uyulması gereken üçüncü kural, 1898'de Scialoja'nın ünlü incelemesinden sonra, Degni, Alfredo Rocco, Romano, Simocelli, Chiovenda ve Bellavista gibi yazarlarca geliştirilen bu düşüncedir: Bir norm yalnızca mantık ve her hukuk dalı için geçerli kurallara göre değil, içinde yer aldığı hukuk dalına özgü kurallara da uyularak yorumlanmalıdır.

Yargılama hukuku, her şeyden önce, hukukta oluş görüşünü (visione processuale) en çarpıcı biçimde yansıtan bir hukuk dalıdır ve yargılama, maddi ya da yasal gerçeğe doğru ilerleyen bir oluş, süreç (process, proceso, processus, procés) ve akıştır. Bundan başka bir yargılama morfolojisi, cezai/ hukuki uyumazlıkta ortaya çıkıp yerine getirmeyle (icra - infaz) biten yatay çizgide uygarlık ilerledikçe, birçok aşmalara ayrılmış ve zenginleşmiştir. Gerekli olmadığı takdirde, en az çabayla doğruyu bulma yasası ve yargılamada (maslahata) uygunluk (adeguatezza) (Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı* olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1981, n. 405-407. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale* 1965, I. s. 3-31; 1968, II, s. 3-14) ilkesi uyarınca bu akış durdurulmamalıdır. En zengin yargılama şeması içinde, ilk mahkemenin normu (md. 432/4-5) uygulaması, elbette yargılamanın kusursuzluğu ilkesinin bir gereğidir. Eğer ilk mahkeme bunu yerine getirmeden dosyayı Yargıtaya göndermişse, sorunu; salt bir normu işletmek amacıyla geri gönderme zorunluluğu açısından değil, uygunluk ilkesine işlerlik kazandıracak bir esneklik içinde değerlendirmek gerekir. Böyle yapıldığı takdirde, M.Y. Yasasının incelenen 432/4-5. maddesinin işlemez duruma getirileceği kaygıları da söz konusu olmayacaktır. Ancak somut durumları göz ardı ederek ve bir ilke olarak geri gönderme zorunluluğu getirilirse, yargılamanın akış niteliğine ve sinematik özyapısına ters düşülmekle kalınmayacak, Anayasa'nın 141. ve Medeni Yargılama Yasasının 77. maddeleri doğrultusunda

da çabukluk ve ucuzluk amaçlarını gerçekleştirmek için benimsemiş bir hüküm, bu amaçlarına aykırı bir biçimde yorumlanmış olacaktır. Gerçekten, somut durumlara göre, Yargıtayın da yapabileceği bir incelemeyi kesinkes ilk mahkemenin yapmasında direnilirse, yorum tanımına aykırı olarak, hem yargılama hukukuna özgü yorum reddedilmiş, yargılama morfolojisine ters düşülmüş ve sistemle sürtüşmelere yol açılmış olacak ve hem de yitirilen zamana yitirilecek yeni bir zaman dilimi, yitirilen gidere yeni giderler eklenerek yavaş ve pahalı bir yargılamaya ulaşılacak; böylelikle de, işleri kolaylaştırmak, çabuklaştırmak ve ucuzlatmak amaçlarıyla benimsenen pratik bir kural, işleri karıştırıcı, yavaşlatıcı ve pahalılaştırıcı bir işlevi üstlenerek, yargılamada kusurları artıracak ve bunun da ötesinde, gerçekleştireceği amaçları kurban eden bir madde kimliğiyle yargılamada yabancılaşmaya öncülük edecektir. Dosyanın öneleme incelemesi yapılmadan Yargıtaya gönderildiği ve geri gönderilmesine gerek duyulmadığı bir durumda, yitirilen zaman parçasını telafi etmenin biricik yolu, artık bu incelemeyi Yargıtayın yapmasıdır. Böyle bir durumda, çoğunluk görüşü doğrultusunda maddenin mutlaka işletilmesi, gerçekleştireceği amacı ortadan kalktığı halde, biçimsel bir buyruğu yerine getirmede direnmek demektir. Bu ise, biçim ile öz (amaç) çatışmasında, biçimi öze üstün tutarak, yorumda kontranoloji (benzetme tersi) kuralına karşı çıkmak demektir. Oysa yapılacak iş, bu kurala göre özü (amacı) biçime üstün tutarak, yorum yapmak, koşullar elverdiğinde yasal metnin uygulanmasından vazgeçmektir.

Bu nedenlerle pozitivist ve bükülmez bir hukuk anlayışıyla dosyanın ilk mahkemeye gönderilmesini zorunlu kılan çoğunluk görüşüne karşıyım.

Sami Selçuk

Yargıtay 6. C. Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Yasa hükümlerinin yorumlanmasında, amaca ilişkin yorumun, biçime ve söze ilişkin yorumdan üstün tutulması gerekir. 2494 sayılı yasa ile HUMK.'nın birçok maddelerinde yapılan düzenlemenin amacı ise, davaların kısa zamanda sonuçlandırılma-

sı, başka bir anlatımla, uyuşmazlıkların bir an önce çözümü ve bu uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme kararlarının en kısa zamanda kesinleşmesidir.

Yargıtay, mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercidir. Bu nedenle, kararların temyizi kabil olup olmadığını veya süresinde temyiz edilip edilmediğini incelemek Yargıtay'ın asli görevidir. HUMK.'nun 432 inci maddesinde 2494 sayılı yasa ile yapılan son değişiklik, denetim mahkemesi olan Yargıtay'ın, söz konusu yetkisini kaldırmış değildir. Nitekim 2494 sayılı yasa ile ilgili Adalet Komisyonu raporunda aynen «temyiz kanunu süre geçtikten sonra yapılması veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olması durumunda, hükmü veren mahkemenin, temyiz isteminin reddine karar vermeden, temyiz incelemesi için dosyayı Yargıtay'a göndermesi halinde, Yargıtay'ın da temyiz isteminin reddine karar vereceği tabii görüldüğünden, (HUMK.'na) bu yolda bir açıklık getirilmesine gerek duyulmamıştır» denilmek suretiyle, Yargıtay'ın da görevli olduğu hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıklanmıştır. Aksi halin kabulü; yani, HUMK.'nun 432 inci maddesinde öngörülen usuli işlemler yapılmaksızın, Yargıtay'a gönderilen dosyaların, Yargıtay'ca anılan maddedeki işlemlerin tamamlanması için gerekli karar verilmek üzere geri çevrilmesi, hem yargılama gideri ile emek ve süre kaybına neden olur ve hem de yasadaki son değişikliğin amacına aykırı düşer. Bu usuli eksiklik için herhangi bir araştırma yapmak gerekmiyorsa, için esasını incelemekle görevli Yargıtay'a, sözü edilen usuli eksiklik bakımından karar vermek yetkisinin tanınması ve kabulü, davaların tezelden sonuçlandırılmasını sağlayacağı gibi, HUMK.'nun değişik 432 inci maddesinin amacına da uygundur.

İşte açıklanan bu nedenlerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Gönen ERİŞ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi
Üyesi

2. Yazılı Olmayan (Yazısız) Kaynaklar

A) Töre (Örf ve Adet) Hukuku):

Töre hukuku, hukukun kaynaklarından birisidir.

Türk M.K.'nın birinci maddesinin birinci cümlesinde :

«Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede, yargıç töreye göre karar verir», denilmektedir. O halde, töre hukuku yargıcın yazılı bir hukuk kuralı bulunmayan hallerde başvuracağı bir hukuk kaynağıdır. M.K. mad. 1/1. ile töre hukukuna kanunun birinci derecede tamamlayıcısı rolü verilmiştir. Bu nedenle, töre hukuku, kanundan sonra, hukukun ikinci kaynağıdır. Başta gelen fonksiyonu da kanunu tamamlamaktır.

Töre hukuku, toplum hayatında doğmuş bulunan ve uzun zamandanberi uygulanması sebebi ile hukuk açısından bağlayıcı sayılan, yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Halkın içinde yaşayan ve hukuki ilişkilere devamlı uygulanan bir kural «genellik» kazanır ve devletin yargı organları tarafından benimsenirse, töre, hukuk kuralı haline gelmiş olur.

Töre hukuku, belli olay ve ilişkilerde toplumun bireyleri tarafından, belli bir biçimdeki davranışın tekrarlanması ile yavaş yavaş oluşur.

(a) Töre Hukuku Kurallının Doğumu İçin Gerekli Koşullar :

Alâde bir âdetin, bir teamülün töre hukuku kuralı olabilmesi için, üç koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar sürekli uygulama, bireylerin sürekli uygulanan bu kurala uymak zorunda olduklarına inanmış olmaları ve hukukilik unsurudur.

aa — Süreklilik :

Töre hukukunun varlığı toplum içinde meydana gelmiş âdetlerin uzun zamandanberi uygulanmış olması koşuluna bağlıdır. Bu davranışın tekrarlanmasının gelenek haline gelmesi için ne kadar bir süre gerektiği sorununa kesin bir cevap verilemez. Bu, devrelere, çevreye, konunun sık veya seyrek ortaya çıkmasına göre değişir. Gelip geçici âdetler, yani belirli bir süre uygulanıp sonradan ortadan kalkmış olan veya hep tekrarlanmayan teamüller, bir töre kuralı haline gelmez; moda buna bir örnektir.

bb — Uyuma Zorunluluğu İnancı ((Opinio Necessitatis):

Töre hukukunun ikinci varlık koşulu, öteden beri uygulanmakta olan âdetin bir hukuk kuralı olduğu ve buna uymanın hukuki bir zorunluluk taşıdığı hakkında genel bir inanç ve bu kanaatin meydana gelmesidir. Burada ilgili kişi ve çevrelerin bu uygulama ile kendilerini bağlı hissetmeleri gerekmektedir.

cc — Hukuki Unsur :

Herhangibir törenin, hukuk kuralı haline gelebilmesi için devlet ve özellikle yargı organları tarafından benimsenmiş olması gerekir. Ancak bu takdirde o töre bir hukuk kuralı niteliğini kazanır; aksi halde herkesin o töreye uyması sağlanamaz.

(b) Töre Hukukunun Önemi :

Töre hukuku, ikinci derecede bir hukuk kaynağı olarak kanun boşluklarının doldurulmasına yarar. Ayrıca töre hukuk kuralları, kanunun örf ve mahalli âdete yollama yaptığı hallerde bu konulardaki hüküm içi boşluğu doldurmaya yararlar. Ancak burada Tatbikat Kanunu madde 43 hükmüne dikkat etmek gerekir.

Tatbikat Kanunu madde 43 uyarınca:

«Medeni Kanuna, Borçlar Kanununa ve bu Tatbikat Kanununa aykırı olan kurallar ile, Mecelle kaldırılmıştır»

denilmekle dolduracak töre hukuk kurallarının anılan kanunlara aykırı olmamaları gerektiği konusuna dikkat çekilmiştir.

Örneğin, mirasta hisselerin oluşturulmasında yargı organı yöresel âdetleri de gözönüne alır. Genellikle mirasta eşyanın, aile evraki ve hatıraların bölüşülmesinde dikkate alınmak üzere bir törenin var olup olmadığını yargıç araştırır. Aynı biçimde, bir bütün halinde işletilmekte olan zirâi malların hangi mirasçıya tahsis edileceği konusunda da töre gözönüne alınır (M.K. mad. 590, 592, 598).

Bütünleyici parça ve eklentilerin belirlenmesinde de töreye yollama yapılmıştır. Bunlara ilave olarak töre hukukunun bazı

kanun hükümlerinin yorumlanmasında yardımcı rol oynayabileceği kabul edilmektedir.

(c) Ülkemizde Örfilere İlişkin Bazı Örnekler :

aa — Ortakçılık :

Anadolu'da cari olan ortakçılık semere veren hayvanlar üzerinde yapılan bir sözleşmedir. İnek, koyun, keçi gibi semere veren bir hayvanın sahibi semere veren hayvanlardan herhangi birini ortakçı adı verilen diğer bir kişiye verir. Bu kişi her yıl, hayvan sahibine belirli bir miktar yağ, süt ve yoğurt gibi ürün vermekle ve hayvan öldüğü takdirde bunun aynısını yerine koymakla yükümlüdür. Buna karşılık hayvanın yavruları ortakçıya ait olur. Böylece, örneğin 10 koyun üzerinde yapılan bir ortakçılık sözleşmesi 10 yıl sürse, bu 10 sene içerisinde koyunlar öldüğü takdirde, ortakçıya verenin, ortakçıdan 10 koyun istemeye hakkı vardır, zira verdiği koyunlardan ve onların yavrularından döş almak yükümlülüğü ortakçıya düşmektedir ve alınan döşler de ona aittir. Böylece ortaklık devam ettiği sürece 10 koyun üzerindeki hak da devam eder.

bb — Yarıcılık :

Yarıcılık da bir sözleşmedir. Yalnız konusu hayvan olmayıp tarıma elverişli topraktır. Tarlasını bizzat ekip biçemeyen tarla sahibi onu bir başkasına, bir yarıcıya bırakır. Yarıcı tarla sahibinin kendisine verdiği tohumla tarlayı sürer, elde ettiğinden, tohumluk ayrıldıktan sonra kalan miktar tarla sahibi ile yarıcı arasında eşit olarak paylaşılır.

Ortakçılık ve yarıcılık sözleşmesinde, taraflar arasında doğan bir anlaşmazlık yargıcın önüne geldiği zaman, yargıç töreye göre karar verecektir.

B) Yardımcı Kaynaklar

Başvurulması zorunlu nitelikte olmamasına karşın, önemi büyük olan ve yargıca anlaşmazlığı çözümlerken yardımcı olan kaynaklar da vardır. Yardımcı kaynaklardan biri «bilimsel görüşler» diğeri ise «yargısal kararlar»dır. Biz burada, yardımcı

kaynakları, yazılı olmayan kaynaklar bahsinde anlatırken bunların sadece fonksiyonları açısından bir sınıflama yaptık, yoksa bu yardımcı kaynaklar gerçekte yazılı birer kaynaktır.

M.K. mad. 1/2'ye göre, yargıç dilerse hükümlerinde ilmi içtihatlardan da yararlanabilecektir. Bunlar, genellikle açık olmayan veya tartışmalı olan hukuki konularda, hukukçular tarafından öne sürülen fikir ve görüşlerdir. Bu görüşlerin yabancı veya Türk hukukçularından kaynaklanması arasında bir fark yoktur.

Mahkeme kararları ise, yargı organlarının (özellikle Yargıtay'ın) belirli bir olayda vermiş olduğu kararın emsâl niteliğini taşıyarak, benzer uyumsuzluklarda da yol gösterici olmasıdır. Bu kararlardan da ancak içtihadı birleştirme kararları b a ğ l a y ı c ı niteliktedir ve bu nedenle içtihadı birleştirme kararları yukarda sahife 27'de (yazılı kaynaklar başlığı) altında yer almıştır.

Bunun dışında yargı organı Yargıtayın kararlarından bir yardımcı araç olarak yararlanabilir; ancak kendisini bağlayıcı bir niteliği yoktur.

III. HUKUKİ MALZEME VE ALETLERİ ARAŞTIRMA KARŞILIĞI OLARAK KAYNAK

Yukarda sahife 21'de değinildiği gibi, bu anlamda kaynaklar, mevzu hukuk kaynakları, yargı organları kararları ve kuramsal kaynaklar olarak üçe ayrılmaktadır:

1. Mevzu Hukuk Kaynakları :

Bunlar da kendi aralarında genel kaynaklar ve medeni hukuka özgü kaynaklar diye ikiye ayrılır.

A. Genel Kaynaklar :

Genel kaynakları da bir resmi ve diğeri özel olmak üzere iki gruba ayırmak mümkündür:

(a) Resmi Kaynaklar :

Resmi makamlar tarafından tertiplenmiş ve bastırılmış olan kaynaklardır. Başlıcaları:

aa — Resmî Gazete :

Başbakanlığa bağlı «Neşriyat ve Müdevvenat Umum Müdürlüğü» tarafından Ankara'da neşrolunan ve içinde kanunlar ve onların yorumları, T.B.M.M. kararları, tüzükler, Bakanlar Kurulu kararları, Kanun niteliğindeki Kararnameler, yönetmelikler, Bakanlık yönetmelikleri, Yargıtay içtihadı birleştirme kararları, Danıştay içtihadı birleştirme kararları, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, İş Uyuşmazlıkları Yüksek Hakem Kurulu kararları, tamimler ve çeşitli diğer konular bulunur.

bb — T.B.M.M. Tutanak Dergisi :

Bizzat Büyük Millet Meclisi tarafından neşredilen ve taşıdığı konular siyasi ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılan bir kaynaktır. Siyasi konulara ilişkin gensorular, önergeler, seçimler, sözlü ve yazılı soru ve cevaplar, milletvekilleri ile ilgili işler, tezkereler vs. yanısıra hukuki konulara ilişkin kanunların yorumu açısından önemli olan belgeler, öneriler, kanun tasarıları, gerekçeler, komisyon kararları, komisyonlarda ilk tasarı üzerinde yapılan değişiklikler, Meclis Genel Kurulunda yapılan müzakereler, kabul olunan nihai biçim olarak sıralanabilir.

cc — Kanunlar Dergisi :

Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılır ve burada kanun ve kararlar, kabul edildikleri tarih ve sıra numaralarına göre yer alır.

dd — Düstur :

Bu kaynak da Resmî Gazete gibi, Başbakanlık Neşriyat ve Müdevvenat Umum Müdürlüğü tarafından yayınlanır ve içinde aşağıdaki konular yer alır :

- (i) kanunlar ve tüzükler
- (ii) devletlerle yapılmış sözleşme ve andlaşmalar ve diğer uluslararası sözleşmeler,
- (iii) inhisarı ve malî yükümlülüğü taşıyan sözleşmeler ve imtiyaznameler ve kanunların yorumuna ilişkin Büyük Millet Meclisi Kararları,

- (iv) genel hizmetlerden birini yerine getirmek amacıyla yapıp Bakanlar Kurulunca onanan sözleşme ve imtiyaznameler,
- (v) tüzüklerin yorumuna ilişkin Danıştay kararları ile içtihadı birleştirmeye ilişkin Yargıtay Genel Kurulu Kararları.

(b) Özel Kavanini :

Bunlar özel teşebbüs tarafından oluşturulan mevzuat koleksiyonlarıdır, örneğin :

aa — T.C. Sicilli Kavanini :

Eski ciltleri bir Meclis yılına göre düzenlemişken 14 üncü ciltten başlayarak her takvim yılı için bir cilt yayımlanmakta ve içerisinde kanunlar, yorum kararları, andlaşmalar, tüzükler, yönetmelikler, içtihadı birleştirme kararları bulunmaktadır. Ayrıca her metnin altında bulunan açıklamalar, anılan metinle ilgili diğer metinlere yollamalar yapmakta ve böylece mevzuat arasında bir uyum sağlanmaktadır.

bb — Kanunlarımız :

Ancak X cilt kadar neşredildikten sonra duran bu kaynaktan, kanunlar ilgili oldukları konuları açısından sistematik bir biçimde toplanmış olup, her cildin sonuna küçük bir fihrist konulmuştur.

cc — Tek Metin Kanunlarımız :

Yürürlükte olan kanunlar ciltli olarak değil, yaprak halinde hazırlanmıştır. Eski metin çıkarılarak yürürlükteki metine ilişkin sayfeler eklenmektedir.

dd — Hukuk Metinleri :

Yürürlükteki kanun metinleri sistematik olarak sıralanıp beş büyük cilt halinde toplanmıştır.

ee — Ayrıca yardımcı metinler ve diğer artıma rehberleri diyebileceğimiz mevzuat kaynakları da bulunmaktadır.

B. Medeni Hukuka Özgü Kaynaklar

Burada Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun notlu, açıklamaları anlaşılmak gerekir.

2. Yargı Organları Kararları :

Yargı organları kararları denince, sadece yargı kararlarının toplu bir halde neşredildiği eserler anlaşılmalıdır. Bunlar arasında Türk İçtihatlar Külliyyatı, Yargıtay Kararları, İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay Hukuk Kısmı Kararları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul ve Daire Kararları, Medeni Hukuk ve Borçlar Kanununa ilişkin Yargıtay Kararları, Tatbikattan Örnekler, Yargıtay Emsal Kararları bulunduğu gibi Yargı Organları Eserleri başlığı altında Medeni Hukukun belli kollarına ilişkin eserler toplanmıştır. Ayrıca bir de Açıklamalı ve Notlu Kanunlar ve İsviçre Federal Mahkeme Kararları da yargıca kanunu aydınlatma açısından yardımcı olduğundan kaynak olarak belirtilmelidir. Bundan başka yargı organının kararlarını yayımlayan dergileri de anmak gerekir. Örneğin, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul Barosu Dergisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Adalet Dergisi, Ankara Barosu Dergisi, İzmir Barosu Dergisi, Mukayeseli İçtihatlar, Son İçtihatlar, Tatbikatta Yargıtay Kararları, Yasa Hukuk Dergisi, Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi gibi.

3. Kuramsal Kaynaklar :

Kuramsal Kaynaklara gelince, bunlar da kendi içerisinde Şerhler (Türkçe eserler ve çeviriler), Sistematik Eserler, Monografiler, Makaleler ve Araştırma Yazıları olarak bir sıralamaya tabi tutulabilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLAŞTIRMA

§ 7. Avrupa'da Özel Hukukun Gelişmesi

Kara Avrupa hukuk çevresine dahil ülkelerden birinin hukukçusu diğer ülkelerin hukuku karşısında fazla yabancılık çekmez. Bütün bu hukuk düzenleri büyük bir aile gibidir. Buna karşılık İngiliz hukuku ve çevresi bütün kara Avrupası hukukçuları için tamamiyle apayrı bir âlemdir. Bugün modern karşılaştırmalı hukuk öğretisinde hukuk sistemlerinin veya hukuk ailelerinin karşılaştırılması yöntemine «makro karşılaştırma» adı verilmektedir. Burada, araştırmanın konusunu, hukuk sistemlerinin doğrudan doğruya kendisi oluşturur. Makro karşılaştırma, hukuk sistemlerinin yapısına, ayırt edici öğelerine, gelişim yönleriyle bunlar arasındaki benzerlik veya ayrılıklara yönelik bir çalışmayı kapsar.

Bu açıdan kara Avrupa hukuk düzenini ele aldığımızda, bu hukuk çevresindeki müşterek öğeler, grup benzerliğinin nedenini oluşturur. Müşterek unsurlar özetle aşağıda belirtilmiştir:

1. Cermen Hukuku :

IV üncü ve V inci asırda oluşan (kavimler göçü) denilen büyük tarihi olay ile beraber, bugünkü Avrupa devletlerinin ilk temelleri atılmıştır. O zamanlar Avrupa'da devlet kuran kavimlerden her birinin kendine özgü bir hukuku, bir (kavim hukuku) vardı. Fakat bütün bu kavimler Cermen kökenli oldukları için, bunların dağınık, bütünleşmemiş hukuklarında müşterek bir öge olarak Cermen hukuku ayırt edilmektedir.

2. Roma Hukukunun Kabulü ve «Müşterek Hukukun» Oluşması :

Cermen kavimlerinin akını karşısında yalnız doğu Roma İmparatorluğu dayanabilmisti. İmparator Justinianus tarafından (523-565) yılları arasında meydana getirilip sonradan «Corpus Juris Civilis» dı verilen eski Roma külliyatı — (Institutiones, Digesta veya Pandectae, Codex ve Novellae), XII inci asırdan itibaren İtalyan Üniversitelerinde ve özellikle Bolonya'da yeniden canlandı. Avrupa'nın çeşitli yörelerinden hukuk öğrenimi için İtalya'ya gelenler, ülkelerine dönerken Roma hukukunu beraberlerinde götürdüler. Bu suretle Roma hukukunun Avrupa'da kabulü, iktibas (Rezeption, réception) başladı. Bu iktisabın kolaylaşmasını sağlayan etkenler şunlardır :

- (a) Kutsal Roma-Cermen imparatorları kendilerini Roma İmparatorlarının halefi sayıyorlardı; bu nedenle duygusal olarak bu yabancı hukuk lehinde cephe alıyorlardı,
- (b) Avrupa'da merkezi devlet örgütü yoktu. Her bölgenin kendine özgü bir hukuku vardı ve bu durum işlemleri güçleştiriyordu.
- (c) Roma hukuku eski medeniyetin yüksek ve önemli bir eseri idi. Birçok hukuki işlemler için gerekli kurallar, belli kalıplar halinde Roma hukukunda mevcuttu.

Bu suretle Roma hukuku, müşterek hukuk (jus commune, droit commun, gemeines Recht) haline gelmiştir. Yalnız şu noktayı hatırdan uzak tutmamak gerekir; bu müşterek hukuk, eski Roma hukuku olmayıp, modernleştirilmiş, zamanın görüş ve gereksinmelerine uyan ve geliştirilmiş bir Roma hukuku idi. Bu gelişme iktibas olayından sonra da devam etti. Üniversitelerin hukuk kuramında ve öğretilde beliren bilim, aynı ölçüde yargısal kararlar, müşterek hukuku daha da modernleştirip geliştirdi (usus modernus Pandectarum). Çeşitli hukuk düzenlerinin gelişmesinde önemli bir rol oynayan müşterek hukuk, bilim ve uygulaması, modern kanunlaştırmalara doğrudan doğruya kaynak olmuştur.

3. Ortaçağ Kaynaklı Ticarî Gelenekler :

Bugünkü ticarî geleneklerin ortaçağ kaynaklı olduğu kesin olarak bilinmektedir. XII'inci asırda İtalya, Fransa ve İspanya'da ticaret kentleri kuruluyor ve bunlar hukuk açısından özerkliğe sahip bulunuyor. Evvelâ yeknesak âdetler yerleşiyor, ülkeler arası ilişkiler, panayırlar nedeniyle de ticaret hukuku ilişkileri oluşup gelişiyor. Örneğin, tâcir kavramı ve ticaret siciline kayıt XIII'üncü asırda İtalya'da meydana gelmiştir. Firma; imza manasına anlaşılmak gerekir, zamanla imza sahibinin, kuruluşun adı oluyor ve ortaklık olduğu belirtiliyor ve hatta sahibi ölse bile firma yaşamaya devam ediyor. Ticaret ortaklıkları, ortaklardan birinin firmasını, yanına (ve ortakları) deyimini koyarak kullanıyorlar. Zamanla başka ortaklıklar görülüyor; bunlardan ilki komandit ortaklık tipidir. Bu deniz ticaretinde uygulanıyor, sonra kollektif ortaklık oluşuyor. Ortaçağdaki bu ticarî gelenek, ticaret kentlerinin hukukî özerkliği nedeniyle her tarafta yerleşiyor ve gelişiyor. Bu geleneklerin kaynağı Roma ve Kilise hukuku ve Corpus juris civilis'te bulunmamaktadır.

4. Kilise Hukuku (Kanonik Hukuk) :

Daha ortaçağın başlarında, hristiyan dini, kanonik hukuku Avrupa'nın her yanına zorla da olsa, sokmuştur. Bu açıdan İslâm'la Hristiyan dini ve hukukunun kabul ettirilmesi arasında fark vardır. İslâm'da cebir ve şiddet yoktur, hoşgörü esası egemendir. Kilise ise, bireyler üzerinde mutlak bir hâkimiyet kurmakta ve bunu hukuk alanına da yansıtmaktadır. İsa'nın emirleri 'değişmez' kabul edilmektedir. Buna «ilâhî an'ane» (traditio divina) denir. İsa'nın sözlerinden başka Havâriyûnun İsa'ya yollama yaparak söyledikleri de böyle kabul ediliyor. Bunlar, İslâm hukukunun «Hadis»ine benzer. İlâhî hukukun yanında katolik kilisesinin doğrudan doğruya hazırladığı dünyevî hukuk da vardır. Bunların kaynakları çeşitlidir. Bu hukuka (Corpus juris Canonici) denilir. 1917 tarihinde Papa tarafından yürürlüğe konan bu hukuk, özellikle, aile hukuku açısından kara Avrupa hukuk düzenlerine etki yapmıştır. Zira en büyük günah, evli olmaksızın birleşmek'tir ve evlilik dışı doğan çocuk da günah sonucu sayılır. Fransız Medenî Kanunu bunu benimsemiş

ve babalığın araştırılmasını yasaklamıştır. İşte kilise hukukunun bu etkisi nedeniyle Avrupa hukuk düzenlerinin bir kısmında evlilik dışı çocuğun durumu tanınmamıştır. Bu vaziyet ancak XIX ve XX inci asırlarda değiştirilebilmiştir. Evlilik biçimleri, evlenme engelleri geniş tutulmuş ve yakın akrabalarla evlenme yasaklanmıştır. Merasim açısından hukukumuzda uygulanmakta olan evlenme töreni de Katolik hukukundan kaynaklanmıştır. Son olarak 1 Şubat 1983 tarihinde Papa, John Paul yeni bir kanunu yürürlüğe koyarak bazı değişiklikler yapmış ve bu alanda reformu gerçekleştirmiştir, Afarozu gerektiren kilise suçlarının sayısı azaltılmış; ancak kürtaj yasağı muhafaza edilmiştir.

5. Tabii Hukuk Akımı :

XVI ncı asırdan itibaren tabii hukuk, Suarez, Grotius, Pufendorf, Thomasius gibi düşünürlerin etkisiyle gelişmiştir. Bindiği üzere, bu düşüncenin temeli, zaman ve mekândan arınmış bir hukukun varlığına dayanmaktadır. Bu sonuca ulaşmak için karşılaştırmalı gözlemlerden yararlanma zorunluğu vardı. Tabii hukuk niteliği evrenseldir, yöresel hukuk yoktur. Birçok ilkelere bütün hukuk oluşmuştur. Bu düşünce tarzının kanunlaştırma hareketi üzerinde yaptığı etki önemli olmuştur. Özellikle, Domat ve Pothier gibi Fransız Medeni Hukuk bilimini hazırlayan tabii hukukçular bu düşünceden yararlanmışlar ve Portalis'de evrensel bir hukukun varlığını ve bütün pozitif hukukun kaynağı olduğunu belirtmiştir; bu nedenle tabii hukuka yolla- ma yapılmaktadır.

6. Kanunlaştırma (Kodifikasyon) Hareketleri :

Bütün bu hareketlerin iki anlamı vardır : kanunlaştırma eylemi ve kanunlaştırma ile oluşturulan eser (kanun - codice, code, Gezetsbuch). Bir bakıma M.Ö. Vinci asırda meydana getirilen XII Levha Kanunu, Hammurabi Kanunları, Corpus Civilis de kodifikasyondur. Fakat, bizim anladığımız anlamda, bütün bir hukuk alanını düzenleyecek biçimde bir kodifikasyon ancak XVIII inci asrın sonunda ve XIX uncu asırda kendini gösterebilmiştir.

Çok geniş olan ve köklü değişiklikler yapan bu kanunlaştırma hareketlerinin çeşitli nedenleri vardır :

bu kanunda sade ve açık bir dil kullanılmış olmakla beraber, hukuki deyimlerde tekdüzenlik sağlanamamıştı. Kanunun özelliği, soyut kurallar yerine, günlük yaşantının önemli olay ve eylemlerinden oluşan tipik sorunlar için somut çözümler ortaya koymasındır. Bu yönetime «meseleci (kazüist) yöntem» denilir.

O zamanın koşullarına göre, bu kanunnamenin ortaya konması büyük bir başarıydı. Kanun o çağın tabii hukuk kuramının kuvvetli damgasını taşımaktadır. Kanunun sıralamasında, tek başına kişilerin hukukundan (mal varlığı hukuku) hareket edilerek gittikçe daha geniş birliklerin hukukuna doğru (aile hukuku, dernekler hukuku, kamu hukuku, devletler hukuku) gidilmekle, Pufendorf'un sistematığı takip edilmiştir.

Bu kanunda hareket noktasını —«genellikle kanunlar»a ilişkin ve «hukukun genel ilkeleri» hakkındaki bir girişten sonra— «genel hükümler» biçiminde nitelendirilmemiş olmakla beraber, içerik itibarıyla XIX uncu ve XX inci yüzyılın bilim ve kanunlarında gelenek olan genel kısma, geniş ölçüde uyan altı bölüm oluşturuşyor. Bölümler şunlardır :

- | | |
|-----------------------|---|
| Birinci Bölüm | : Kişilere ve genellikle onların haklarına ilişkin (45 paragraf) |
| İkinci Bölüm | : Eşyalara ve genellikle onlara ilişkin haklara (141 paragraf) |
| Üçüncü Bölüm | : Eylemlere ve onlardan doğan haklara ilişkin (49 paragraf) |
| Dördüncü Bölüm | : İrade açıklamalarına ilişkin (169 paragraf) |
| Beşinci Bölüm | : Sözleşmelere ilişkin (453 paragraf) |
| Altıncı Bölüm | : Hukuka aykırı eylemlerden doğan haklara ve borçlara ilişkin (138 paragraf). |

2. 1804 Tarihli Fransız Medenî Kanunu (Code Civil Français, Code c.fr.) :

Kanunun hazırlanmasını sağlayan Napoleon olmuştur. Bu nedenle diğer bir adı da «Napoleon Kanunu»dur. 2281 maddelik açık ve seçik bir dille kaleme alınmış olan Kanun, büyük Fransız Devriminin ruhunu yansıtmaktadır. Eşitlik, bireysel özgürlük, özel mülkiyet esaslarına dayanan bireysel ve lâik karakterde bir kanundur.

Kanunun genel çatısı şöyledir :

BAŞLANGIÇ : Genel Olarak Kanunların Yayımlına, Hükümlerine ve Uygulanmasına İlişkin (madde 1-6) .

BİRİNCİ KİTAP : Kişilere İlişkin (madde 7-515). Bu kitapta: Kişilerin hukuki yeteneği, medeni durumu, konutu, yitikliği, evlenme ve boşanması, babalık ve soydanlığı, evlâd edinmesi baba hâkimiyeti, küçüklük, korumanlık ve izinli olma durumları, erginlik ve kısıtlılığı düzenlenmiştir.

İKİNCİ KİTAP : Mallafa ve Mülkiyetin Çeşitli Kayıtlanmalarına İlişkin (mad. 516-710). Bu kitapta: Şeylerin taksimi, mülkiyet, yararlanım, kullanma, oturma ve taşınmaz yükümlenim hakları düzenlenmiştir.

ÜÇÜNCÜ KİTAP : Mal Edinmenin Türli Yollarına İlişkin (madde 711-2281). Bu kitapta: Miras, yaşıyanlar arasında bağışılma ve vasiyet, genel olarak sözleşmeler veya sözleşmesel borçlar, sözleşmeden doğan borçlar, karı koca mal rejimleri ve eşlerin karşılıklı hakları, alım satım, trampa, kira, ortaklık, eğreti ve ödünç, saklatım ve güvenilir kişiye bırakma, kumar ve bahis ve ömür boyunca gelir sözleşmesi, vekillik, kefillik, uzlaşma, borç için hapis, rehin, imtiyaz ve ipotek, zorla satış ve alacaklıların derecesi, zaman aşımı konuları düzenlenmiştir.

Fransız Medeni Kanununun uygulanmasında yargısal kararların ve öğretinin büyük bir rolü olmuştur. Özellikle, geleneksel yöntem diye adlandırılan kanunu yorumda, kanun koyucunun

amacını, iradesini kanunda, kanunun sözünde aramaktan ibaret olduğunu öne süren Şerhçi Okul (Ecole de l'exégese) karşısında; Fransa'da gelişen ve Hukukî Modernizm akımı ve bilim adamı François Gényn'nin görüşü, yani kanunun görünür boşlukları karşısında «serbest bilimsel araştırmanın» (libre recherche scientifique) zorunlu olduğunu ve bu boşlukları doldurmak için soyut kavramlara değil, eşyanın objektif niteliğine bakarak çözümlemenin gereğini savunan görüşü, Fransız medenî kanununun uygulanmasında öğretici ve yargısal kararlara yardımcı olmuştur.

3. 1811 Tarihli Avusturya Genel Kanunnamesi (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) ABGB :

Tabii hukuk öğretisinin büyük etkisi görülen 1502 maddelik bu kanunun önemli yeniliği, bir olaya uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması halinde, tabii hukuk esaslarına başvurularak bir çözüm bulunması kuralını kabul etmiş olmasıydı. Franz von Zeiller tarafından hazırlanan bu kanun beş kitaptan oluşur.

BİRİNCİ KİTAP : Kişiler Hukukudur ve Aile Hukukunu da kapsamaktadır. Katolik kilise hukukundan kaynaklanmıştır.

İKİNCİ KİTAP : Eşya Hukuku'dur. Bu alandaki eşya hukukuna ilişkin hakların sayısının sınırlı olduğunu görüyoruz: elmenlik, mülkiyet, yükümlenim, rehin ve miras hakkı.

ÜÇÜNCÜ KİTAP : Miras'tır. Burada soydan geçen miras ve vasiyet ayırımı yer alır. Bu konu Roma hukuku ile uyum halinde düzenlenmiştir. Kanuni mirasın geçişinde zümre usulü kabul edilmiştir. Devlet mirasçı olmayıp, sahipsiz terekeyi gözeten durumundadır. Vasiyet serbestisi ilkesi esastır. Ancak, altsoy, ana baba, büyük ana, büyük babalar tamamen miras dışı bırakılamıyordu; kardeşlerin dokur

nulmaz payları yoktur; bunlar miras paylarının belirli oranı içerisinde bir alacak hakkına sahiptirler ve mirasçıdan para talep edebilirler.

DÖRDÜNCÜ KİTAP : Borçlar Hukuku'dur. Burada sözleşmeler hukukunun bütün ilkeleri düzenlenmiştir. Giderim sorumluluğu açısından sözleşmesel ve hukuka aykırı eylem sorumluluğu arasında ayırım yapılmamıştır. Tabii hukukun ilkesi «kim kusuru ile zarar verirse, o bu zararı gidermekle yükümlüdür» kuralı yer almıştır. Hakkaniyet kurumu da özellikle sezgin olmayanların sorumluluğu açısından kabul edilmiştir.

BEŞİNCİ KİTAP : Şahsi Haklar ve Ayni Haklar adını taşır. Burada müşterek hükümler yer almıştır; kefilik, rehin ve borcun geçirilmesi, hakların değiştirilmesi yani yenileme, geçirme, devretme ve hakların düşmesi ve zaman aşımını düzenlenmektedir.

4. 1896 Tarihli Alman Medenî Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) BGB :

2385 paragraftan oluşan Alman Medenî Kanununa, Pandekt sistemi egemen olmuştur. Almanya tarafından iktibas edilmiş olan Roma Hukuku, bütün Alman devletlerinde yürürlüğe girince, buna sonraları «müşterek hukuk» adı verildi; bir diğer adı da Pandekt sistemidir. Kanun beşli bir ayırım üzerine kurulmuştur:

BİRİNCİ KİTAP : Genel Hükümler adını taşır. Özel hukukun hemen bütün alanlarında uygulanması mümkün olan genel kurallar kanunun baş tarafında toplanmış olup yedi bölümden oluşmuştur:

- Birinci bölüm** : Kişiler (madde 1-89). Bu bölümde gerçek ve tüzel kişiler düzenlenmiştir.
- İkinci bölüm** : Şeyler (madde 90-103). Bu bölümde genel olarak eşyanın niteliği ve türleri düzenlenmiştir.
- Üçüncü bölüm** : Hukuki işlemler (madde 104-185). Bu bölümde işlem yeterliliği, irade açıklamaları, sözleşme, koşul ve süre saptaması, temsil ve yetki, onam ve onaylama düzenlenmiştir.
- Dördüncü bölüm** : Süreler ve Sınırlar (madde 186-193).
- Beşinci bölüm** : Zamanaşımı (madde 194-225).
- Altıncı bölüm** : Hakların kullanılması, kendini savunma, hakkını bizzat koruma (madde 226-231). Bu bölümde haklı savunma, zorda kalma ve hakkını kendi gücüyle korumak için kuvvet kullanılması düzenlenmiştir.
- Yedinci bölüm** : Teminat gösterilmesi (madde 232-240). Bu bölümde teminata yara-yan şeyler ve bununla ilgili genel hükümler düzenlenmiştir.
- İKİNCİ KİTAP** : Borçlar Hukuku adını taşır ve altısı genel, biri özel olmak üzere yedi bölüme ayrılır :
- Birinci bölüm** : Borçların konusu (madde 241-304).
- İkinci bölüm** : Sözleşmeden doğan borçlar (madde 305-361).
- Üçüncü bölüm** : Borçların sona ermesi (madde 362-397).
- Dördüncü bölüm** : Alacağın geçirilmesi (madde 398-413).

- Beşinci bölüm : Borcun geçirilmesi (madde 414-419).
- Altıncı bölüm : Borcun ve alacaklıların çokluğu (madde 420-432).
- Yedinci bölüm : Özel sözleşme tipleri (madde 433-833)
Alım satım, trampa, bağışlama, kira, hizmet, eser, ortaklık, garanti vs. gibi.
- ÜÇÜNCÜ KİTAP** : Eşya Hukuku adını taşır ve dokuz bölümden oluşur. (mad. 854-1296).
- DÖRDÜNCÜ KİTAP** : Aile Hukuku adını taşır ve üç bölümden oluşur. (madde 1297-1921).
- Birinci bölüm : Medeni evlenme adı altında, nişanlanma, evlenmenin genel sonuçları, evlenmeden doğan mülkiyet hakları, sözleşmeden doğan mülkiyet hakları, boşanma ve dini yükümlülükler yer alır.
- İkinci bölüm : İlişkiler başlığı altında genel hükümler, soydanlık, düzgün soydanlık, düzgün olmayan soydanlık, ana baba ve çocuklar arasında genel olarak hukuki görevler, evlâd edinme yer alır.
- Üçüncü bölüm : Korumanlık başlığı altında küçüklerin korumanlığı yetişkinlerin korumanlığı ve görmenlik (kayyumluk) düzenlenmiştir.
- BESİNCİ KİTAP** : Miras Hukuku adını taşır ve dokuz bölümden oluşur (mad. 1922-2385).

Alman Medeni Kanunu açık olmakla beraber, ilmi bir dille kaleme alınmıştır. Aynı kavram için aynı deyimın kullanılmasına özen gösterilmiştir. Kanunda Gierke'nin deyimıyla, **soyut meselecilik** (kazuistik) niteliği görülmektedir. Cümleler dondurulmuş, her olay için bir çözüm yolu verilme istenmiştir. BGB devrimci bir kanun olmayıp, geleneklere bağlıdır. Taşıdığı çö-

züm yolları yeni değildir; sonuçları deneylerle sağlanmış Roma kökenlidir. İfade ettiği kusursuzluğu, müsterek hukukun kanuna egemen olmasına borçludur. Bireysel ve liberal bir karakter taşımakla beraber, bazı sosyal düşüncelere de yer vermiştir.

5. 1907 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Code Civil Suisse, ZBG - Code c.s.):

Kantonlardan oluşan federal bir devlet olan İsviçre'de kodifikasyon, kantonlar içi bir hareket olarak başlamış ve iki ayrı yol tutulmuştur. Birinci yol yabancı kanunların aynen alınması olmuştur. İkinci yol ise, yerli hukuk köklerine dayanan orijinal kanun yapma yöntemidir. XX inci yüzyılın başında E. Huber tarafından bütün İsviçre'yi kapsayacak tek bir Medeni Kanun yapılmasına geçildi, federal meclis tarafından kabul edildikten sonra da 1912 yılında yürürlüğe girdi.

Kanun, bir başlangıç kısmından sonra Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukuku kitaplarından oluşuyordu. 1881 tarihli eski Borçlar Kanununda gerekli değişiklikler yapılarak aynı tarihte yeni Borçlar Kanunu, Medeni Kanunun beşinci kitabı olarak yürürlüğe kondu.

Beş kitaptan oluşan bu kanun 1926 da ülkemiz tarafından aynen alınmış ve Türk Medeni Kanunu ile Borçlar Kanununa model olmuştur. Ancak İsviçre Borçlar Kanununun, ticaret hukukuna ilişkin hükümleri bize alınmayıp, bu kitabın 19 uncu sahifesinde belirtildiği üzere, bizde ayrı bir Ticaret Kanunu hazırlanmıştır.

İsviçre medeni kanunu, halkın anıyabileceği bir üslup ve açık bir dille yazılmış, geleneklere bağlı, ancak yeni gereksinimlere cevap vermeye elverişli, demokratik bir kanundur. Bu açıdan kanunun hem geleneklere bağlı hem de ilerici olduğu öne sürülmüştür. Kanunda bütün sorunları kapsayacak genel ilkeler veya meselecî hükümler koyma yerine, çeşitli kurumlar ana hatları ile, somut olarak düzenlenmiştir.

§ 9. Deniz Avrupa Hukuk Sistemine Örnek Olarak İngiliz Hukuku

1. İngiliz Sistemi İle Kara Avrupası Özel Hukuk Sistemleri Arasındaki Esaslı Farkın Nedenleri :

Kara Avrupası (berri/kontinental) ve Deniz Avrupası (bahri) ayırımı, İngilizlerin, Manş denizinin Avrupa kıtasından ayır-
dığı dar adayı kendine vatan yapıp, bunun dışında kalan ülke-
leri «dışarda tutma arzularından» kaynaklanmıştır. Bu ayırımın
gelişmesinde, İngiliz halkının düşünce tarzı, karakteri, özel ve
genel yaşantısına ilişkin gelenek ve usulleri, okullarının ve üni-
versitelerinin kuruluşu ve özellikle hukuki açıdan diğer ülkeler-
den kendilerini farklı görme arzusunun devamlılığı, büyük rol
oynamıştır.

A. Roma Hukuku İngiliz Hukukunun Temeli Değildir :

Kara Avrupasında kanunlaştırılmış özel hukuklar için Ro-
ma hukuku müşterek bir kaynaktır. İngiltere'de Roma hukuku
bu etkiyi gösterememiştir. Başlangıçta bu etki mevcuttu. XII inci
asrın ilk yarısında Canterbury Başpiskoposunun sarayında bulun-
muş ve Glossatör'ler okulunda eğitim görmüş olan Magister Vac-
carius İngiltere'de, muhtemelen Oxford'da Roma hukukunu okut-
muştu. Liper Pauperum adlı ders kitabı, adından da anlaşılacağı
üzere, yoksul öğrenciye mahsus Roma hukuku kitabıydı. O zaman-
danberi Roma hukuku öğretimi, XII inci ve XIII üncü asrın
yargısal kararlarında kendisini belli ettiği gibi, İngiliz hukuku-
na ilişkin ilk büyük sistematik eser, Henry of Bracton (Brat-
ton)'un «de legibus et consuetudinibus Angliae» (İngiltere'nin
kanunları ve töreleri) adlı kitabı, bu etkinin en yüksek derecesi-
ni oluşturur. Fakat bundan sonra çok kuvvetli bir karşı koyma
başlıyor. III üncü Henry, 1234'de Londra'da, Roma hukukunun
öğretilmesini yasaklıyor. İki yıl sonra, Merton'da toplanan
Londra asil ve tüccarları somut bir olay nedeniyle, bu yabancı
hukukun aleyhinde cephe alıyor (nolumus angliae leges mutare :
İngiltere kanunlarının değişmesini istemiyoruz). XIII üncü as-
rın sonunda yargı organlarına Roma hukuku öğrenimi görmüş
hukukçular atamaktan vaz geçilerek Roma hukukunu bilmeyen

İngiliz uygulayıcılarından yargıçlar seçiliyor. Önemli olan husus, Londra'daki Hukukçu loncalarının (Inns of Court) ayrı hukuk okulları kurarak, buraya Roma hukukunu hiçbir biçimde sokmamalarıdır. Bu loncalar asırlarca hukukun ulusal yapısını korumuşlardır. Böylece, hukukçuların yetiştirilmesi geniş ölçüde üniversitelerden ve buradaki Romanist hukuk ve Kilise hukuku öğretisinden ayrılmıştır. Roma hukukunun yalnız kurum ve ilkeleri değil, fakat aynı zamanda Roma hukuk düşüncesi de İngiltere'de tutunamamıştır. İngiliz hukuk dilindeki lâtince hukuk terimleri Roma hukukundan alınmamış, bunlar İngiliz hukukunun yarattığı kaynaklar olarak günümüze gelmiştir.

B. İngiliz Hukukunda Kanunlaştırma Hareketi Etkisini Gösterememiştir :

XVIII inci asrın sonundan başlayarak kara Avrupasının çeşitli devletlerinde kuvvetli etkilerini gösteren kanunlaştırma akımı da İngiltere'de kök salamamıştır. İngiliz düşüncü J. Bentham (1748-1832) de bu durumu eleştirmiş ve temsil ettiği faydacılık görüşüne uygun olarak, akıl ve mantığın taleplerine uyan kanunnameler yapılmasını önermiştir. Bu biçimde hazırlanacak bir hukuk düzeniyle «en fazla sayıda kişiye en büyük mutluluğu sağlama» (the greatest happiness for the greatest number) kuralını gerçekleştirmek istiyordu. Ancak bu düşünce İngiltere'de taraftar bulamamıştır. Aksine, İngiltere'de, Savigny'nin kurucusu olduğu tarihi hukuk okulunun görüşleri tutunmuştur. Kara Avrupasında kanunlaştırmaya karşı giriştiği mücadelede başarı kazanamayan Savigny, İngiltere'de çok itibar kazanmıştır.

Bununla beraber Bentham'ın sesi, mevcudu değiştirmek istemiyen İngiliz ruhuna birçok konuda uyarıcı bir etki yaptı ve bir hukuki reform (law reform) devrinin açılmasına neden oldu. XIX uncu asırda kanun koyma yolunun, hukukun oluşuna daha çok müdahale etmesi ve Parlamantonun eski devirlere oranla sık sık (Statute) yapması kısmen Bentham'ın yüzünden gerçekleşmiştir.

Bugünkü kültür dünyasında, İngiliz hukuku, gerçek bir tarihi hukuk temsilcisidir ve belki de bu bakımdan bir benzeri yoktur. İngiliz hukuku «yapma bir hukuk olmayıp, yetişmiş bir hukuktur».

2. İngiliz Hukukunun Öğelerine Bir Bakış :

A) Common Law

Bu hukuk, Norman kırılları zamanında gelişmiştir. Ondan evvelki anglo-sakson devrinde hukuk henüz dağınık, parçalanmış haldeydi. Ancak Norman kırıllarının merkezîyet siyaseti ile beraber, tekşekil, müsterek veya genel İngiliz hukuku yargısal kararlarda beliriyor. İşte bu hukuk «common law»dur. Niteliği açısından bu hukuk İngiltere'nin müsterek hukuku olarak gelişmiştir. Fakat, müsterek hukuk deyimi, Almanya'da muktebes Roma hukuku için kullanıldığından bu hukuku Common law diye kendine özgü adıyla anmak daha uygundur. Bu hukukun kaynağını, ülkenin en eski devirlerinden kalma töre hukuku oluşturur. Gezgin yargıçlar (circuit judges) bunun içinden en uygun kısımları alarak, kararlariyle pekiştirmişlerdir. XIII üncü asrın ikinci yarısında bu hukuk, temelleri açısından meydana gelmiş bulunuyordu. Bunu takip eden dönemlerde, «Courts of Common Law» denilen yargı organlarının kararlarında bu hukuk gelişmiştir.

B) Equity

Ortaçağda İngiliz Common law yargı organlarının kararlarında ve Roma'nın Cumhuriyet çağında «jus civile» hukukçularının uygulamasında görüldüğü gibi, tutucu bir geleneğe bu ölçüde bağlı olan bir hukuki gelişme, statik hale gelmek ve yasantıdaki değişikliklere ayak uyduramamak durumuna düşebilir. Her iki hukuk dalında da bu tehlike görülmektedir. Yardıma gelen yasama kuvveti olmamış, bunun yerine her iki ülkede, başka bir yaratıcı kaynak, kalıplaşmış, donmuş olan gelenek karşısında yeni güçleri geliştirme yeteneğini göstermiştir; bunlar Roma'da praetor, İngiltere'de ise chancellor (şansölye) makamıdır.

Roma'da jus civile, halk hukuku karşısında praetor'un makam hukuku (jus honorarium) adını alan hukuk oluşmuş; İngiltere'de de Common Law'un karşısında, Chancery'nin yargısal kararlarında oluşan ve yalnız orada uygulanan Equity ortaya çıkmıştır; bu kavramı nesafet hukuku biçiminde ifade edebiliriz.

Latince «equitas» kökenli olan Equity, İngiliz hukukunun bağımsız bir kolu olarak asıl gelişmeye neden olmuştur. Equity başlangıçta, Chancelor'un (kralın mühürü has lordu) bahsettiği hukuki koruma biçiminde oluştu. Burada şansölyenin ifa ettiği rol ile Osmanlı İmparatorluğunda padişahın keyfi davranışlarına karşı adeta hukuki bir fren görevini yürüten ve onun ahrette vicdanının bekçisi sayılan Şeyh-ül İslâm'ın yaptığı vazife arasında bir paralellik göze çarpar.

Bununla beraber, chancelor common law'a cephe almış bir kuvvet değildi. Her ikisi de yürürlükteki hukuka bağlıydı. Equity'nin genel kuralı «nesafet hukuku (equity) law'a uyar» biçimindeydi. Praetor'un makam hukuku için de Romalı hukukçu şöyle diyordu: «Bu (hukuk) jus civile'nin canlı sesidir.» Mamafih, bu durum, gerek praetor'un ve gerekse chancelor'un gereksinme ortaya çıkınca, jus civile veya common law ile çelişkiye düşmesine engel olamıyordu. Sonuçta, common law yargı organlarında tatmin olamayan kişi, hakkaniyet ve adalet gereksinmesi için ayrı bir yol olarak Chancelor'a baş vuruyordu.

Kral, common law yargı organlarında aradığı hakkı elde edemiyenlere, haklarını chancery'de aramak üzere bu yargı organına havale ederdi. İlk devirlerde chancery yüksek düzeyde bir rahipti. Taleplere kralın vicdanının muhafızı olarak bir çare aranırdı. Chancelor, bir mahkeme emri (ilâm, writ) çıkarır ve olayın oluş biçimini saptayarak dava konusunda, davalının vicdanlı bir kişiye yakışır şekilde davranmasını talep ederdi. Bu takdire bağlı işlemde, «chancery yargı organları» (courts of chancery) oluştu.

1875 tarihinde kabul edilen Yargı Organları Kuruluşu Kanunu (Judicature Act), Common law-Equity ayrılığını kaldırdı ve bu tarihten sonra Equity, common law'u uygulayan yargı organları tarafından da common law ile birlikte uygulanabilme olanağını buldu.

C) Statute Law

İngiltere'de hukukun yasama yoluyla gelişmesi bu deyimle belirtilir. XIII üncü asırdan başlayarak ve özellikle XIX üncü asırda İngiltere'de kanunlar çıkarılmıştır. Parlamantonun çı-

kardığı Statutes'ler, genel hukuku oluşturmakta, ancak bunlar common law'dan ayrı tutulmaktadır.

D) Case Law (örnek olay hukuku)

Buna, İngiliz hukukunun temeli olarak, yargı organları hukuku, case law (örnek olay hukuku) veya judiciary law (yargıçlar hukuku) da diyebiliriz.

Yargı organları somut olayları veya sorunları (cases) dava içerisinde inceleyip karara bağlarken, hukuku yaratırlar. Yargı organlarının kararı, hukuk kaynağını oluşturur. Hukuk kaynağı olduğu ölçüde, yargı organı kararlarına «precedents, judicial precedents», yargısal emsaller denir ve İngiliz hukuku, esas yapısı itibarıyla precedents'e dayanır. Yargı organları kararlarının gücü, İngiliz hukuk sisteminde çok büyüktür. İngiltere'de yargısal kararların bağlayıcı, ilzam edici kuvvetinden (binding force of decided cases ve binding authority of precedents) söz edilir. Bunun anlamı şudur : her yargı organı kararı sadece kesin hüküm kuvvetini değil, kanun kuvvetini taşır. Bu ilke sayesinde yargısal her karar objektif hukuk kaynağı olur ve bağlayıcı otorite (binding authority) teşkil eder. Authority kelimesi, latince çok anlamlı ve önemli olan auctoritas deyiminden gelir. Yargı organı kararı bir «itibar» taşır ve bu açıdan kendi başına bir otorite olur.

Somut olaylar hakkında verilen kararlarda bağlayıcı emsal oluşturan, bu kararların hukuki ilkesidir, buna «ratio decidendi» denilir. Yargı kararlarının içinde bağlayıcı kuvveti taşıyan yalnız bu ilke olduğu için, yargı organları birbirinin tamamen aynı olan olaylarda onu uygulamakla kalmaz, benzerlik gösteren her olayın bu ilkeye gerçekten tabi olup olmadığını da değerlendirir ve saptar. Ratio decidendi dışında kalan kısma (obiter dictum), yani karara etkili olmayan, karar dışı bölüm denilir. Kararlarda bu bölüm bağlayıcı değildir.

Yargıcın faaliyeti mihaniki olmaktan çok uzaktır. Bağlayıcı hukuk ilkesini kararın sözünden çıkarmak mümkün değildir; bunun için yargıcın gerekçelerini (reasons) yorumlamak gerekir.

Yargı organı kararları (reports) denilen kitapçıklarda toplanır ve uygulamacıya büyük kolaylık sağlar.

§ 10. Türkiye'de Medeni Hukuk Alanında Kanunlaştırma Hareketi

1. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde Kanunlaştırma

A) İslâm Hukukunun Hukuki Yapısı:

Osmanlı imparatorluğunda özel hukuk İslâm dini esaslarına dayanıyordu. İslâm, şer'i dilinde iman, lugatta inkiyad, teslim olma, Allah'ın iradesine teslimiyet gibi manalara gelir. İslâm hukuku, bütün diğer hukuklardan temel ayrılığı olan bir huktur. Madde ve biçimlerinde diğer hukuklarla zorunlu ölçüde geniş temaslarına rağmen, görüşlerinde ve gelişmesinde tam bir özellik taşımaktadır. Onun Roma hukukundan alındığı herhalde öne sürülemez.

İslâm'da din, hukukun da kaynağı olmaktadır. Dini ve hukuki işler, dağılmaksızın ayrılmayacak biçimde birbiri içine sokulmuştur. İslâm hukukçuları, dini, siyasi, ahlâki, iktisadi ve zekât gibi malî konuları hatta görgü kuralları ilişkilerini, dini bir damga ile din çerçevesi içine almış, bunlara aynı dini değer ve takdiri vermiş, hepsini aynı biçimde görmüştür.

B) İslâm Hukuku ve Kaynakları

İslâm hukukuna İslâm ulemasınca fıkıh denir. Fakat fıkıh deyimi Avrupalıların hukuk kelimesine verdikleri anlamdan farklıdır. Fıkıh, arapça bir kelimedir, lugatta anlamak, birşey bilmek demektir; fakat bu alelâde bir bilmek değildir. Şer'i hükümlerini, cüzi meseleleri etrafıca düşünmek ve fikrini söylemek, içtihat, yani delillerden mana çıkarmak, kavramak melekesi ile bilmektir. Bu konuda Mecelle madde 1'de: «İlm'i fıkıh mesâil-i şer'iyye-i bilmektir» hükmü yer almıştı. Böyle bir melekeye malik olan kimseye fâkih, müçtehit denir. Bu cüz'i hükümlerden bahseden ilim, «fıkıh ilmi» dir.

Şer'i, Şariat İslâm'ın kanunu anlamına kullanılır, yani şâri'nin hitabına, sözlerine, emrine ilişkin olan demektir. Şâri sözü İslâm kanununu koyan manasına, Cenabı Hak ve onun tarafından tebliğe memur bulunan demektir. Bu açıdan Hazretî Muhammed de şâridir.

İslâm hukukunda, şer'i sorunlar, çeşitli kategorilere ayrılır: Öteki âleme ilişkin olanlar (ibadat) ve bu dünyaya ilişkin olanlar. Dünyaya ilişkin kategori, nikâh ve aile (münakehat), mal ve borç ilişkileri (muamelat) ve cezalar (ukubat) dan oluşur. Mirasa ilişkin sorunlar da ilm-i feraiz) in konusuna girerdi.

İslâm hukukunun kaynakları dördttür. Yani herhangi bir olayın bu dört kaynaktan birinden geldiği veya ona dayandığı sabit olmadıkça, o kaidenin İslâm hukukuna göre bir hukuk kuralı olarak kabul edilmesi imkânsızdır. Bunlara «edille-i erbaa» adı verilir.

İslâm hukukunun birinci kaynağı Kur'an'dır, burada özellikle evlenme ve miras hukukuna ilişkin kurallar bulunmaktadır.

Kur'an'ın yanında, ikinci olarak, peygamberin sözlerinden ve davranışlarından meydana gelen ve hukuk kuralı sayılan sünnet vardır. Peygamberin kural teşkil eden sözleri (hadis) de burada yer alır.

Üçüncü olarak, peygamberin ölümünden sonraki yıllarda, İslâm bilginlerinin, Kur'an ve Sünnet kurallarını gözönünde tutarak, öne sürdükleri ve «icma-ı ümmet» adı verilen yorum ve fikirleri de birer hukuk kuralı haline gelmiştir.

Dördüncü kaynak «kıyas-ı fukaha», yani hukukçuların rey ve içtiha'dır. Kıyas, hakkında bir kural bulunmayan bir soruna, benzer bir haldeki kuralın uygulanması, örnekseme yapılması anlamına gelir.

C) Kanunlaştırma Hareketleri

İmparatorluğun ilk devirlerinde devletin bütün işleri daha evvel de söylediğimiz gibi, şer'i hükümlere, yani İslâm hukukunun icaplarına uygun yürütülüyordu. Kanunlaştırma hareketlerini dört devre içinde incelemek kabildir.

(a) Birinci Devre (610-1839)

Bu, İslâmiyetin doğuşundan bir kanunlaştırma hareketi sa-

yılan Tanzimat fermanının çıkarılmasına kadar ve Osmanlı İmparatorluğunda XVI'inci asırdan başlayarak, yaklaşık bütün Arap ve diğer müslüman ülkeleri hudutları içerisinde toplayan bir imparatorluğun toprakları üzerinde yürürlükte olan devreyi kapsar. Bu devrede, batılı manada bir kanunlaştırma hareketinden söz edilemez. Kabul edilen önemli kanunnameler idari ve cezai alanlara lişkindi; örneğin :

- aa — 1453 yılını takiben Fatih Sultan Mehmet'in kanunnamesi, 1465 yılında arazinin dereceli olarak kütüğe bağlanması,
- bb — 1540-1550 arasında Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnamesi,
- cc — 1566-1574 arasında II nci Selim'in kanunnamesi,
- dd — 1603-1617 arasında II inci Ahmet'in kanunnamesi,
- ee — 1623-1640 arasında IV üncü Murat'ın kanunnamesi.

Bunların niteliği, modern anlamda bir kanunname olmaktan çok, hukukun bir kısmını blok halinde toplayan derlemeler olmaları; şer'i hükümlerle gereksinmelere cevap verilmeye çalışılması, şer'i hükümlere aykırı olmayan töreleri taşımaması ve istilâ olunan yerler halkına, özellikle aile hukuku ve dinî sahalarda ayrıcalık tanımaları, törelerini serbest bırakmaları ve hoşgörü ile hareket edilmiş olmasıdır.

(b) İkinci Devre (1839-1917)

Bu kısmen teokratik devreyi ifade eder, hukukun bir kısmı modern anlamda kodifiye edilmiş, Tanzimatın ilânını takiben şer'iatın muamelâta ilişkin kısmı Mecelle adı altında kanunlaştırılmıştı. Devre 1917 Hukuku Aile Kararnamesinin ilânına kadar devam eder. Bu devirde modern kodifikasyon hareketi ile tutucu düşünce tarzının çarpıştığına şahit olmaktadır. Az da olsa Avrupai manada kanunlaştırma hareketlerine rastlamaktayız, bunlar :

Kamu hukukuna
ilişkin

- aa — 1858 tarihli Ceza Kararnamesi,
Arazi Kanunnamesi,
- bb — 1880 tarihli Ceza Muhakemeleri
Usulü Kanunu,

Özel hukuka
ilişkin

- cc — 1850 tarihli Ticaret Kanunu,
- dd — 1860 tarihli Ticaret Mahkemeleri
Teşkilât Kanunu,
- ee — 1864 tarihli Deniz Ticaret Kanu-
nu,
- ff — 1881 tarihli Hukuk Usulü Muha-
kemeleri Kanunu,
- gg — 1877 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı
Adliyye.

Söz konusu kanunnamelerin hepsi de iktibas (aktarma) su-
retiyle oluşmuş ve ülkenin ihtiyacı yerine yabancı devletlerin
tazyiki ve hükûmetin 'bir reform yapıyor' düşüncesini kanıtla-
mak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Bizi burada ilgilendiren sa-
dece Mecelle'dir.

Hükûmlerini şeriatten alan ve içinde birçok hukuk ilkesi
bulunmakla beraber, yaşantı ve uygulamada ender rastlanan
olayları bile meseleci yöntemle düzenlemeye çalıştığı için, ge-
reksiz maddeler ve tekrarlarla dolu olan bu kanunname, tam
anlamıyla bir Medenî Kanun niteliğini taşııyordu, yani medenî
hukuk alanına giren konuları tam ve bütün olarak düzenlemi-
yordu. Bu kanunnameyi Ahmet Cevdet Paşa idaresinde bir ko-
misyon müzakerelerden sonra hazırlamıştı; fakat bunlar Fıkıhın
ancak bir kısmını (muamelât) birleştirebilmişlerdi.

1851 maddelik Mecelle, bir başlangıç ve onaltı kitaptan olu-
şuyordu.

Başlangıç (genel ilkeler, İslâm hukukunun tarifine ve esaslı
ilkelere dair) (madde 1-100)

I inci kitap	(satışa ilişkin)	(madde 101-403)
II inci kitap	(kiraya ilişkin)	(madde 404-611)
III üncü kitap	(kefalete ilişkin)	(madde 612-672)
IV üncü kitap	(havaleye ilişkin)	(madde 673-700)
V inci kitap	(rehne ilişkin)	(madde 701-761)
VI inci kitap	(emanete ilişkin)	(madde 762-832)
VII inci kitap	(bağışlamaya ilişkin)	(madde 833-880)
VIII inci kitap	(gasp ve tahribe ilişkin)	(madde 881-940)
IX uncu kitap	(kısıtlılığa, korku ve önalıma ilişkin)	(madde 941-1044)
X uncu kitap	(ortaklıklara ilişkin)	(madde 1045-1448)
XI inci kitap	(vekâlete ilişkin)	(madde 1449-1530)
XII inci kitap	(sulh ve ibraya ilişkin)	(madde 1531-1571)
XIII üncü kitap	(ikrar'a ilişkin)	(madde 1572-1612)
XIV üncü kitap	(davalara ilişkin)	(madde 1613-1675)
XV inci kitap	(delil ve yemine ilişkin)	(madde 1676-1783)
XVI inci kitap	(kazai yetkiye ilişkin)	(madde 1784-1851)

(c) Üçüncü Devre (1917 - 1926) :

Bu devrede önemli sayılan ve dinî nitelikte olan aile hukuku alanında yapılan reform hareketiyle, yani Hukuku Aile Kararnesinin ilanı ve şer'î hükümlerin hakim olduğu İslâm ülkelerinde uygulanmasıyla batılı anlamda kısmen bir kanunlaşma hareketine geçilebilmiştir. Devre Türkiye'nin İsviçre medenî kanununu iktibas ettiği 1926 tarihine kadar devam eder. Bu devreye özgü kodifikasyon hareketlerine Mısır, Suriye, Irak, Lübnan, Ürdün, Libya, Fas ve Tunus gibi ülkelerde şahit olmaktadır.

(d) Dördüncü Devre (1926'dan Zamanımıza Kadar Olan Devre)

Bu devre İsviçre Medenî Kanununun alınması (iktibas) olayı ile başlar ve kanunun yenilenme hazırlığı çalışmalarının sonucu alınmaya kadar devam edecektir.

2. Türkiye'de İsviçre Medenî Kanununun Aynen Kabulü (İktibas) :

Bütün kara Avrupası kanunları içinde İsviçre Medenî Kanununun tercih edilmesi ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe konmasındaki neden, bu kanunun benzerlerine göre daha yeni ve sade, daha sosyal ve halkçı ve daha kolay anlaşılır olmasıdır. İsviçre Medenî Kanununun özel tercih nedenleri arasında şunlar belirtilebilir :

- (a) İsviçre'de okuyan hukukçuların Türkiye'de, yönetimin başına geçmeleri,
- (b) İsviçre medenî kanununun basit ve açık oluşu ve Türkiye'de Fransızca bilenler daha çok olduğu için çevrinin daha kolay ve çabuk yapılmasına olanak bulunuşu,
- (c) Bu kanunda kadın - erkek eşliğine dayanan aile hukukunun güzel düzenlenmiş bulunması,
- (d) İsviçre kanununun yargıca geniş yetkiler tanıyan elastik karakteri

dir. Bu durumdan yararlanacak olan Türk yargıcı, zamanla vereceği yargısal kararlarda bu kanun çerçevesi içinde gerçek Türk medenî hukukunu oluşturacaktır.

3. Medenî Kanunun Sistemi ve İçeriği :

XIX uncu ve XX inci asır kanunnameleri bize çeşitli sistemleri yansıtır. Prusya, Fransa ve Avusturya kanunları çeşitli tarzda oluşmuştur. İsviçre medenî kanunu ise, kendi sistemini, XIX uncu asırdaki Alman özel hukuk biliminin, daha doğrusu, Almanya'da kabul edilmiş olan Roma hukuku, yani (pandekt hukuku) veya müşterek Alman hukuk biliminin yerleşmiş olan taksim tarzından almıştır. Türkiye'nin İsviçre'den aynen aldığı özel hukuk topluluğu beş kısma ayrılır. İsviçre kanununun başındaki, Alman medenî kanundaki gibi, bir «genel hükümler» (Allgemeiner Teil) kısmı yoktur ve kısımların sırası İsviçre kanununda farklıdır. Bu kanunun başında bir genel hükümler yerine kısa bir başlangıç vardır ve ondan sonra sırasıyla kişilerin hukuku —ki bu hukuk, diğer bazı kanunlarda genel hükümler kısmı içinde düzenlenmiştir—, aile hukuku, miras hukuku, aynı haklar (eşya hukuku) gelir. Borçlar hukuku ayrı bir kanunla saptanmışsa da bu kanun Medenî Kanunu tamamlar ve onun beşinci kitabını oluşturur. (B.K. madde 544). Borçlar hukukunun böyle ayrı bir kanunla düzenlenmiş olması sırf dıştan biçim sorunundan ibarettir. Çünkü İsviçre'de borçlar hukuku, medenî kanunun yayımlanmasından hemen otuz seneye yakın bir zaman evvel toplu bir biçimde yazılı hale getirilmişti.

Dış biçim itibariyle Medenî Kanun beş kitaba ve bu kitaplardan her biri bölümlere, bölümler de ayrımlardan oluşur. Fakat baştanbaşa bütün kanunu oluşturan bütünlere madde (Artikel) denilir. Kanunun böyle maddelere taksimi, Fransız mevzuatı tekniğinden alınmıştır. Alman kanunlarında bunlara çoğunlukla (Paragraph, §), İngiltere'de (Sections) denir. İsviçre kanununda her maddenin kapsadığı hükmün 'kenar başlık' denilen küçük başlıklarla kısaca ifade edilmesi, bu kanunun bir özelliğini oluşturur. Bu tarz, kanunun anlaşılmasını ve yorumunu esaslı ölçüde kolaylaştırmaktadır. Şimdi kanuna genel olarak bakalım :

I. Başlangıç

Kanunun başına kısa bir başlangıç koymak konusunda, İsviçre kanununa Fransız Medenî Kanunu örnek olmuştur. Fran-

sız Medenî Kanunu böyle bir başlangıç ile başlar. Aynı sistem Avusturya kanununda da vardır.

İsviçre - Türk Medenî Kanununun başlangıcı, çok genel bazı hükümlerle, özel hukukun kaynakları ve bunun uygulamasına ilişkin ana ilkeleri kapsar.

II. Kanunda özel hukukun düzenlenmesi kişinin hukukıyla başlar. Bu hal ekseri hukuk ve kanun sistemlerinin aynıdır. Örneğin, Gaius'un ve Justinianus'un Institutiones'leri, Fransız ve Avusturya kanunları da böyle başlar. «Kişi» (Person, personne) kelimesi, hukukun teknik bir tâbiridir. Hukukî anlamda kişi, haklara sahip olabilen, diğer bir deyimle medenî haklardan yararlananları belirtir.

Bir özel hukuk sistemi için tabii olan hareket noktası, kimlerin medenî haklara sahip olduğunu, hukukun kimlere hak tanıdığını saptamaktır.

İsviçre - Türk Medenî Kanununda kişinin hukuku iki bölüme ayrılır : gerçek kişiler ve tüzel kişiler.

Medenî Kanunumuz, medenî haklara yetenekli olmakta herkesin eşit olduğu ilkesini kabul etmiştir. Birinci bölüm (M.K. madde 8) şu cümle ile başlamaktadır :

«Her kişi medenî haklardan yararlanır. Böylece, kanun sınırları içinde, haklara ve borçlara yetenekli olmakta herkes eşittir.»

Gerçek kişilere ait olan birinci bölüm, insan sıfatıyla, insanlık varlığı açısından herkes için konu olabilen hükümleri taşımaktadır. Örneğin, erginlik, hısımlık, konut, isim, doğum ve ölüm hakkındaki hükümler gibi. Bunlar her insan için konu olabilen ve uygulanan hükümlerdir. Çünkü erginliğin ne zaman başladığı sorusu herkes için geçerlidir. Her insanın hısımları, bir ismi, bir konutu vardır. Sonra, özellikle her insan doğar ve ölür. Buna bağlı olarak, her insanın konu olabildiği bu olayların kanıtlanması gelir ki bu da kişisel durum kütükleri ile düzenlenir.

Fakat kişiler yalnız insanlardan ibaret ve haklara sahip olanlar yalnız bireyler değildir. Her insan toplumunda devamlı

birçok kuruluşlar vardır ve bunlar da hak sahibidir ve özellikle mal varlığı sahibidirler. Gerçek ve fiziki olmayan bu kişilere 'tüzel kişiler' adı verilmektedir. Kişinin hukuku kitabının ikinci bölümü bunlardan söz eder. Bu kuruluşlar yaşamın her alanında, ekonomide, dinde, bilimde, siyasette ve sanatta çok büyük bir önem taşırlar. Bunların yaşantıları bireylerinkinden uzundur. Bu kuruluşlar bir tek kişinin gösteremeyeceği büyük bir enerjiye, kudret ve kuvvete sahiptirler. Devlet, il ve belediyeler birer tüzel kişidir. Bundan başka, önemli değişiklikler gösteren dernek ve tesislerin de tüzel kişiliğe sahip olduğunu görüyoruz. Bunların da hakları ve borçları vardır. Bunlar örneğin taşınmazlara ve bir anamala sahip olabilirler, borçlu ve alacaklı durumuna girebilirler.

III. Kişiler hukukunu kanunda aile hukuku takip eder. Her insan soydanlık açısından bir aileye bağlıdır ve bu suretle aile hukuku, kişinin hukukunu tamamlamaktadır. Ailevi ilişkiler Fransız ve Avusturya kanunlarında kişinin hukuku kısmında düzenlenmiştir. Halbuki, Alman ve İsviçre kanunları bu ilişkileri kanunun bağımsız bir kitabı içinde düzenlemektedirler.

İsviçre - Türk Medeni Kanununda aile hukuku, diğer kanunlar gibi üç kısma ayrılmıştır :

1. Karı-kocalık hukuku,
2. Hısımlar,
3. Korumanlık.

(1) Karı-koca Hukuku :

Yahut evlilik hukuku, karı kocanın hukuki durumunu saptar. Karı koca, yani dar anlamda aile, insan toplumunun esası, çekirdeğidir. Karı-kocaya ilişkin kısım çok önemli sorunları içermektedir; örneğin :

- (a) **Evlenme :** Bir evlilik nasıl oluşur?
- (b) **Boşanma :** Hangi koşullarla bir evliliğe son verilebilir ve bunun sonuçları nelerdir?
- (c) **Evlenmenin genel hükümleri :** Bu, karı-kocanın hukuki durumlarının evlenme ile ne gibi bir etkiye uğradığını gösterir,

- (d) Evlenmenin hükümlerinde karı-koca mallarının yönetimi çok önemli bir sorundur. Bu, malvarlığı hukukuna girer. Burada evlenmenin, karı-kocanın malvarlığı durumlarına, mal ilişkilerine olan etkisi söz konusudur. Çeşitli ülkelerde ve hatta İsviçrenin değişik kantolarında bunun için ayrı ayrı ilkeler kabul edilmiştir ve İsviçre Medeni Kanunu bu çeşitli ilkeleri, karı-koca mallarının yönetiminde değişik çözüm yolları kabul etmek suretiyle muhafaza etmiştir. Türk Medeni Kanunu bu konuda kaynakça İsviçre'den ayrılmıştır. İsviçre'de, evlenme sözleşmesi, (karı-koca mal rejimi sözleşmesi) ile başka bir yöntem kabul etmedikleri takdirde, karı-koca arasında mal birliği uygulandığı halde (ZGB madde 178); Türkiye'de kanuni sistem, mal ayrılığı sistemidir (M.K. madde 170).

(2) Hısımlık Hukuku :

Toplumsal açıdan çok önemli olan çocuk ilişkileri dahildir. Çocuk ile ana-baba arasındaki ilişki bile yalnız sosyal bir görünümlü olmayıp, köklü bir hukukî düzenlemeye gerek gösteren bir konudur. Aileye dayanan, nüvesi aile olan her toplumda evlilik içi çocuk, evlilik dışı çocuktan ayrılmakta, yani geçerli bir evlilikten doğan çocukla evlilik dışı bir ilişkiden doğan çocuklar arasında ayırım yapılmaktadır. İsviçre-Türk Medeni Kanununun önemli sosyal yeniliklerinden birisi de, evlilik dışı çocukların hukukî durumunu geniş ölçüde düzeltmesidir. Çocuk ilişkisinin de kişisel ve malî olmak üzere iki durumu vardır. Çocuk ilişkilerinden sonra kanun, aileyi, yani geniş anlamda aileyi düzenlemektedir.

(3) Korumanlık :

Evliliğin ve soydanlığın aksine, daha çok yapay bir ilişki, hukukun yaratmış olduğu bir ilişkidir. Kendi işlerini bizzat yürütmeye yeterli olmayan kişileri korumanlık kurumunun himayesine bırakmak çok eski devirlerde doğmuş ve bu gereksinme daha o zaman karşılanmıştır.

IV. Aile hukukundan sonra miras hukuku gelir. Bu hukuk, insanın öldükten sonra malvarlığının durumunu düzenler. Diğer yandan insanın ölümü, miras bırakanın mirasında hak öne sü-

ren kimseler arasında şiddetli uyumsuzluk ve çekişmelere yol açabilir.

Miras hukuku, kendine özgü malvarlığı hukukudur. Bu hukuk yalnız malvarlığının sonucuyla meşgul olur. Bütünü açısından aile malvarlığı hukukudur. Çünkü miras hukuku, geride kalan malları evvelâ ölünün ailesine ait olanlar arasında bölüştürür.

Miras hukukunun temeli, miras bırakanın malvarlığının aynen ve bir bütün halinde mirasçılara geçmesidir.

Kanunda iki türlü miras ayırımı yapılmıştır. Bir tarafta kanuni miras vardır. Kanun burada mirasın kime geçeceğini kendiliğinden saptar ve düzenler. Kanuni mirasçılar, kan hısımları ve sağ kalan eştir. Hısımlar belli bir sıraya göre mirasa konabilirler. Evvelâ, en yakın kan kısımları, bunlar yoksa uzak kan hısımları mirasçı olurlar. Mirasta hak sahibi olan bir kan hısımlı veya karı kocadan biri (eş) yoksa, bu durumda kanuni mirasçı Devlet'tir. Fakat miras, yalnız kanuni mirastan oluşmaz. Bir de miras bırakanın kendi iradesiyle, yani son arzusuna bağlı egemenimlerden, ölüme bağlı egemenimlerle mirasçı atama yöntemi vardır. Ölüme bağlı egemenimler vasiyet ve miras sözleşmesi olmak üzere iki tanedir.

Miras hukukunun ikinci kısmında kanun mirasa bağlı teknik konularla meşgul olur. Örneğin, miras mirasçılara nasıl geçer ve bunlar arasında nasıl paylaşılır, miras bırakanın alacaklıları, alacaklarını mirastan nasıl alırlar, miras bırakanın borçları mirastan ne biçimde karşılanır.

V. Eşya Hukuku: Medeni Kanunun dördüncü kitabını oluşturur. Bu kısım, insanın dünyadaki maddi değerlerden oluşan eşya üzerindeki hâkimiyet ve egemenim ilişkilerini düzenler. Eşya üzerinde bir kimseye tanınan hak sahibi tarafından bütün diğer kimselere karşı öne sürülebilen böyle egemenlik, yani eşya üzerinde kuvvet ve kudret sahibi olma ilişkileri, kanunun eşya hukuku kısmında düzenlenmektedir.

(1) Bu ilişkilerin en önemlisi eşya hukukunun birinci kısmında konu edilen mülkiyettir. M.K. madde 618 mülkiyetin nitelik ve içeriğini şu biçimde belirtmektedir :

«Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun sınırları içinde, dilediği gibi egemenimde bulunma hakkına sahiptir.»

Eşyanın, taşınmaz ve taşınır biçimde ayrılması Medenî Kanunda iki ayrı konu olarak düzenlenmektedir.

Taşınmaz mülkiyeti ile taşınır mülkiyeti arasındaki ayırım teknik olarak, kendini şu noktada gösterir : taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlara ilişkin bütün nesnel (aynî) haklar, tapu kütüğüne kaydolunurlar. Tapu kütüğüne ilişkin hükümler, Medenî Kanunun eşya hukuku kitabının en son bölümüne konulmuştur.

(2) Mülkiyet, nesnel hakların en önemlisi olmakla beraber onun yanında, «Mülkiyetten başka nesnel (aynî) haklar» da vardır. Bir nesne üzerinde malikten başka, üçüncü kişilerin de haklı olduğu zaman mülkiyet bir yükümlülük altına girmiş demektir.

Mülkiyetten başka nesnel hakların önemli bir kısmı, yükümlenim haklarıdır. Yükümlenim hakkı, mülkiyete yüklenmiş bir yükümdür ve maliki yükümlenim hakına sahip olan kimse tarafından kullanılmaya ait bazı egenimlere katlanmaya ve mülkiyete özgü bazı hakların kullanılmasından sakınmaya zorlar. (M.K. madde 703); örneğin geçit hakkı gibi.

Bir yüküm, külfet yükleyen nesnel hakların diğer bir grubunu da rehin hakkı kavramı altında toplamak kabildir. Rehin hakkı sahibi, rehnedilen eşyanın değerini paraya çevirtme yetkisini kullanabilir. Burada rehin hakkı, alacaklı için güvence fonksiyonunu oluşturur.

(3) Eşya hukuku kitabının, üçüncü kesiminde, elmenliğe ilişkin bir bölüm görülür. Elmenlik, mülkiyetin aksine olarak, bir şeyde işlevsel bir egenimdir. (M.K. madde 887). Birşey üzerinde işlevsel egemen olan kimse, o şeyin, nesnenin elmenidir. Kural olarak, malik elmenidir. Elmenliğin kendi başına bir mana ve önemi vardır ve elmenlik, elmenlik davalariyle korunmuştur.

VI. Dördüncü kitaptaki (Eşya hukuku) kurumuyla, Medenî Kanun sona ermektedir. Ancak, bu yukarda sahife 118'de belirttiğimiz gibi, yalnız biçim açısından. Çünkü İsviçre'de Borçlar Kanunu, «Medenî Kanunu tamamlayan Konfederasyon Kanunu» (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs) adını taşımakta ve Medenî Kanunun beşinci kitabını oluşturmaktadır.

Borçlar hukuku, yaşayan kimseler arasındaki malvarlığı hukukunun büyük bir kısmını oluşturur. Diğer kısmını da eşya hukuku oluşturmaktadır. Borçlar hukuku, alacaklılarla borçlular arasındaki hukuki ilişkileri düzenler. Alacaklının talep hakkı ve borçlunun ise ifa yükümlülüğü vardır. Böyle bir ilişkiye «borç ilişkisi» (obligatio) denilir. Her borç ilişkisinde bir alacaklı ile bir borçlu karşı karşıyadır. Alacaklı bir edimin yerine getirilmesini (örneğin, mülkiyetin geçirilmesini, yahut bir işin yapılmasını) borçludan talep etmek hakkına sahiptir, borçlu da bunu yerine getirmekle yükümlüdür. Bir şeyin maliki, veyahut diğer bir nesnel hakkın sahibi, o şey üzerindeki hakkını herkese karşı öne sürebildiği halde; alacaklı hakkını yalnız borçluya karşı öne sürebilir ve borçludan başka bir kimseye karşı istemde bulunamaz.

Borçlar hukuku da Roma hukuku kaynaklıdır ve esasları Alman Pandekt bilimi kuramına dayanır.

Borçlar Kanunu iki kısma ayrılır: bunlar, **Genel hükümler** (yani Borçlar Kanununun Genel Kısmı) ve **Sözleşmelerin çeşitli türleri** (yani Özel kısım) dir.

Borçlar Kanununun genel kısmı, borçların çeşitli ve değişik kısımlarının hepsine etkili **genel hükümleri** taşımaktadır. Bu kısım, örneğin, alım satım, ödünç, kira, bağışlama vs. gibi bütün sözleşmelere uygulanır. Böyle genel bir biçimde yürürlükte olması nedeniyle, işbu genel hükümler kısmı çok soyut nitelikte ilkelere bünyesinde toplamaktadır. Sözleşmenin çeşitli türleri içinde satım, adi kira, ürün kirası, eğreti, bağışlama ve diğer sözleşmelerin ayrı ayrı düzenlendiklerini görüyoruz.

BEŞİNCİ BÖLÜM

KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 11. Hukuk Kurallarının Uygulanması

I. Genel Olarak :

Kanunlar nitelik açısından farklı değerlerde kurallar taşır. Bu kurallardan bazılarını uymak mutlak olarak zorunlu olduğu halde, diğerlerinde bu mecburiyet yoktur. Bu nitelik, kuralların bireye tanıdığı veya tanımadığı 'hareket serbestliği' ile ifade edilir.

II. Hukuk Kurallarının Türleri :

1) Emredici Hukuk Kuralları

Bunlar, mutlaka uyulması zorunlu olan kaidelerdir. Bunlara «amir hükümler» adı da verilir. Bireyler tarafından aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan ve uyulması mutlak olarak zorunlu bulunan bu hukuk kurallarının, uygulanmaması konusunda yapılan hukuki işlemler bir hüküm ifade etmez ve yapılmış olan böyle bir sözleşme de emredici hukuk kuralının uygulanmasına engel olmaz.

Bir kuralın emredici olduğu bazı durumlarda ifadesinden açıkça anlaşılabilir. Örneğin M.K. muzun 89 uncu maddesindeki :

«Evlenmeye, yalnız sezgin olanlar yeteneklidir.
Akıl hastası hiçbir zaman evlenemez.»

kuralı, emredici niteliktedir; çünkü buna uyulma zorunludur. Bireyler kendi aralarında bunun aksini kararlaştıramazlar.

M.K. muzun 93 üncü maddesi,

«Yeniden evlenmek isteyen kimse, eski evliliğinin ölüm veya boşanma, ya da bozma kararı ile ortadan kalkmış olduğunu kanıtlama zorundadır.»

hükümünü taşımaktadır. Bu durumda yeniden evlenmek isteyen kimse, kanunun bu zorunluluk koşulunu yerine getirmeden evlenemez.

Medenî Kanunumuzun evlenme törenini düzenleyen 108 inci maddesi uyarınca, bu törenin resmî bir görevli tarafından yapılması zorunludur. Taraflar bunun aksini kararlaştırıp, geçerli bir evlenme töreni yapamazlar.

M.K. muzun mirasçılık yeteneğinden söz eden hükümlerinden 524 üncü madde,

«Cenin, sağ olarak doğarsa mirasçı olur. Ölü doğan çocuk, mirasçı olamaz»,

kuralı yer almaktadır. Bu da emredici bir hukuk kuralıdır. Yine M.K. muzun 633 üncü maddesi, taşınmaz mülkiyetinin edinilmesi için tapu kütüğüne tescili (yazımı), aynı maddedeki ayıklar dışında koşul olarak aramıştır. Bu açıdan taraflar bunun aksine sözleşme yaparak, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz (yazımsız) edinilebileceğini kararlaştıramazlar; kararlaştırırlarsa böyle bir sözleşme hükümsüz olur.

Emredici hukuk kurallarının 'kamu düzenini ilgilendiren' kurallarla sıkı bir ilişkisi vardır. Kamu düzeni kuralları, uygulanmasında kanunun mutlak yararı bulunan hükümlerdir. Bu mutlak yarar, genel düzenin veya genel ahlâkın gerekli kıldığı bir zorunluluktan kaynaklanır. Bu nedenle, kamu hukukuna ilişkin kurallar, genel olarak, kamu düzenini ilgilendiren kurallardandır. Ancak kamu yararı ve genel ahlâk, değişik nitelik taşıyan kavramlardır, bunlar her devir ve ülkeye göre değişebilir.

Genel olarak, Medeni Kanunun ahlâk ve adaba yollama yaptığı kuralların, yine aile ilişkilerine ait kuralların çoğunun kamu düzenini ilgilendirdiği öne sürülebilir. Buna karşılık bireysel özgürlüğe daha geniş bir alan ve pay bırakan **Borçlar Kanunun-da kamu düzenini ilgilendiren kurallar daha azdır**. Ancak burada bile, devletin kamu yararı düşüncesiyle karışması arttıkça eskiden kamu düzenine girmeyen konular sonradan konulan hükümlerle kamu düzenini ilgilendiren kategoriye girmektedir. Borçlar Kanununun benimsediği esasa göre, sözleşmelerde serbesti ilkesi yürürlüktedir. Sözleşmelerin, örneğin bir kiranın konusunu, kira karşılığını iki taraf serbestçe saptayabilirler. Sözleşmeye bir sakatlık, kanuna aykırı herhangi bir unsur karışmadıkça, tarafların yapmış oldukları kira sözleşmesi, bütün koşullarıyla birlikte geçerlidir. Fakat 18.5.1955 tarih ve 6570 sayılı 'Gayrimenkul Kiralar Hakkında Kanun', getirdiği hükümlerle taraflara tanınmış olan kira karşılığını saptama konusunda sözleşme serbestisini sınırlamıştır. İşte bu kaide, bugün kamu düzenini ilgilendiren bir kuraldır.

Kamu düzeni ve genel adap kavramı, yalnız ülkeden ülkeye değil, aynı ülke içinde devirden devire, hatta bazı olaylarda yıldan yıla değiştiğinden, bu kavramı mutlak olarak tanımlama olanağı yoktur. Ancak, «belli bir ülkede, belli bir zamanda kamunun yararını ve genel ahlâk görüşlerini çok yakından ilgilendiren konular, kamu düzenine ve genel âdaba ilişkindir» denebilir.

Gerek kamu yararı açısından, gerekse birey yararı açısından konulmuş, uyulması zorunlu olan bütün kurallar emredici hukuk kurallarıdır. Bunlardan kamu yararıyla sıkı biçimde bağlı olanlar kamu düzenini ilgilendirir, bağlı olmayanlar ilgilendirmez. Ancak, buna rağmen aksine sözleşme yapılamayacağı için, bunlar yine emredici niteliktedir. Kamu düzenini ilgilendiren her kural, gerçekte emredici bir hukuk kuralıdır; fakat her emredici hukuk kuralının mutlaka kamu düzeniyle ilgili bulunması gerekmez. B.K. muzun Tellâllığa (simsarlık) ilişkin 404 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında; «taşınmaz tellallığı sözleşmesinin yazılı biçimde yapılmadıkça geçerli olmayacağı» hükmü yer almaktadır. Bu hüküm emredici bir hukuk kuralı olduğu ve uyulması zorunlu bulunduğu halde, kamu düzenini ilgilendirmemektedir. Demek ki, emredici hukuk kuralları kavramının çevresi

daha geniş, kamu düzenini ilgilendiren kurallar kavramının çevresi daha dardır.

Kamu düzenini ilgilendiren bir kuralın çiğnenmesi halinde, devlet doğrudan doğruya duruma el koyarak, o kurala uyulmasını sağlar. Örneğin, evlenmeleri kanun tarafından yasaklanmış bulunan yakın akrabalar evlendiği takdirde, bizzat savcı harekete geçerek, temelden bozukluk davası açar ve bu evliliğin bozulmasını yargı organından talep eder (M.K. madde 113/I).

2) Yedek Hukuk Kuralları :

Yedek hukuk kuralları, bireyler tarafından aksi kararlaştırılabilen ve uyulması zorunlu olmayan kaidelerdir. Eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, bu yedek, tamamlayıcı kuralları uygulanır. Bu durumda yedek hukuk kuralı, sözleşmedeki boşluğu doldurucu fonksiyon ifa eder ve bu açıdan bunlara tamamlayıcı hukuk kuralları adı da verilir. Örneğin, B.K. madde 183/I'de, «satılan şeyin yarar ve zararının, satım sözleşmesinin yapıldığı andan başlayarak alıcıya geçeceği» kuralı konmuştur. Burada, satılan şeyin yararı ve zararı demek, o şeyin teslimden önce sağlayacağı yarar veya uğrayacağı zararın hangi tarafa, yani alıcıya mı, yoksa satıcıya mı ait olacağı sorununun saptanması, demektir. Örneğin, satıcı (S), alıcı (A)'ya galerisindeki bir otomobili satıyor; (A) ertesi günü gelip otomobili alacağını söyleyerek henüz onu teslim almıyor. Etrafta çıkan bir yangın nedeniyle, o gece (A)'nın satın aldığı otomobil hasara uğrarsa, bu olayda zarar kime ait olacaktır? B.K. madde 183/I uyarınca bu zarar, alıcıya, yani (A)'ya aittir. (A) bu otomobili henüz eline geçiremediği halde, onun karşılığı olan satış bedelini, (S)'ye ödemek zorunludur. Eğer bu bir emredici hukuk kuralı olsaydı, çok haksız sonuçlar doğacaktı. Ancak kanun burada B.K. madde 183/I'n başında «Durumun gereğinden veya özel koşullardan doğan ayrıklar dışında...» kaydını koymakla, anılan hükmün tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğunu açıkça belirtmiştir.

Yedek hukuk kurallarından bir kısmı da tarafların bir sözleşmede kullandıkları fakat onun ne biçimde anlaşılması gerektiğini kararlaştırmamış oldukları bir hususu veya bir kişinin davranışı veya beyanını, yorumlayıcı fonksiyon ifa ederler

ve bunlara yorumlayıcı hukuk kuralları adı verilir. Örneğin, iki taraf, yaptıkları bir sözleşmede süre olarak gün, hafta veya ay deyimlerini kullanıp, bunların nasıl hesaplanacağını saptamamışlarsa, bunlar B.K. madde 76'dan yararlanılarak hesaplanır. Böylece, yedek hukuk kuralı burada tarafların kararlaştırmadıkları bir konuyu, onların amaçları doğrultusunda yorumlayarak açıklığa kavuşturmuştur.

§ 12. Kanunun Anlam Yönünden Uygulanması ve Yorumu

I. Genel Olarak :

Kanun hükmünün anlam yönünden uygulanması, kanun hükümlerinin mana açısından uygulama alanının saptanması ve yorumu konularıyla ilgilidir.

Medenî Kanunumuzun 1 inci maddesi, uygulama konusunda en başta gelen konunun, «kanunun sözü (lafzı)» olduğunu belirtmektedir. Eğer kanunun sözü açık değilse, o zaman «özüne (ruhuna)» bakılacaktır. Medenî kanun söz konusu soruna gerek sözüyle ve gerek özüyle hiç değinmiyorsa, o zaman o konuda bir gelenek, bir töre hukuku kuralı bulunup bulunmadığı araştırılır. Bu da bulunmuyorsa yargıç, bilimsel öğretiden (doktrin) ve yargısal kararlardan yararlanmak suretiyle, kendisi kanun koyucu olsaydı, o konu için nasıl bir kural koyacak idiyse, ona göre bizzat karar verir.

Töre hukuku açısından kaynakça İsviçreyle bizim kanun metnimiz arasında bir fark vardır. (ZGB)'nin bize alınmamış olan 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında :

«Kanunun geleneklere veya yöresel töreye yollama yaptığı yerlerde, bundan önce yürürlükte bulunan Kanton hukuku uygulanır, meğer ki bunun aksine bir törenin bulunduğu kanıtlanmış bulunsum»

denilmekle İsviçre'de, M.K.'nin yürürlüğünden evvel uygulan-

makta olan Kanton hukukunu, 'hukuki töre' olarak nitelendirmiştir. Buna karşılık, bizim Medenî Kanundan önceki hukukumuz böyle bir töre görevini yapamaz. Çünkü (Tatbikat Kanununun madde 43) açık olarak «Medenî Kanuna ve Borçlar Kanununa ve Tatbikat Kanununa aykırı olan kurallar ile Mecelle'nin kaldırıldığını» belirtmiştir. Daha evvel sahife 88'de işaret ettiğimiz gibi, (Tatbikat Kanunu madde 43) uyarınca, M.K.'da bazı noktalarda boşluk bulunsa bile bunları doldurmak için kaldırılmış olan eski hukukumuzdan töre hukuku olarak yararlanma olanığımız yoktur. Ancak, töre hukukumuzun a y k ı r ı olmayan hükümlerinden yararlanmak kabildir.

Yine ZBG'nin birinci maddesinin son fıkrasında yargıcın «yerleşmiş doktrin ve hukuki gelenek»ten yararlanacağı belirtilmiştir. Bizim M.K. madde 1'de bu ilke «Yargıç, kararlarında bilimsel öğreti ve yargısal kararlardan yararlanır» biçiminde ifade edilmiştir.

M.K. madde 1/I uyarınca : «Kanun, sözüyle veya özüyle de-
ğindiği bütün konularda uygulanır.» Maddede anılan k a n u n,
sadece medenî kanun olmayıp, diğer bütün kanunlar ve her tür-
lü yazılı hukuk kuralını içeren, genel bir deyiimi ifade eder.

Kanunun sözü demek, kurallarının açık ifadesi, açık met-
ni demektir. Eğer burada soruna tamamen uyan açık bir kural
yoksa o zaman kanunun özüne bakılacaktır. Bu durumda o ka-
nun hükmünün yorumu söz konusu olur.

Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını saptamak de-
mekdir.

II. Yorum Yöntemleri

1. Söze Göre Yorum Yöntemi :

Kanun hükümleri yorumlanırken, hükmün ifade tarzına
bağlı kalan, kelimelerin sözlük anlamını, metin içindeki yerle-
rini, cümlelerin kuruluş tarzını esas alan yorum yöntemine veri-
len yöntem biçimidir.

2. Sübjektif Tarihi Yorum Yöntemi :

Kanun koyucunun, kanun hükmünü koyarken güttüğü ama-

cın, onun gerçek iradesinin araştırılmasıyla gerçekleşen yorum yöntemidir. Burada, kanunun yapılmasının tarihçesine, nedenlerine, kanun tasarılarına, millet meclisinin komisyon ve genel kurul görüşme tutanaklarına bakmak suretiyle, bunlardan esinlenerek yapılır.

3. Objektif Tarihi Yorum Yöntemi :

Bu yönteme göre, kanunun yorumu ile, kanun kuralının objektif anlamını bulmak, kanunun akla uygun olarak, doğru bulunan anlamını araştırmak amacı güdülür. Bu nedenle, bu yöntemin, bütün hukuk düzenine egemen olan ve kanunun yorumunda da etkili olması gereken M.K. madde 2/I'de düzenlenen «doğruluk» (dürüstlük) genel ilkesine dayandığı söylenebilir. Değerlendirme bugünün değer yargılarına ve hukuki durum dikkate alınarak yapılır.

4. Serbest Yorum Sistemi :

Yöntemi geliştiren serbest hukuk okulu fikir akımıdır. Bu yöntemde, yorum yapılırken kanun metni ile bağlı kalınmadan, tamamen serbest bir biçimde, adil sayılan bir çözüme varılabileceği kabul edilmekte, hatta bu çözümün kanunun metnine aykırı bile olabileceği ilke olarak benimsenmektedir.

III. Medeni Kanunun Benimsediği Esas

Kanunun bir hükmü değerlendirilirken, hükmün kanundaki yeri ve diğer hükümlerle olan ilişkisi dikkate alınmalıdır. Kanun çeşitli hükümlerden oluşan ve mantıki bir sistem içinde düzenlenmiş parçalardan oluşan bir bütün olduğundan bu ilişkinin gözönünde tutulması gerekir. Kanunun özünün saptanmasında, kanunda benzer durumu düzenleyen başka bir hükümden örnekseme (kıyas) veya öncelik yolu ile de yararlanılabilir. Bundan başka kanun maddelerinin kenar başlıkları ile maddelerin sistematik ayrımından da istifade edilebilir.

Kanunun kenar başlıkları, her maddenin yanında bulunan ve kanunun sistemini ve maddenin özünü göstermeye yarayan ve aranan kanun kuralını bulmakta kolaylık sağlayan, yardımcı

araçlardır. İsviçre'de, öğreti ve uygulamada kenar başlıklarının kanun metnine dahil olduğu kabul edilmekte iken bu konu hukukumuzda tartışmalıdır. T.B.M.M.'nin 1944 tarih ve 1467 sayılı bir yorum kararında bunların kanun metninden sayılamayacakları sonucuna varılmıştır. Ancak bu kararın medeni kanun ve borçlar kanunu alanında kabul edilemeyeceğini öne sürebiliriz. Çünkü M.K. madde 1 uyarınca, kanunun yorumu kanunun metnine ve sözüne göre yapılır; maddelerin kenar başlıkları kanunda yer aldığına göre, bunların kanunun yorumuna yardımcı olabilecekleri, bizzat M.K.'nin bu genel kuralının bir gereğidir. Ayrıca M.K. ve B.K.'nin ayrılmaz bir parçası olan Ticaret Kanununun bir hükmü bu esası açıklamıştır (T.K. madde 1474). Buna karşılık, bu esas Anayasa hukukunda uygulanamaz; Anayasa'nın ilgili maddesi, maddelerin kenar başlıklarının Anayasa metninden sayılamayacağını belirtmiştir (A.Y. madde 176/Son cümle).

Bundan başka Yargıtay'ın 1945'de benimsediği görüşe göre «kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi gözönünde tutmakla beraber yorumlarda, bunların asıllarına da bakmaktan vaz geçemeyiz».

Kanunun hazırlık çalışmaları, gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri de kanunun özünün saptanmasına yardımcı olabilir, ancak dikkat edilmesi gereken nokta, buradan elde edilen sonucun, adil olmasına özen gösterilmesidir. Kanunu yorumlarken, zamanın gereksinmelerine ve korunmasına gereken çıkarlara en uygun biçimde gerçekleştirilmesi esas alınmalıdır.

Belli bir hükmün kanuna konulmasındaki amacın saptanmasıyla, amaca göre en uygun yorumun gerçekleştirilmesi kabilidir.

Nihayet yargıç, kanun hükmünü yorumlarken, bilimsel öğretideki açıklama ve yargısal kararlardan da yararlanacaktır.

§ 13. Hukukta Boşluk Kavramı ve Yargıcın Hukuku Bulması ve Yaratması

I. Hukukta Boşluk

Hukukta boşluk denilince, bir hukukî sorun hakkında ka-

nunun, töre hukukunun veya diğer herhangi bir hukuk kaynağının cevap veremediği durumlar anlaşılır.

Kanunda boşluk deyimi, ortaya çıkan bir sorunun kanunda çözümsüz bırakılmış olması anlamına kullanılır. Kanunda boşluk bulunup bulunmadığı, kanunun yorumu sonunda saptanır.

Kanunda boşluklar çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir :

1) Kanundaki Tam Boşluklar - Kanun Kuralı İçindeki Boşluklar :

Tam boşluklar, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmaması halidir. M.K. madde 1/II uyarınca, yargıç bu boşlukları doldurmakla yükümlüdür.

Kanun kuralı içindeki boşluklarda, belirli bir olay veya sorun hakkında, bir kanun kuralı vardır; ancak bu kural tam değildir, bunun tamamlanması, içindeki boşlukların doldurulması gerekmektedir. M.K. ve B.K.'nın yargıcın değerlendirme (takdir) yetkisine bıraktığı ve yargıcı hak ve insafla karar vermekle yükümlü tuttuğu durumlarda (M.K. madde 4) bu türlü bir boşluk vardır. Örneğin, M.K. madde 134 uyarınca, geçimsizlik, ortak yaşamın çekilmez duruma gelmesi koşuluyla bir genel boşanma nedenidir. Kanun, geçimsizliğin ve ortak yaşamın çekilmezliğinin hangi durumlarda oluştuğunu, saptamamıştır. Buradaki kanun içi boşluğun yargıç tarafından doldurulması gerekmektedir.

2) Gerçek Boşluklar - Gerçek Olmayan Boşluklar :

Burada başlangıçta kanundaki tam boşluk durumu söz konusudur. Gerçek boşluklarda bir konu hakkında hiçbir hüküm yoktur. Gerçek olmayan boşluk denince ise, bir konu kanun tarafından düzenlenmekte, ancak kanunun verdiği çözüm yolu doyurucu olmamaktadır. Başka bir deyimle, kanunun taşıdığı norm olaya ancak sözü açısından uymakta fakat özü ve amacı açısından uymamaktadır. Bu durumda, M.K. madde 2/II (hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı) aracılığı ile bir düzeltme yapılmalıdır. Yetersiz veya adalete aykırı hale gelen bir kanun

kuralının uygulanması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılmakta ve bunun uygulanması isteği kabul edilmemektedir.

Bütün bu durumlarda kanunda bir boşluk doğmaktadır.

II. Yargıcın Hukuku Bulması ve Yaratması

1. Genel Olarak:

M.K.'nın 1 inci maddesi hükmü, yargıca çözümlemek zorunda olduğu soruna uygulanacak kuralı, gerektiğinde kendisinin bulması ve yaratması yetki ve görevini vermiştir. Anayasanın 36 ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göre :

«Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz»,

bu nedenle yargıç, kanunda ve töre hukukunda soruna uygulanacak bir kural bulunmadığı gerekçesiyle bir uyumsuzluğu çözümlemekten kaçınamaz. Bu hükme uymayan yargıç, sorumlu olur (HUMK. madde 573/b. 6). Hüküm vermekten kaçınma durumuna giren bu madde hükmü, HUMK. madde 574'de tanımlanmıştır. Buna göre :

«Hüküm vermekten kaçınma, kanun uyarınca kabul edilir bir dilekçeyi neden göstermeksizin reddetmek veya bir dava görülürken bir takım manasız özürler öne sürerek gerçekten kötü niyetli davranışta bulunma ve davaya devam etmemektir».

Yargıcın sorunu çözümleme zorunluluğu Fransız Medeni Kanununun 4 üncü maddesinde şöyle belirtilmiştir :

«Bir sorun hakkında, kanunun sustuğunu, açık olmadığını veya yetersiz olduğunu öne sürerek karar vermekten kaçınan yargıç hakkında, hakkı yerine getirmekten kaçınma suçundan dolayı kovuşturulabilir».

Buna karşılık Prusya Genel Kanununun, başlangıç kısmının 46 ıncı paragrafındaki hüküm :

«Yargıç, hakkında kanunî bir hüküm bulamadığı bütün olaylarda durumu, kanunlar komisyonundan sormaya ve komisyonun vereceği karara göre hareket etmeye zorunludur»,

Yine 6 ncı paragrafta :

«Hukuk bilginlerinin kanaat ve görüşleri veya yargıçların eskiden verilmiş kararları, ileride verecekleri kararlarda dikkate alınmaz»,

demekle öğretiden ve yargısal kararlardan yararlanma olanağını ortadan kaldırmıştır. Burada yargıcın hukuku bulması veya yaratmasından söz edilemez.

Avusturya Medenî Kanununun 7 inci paragrafına göre ise:

«Bir hukukî olay, kanunun ne özüne ne de genel anlamına göre çözümlenemezse, kanunlarda mutlak biçimde çözümlenmiş benzer olaylara ve bu konu ile ilgili başka kanunların gerekçelerine bakılmalıdır. Hukukî olay, buna rağmen çözümlenemiyorsa, olayın öğeleri özenle toplanıp etraflıca düşünüldükten sonra tabii hukuk ilkelere göre karar verilmelidir»,

denilmiş ve İsviçre-Türk Kanununa çok benzer bir sonuç elde edilmiştir.

2. İsviçre-Türk Hukukunda Durum :

M.K.'muz 1 inci maddesi ikinci fıkrasında konuyu çözümlerken kanunda konuya ilişkin bir kural bulunmadığı takdirde, kendisi kanun koyucu olsaydı o konu için nasıl bir kural koyacak idiyse, ona göre karar vereceği hükmünü taşımaktadır. Yargıç, karar verirken bilimsel öğretiden ve yargısal kararlardan yararlanacaktır. Burada yargıç kendi vicdanına göre kural koyarak kanunun boşluğunu dolduracak ve medenî kanuna ege-men olan genel özü ve akımı da dikkate alacaktır.

3. Yargıcın Değerleme Yetkisi :

M.K. muz birçok konuda kural koymuş, ancak bu kuralların uygulanması gerekip gerekmediği veya ne ölçüde uygulanması

gerektiği konularının değerlemesini yargıca bırakmıştır. M.K.'muzun 4 üncü maddesine göre :

«Kanunun değerlendirme yetkisi verdiği veya durumun gereğine ya da önemli nedenlere göre karar vermekle görevli tuttuğu konularda yargıç, hak ve insafla karar verir.»

M.K.'muzun 4 üncü maddesi, 1 inci maddeyle yakından ilgilidir. Ancak yargıcın hukuku bulması ve yaratmasıyla, yargıcın değerlendirme yetkisi kavramı arasında fark vardır. M.K.'nun 1 inci maddesinde yargıç, ancak kanunda ve töre hukukunda bir hüküm bulamadığı takdirde, kanun koyucu gibi kural koymakta; buna karşılık M.K.'nun 4 üncü maddesini kanunda uygulanacak bir kural bulunduğu ve fakat bu kuralın uygulama biçimi ve kapsamının saptanması konusunda kendisine yetki verildiği durumlarda kullanmaktadır.

Gerek M.K. muz ve gerekse B.K.'muzun yargıca tanıdığı değerlendirme yetkisi büyüktür. Örneğin, Medeni Kanununun 85 inci maddesi, nişanlılardan biri, kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından çok ağır bir zarara uğramışsa, yargıcın diğer tarafı manevî giderime mahkûm edebileceği kuralını koymuştur. Giderimin tutarını saptamak yargıcın değerlendirme yetkisi içindedir. Yine M.K.'muzun 134 üncü maddesi aralarında ortak yaşamı çekilmez duruma koyacak ölçüde ağır bir geçimsizlik baş gösteren eşlerden her birinin boşanma davası açabileceği hükmünü taşımaktadır. Daha evvel sahife 133'te belirttiğimiz gibi, burada baş gösteren şiddetli geçimsizliğin, ortak yaşamı çekilmez duruma koyacak ölçüde olup olmadığını, değerleyecek olan yargıçtır. Yargıç, eşler arasında geçen olayları, her ikisinin toplumsal düzeylerini, kişiliklerini, yapılarını, yaşantılarını, yetişmelerini göz önüne alarak bu konuda değerlendirme yetkisini kullanarak karar verecektir.

B.K.'nun hukuka aykırı eylemlerde giderim tutarının saptanmasına ilişkin olan 43 üncü maddesi, yargıcın, giderimin türünü ve kapsamının ölçüsünü, durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre belirleyeceği hükmünü koymuştur. Yine B.K. madde 99/II de, borçlunun sorumluluktan (sözleşme yaparak) hafif kusur halinde önceden kurtulması durumunda yargıcın değer-

leme yaparak bu anlaşmayı geçersiz sayabileceği konusunu düzenlemektedir.

4. Değerleme Yetkisinin Ölçüsü :

Yargıca tanınan bu yetki, onun kendi bildiği gibi hareket etmesi anlamına gelmez. M.K.'muz dördüncü maddede bu değerlendirme yetkisinin ölçülerini vermiştir. Yargıç değerlendirme yetkisini kullanırken hak ve insafla karar verme zorunluluğundadır. Hak ve insaf, ayrı ayrı iki kavram olmayıp, ikisi de tek bir bütündür. Hak ve insan demek, hakkaniyet, adalet düşüncesi demektir. Bu açıdan M.K.'nın 4 üncü maddesinde hak ve insafa yapılan yollama, gerçekte yargıcı yazılmamış hukuka, ideal adalete yollamaktadır. Yargıç, kanun çerçevesi içinde, en adli bulduğu çözüm yolunu uygulayacak ve ülkenin ve devrin genel ve egemen görüşlerine ve toplumsal vicdana en uygun gelen çözüm yoluna, yani ideal adalete, elinden geldiği kadar ulaşmaya çalışacaktır.

ALTINCI BÖLÜM

HAKLAR

§ 14. Hakkın Anlamı ve Türleri

I. Hak Kavramı

Hukuk kuralları bireylere birtakım yetkiler tanımış ve bunları yaptırımla sağlam hale getirmiştir. Kişilere hukuk tarafından tanınmış olan bu yetkilere «hak» adı verilir. Örneğin, kişilik hakkı, alacak hakkı, mülkiyet hakkı, yükümlenim hakkı vb. gibi. Hak, hukukun temel kavramlarının başında yer alır. Yabancı hukuklarda hakkı belirleyen kelime ile hukuku belirleyen kelime aynıdır. Bu, Fransızca'da (droit), Almanca'da (Recht)'dir. Bu dillerde hukuk ile hakkı ayırmak üzere, hukuku belirlemek için objektif, hakkı belirlemek için de sübjektif ortacı eklenmektedir. Yalnız anglo amerikan hukukunda hukuk için (law) ve hak için (right) kelimeleri kullanılmaktadır.

Hukuk terimi dilimize Arapça'dan gelmiş olup, aslında hak kelimesinin çoğuludur. Ancak dilimizde yerleşmiş anlamı ile hukuk objektif düzeni, hak da bir kimsenin bu düzen tarafından korunan çıkarını belirler.

II. Hakkın Türleri

1) Kamu Hakları :

Haklar, kamu hukuku ve özel hukuku ayırımına paralel olarak, «kamu hakları» ve «özel haklar» olmak üzere iki büyük kategoriye ayrılır. Bireyin devlet karşısında, kamu hukukundan doğan birtakım haklarına (kamu hakları) denilir. Örneğin, seçme ve seçilme gibi.

2) Özel Haklar :

Özel hukuktan doğan haklara (özel haklar) adı verilir. Özel haklar kendi içerisinde dört kriterden ayrı bir sıralamaya tabidir.

A — Niteliklerine Göre

(a) Mutlak Haklar - Nisbi Haklar

aa — Mutlak haklar, hak sahibinin bir mal veya kişi üzerinde inhisarı bir biçimde sahip olduğu ve herkese karşı öne sürülebilen haklardır. Hak sahibine en geniş yetki sağlayan haklardır. Buna mukabil bunlar, herkes tarafından çiğnenmesi mümkün olan haklardır.

Mutlak haklar, mal üzerinde ve kişi üzerinde olmak üzere ikiye ayrılır. Mal üzerinde mutlak haklarda, hakkın konusu bir mal, maddi bir varlıktır. Ancak bunun yanı sıra maddi olmayan mallar da bunların çevresine girdiğinden mal üzerindeki mutlak haklar, eşya üzerindeki (nesnel/aynî haklar) ve maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak haklar diye sınıflandırılır. Maddi olmayan mallar (fikri haklar) bir fikir ürünü olan mallar, örneğin icatlar, eserler, besteler de mutlak haklardandır.

Mutlak haklar kişiler üzerinde de olabilir. Bunlar, insanın kendisi ve kişiliği üzerinde ve başkasının üzerinde sahip olduğu mutlak yetki haklarıdır. Bunlardan birincisine «kişilik hakları», ikincisine «mutlak aile hakları» denilir.

bb — Nisbi haklar, sadece belirli bir yönde, yani belli kişi veya kişilere karşı öne sürülebilen haklardır. Nisbi hak, hak sahibinin, bir şeyin verilmesini, yapılmasını veya yapılmamasını, yani belli bir hareket tarzını bir veya birkaç kişiden istemek konusundaki hakkıdır. Bu haklara, nesnel hakların karşılığı olarak şahsi haklar adı da verilmektedir. Burada, bir kişiden bir şeyin veya işin istenmesini içeren haklar söz konusu olup, eşya ile olan alakaları doğrudan doğruya ve mutlak değil, dolayısıyla ve nisbidir. Örneğin, (S), (A)'ya bir pipo satarsa fakat henüz teslim etmese, bu pipo üzerinde (A) lehine doğrudan doğruya yani mutlak bir hak doğmaz ve bu nedenle (A) pipo için bir istihkak (mülkiyet) davası açamaz; sadece, piponun teslim edilmesini

(S)'nin kendisinden isteme konusunda kişisel (nisbi) bir hakka sahip olur; teslim işleminin yerine getirilmesi konusunda (A)'nın (S)'ye karşı açacağı dava sadece alacak davasıdır. (A) bu hakkını sadece (S)'nin şahsına karşı açabilir, örneğin onun alt ve üst soyuna karşı öne süremez.

Kişisel (nisbi) haklar, çeşitli türlere ayrılır. Bunlar evvelâ, borçlar hukukuna ait ilişkilerden, yani borç ilişkilerinden doğabilir; sonra borç ilişkilerinden doğdukları halde sonradan tapuya şerh edilmek (belirtimlenmek) suretiyle nesnel hak kuvvetini kazanabilen şahsî haklar söz konusu olabilir; bunlardan başka bir de aile hukukundan doğan ve nisbi aile hakları denilen bir türe de ayrılabilir.

B — Konularına Göre

(b) Malvarlığı Hakları - Şahısvarlığı Hakları

Bu ayırım hak konusunda ve konunun mali bir değer taşıyıp taşınamamasına göre yapılmıştır. Bir hak mali bir değer taşırsa, yani para ile ölçülebiliyorsa, o hak malvarlığı hakkı, para ile ölçülemiyorsa şahısvarlığı hakkı olarak adlandırılır.

C — Kullanacak Kişiye Göre

(c) Kişiye Bağlı Olan ve Olmayan Haklar

Bu ayırım hakkı kullanacak kişiye göre yapılmıştır. Eğer bir hak, ancak hak sahibi tarafından kullanılabilen haklardan ise sıkı biçimde kişiye bağlı haklardan (münhasıran kişiye bağlı haklardan) sayılır, aksi takdirde bu niteliği taşımaz. Sıkı biçimde kişiye bağlı haklar başkasına devredilemezler, başkaları tarafından kullanılamazlar, ancak doğrudan doğruya ve hakkın bağlı olduğu sahibi tarafından kullanılabilirler.

D — Amaçlarına Göre

(d) Yalın Haklar - Yenilik Doğuran Haklar / (İnşai Haklar):

Kullanılmaları ile hukukî durumda herhangi bir değişiklik yapmak amacı gütmeyen haklara yalın haklar adı verilir. Örneğin, velâyet hakkı gibi. Bu haklara yenilik doğurmeyen haklar adı da denmiştir.

Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı iradesiyle yeni bir hukuki durum meydana getirip getirmediğine, yani kullanımındaki amaca göre nitelikleri saptanan haklardır.

Yenilik doğuran haklar başlıca üç gruba ayrılır :

aa — Kurucu Yenilik Doğuran Haklar

Bunlar hakkın kullanılması ile yeni bir hukuki ilişkinin doğmasını sağlarlar. Örneğin, bir önerinin kabul edilmesi (B.K. madde 4-6) gibi. Önerinin kabul edilmesiyle bir sözleşme oluşmakta, yani tek bir kişinin iradesiyle yeni bir hukuki durum kurulmaktadır. Yine, öncelikle alım, alım ve geri alım haklarında bu duruma ilişkin örnek görülebilir. Öncelikle alım hakkında, bir taşınmazın bir üçüncü kişiye satılması halinde, öncelikle alım hakkı sahibine tek taraflı irade beyanıyla taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini verir. Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı bir beyanla bir taşınmazı belli bir bedel karşılığında dilediği zaman satın alma yetkisini verir. Geri alım hakkında ise, taşınmazını başkasına geçirmiş olan kişiye, tek taraflı irade beyanı ile o taşınmazı geri alabilme yetkisini sağlar.

bb — Değiştirici Yenilik Doğuran Haklar

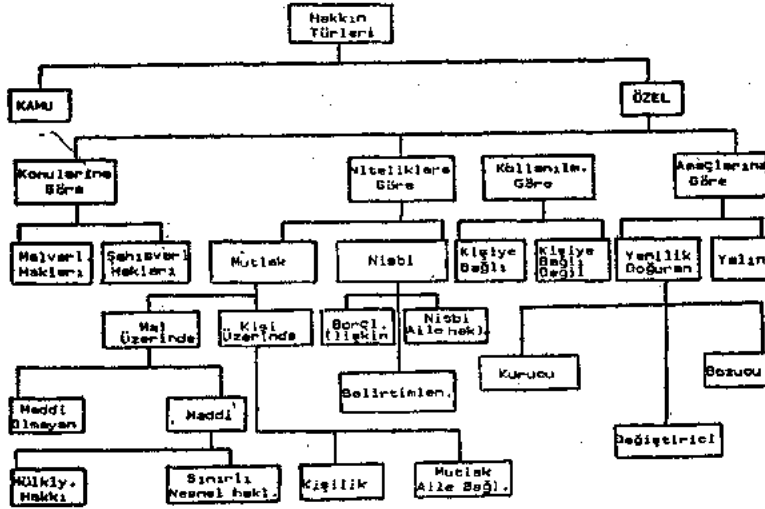
Bunlar bir tarafın kullanılmasıyla var olan bir hukuki ilişkide, sırf kendi iradesiyle değişiklik meydana getirirler. Örneğin, B.K. madde 71'de düzenlenen seçimlik borçlarda, seçim hakkının kullanılması ile, önce hangi edimin yerine getirileceği belli değilken, hak kullanıldıktan sonra belli hale gelmesi durumu veya B.K. madde 106/II'deki alacaklının borçlunun ödemede gecikmesi halinde, ödeme istemekten vaz geçerek, tek taraflı irade beyanı ile onun yerine giderim isteme hakkını kullanması gibi.

cc — Bozucu Yenilik Doğuran Haklar

Bunlar, hakkın kullanılmasıyla var olan hukuki ilişkiyi tek taraflı olarak sona erdirirler. Örneğin, B.K. madde 106, 249, 262'deki sözleşmenin bozulması ve bozulmasının bildirilmesi gibi. Bunların hukuki sonucu hakkın kullanılmasıyla doğar.

Hakkın türlerini toplu olarak görelim :

Şekil : 2



III. Mutlak ve Nisbi Hak Arasındaki Farklar

Mutlak ve nisbi haklar arasındaki farkları dört açıdan inceleyebiliriz :

1) Sınırlama Açısından :

Mutlak haklar belli ve sayılıdır (numerus clausus) yani M.K. ve diğer özel kanunlarda belli olanlardan başka, bireyler böyle mutlak hak tipini oluşturamazlar. Nisbi haklar ise böyle değildir. Bireyler kendi aralarında yeni borç sözleşmeleri yapmakta ve yeni sözleşme tipleri yaratmakta serbesttirler. Buna «sözleşme serbestisi» denilir; bireyler kanuna, ahlak ve adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla nisbi hakları yaratabilirler.

2) Öne Sürülme Açısından :

Mutlak haklar herkese karşı öne sürülebilirler. Halbuki, nisbi haklar ancak belli bir yönde, yani bir edimi yerine getirmekle yükümlü bulunan borçlu kişi veya kişilere karşı öne sürülebilirler.

3) Konu Açısından :

Mutlak hak bir mal veya kişi üzerinde doğrudan doğruya var olan bir yetki hakkı olduğu halde, nisbi hak, bir konunun yerine getirilmesini, yani bir şey yapılmasını (örneğin, satılan bir piponun teslimini), veya bir şeyin yapılmamasını (örneğin sözleşmeye aykırı davranılmamasını) istemek hakkıdır. Nisbi haklarda eşya ile olan bağlantı dolayısıyla (örneğin satılan piponun teslimini talepte olduğu gibi) ve o kişiye karşıdır. Pipoyu sattığı halde onu teslim etmiyen satıcı (S)'ye karşı alıcı (A) nın açacağı dava, pipoya ilişkin bir mülkiyet davası olmayıp, borca ilişkin bir yerine getirme davasıdır. Yerine getirme davası açıldığı halde borçlu (satıcı S), pipoyu bir başkasına (Ü)'ye satmış ve teslim etmiş olursa, alacaklı (alıcı A), o pipoyu sonraki malikten, (Ü)'den talep edemez; ancak satıcıdan bir giderim isteyebilir; çünkü (A)'nın hakkı doğrudan doğruya pipo üzerindeki bir mülkiyet hakkı olmayıp, piponun sözleşme uyarınca kendisine teslimini satıcı (S)'den talep etme konusunda dolayısıyla sahip olduğu bir alacak hakkıdır.

4) Çiğnenme Açısından :

Mutlak haklar, herkes tarafından çiğnenmeye elverişli olduğu halde, nisbi hakların çiğnenmesi ancak borçlu ve yükümlü olan kişi tarafından mümkündür.

Mutlak ve Nisbi Hak Ayırımının Uygulamadaki Önemi :

Bu ayırımın uygulamada büyük önemi vardır. Çünkü mutlak hak herkese karşı öne sürülebildiğinden daha kuvvetli ve teminatlıdır. Hak sahibi, hakkını kural olarak, bütün üçüncü kişilere karşı öne sürebilir. Hakkının bağlı olduğu şeyi kimin elinde bulursa, kural olarak, ondan talep ve dava edebilir. Buna karşılık borçlara ilişkin nisbi, şahsi haklar herkese karşı değil, yalnız borçluya karşı öne sürülebilir. Aşağıdaki örneklere bir göz atalım :

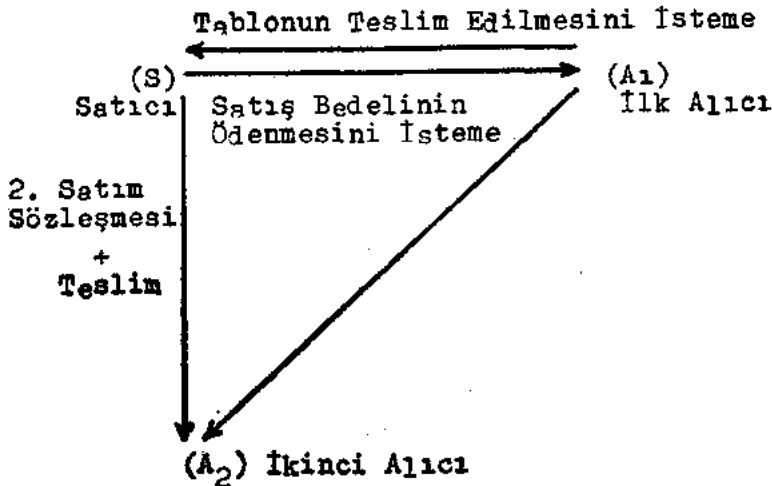
1) Satış Sözleşmesinde :

(S) satıcı, birinci alıcı (A_1)'e 100,000 liraya bir tablo satıyor. (A_1) ertesi günü gelip tabloyu götürecektir. Fakat (S)'nin dükkanında duran tabloyu, kısa bir süre sonra (A_2) görüp beğeniyor ve kendisine satması için de (S)'ye 130,000 lira öneriyor. Bunun üzerine (S) tabloyu (A_2)'ye satıyor ve (A_2)'de tabloyu hemen alıp götürüyor. Burada ortaya çıkan sorun şudur: (A_1) bu tabloyu (A_2)'den talep ve dava edebilecek midir, edemeyecek midir?

Evvela (S) ile (A_1) arasındaki ilişkiyi inceliyelim :

(A_1) ile (S) arasında bir satım sözleşmesi yapılmıştı. Taraflar satılacak şey ile bedeli üzerinde uyumuşlardı. Bunun hukuki sonuçlarını B.K. madde 182 düzenlemiştir. Bu madde uyarınca, satıcı (S), satılan nesneyi (tabloyu), 100,000 lira karşılığında alıcıya (A_1)'e teslim etme ve mülkiyetini geçirme **b o r c u** altına girmiştir. Anılan madde hükmüne göre, **s a l t** satım sözleşmesiyle (A_1) henüz malik durumuna girmemiştir. (A_1) sadece mülkiyetin kendisine geçirilmesi konusunda satıcı (S)'ye karşı bir talep hakkı kazanmıştır ve (S)'de bu tablonun mülkiyetini ona geçirme borcunu üstlenmiştir.

Şekil : 3



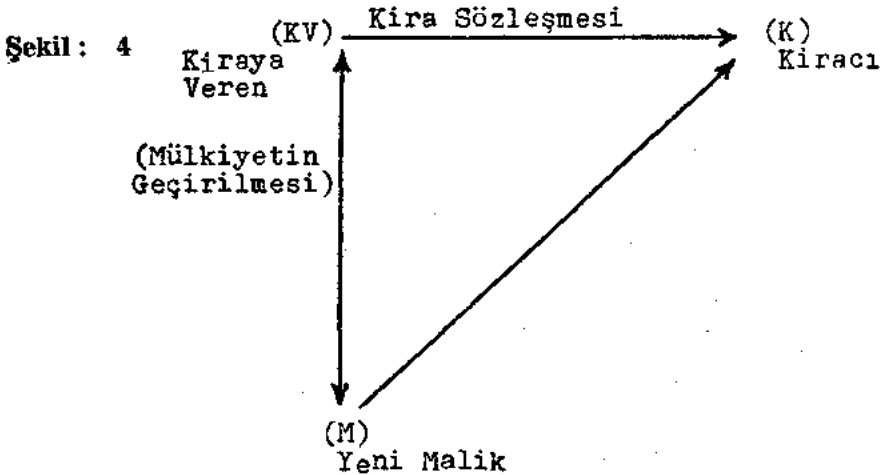
Tablo taşınır bir maldır ve taşınır mülkiyetinin nasıl geçileceği M.K. madde 637'de saptanmıştır. Bu hükmüne göre «taşınırılarda mülkiyetin geçirilmesi için teslim gereklidir.» Örneğimizde, tablo henüz (A₁)'e teslim edilmemiştir. Elmenlik hâlâ satıcı (S)'dedir; sonuç olarak da (A₁) henüz tablonun mülkiyetini edinmemiştir. (S) hâlâ malik durumundadır. (A₁)'in, yalnız borçlu (S)'ye karşı öne sürebileceği bir alacak hakkı, bir nisbî hakkı bulunmaktadır. (A₁) bu hakkını üçüncü kişilere karşı değil, yalnız (S)'ye karşı kullanabilir. Örneğimizde de, (A₁) bu hakkın (A₂)'ye karşı öne süremez. (A₂) teslim sonucu tablonun maliki olduğu için (A₁) tabloyu (A₂)'den isteyemez. (A₁) ancak, (S)'den sözleşme ile üstlendiği borcunu yerine getirmediği, yani sözleşmeye uymadığı için, bir giderim isteyebilir.

Bu açıdan (A₁)'in hakkı karanti altında sayılamaz. İsviçre-Türk Hukuku ancak bir tek durumda (A₁)'in (A₂)'ye karşı bir hak öne sürebileceğini kabul etmektedir. Şayet ikinci alıcı (A₂) ilk satım işleminden haberdar olduğu halde, sırf (A₁)'i zarara sokmak amacıyla o tabloyu satın almışsa, bu durumda B.K. madde 41/II uyarınca (A₂), (A₁)'in zararını gidermekle yükümlü olur.

2) Kira Sözleşmesinden Bir Örnek :

Yalın kira sözleşmesi B.K. madde 248'de şöyle tanımlanmıştır:

«Yalın kira bir sözleşmedir ki, kiraya veren, onunla kiracıya, kira parası karşılığında bir nesnenin kullanılmasını bırakma borcu altına girer.»



Kiraya veren (Kv), kiracı (K)'ya belli bir bedel karşılığında evinin bir dairesini üç sene için kiralamıştır. Fakat bu sürenin bitmesinden önce (Kv) kiraladığı daireyi (M)'ye, yeni malike devrediyor; yani satıyor ve tapu kütüğüne de (M) malik olarak geçiriliyor. Bu durumda ortaya çıkan sorun şudur: (M) bu kira sözleşmesine uymakla yükümlü müdür, yoksa (K)'yı daireden çıkarma hakkına sahip midir?

Tarafların sahip oldukları hakları incelediğimizde :

(K), B.K. madde 248 uyarınca nisbi bir hakka sahip bulunmaktadır. Maddede kiraya verenin kiracıya karşı olan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak (K) yalnız evi kiralayan (Kv)'ye karşı bir hakka sahiptir; onun üçüncü kişilere karşı, kural olarak, herhangi bir hakkı yoktur. (K), (Kv)'ye karşı, kira sözleşmesindeki süreler için, kullanamamaktan doğan bir giderim talep etme hakkına sahiptir.

Satım konusunda B.K. madde 254 bir kural getirmiştir. Madenin kenar başlığı «satımla kiranın bozulması»dır.

«Kira sözleşmesinin yapılmasından sonra kiralanın mülkiyeti, kiraya veren tarafından başkasına geçirilir veya se; kiracı, kiralanın yeni maliki olan üçüncü kişiden ancak kabulü koşuluyla, kiranın sürdürülmesini ve kiraya verenden (de) sözleşmeyi yerine getirmesini veya zararının giderilmesini isteyebilir.»

Evvelâ, 254 üncü maddenin kenar başlığı yanlış çevrilmiştir. Çünkü, satımla kira sözleşmesi (Kv) ile (K) arasındaki sona ermemekte, sözleşme devam etmektedir. (Kv), (K)'ya giderim, ödemekle yükümlü bulunmaktadır. Ortada kirayı sona erdiren hukuki olay, s a t ı m olmayıp, ancak m ü l k i y e t'in (M)'ye geçirilmesidir. Salt satım değil, fakat tapudaki mülkiyetin geçirilmesi işlemi (tescil/yazım), bu sonucu doğurur. Kenar başlığın bu açıdan «satım sözleşmesi kira sözleşmesine üstün tutulur» biçiminde anlaşılması gerekir.

(K)'nın gerek (Kv) ve gerekse (M)'ye karşı kiracılık durumunu koruyan üç imkân vardır :

- (i) (K) ile (M) arasında ancak (M) kabul ederse kira sözleşmesi devam ettirilir,
- (ii) Eğer (Kv) ile (K) arasındaki bu kira sözleşmesi B.K. madde 255 uyarınca tapuya belirtilenmişse, (K) bu kiracılık hakkını yeni malik (M)'ye de öne sürebilir.
- (iii) 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun, madde 7, d bendi uyarınca, taşınmazı M.K. hükümlerine göre (yani satım, bağışlama, miras vb. gibi yollarla) edinen kimse, kendisi, eşi veya çocukları için mesken olarak veya bir meslek veya sanatın bizzat yürütülmesi amacıyla iş yeri olarak kullanmak ihtiyacında ise, edinme tarihinden itibaren bir ay içerisinde kiracıyı yazılı olarak uyarmak koşuluyla, altı ay sonrası için sözleşmenin bozulmasını bildirebilir ve taşınmaz boşaltılmadığı takdirde boşaltma davası açabilir.

Eğer yukardaki koşullar yoksa, yeni malik (M) var olan kira sözleşmesine uymakla yükümlüdür.

Yeni malik taşınmazı edinmesinden başlayarak bir ay içerisinde yazılı uyarıyı göndermez ise, artık kira süresinin sonunu bekleyip bu sürenin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde Gayrimenkul Kiraları Kanunu madde 7 (b) veya (c) bentlerine dayanarak taşınmazı boşaltma davası açmalıdır. Anılan bentler, kiralayanın taşınmazı kendisi veya eşi veya çocukları için mesken olarak kullanmak veya taşınmazı, kendisinin veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra etmek için kullanma ihtiyacında kalması durumlarını düzenlemektedir.

Bütün bunlar dışında (K), taşınmazı kira süresinden evvel boşaltmak zorunda kalırsa, (Kv)'ye karşı giderim davası açmak hakkına da sahiptir.

3) Mutlak hak ve nisbi hak ayırımının icra ve iflas hukuku yönünden de büyük önemi vardır. Özellikle iflasta, iflas edenin bütün malvarlığına el konur, bunlar paraya çevrilir ve bu para alacaklıların alacakları oranında onlara paylaştırılır.

Örneğin, (A), (S)'nin dükkânına tablosunun kenarına çerçeve kaplattırmak üzere bıraktıktan sonra (S) iflâs etmiş ve

bütün mallarına da el konulmuştur. (A) burada, tablo üzerindeki mülkiyet hakkını öne sürerek onu, iflâs masasından geri alabilir. Burada (A)'nın mutlak hakkı, (S)'nin iflâsa dahil edilen mal varlığından, tablonun kendisine iade edilmesini sağlar. Fakat, olayda (A) tabloyu (S)'ye sipariş verdirmiş ve bedelinin bir kısmını da peşin olarak ödedikten sonra, henüz tablo (A)'ya teslim edilmeden (S) iflâs eder ve bütün mal varlığına el konursa, artık bu durumda (A) mülkiyet hakkını öne sürerek tabloyu geri alamaz. (A)'nın hakkı sadece (S) ile yaptığı alım satım sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı, nisbi ve şahsi hak niteliğinde olduğu için diğer alacaklılar gibi ancak iflâs masasına dahil olabilir ve oradan alacaklılara düşen yüzde oranında bir iflâs payıyla yetinmek zorunda kalır.

§ 15. Aynı (Nesnel) Haklardan Mülkiyet Hakkı

I. Genel Olarak

Medeni Kanun'da tanım olarak verilmemiş olan mülkiyet hakkı, kanunun çizdiği sınırlar içinde olmak üzere (M.K. madde 618), eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynı (nesnel) haktır. Mülkiyet hakkı, kural olarak, öncelikle sahibine bir nesne üzerinde istediği gibi egenimde bulunma hakkı verir. Egenimde bulunma ise, malikin madını istediği gibi kullanması, değiştirmesi hattâ yok etmesini içerir. Ayrıca malik, mülkiyet hakkının verdiği egenim yetkisini kullanırken üçüncü kişilerin el atmalarına karşı da korunmuştur; hukukun sağladığı bu koruma, istihkak ve el atmanın önlenmesi davalarıyla gerçekleştirilmiştir.

II. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Mülkiyet hakkının konusunu teşkil eden eşya, kimi zaman tek bir parçadan meydana gelmeyip, birleşik parçalardan oluşabilir. Bu parçaların esas eşyadan kolayca ayrılıp ayrılamayacakların göre bir ayırım yapılabilir.

Buna göre, eşyanın parçaları arasında birbirini bütünleyecek şekilde bir birleşme söz konusu ise, ayrılmaz parça'dan söz edilir. Örneğin bir arsa üzerindeki temel üzerine oturtulmuş (kulübe niteliğinde olmayan) bir yapı; bir otomobilin direksiyonu veya vites kolu birer ayrılmaz parçadır. M.K. madde 619'a göre, asıl şeye malik olan kimse, onun ayrılmaz parçalarının da maliki sayılır. Bir şeyin ne zaman ayrılmaz parça niteliğinde sayılacağını ise yine aynı madde cevaplandırmaktadır :

«Bölgesel töreye göre, bir şeyin esaslı bir unsurunu teşkil eden, o şey yok edilmedikçe veya parçalanmadıkça veya niteliği bozulmadıkça ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçalar, o nesnenin ayrılmaz parçasıdır.»

Ayrılmaz parçalar üzerinde bağımsız bir nesnel hak kurulamayacağı gibi, asıl şeyden ayrı olarak üzerlerinde bir egenimde de bulunulamaz.

Asıl eşyaya bağımlılığı daha az olmakla beraber, yine de onu tamamlayan bazı parçalar da eklenti olarak adlandırılır.

M.K. madde 621 : «Bölgesel töreye veya malikin açık isteğine göre, bir nesnenin işletilmesi veya korunması veya ondan yararlanılması için sürekli olarak ona özgülenen ve kullanışta o nesneye bağlı kılınan ya da takılan veya onunla birleştirilen taşınurlar, ana nesnenin eklentileridir.»

Asıl şey bir taşınır veya taşınmaz olabilirken, daima bir taşınır olması gereken eklentiler, —ayrılmaz parçalarda olduğu gibi— asıl parçaya çok sıkı bir şekilde bağlı kılınmamışlardır; örneğin evdeki halılar, bir otomobilin döşemesinin üzerine geçirilen kılıflar, sehpanın üzerindeki örtüler bu niteliktedir. M.K. madde 621'in verdiği tanımdaki «özgülenme» (tahsis olunma) ile kastedilen «aynı iktisadi amaç birliği içinde bulunma»dır. Bu amaç birliği, gerek malikin iradesinden kaynaklansın, gerekse bölgesel törelerden çıkmış olsun, objektif olmak zorundadır, yani mantıklı bir bakışla, herkesçe bu nitelikte görülebilir olmalıdır. Salt malikin iradesi bir şeye eklenti niteliği kazandıramaz;

örneğin bir otomobilin yanlarına takılacak süs niteliğindeki kantarlar bir eklenti olarak kabul edilemez. Ayrıca eklentinin sürekli olma zorunluluğu da vardır; örneğin bir süre için ödünç alınan çekme halatı, o zaman içerisinde, kullanıldığı otomobilin bir eklentisi sayılamaz. Bir şeyin eklenti niteliğinde olmasının en önemli sonucu, asıl şeye bağımlı olmasıdır; buna göre, asıl şey satıldığı, veya kiralandığı zaman, eklenti de birlikte verilecektir.

Nihayet «doğal ürünler» de bir mülkiyet hakkının parçasını oluşturabilir.

M.K. madde 620 : «Bir nesnenin (maliki olan kimse, onun doğal ürünlerinin de maliki olur. Bir nesnenin belirli zamanlarda üreyen ve bölgesel töreye göre, ondan, özgülendiği yolda devşirilmesi caiz olan ürünler, o ana nesnenin doğal ürünleridir.»

III. Mülkiyet Hakkının Türleri

Mülkiyet hakkı, öncelikle taşınır ve taşınmaz mülkiyeti olarak bir ayrımata tâbi tutulabilir ki, ileride buna değinilecektir. Burada hak sahibinin sayısına göre mülkiyetin ayırımından söz edilecektir.

Bir şey üzerinde mülkiyet hakkı bir tek kişiye aitse, bireysel mülkiyetten söz edilir. Toplu mülkiyet ise, birden fazla kişiye ait olan mülkiyettir.

Özel bir kanunla düzenlenmiş bulunan kat mülkiyeti ise, bir binanın kat, ortak paylaşılan yerler gibi bağımsız bölümlerini tek başlarına bağımsız birer mülkiyet konusu saymaktadır. Bu mülkiyet türü, paylı mülkiyet esaslarına göre, o bağımsız bölümün değerleriyle orantılı olarak arsada tahsis edilen pay ile, bütün kat maliklerinin paylı mülkiyetine tâbi ortak yerler üzerindeki paylı mülkiyet payından oluşmaktadır. Böylece ana taşınmazın bölünmüş payları üzerinde, ortak yerlerle de bağlantılı bir özel mülkiyet türü ortaya çıkmaktadır. Kat mülkiyetine bağlanan bağımsız bölüm üzerinde, maliki, serbestçe hukuki ege- nimde bulunabilecek; ancak paylı mülkiyete konu olan yerler

bu yetkinin kapsamı dışında kalacaktır. Kat mülkiyeti kural olarak, iradî biçimde resmî senetle ve tapu kütüğüne tescil ile kurulur ve taşınmaz mülkiyetini sona erdiren sebeplerle de ortadan kaldırılabilir.

Bu arada 10.6.1985 tarih ve 3227 sayılı Kanunla, Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan bir değişiklikle (devre mülk hakkı) kurumu kabul edilmiştir. 3227 sayılı kanunun 57 inci maddesine göre mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapı veya bağımsız bölümün ortak maliklerinden her biri lehine bu yapı veya bağımsız bölümden yılın belli dönemlerinde istifade hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir yükümlenim hakkı olarak kurulabilmekte ve adına «devre mülk hakkı» denmektedir. Aynı kanunun 58 inci maddesi uyarınca «devre mülk hakkı» ancak mesken nitelikli, kat mülkiyetine veya kat yükümlüne çevrilmiş yahut müstakil yapılarda kurulabilmektedir. Devre mülk hakkı bağlı olduğu paylı mülkiyet payına bağlı olarak başkasına geçirilebilir ve devredilebilir ve mirasçılara geçer. Anılan kanunun 59 uncu maddesi uyarınca devre mülk hakkı yılın belirli dönemlerine ayrılmalı ve 15 günden daha az süreli olmamalıdır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, devre mülk hakkı sahibi bu hakkın kullanılmasını başkalarına bırakabilir. İşlemlere ilişkin 60 ıncı madde uyarınca, ana taşınmaz mal ile bağımsız bölümlerin ve müstakil tapu kütüklerinin beyanlar hanesine, bağımsız bölüm veya yapı üzerinde devre mülk hakkı kurulduğu işaret edilir ve bu husus düzenlenecek tapu belgelerinde ayrıca belirtilir. 61 inci maddeye göre, bütün hak sahipleri tarafından imzalanan devre mülk sözleşmesi resmî belgeye eklenir ve tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilir.

M.K. madde 623/I: «Birkaç kişi bir nesneye paydaş olarak malik olur ve payları fiilen bölünmemiş bulunursa, onların bu mülkiyeti paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet)tir.»

Demek ki paylı mülkiyette de iki önemli husus vardır :

- a) Payların bölünmemiş olması,
- b) Maliklerin mülkiyet haklarının bütün eşya üzerinde yayılmış olması.

Böyle olmayıp ta, birşey belirlenmiş oranlarda paylaşılmış-

sa, payların her biri bireysel mülkiyet sayılacak ve paylaşım söz konusu olmayacaktır. Paydaşların mülkiyet hakkının eşya üzerinde yayılmış olması, «payları oranında ve fakat söz konusu şeyin bütünü üzerinde» mülkiyet sahibi olmaları demektir. Örneğin bir ev üzerinde iki kişi paylı malik iseler, bazı odalar birinin, diğerleri de ötekinin demek değildir; her biri evin bütünü üzerinde fakat —başka türlü kararlaştırmamışlarsa— 1/2 oranında malik sayılacaklardır. Kural olarak maliklerin payları aralarındaki anlaşmaya göre saptanır ancak böyle bir belirleme yoksa payların eşit olduğu varsayılır (M.K. madde 623/II).

M.K. madde 623/III'e göre, paydaşlardan her biri kendi payında mülkiyet hak ve yükümlerine sahip olup, payını başkalarına devredebilir veya rehin olarak verebilir ve alacaklıları da bu payı haczettirebilir.

M.K. madde 624'e göre, başka türlü sözleşme olmadıkça, paydaşlar, paylı mülkiyetlerindeki malı birlikte yönetirler. Çoğunluk başka türlü karar vermedikçe, paydaşlardan her biri ufak tefek onarım ve tamir işleri gibi olağan yönetim işlerini yapmaya yetkilidir. Tarım yönteminin değiştirilmesi, büyük onarımlar yapılması gibi daha önemli yönetim işleri, paylı mülkün yarısından çoğuna malik olan ve sayı ve pay bakımından çoğunlukta bulunan paydaşların oybirliği olmadıkça yapılamaz.

M.K. 625/I'e göre, paydaşlardan her birinin ortak menfaatler için öteki paydaşları temsile yetkisi vardır ve öteki paydaşların haklarıyla bağdaştığı oranda paylı şeyden yararlanır ve onu kullanır.

M.K. madde 626'ya göre, paylı mülkiyetten doğan yönetim giderleri, vergiler ve öteki yükümler, başka türlü bir karar yoksa, payları oranında bütün paydaşlara düşer. Paydaşlardan biri, kendine düşenden fazla bir ödemede bulunursa, öteki paydaşlara dönüp bu fazlalığı onlardan payları oranında ister.

Paylı mülkiyetin sona ermesi, kural olarak, maliklerin aralarında anlaşmaları suretiyle her zaman mümkündür. Ancak :

- a) Paylı mülkiyetin konusu olan şey devamlı bir amaca tahsis edilmişse,
- b) Paylaşım isteminin zamansız olması nedenleriyle paylı mülkiyetin sona ermesi engellenebilir.

Birinci duruma örnek olarak tarafların ortaklaşa kullandıkları bir depo gösterilebilir, ancak bu durumda dahi ortaklar aralarında alacakları bir kararla «devamlı bir amaca tahsis edilme»yi ortadan kaldıracaklardır. İkinci duruma örnek olarak, bir tarlanın hasat zamanı paylaşımının istenemeyeceği söylenebilir.

Her durumda paylaşımı isteme hakkı, ortakların aralarında yapacakları bir hukuki işlemle 10 yıldan çok bir süre için kaldırılmaz (M.K. madde 627).

M.K. madde 629 : «Yasa veya sözleşme gereğince ortak durumda bulunan kişiler, bir nesneye, bu ortaklık dolayısıyla hep birlikte malik iseler, her birinin hakkı o nesnenin tümü üzerine yaygın olur.»

Yukarıdaki maddede belirtildiği gibi, **iştirak halinde mülkiyet** (veya elbirliği ile mülkiyet) denilen bu mülkiyet türünde ise, paylı mülkiyette olduğu gibi belirlenmiş payları yoktur ve o nesne üzerinde ortaklar mutlaka hep birlikte egemenimde bulunmak zorundadırlar. İştirak halinde mülkiyet, sadece kanunun açıkça belirttiği durumlarda söz konusu olur ve bunun dışında taraflar aralarında anlaşarak bu tür bir mülkiyet oluşturamazlar. Kanunun belirttiği haller de şunlardır :

- a) Adi ortaklık,
- b) Mal ortaklığı,
- c) Miras şirketi,
- d) Aile şirketi emvali,
- e) Uzatılmış mal ortaklığı.

İştirak halinde mülkiyet, ancak temel ilişkinin sona ermesiyle, kanunun deyişiyle «ortak malın başkasına devri veya ortaklığın kalkması» ile sona erer (M.K. madde 631).

**«BİR TAŞINMAZ MALDAKİ MİRAS HAKKININ BİR
DİĞER MİRASÇIYA TEMLİKİNE İLİŞKİN SÖZLEŞME-
NİN GEÇERLİ SAYILABİLMESİ İÇİN, TEMLİK EDE-
NİN TEREKEDEKİ TÜM MİRAS HAKLARINI KAP-
SAMASI GEREKMEDİĞİNE» İLİŞKİN YARGITAY İÇTİ-
HADİ BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU KA-
RARI AŞAĞIDA BELİRTİLMİŞTİR.**

E. No.: 1984/2
K. No.: 1985/5
K. T. : 24.5.1985

ÖZET : Medeni Kanunun 612 nci maddesi uyarınca mirasın taksiminden önce terekeye dahil olan belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının (diğer bir mirasçıya) temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsamaması gerekmediği, bu nitelikteki sözleşmelerin geçerli bulunduğu ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağı hakkında.

Medeni Kanunun 612 nci maddesi uyarınca, miras haklarının temlikine ilişkin olarak mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği için sözleşmenin miras hakkının tümünü kapsamaması gerekip gerekmediği konusunda Hukuk Genel Kurulu, 2 ve 14. Hukuk Daireleri ile 7. Hukuk Dairesi kararları arasında içtihat aykırılığı bulunduğu ileri sürülerek aykırılığın giderilmesi Yargıtay Birinci Başkanlığından istenilmiş; Yargıtay Kanununun 45. maddesi uyarınca konuyu inceleyen Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca kararlar arasında aykırılık bulunduğu ve bu aykırılığın içtihadı birleştirme yolu ile giderilmesine 17.5.1985 gün ve 50 sayılı kararla karar verilmiştir.

I — İctihat aykırılığının giderilmesi isteminde dayanan kararlar da beliren görüşlerin özeti :

A) Hukuk Genel Kurulu 30/11/1963 gün ve Esas 5/811. Ka.

rar 787 sayılı kararında müsterek miras bırakandan kalan ve tapu sicilinde kayıtlı bulunan taşınmaz maldaki hissenin satış vaadine dayanarak tescili istemine ilişkin açılan davanın kabulü hakkındaki direnme kararının temyizi üzerine, M.K.'nun 612 nci maddesinin terekenin tamamındaki payı ifade etmek üzere miras hakları sözlerini kullandığı, belli bir gayrimenkuldeki bir hissenin satışında bu maddenin uygulanamayacağı; Genel Hukuk Genel Kurulunun 14/4/1971 gün ve Esas 6/520, Karar 246 sayılı kararında M.K.'nun 611-612. maddelerinin mirasın taksimine ilişkin sözleşmeleri kapsadığı, taksiz söz konusu olunca taksim sözleşmesine terekeye dahil bulunan tüm malların ve tüm mirasçıların dahil edilmesi gerektiği görüşleri benimsenmiştir.

B) 2. Hukuk Dairesinin 29/5/1979 gün ve Esas 3128, Karar 4447 sayılı kararında, tenkis davası dolayısıyla mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen karar bozulurken Medeni Kanunun 612 nci maddesi uyarınca yapılan bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için terekeye dahil bütün hakların başka bir anlatımla miras payının devredilmesinin zorunlu olduğu esası kabul edilmiştir.

C) 7. Hukuk Dairesi 5/7/1979 gün ve Esas 9874, Karar 8000 sayılı kararında, tapu kaydına ve pay satın almaya dayanılarak yapılan tapulama tesbitinden doğan davanın reddine ilişkin karar hakkındaki temyiz incelemesinde Medeni Kanunun 612. maddesi hükmünce paydaşın paydaşa terekedeki ya da taşınmazdaki miras payını satışının geçerli olduğu kabul edilmiştir. 7. Hukuk Dairesinin 30/12/1975 gün ve Esas 7473, Karar 8443 sayılı kararı da M.K.'nun 612. maddesi açısından aynı ilke doğrultusundadır.

Ç) 14. Hukuk Dairesinin 17/1/1980 gün, Esas 3821 Karar 105 sayılı kararında M.K.'nun 612 nci maddesi uyarınca yapılan sözleşmenin geçerliliği için sözleşmeye bütün miras haklarının başka bir anlatımla terekeye dahil bütün taşınır ve taşınmaz mallardaki hakların dahil edilmesi gerektiği esası benimsenmiştir.

II — İctihadi Birleştirme Konusu ve Gerekçe :

22/2/1985 günü Yargıtay Büyük Genel Kurulu 2797 sayılı

Yargıtay Kanununun öngördüğü çoğunluk ile toplanarak rapor-tör üyenin sözlü açıklamalarını dinlemiş ve yukarıda belirtilen kararlar arasında Medeni Kanunun 612 nci maddesi uyarınca (mirasın taksiminden önce) terekeye dahil olan belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunup bulunmadığı konusunda aykırılık olduğu ve bu aykırılığın içtihadı birleştirme yolu ile çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmış; incelemenin 612 nci maddenin mirasçılar arasındaki temliklerle sınırlı olup olmaması tartışılmış ancak çoğunluk incelemenin düzenlemenin bütünlüğü dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesiyle başlangıçta sınırlandırılmaması görüşünü benimsemiştir. Esasın incelenmesi sırasında farklı muhtelif görüşlerin belirmesi ve içtihadı birleştirmenin konusu da dikkate alınarak içtihadı birleştirmeye gerek bulunup bulunmadığının yeniden değerlendirilmesi tartışma konusu yapılmış, bu yönden yapılan usul görüşmelerinde üçte ikiyi aşan çoğunluk, Yargıtay Kanununun 45/3. maddesindeki «Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesin-dir» hükmünün Yargıtay içtihadı birleştirme kurulunu bağlayıcı nitelikte bulunmadığı, Birinci Başkanlık Kurulu kararına rağmen Yargıtay içtihadı birleştirme kurulunun içtihadı birleştirmeye gerek bulunmadığına her zaman karar verebileceği esasını benimsemiş yapılan oylama sonunda içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi gerektiği yolundaki karardan dönüş için yeterli çoğunluk sağlanamamış bu suretle işin esasının görüşülmesine devam olunmuştur.

Terekeye dahil olan belli bir taşınmaz maldaki miras payının temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli olup olmadığının Borçlar Hukuku açısından değerlendirilmesi içtihadı birleştirme konusunun dışında bulunmaktadır.

Görüşmeler sırasında iştirak halindeki mülkiyette ortakların birlikte hareketinin zorunlu olduğu, mirasçılardan birinin tek başına terekeye dahil mallar üzerinde tasarrufta bulunamayacağı, M.K.'nın 612 nci maddesinin miras hukukuna ilişkin iştirak haline münhasır olmak üzere istisnai bir düzenlemeyi kapsadığı, kanun koyucunun bununla taksimden önce mali sıkıntı da bulunan mirasçıları koruma amacını güttüğü hususlarında

görüş birliği bulunmaktadır. Ancak görüşmeler sırasında iştirak halindeki mülkiyetin özelliklerinden hareket olunarak, içtihadı birleştirme konusunda belirtilen nitelikteki sözleşmelerin iştirak halindeki mülkiyet esasları ile bağdaşamayacağı istisnai bir hükmün yasal düzenleme ile çelişir biçimde yorumlanarak genişletilemeyeceği ve dolayısıyla söz konusu sözleşmelerin M.K.'nın 612 nci maddesi açısından geçersiz bulunduğu görüşü ileri sürülmüş ise de çoğunluk şu gerekçelerle bu düşünceye katılmamıştır: Gerçekten iştirak halindeki mülkiyetin hukuksal niteliği konusunda tartışma söz konusu değildir. Ancak taksime, kadar genel kuralı uyarınca mirasçılardan tek başına terekeye dahil belli bir taşınmaz malda tasarruf edememelerini dikkate alan yasa koyucu malî sıkıntıda bulunanları başka bir anlatımla gene mirasçılardan yararlarını düşünerek 612 nci maddedeki düzenlemeyi getirmiştir. Bu suretle taksimin gerçekleşmesine kadar her bir mirasçı, terekedeki miras payını devredebilecektir. Bu suretle tüm mirasçılardan yararları ile çelişen zamansız bir taksimin sağlanmaları önlenmiş ve aynı zamanda sıkıntıda bulunan mirasçılarında menfaatleri gözetilmiş olmaktadır. İchtihadı birleştirmenin konusu açısından sorun, terekedeki miras payını devredebilen mirasçının terekeye dahil belli bir taşınmaz maldaki miras payını diğer bir mirasçıya devredebilip edemeyeceği hususunu oluşturmaktadır. Çoğun içinde azında bulunduğu kuralı öğreti ve uygulamada benimsenin bir esastır. Mirasçılardan birinin diğer birine tüm miras payını devretmesi geçerli bulunduğu göre, belli bir taşınmaz maldaki miras payını da devredebilmesi az önce değinilen kuralın doğal sonucudur. Bu çözüm biçimi mirasçılardan yararına uygun olduğu gibi, yasa koyucunun 612 nci maddesi düzenlemekle güttüğü yukarıda açıklanan amacına da tamamen uygundur. O amacın etkili bir biçimde gerçekleşmesi bu suretle sağlanmış olur. Bu konuda yapılmış olan bir sözleşme geçerli olup yapılan temlikin tapuda işlem görmesini sağlar.

Sözleşmenin biçimi içtihadı birleştirme konusu dışında kaldığı gibi, üçüncü kişilere yapılan temliklerin geçerli bulunup bulunmadığı konusunda da kararlar arasında aykırılık bulunmadığından, bu yönden bir görüş belirtilmesine gerek görülmemiştir.

III — SONUÇ :

Medeni Kanunun 612 nci maddesi uyarınca mirasın taksiminden önce terekeye dahil belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmenin geçerli bulunduğuna ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağına, 22/2/1984, 15/3/1985, 19/4/1985 günlerinde yapılan üç toplantıda görüşlerin belli bir doğrultuda birleştirilmesinde yeterli çoğunluk sağlanamadığından 24/5/1985 gününde salt çoğunlukla karar verilmiştir.

KARŞI OY YAZISI

Yargıtay Büyük Genel Kurulunun değerli çoğunluğu, terekeye dahil tapuda kayıtlı tek bir taşınmazda dahi ortaklık payı bulunabileceğini ve bu payın mirasçılar arasında adi senetle yapılacak satışının Medeni Kanunun 612. maddesi kapsamında olduğunu kabul etmiş ve iştirak halinde mülk bulunan bu tapulu taşınmazdaki adi senetle yapılan satışa istinaden Medeni Kanununun 642. maddesine göre ifa davası açılabileceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay Büyük Genel Kurulunun değerli çoğunluğunun bu görüşüne katılmak mümkün olmamıştır.

I — Öncelikle terekeye dahil tapulu tek bir taşınmazda ortaklık payı söz konusu değildir. Bu nedenle böyle bir satışın Medeni Kanunun 612. madde kapsamında düşünülmesine imkân yoktur. Anılan madde Türk Medeni Kanununun miras kitabının 4. faslını teşkil eden (taksimi hitamı ve hükümleri) faslında bulunmaktadır ve tüm terekedeki miras payının temlikiyle ilgilidir. (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu. Miras Hukuku, İstanbul 1978, S. 548-557; İmre, Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978, S. 857-880; Eren, Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesi Devri Sözleşmesi, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, S. 131-150). İhtihatların birleştirilmesine konu olan olayda tüm terekedeki miras payının temliki söz konusu değildir. Bu bakımdan 612. madde hükmü değil, Medeni Kanunun olaya uygun düşen 630. maddesi hükmünün uygulanması gerekir. Olaya uygulanabilecek açık

yasal hüküm varken 612. maddenin uygulanması kanımca doğru olmamıştır.

II — a) Yargıtay Büyük Genel Kurulu değerli çoğunluğunun verdiği sonucu Medeni Kanunun 630. maddesi ile bağdaştırmak mümkün olamamaktadır. Bilindiği gibi iştirak halinde mülkiyette, ortaklar mülkiyet hakkına «elbirliği» ile sahiptirler. İştirak halinde mülkiyette hiç bir ortak için bağımsız, tek başına tasarruf edebileceği bir pay söz konusu değildir. İştirak halinde mülkiyette mevcut olan oranlar, sadece gelirden veya ortaklık mal varlığının tasfiyesinde o ortağa düşecek miktarı göstermek bakımından önem arzeder (Bkz. Wieland. Ayni Haklar, İ. Hakkı Karafakı Çevirisi, Ankara 1946, S. 105; Oğuzman - Selici, Eşya Hukuku, İstanbul 1982, S. 349, 351, 352; Bertan Ayni Haklar Ankara 1976, S. 427; Tekinay, Eşya Hukuku, İstanbul 1978, S. 433, 435; Gürsoy - Eren - Cansel. Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978 S. 462, 469). 11/10/1982 gün 3/2 sayılı İçtihadı Birleştirme kararıyla da belirtildiği gibi Medeni Kanunumuzda yer alan (iştirak halinde mülkiyet) bir sistemdir. Yasa koyucu tarafından bu sistem kaldırılmadığı sürece buna uyulması zorunludur. İştirak halinde mülkiyette paylaşılmadan önce ortağın

belli bir pay üzerinde aynı bir hakkı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, —borçlanma işlemi dışında—, değerli çoğunluğun kabul ettiği gibi aynı sonuç doğuracak bir temlikin yapılması ve bu akte dayanarak Medeni Kanunun 642. maddesi gereğince ifa davası açılması hukuken mümkün değildir. Çünkü Medeni Kanunun 642. maddesi gereğince ifa davasının açılabilmesi herşeyden önce arada geçerli bir hukuki muamelenin bulunmasına ve davalının sattığı pay üzerinde aynı hak sahibi bulunmasına bağlıdır.

Terekeye dahil belli bir taşınmazda miras payı söz konusu olmadığından, değerli çoğunluk görüşünde belirtilen «çoğun içinde azında bulunduğu kuralının» burada uygulanabilmesi olanaklı değildir.

b) Yargıtay Büyük Genel Kurulu değerli çoğunluğunun verdiği sonucu Borçlar Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrası, Medeni Kanunun 634. Borçlar Kanununun 213 ve Topu Kanununun 26. maddesinde bildirilen ilkelerle de bağdaştırmak müm-

kün değildir. Değerli çoğunluk vardığı bu sonuçla, terekeye dahil tapulu taşınmazların adı senetle satışı geçerli kılınmış bulunmaktadır. Bu durumda terekeye dahil tapulu taşınmazların adı senetle satışı muteber olacak, terekeye dahil olmayan tapulu taşınmazların satışında ise, resmî şekil aranacaktır. Diğer deyişle terekeye dahil tapulu taşınmazlarla terekeye dahil olmayan tapulu taşınmazlar arasında kanunen ve hukuken izahı mümkün olmayacak bir ayırıma gidilmiş bulunmaktadır.

Bütün bu nedenle Yargıtay Büyük Genel Kurulunun değerli çoğunluğunun görüşlerine katılamıyorum.

Turgut Uygur
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi
Başkanı

KARŞI OY YAZISI

Birden ziyade olan mirasçılar arasındaki tüm tereke hakları ve borçları taksime kadar müşa kalır. Başka bir anlatımla, mirasçılar arasındaki ortaklık iştirak halindedir (M.K. 581). Kanunla iştirak teşkil eden kimseler birşeye malik olursa herbirinin hakkı o şeyin tamamına sari olur (M.K. 629). Aksine bir hüküm olmadığı halde şeriklerin hakları ve özellikle malik oldukları şeyde tasarruf yetkileri ancak ittifak ile verecekleri kararla kullanılabilir (M.K. 629/2). İştirak devam ettiği sürece şayi cüzüde tasarruf caiz değildir. (M.K. 629/son). Miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklığa ilişkin işlemler ortaklığın dahil bütün mirasçıların iştiraki ile ya da ortaklığı temsil etmek üzere seçilen kişi tarafından yürütülür. Taksimden önce mirasçının payı belirli bir somut olmadığı için mirasçının temlik eylediği şey ancak taksim sonunda kendisine düşecek paydan ibarettir. Ve bununda miktarı ile hangi şey üzerinde olacağı başlangıçta belli değildir. Onun için mirasçı, iştirake dahil muayyen bir malı bu arada taşınmazı veya taşınmazdaki belli olmayan payını temlik edemez. Veraset belgesine göre mirasçıların miras payı olarak belirlenen oranlar tasfiye sonunda ya da müs-

terek mülke çevrilme halinde alacakları payı gösterir. Bundan dolayıdırki, taşınmazların mirasçılar adına intikalen yapılan tescil işlemi mirasçıların payları gösterilmeden sadece isimleri yazılarak ve iştirak hali belirtilerek yapılır. Tapu idaresinin aksine işlem yapması veya müzakere sırasında belirtildiği şekilde, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün buna imkân veren mütalaa-da bulunması kanuna aykırı bir işleme geçerlilik kazandırmaz.

Gerçekten M.K.'nın 630. maddesi uyarınca iştirakçilere konmuş bulunan temlik tasarruf yasağından mirasçıların duyabilecekleri ekonomik sıkıntı gözönünde tutularak onlar için M.K. nun 612. maddesiyle bir ayrıcalık getirilmiş mirasçılara **MİRAS HAKLARINI** temlik etme imkânı tanınmıştır. **MİRAS HAKKI** ise, miras bırakandan kalan tüm taşınmazlar ile taşınır malları, vadeli vadesiz alacaklar gibi daha da çoğaltılabilecek ve somut olarak bölünme olanağı olmayan haklardır. Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda paydaşın iştirak halinde bulunan mallardan bir tekine ait payını muayyen taşınmaza inhisar ile devrine imkân yoktur. Kanun hükümlerinin bağlayıcı ilke ve kavramlarının kapsamına rağmen memleket gerçekleri karşısında meydana gelen ihtiyacın kanun değişikliği niteliğinde bir hükümle İçtihadı Birleştirme yoluyla değiştirilmesi ya da genişletilmesi İçtihadı Birleştirmenin görev sınırını aşar niteliktedir. Tasarruf kısıtlanması nedeniyle mirasçılar zor durumda kalıyorsa iştirak halinde mülkiyete ilişkin kuralların kaldırılmasının, değiştirilmesinin kapsamının genişletilip daraltılmasının kanun koyucunun görevi olduğunun gözden uzak tutulmaması gerekir. Zira halen Kanun koyucu bu konuda ancak iştirakın niteliğine göre miras hakkının ya da payının devrine müsaade etmiştir. Mirasçı olsa olsa, payının bir kısmı üzerinde oran itibariyle temlik tasarrufla bulunabilir.

Bu yöndeki anlayış, Ortakların bir mal üzerinde belirli aynı hakkı olmadığı H.G.K.'nın 26/12/1962 gün ve 65/94 sayılı kararı ile de doğrulanmıştır. Medeni Kanunun yürürlüğünden bu yana altmış senedir de tartışmasız olarak uygulanı gelmiştir. 14/4/1943 gün ve 48/15 sayılı İçtihadı Birleştirme dahi mirasçının payının bulunduğu belli ve somut bir malın ayrıca satışına müsaade etmemiştir. Bütün bu nedenlerden dolayı mirasçının belli bir mal üzerindeki hakkını devretmesi dolayısıyla, iştirak çözülmediği için devralan mirasçının tapuda işlem yaptırması

mümkün değildir. Devreden mirasçının kendi hakkını tapuda adına tescil ettirme ve satma imkânı yokken sırf diğer bir mirasçıya temlik işlemi bulunmasıyla tescil hakkının devir alan mirasçıya tanınmasını kanunun amacına ve hükümlerine uygunluğu iddia olunamaz.

Ancak, çoğunluk görüşünde haklı bir yön vardır. O da iştirak halinde mülkiyet hükümlerinin tümü itibariyle memleket gerçeklerine uygun bulunmadığıdır. Ve bundan dolayı da iştirak halindeki ortaklar, özellikle, mirasçılar idari ve ekonomik sıkıntı içindedir. Ne var ki, bazı insanların sıkıntı duydukları başka kanun hükümleri de vardır. Bu sıkıntılar, kanun koyucuya ait görevin Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yüklenilmesini haklı göstermez. Böylesine bir ihtiyaç varsa bu ihtiyacı kanun koyucu düşünmek zorundadır. Ve onun görevidir.

Bu itibarla, (Çoğun içinde az da vardır) gerekçesiyle iştirak halinde mülkiyette birbirine sıkı sıkıya bağlı hükümlerin ve ilgili hükümlerdeki kavramların nitelik ve kapsamına uymayacak şekilde bir yorumla mirasçının muayyen maldaki belirsiz payı üzerinde tasarruf imkânı tanınmasına yönelik düşüncelere katılmıyoruz. Onun için çoğunluk kararına karşıyız.

Üye
Emin Başaklar

KARŞI OY YAZISI

İştirak halindeki mülkiyette taksime kadar tereke bir bütündür. Ortaklar terekenin tümü üzerinde hak sahibidir. Bu hakkın terekeye dahil belli bir objeye hasretmek mümkün değildir. Taksimden önce iktisaden zor durumda olan ortakları rahatlatmak için mirs hukukundan doğan iştirak haline münhasır olmak üzere Kanun Koyucu, M.K.'nın 612. maddesiyle ortakların birlikte tasarruf kuralına bir istisna getirmiştir. Bununla bir mirasçının diğer bir mirasçıya yapacakları bir sözleşmeyle miras haklarının devredilebileceği kabul edilmiştir. Kanun koyucu, çoğunluk bir ifadeyle miras hakları deyimini kullanmıştır. Bu ifade kasıtlı bir şekilde bilerek kullanılmıştır. Bununla terekeye dahil tüm miras hakları amaçlanmıştır. Başka türlü düşünmeye im-

kân yoktur. Zira tereke sadece taşınır ve taşınmaz mallardan oluşmaz. Tereke içinde iptal, tenkis ve istihkaka ilişkin dava hakları, telif, ihtira berati gibi haklarında bulunması mümkündür. Belli bir taşınmazdaki miras hakkı temlik edildiğinde, taksim sonunda o malın temlik edene düşmemesi, hatta iktisadî değeri olan bir malın dahi isabet etmemesi mümkündür. Bu itibarla belirli bir objedeki, içtihadı birleştirmeye konu olduğu gibi belirli bir taşınmazdaki miras hakkının temliki mümkün değildir. Ancak ve ancak terekedeki tüm hakların veya bu hakların belirli bir oranının temliki mümkündür. Çünkü miras haklarının belirli bir oranının temliki yine tüm terekedeki haklara şamil olacağından sistemde bir değişiklik yaratmayacaktır. Çoğun içinde azda vardır kuralı bu gibi durumlarda söz konusudur. Yoksa mademki tüm terekedeki haklar temlik ediliyor, niçin terekeye dahil bir taşınmazdaki hak temlik edilmesin, çoğu yapan azı niçin yapmasın düşüncesi, hakkın belirli bir objeye bağlanması halinde uygulanamaz.

Medeni Kanundaki mevcut hükümler ve sistem karşısında, başka türlü düşünmeye imkân yoktur. Bu hükümlerle mevcut sistem toplumun ihtiyacına cevap vermiyor, hatta ters düşüyor denirse, o zaman konunun, İçtihadı Birleştirme yoluyla değil yasa değişikliği suretiyle halli gerekir.

Bu itibarla Hukuk Genel Kurulu ile 2 ve 14 üncü Hukuk Dairelerinin görüşlerinin doğru olduğu kanaatıyla çoğunluğun kararına karşıyım.

Celal Erdoğan
6. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

İçtihadı Birleştirmenin konusu, M.K. m: 612 uyarınca İştirak halindeki ortaklar arasında yapılan sözleşmelerle, miras paylarının kısmen temlik edilip edilemeyeceği, özellikle muayyen maldaki hissenin devrinin mümkün olup olmadığı, bu tür sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, miras payının tümüyle devrinin zorunlu bulunup bulunmadığıdır. Miras payının tümünün veya belirli bir oranının devrinin mümkün olduğu konusunda bir uyuşmazlık yoktur.

İçtihamı Birleştirmeye gidilmesine neden olan çelişik kararlarda, üçüncü kişiye pay satışı söz konusu olmadığı halde, çoğunluk M.K. m: 612'nin bütünüyle incelenip, kısmi temlikin mümkün olup olmadığının belirlenmesine karar vermiştir. Bu konuda, kararlar arasında bir çelişik bulunmadığından İçtihamı Birleştirmenin bu yolda belirlenmesi hatalıdır. Öte yandan kapsamanın bu şekilde belirlenmesine rağmen, müzakerelerin sonucunda, üçüncü şahsa temlik halinin, oylama dışı bırakılması ve bu konuda bir karar verilmemesi, ayrıca hatalı olmuştur.

Çelişik ilâmlardaki olayların tümünde, miras şirketinden doğan iştirak halinde mülkiyet söz konusudur. Birden çok mirasçı, terekeye M.K. m: 581 çevresinde iştirak halinde sahiptirler. Bu iştirak hali, mirasın açılmasıyla doğmuştur. Taksime kadar yani paydaşların kişisel mameleklerine geçinceye kadar devam edecektir. Bu aşamada kanuni miras hissesi tereke üzerindeki hakkı değil, iştirakin son bulması halinde paydaşın eline terekeden ne nisbette mal ve hak geçeceğini göstermektedir. Şahsileşmiş bir hisse yoktur. Tüm iştirak halindeki paydaşlar, terekenin tümüne sahiptir. Hisseler karışmış ve kaynaşmıştır. Kommünal mülkiyet söz konusudur. Bu aşamada, M.K. m: 630/2-3 uyarınca paydaşlar iştirakin patrimoniumunun tümünde veya cüzünde, ittifakla tasarruf edebilirler ya da ittifakla temsil yetkisi verdikleri paydaş tasarruf edebilir. Bu tasarruf biçiminin amacı şudur: İştirake konu terekeyi hem 3 ncü şahıslara, hemde paydaşlara ve onların eylemlerine karşı korumaktır. Bütünlüğü bozmamaktır. Terekeyi taksim aşamasına salimen ulaştırmak ve rahat ve çekişmesiz şekilde taksimini sağlamaktır. Şimdi M: 612 ile, genel kural içeren m: 630'a bir istisna getirilmiş oluyor. Mirasçı, miras hissesinin tümünü veya belirli bir oranını öteki paydaşa satabilecek, kendisi iştiraktan çekilebilecektir. Paydaşa değilde 3 ncü şahsa satmış ise, 3 ncü şahıs taksime müdahale edemeyecek paydaşın yerine geçemeyecek, sadece temlik eden mirasçıya ayrılan hisseyi isteyebilecektir. Bu düzenlemede, gene bütünlük bozulmamış ve amaç gerçekleşmiş olmaktadır. Bir defa, madde başlığı «Miras hisseleri hakkında mukavele» şeklindedir. Metinde de (mirasın haklarının temliki) denilmiştir. Muayyen maldan sözedilmemektedir. Olamazda. Çünkü paydaşa düşen mayyen mal yoktur. Taksimde tümüyle başkasına düşebilir. O zaman ne olacaktır? İştirak halindeki mülkiyetin özellikleri,

İlkeleri ve Medenî Kanunun sistemine göre, taksimden önce, iştirak halinde şerikin terekeye dahil muayyen bir maldaki hissesini, M.K. M: 612 çevresinde temlik sözleşmesine konu yapması olanaksızdır.

Yasa koyucu, taksime kadar geçecek evrede, mirasçıyı zor duruma düşmekten korumak için miras hissesini temlik etmesine müsaade etmiş isede, muayyen malın temlikini kabul etmemiştir. Miras hissesinin temlikinin aynı etki yaratacağını, İsviçre Federal Mahkemesi 18/11/1976 günlü kararında kabul ettiğine nazaran, muayyen maldaki hissenin temlik dahi aynı sonucu doğuracağı cihetle, temlik eden şerike düşen muayyen bir mal mevcut bulunmadığından, böyle bir temlikin imkânsız olduğu ortadadır.

Memleket gerçekleri ve alışkanlıklarının M.K. M: 612'yi muayyen malda temlik mümkün kılacak şekilde yorumlamayı zorunlu kıldığı görüşüne de katılmak olanaksızdır.

Memleket gerçeklerinin böyle bir sonucu zorunlu kılması halinde, bunu kanun koyucunun yeni bir yasal düzenlemeyle sağlayacağı tabiidir.

Medenî Kanunun sistemine, ilkelerine, 612 nci maddenin açık metnine ve yorum kurallarına aykırı bir şekilde, taksimden önce mirasçının muayyen maldaki hissesini devredebileceğini, miras payının tümüyle devrinin zorunlu bulunmadığını kabul eden sayın çoğunluğun görüşüne karşıyım.

Teoman Ozanoğlu
Yargıtay 10. H.D. Üyesi

KARŞI OY YAZISI

T. Medeni Yasasının 581. maddesine göre terekedeki tüm haklar ve borçlar, paylaşmaya değin müşa, yani iştirak halinde mülkiyet konumunda kalırlar. Buradaki anahtar sözcük müşa (indivis, indiviso, indivisus) terimidir ve birden çok kişinin üzerinde hakkı olan ve maddeten bölünmemiş mal ya da mallar topluluğunu anlatmaktadır. Pay oranının belli olması hukuksal varlık olarak bunun dışı yansımaları anlamına gelmediğinden, hak sahibine tasarruf yetkisi vermemekte, tüm malların her gözeneğine sinmiş ve yayılmış hak sahipliği, müşalık var oldukça

sürmektedir. Terekede bunun tek istisnası, muhtaç durumdaki mirasçıyı korumak kaygısıyla, ona miras payının tamamını temlike yetki veren aynı yasanın 612. maddesidir. Ancak bu istisnayı, terekede yer alan belli bir mal üzerinde tasarrufa olanak verecek biçimde genişletmek güçtür.

Herşeyden önce, böyle bir yorum, istisnayı genişletmenin de ötesinde, iştirak halindeki mülkiyet kurumunu ortadan kaldıracı niteliktedir. Müşa mallar topluluğundan bir mal ayrıldığı anda, müşalık ortadan kalkacak, atomlaşma ve bireyselleşme başlayacaktır. Bir başka deyişle, mallar topluluğundan bir mal ayrılıp tasarrufa konu olamıyorsa müşalık vardır, olabiliyorsa müşalık yoktur. Çünkü bunlar birbirlerine zıt durumlardır. Zıt ve bu nedenle birbirini kovan durumlardan biri meşruluk kazanınca, öbürü kendiliğinden gayrimeşru olur.

Yüce Kuruldaki görüşmeler sırasında çoğunluk görüşünü savunan üyelerce de bu düşüncenin doğruluğu benimsenmiştir. Ancak, bunun kavram hukukçuluğu olduğu, iştirak halindeki mülkiyetin Türk toplum gerçeklerine uymadığı ileri sürülerek, bu görüşün aşılması gerektiğine değinilmiştir.

Oysa, iştirak halinde mülkiyet bir kavram değil, kurumdur ve yasal bir gerçektir. Çoğunluk görüşü gibi, kavram gözüyle değerlendirildiğinde, kaçılmak istenilen kavramcılığa kayılması doğaldır. Ancak, özünden yola çıkıldığında soruna amaçsal (teleolojik) ve bu nedenle de çağdaş yorumla yaklaşılmalı olacaktır.

İştirak halinde mülkiyetin İsviçre gibi uygar ülke gerçeklerine uyabileceği, Türk toplumuna uymadığı görüşünü ise benimsemek olanaksızdır.

İlkin, bu görüş, Türk yasalaşma etkinliğine uymamaktadır. Nitekim, yeni Medeni Yasa tasarısında da bu kuruma yer verilmiştir.

İkincisi, «Hâkimler ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler» diyen ve kanunun yasa ve hukukun dışında değil, içinde oluşmasını öngören Anayasanın 138. ve yasanın sözüyle ya da özüyle değindiği her konuda uygulanacağını, o konuda yasal metin yoksa, gelenek ve

göreneğe göre, bu da yoksa, yargıç kendisi yasa koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse ona göre karar verileceğini belirten T. Medeni Yasasının 1. maddelerine de aykırıdır. Zira, çoğunluk görüşü var olan yasal düzenlemeyi bir yana bırakmaktadır.

Üçüncüsü, bu tutum, yasaların bekçiliğini yapan Yargıtay'ın öz görevine de aykırıdır.

Dördüncüsü bu görüş, Türk hukuk devriminin amaç ve gerekçesine de ters düşmektedir. Çünkü, Türkiye'de hukuk Atatürk'ün haraseti fikriye dediği yöntem uyarınca, halkı uygar ve akılcı toplum düzeyine çıkarmak için en etkili araç olarak düşünülmüş ve bu husus T. Medeni Yasasının gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır: «Çağdaş Uygarlığı almak ve benimsemek kararıyla yürüten Türk Ulusu, çağdaş uygarlığı kendine uydurmak değil, kendisi çağdaş uygarlığın gereklerine her ne pahasına olursa olsun ayak uydurmak zorundadır. Yaşamak kararında olan bir ulus için bu kesin zorunluluktur. Zaten devrimler ve bu arada hukuk devrimi, bu konuda en etkili araç olarak kullanılmışlardır.» Yasaların yorum ve uygulanmalarında bu gerekçe göz ardı edilemez. Uygar değerleri toplum katmanlarına hukuk yoluyla aktarırken, toplumu yasa düzeyine çıkarmak amacından ülke gerçeği bahanesiyle ödün verilirse, tehlikeli dönüşümlere de kapı açılmış olur.

Beşincisi, söz konusu görüş, yorum kurallarına da aykırıdır. Yargıç yorum yaparken kendi başına buyruk değildir, yorum bilimin denetimindedir ve yorum kurallarına uymak zorundadır. Herşeyden önce yorum, yasa metnine, metin içinde kalarak gerçek anlamını vermek, yani yargıçla meitn arasında kurulan hukuki bir diyalektik ve entellektüel bir etkinliktir. Metinden uzaklaşmak bu diyalektiğin kopmasına, yargının yasama organının yerine geçmesine, erkler ayrılığı ilkesinin çiğnenmesine yol açar. O nedenle, Eski Roma'dan beri «hiç kimse yasadan daha akıllı değildir» denilmiştir. Uygar ülkelerde yazılı hukuk, toplumda o anda yaşayan hukukun bir tür tutanakla saptanılması demek olduğundan, zamanla toplumun gerisinde kalma yazgısından kurtulabilmesi için, yasal metni, değişen ve yeni içerikler kazanan kavramlara göre evrimci bir anlayışla yorumlamak zorunludur. Ancak, hukuk devrimi yoluyla ileri ülke değerlerini benimseyen toplumlarda bu olgu esasen söz konusu de-

ğildir. Çünkü, toplum, benimsenen yazılı hukukun çok gerisindedir. O nedenle, toplumu, değişen çağdaş kavramlara göre yorumlanan hukuk çizgisine getirmek söz konusudur.

Türk toplum gerçeğinden yola çıkan çoğunluk görüşü, yorum aracı olarak da «evleviyet, yeğleme, argumentum a fortiori» kuralına başvurarak, payı oranında terekenin bütününde tasarruf edenin, bütünüün bir parçası olan belli bir malda evleviyetle tasarruf edebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe de katılmak olanaksızdır. Çünkü, evleviyet kuralının uygulanabilmesi için ilk koşul, özde, zatiyette, antitede değişim olmamasıdır. Niceliğin değişmesi önemsizse de, nitelik değişmemelidir. O yüzden mantıktan alınıp hukuka uygulanan evleviyet kuralı, nitelik açısından daraltıcı, nitelik açısından genişleticidir. Özü değiştirip genişleten uygulamadan kaçınmak zorunludur. O nedenle, iştirak halini, müşalığı yok eden bir tasarruf evleviyet kuralı işletilerek haklılık kazanamaz. İkinci koşul, evleviyet kuralının benzetme (analogie) kuralıyla ilgisinin olmadığı, yasanın sustuğu yerde ve fakat yasanın potansiyelinden yararlanılarak iki durumda kullanıldığı unutulmamalıdır. Birinci durum, hafif için yasak olanın ağır için haydi haydi yasak olduğu (argumentum a minori ad maius), ikinci durum ağır için meşrû olanın hafif için de meşrû olduğudur (argumentum a maiori ad minus). Oysa, yukarıda da değinildiği üzere, müşalığın özünü değiştiren bir tasarrufa, müşalık içinde bu iki kuralı uygulamak olanaksızdır. Malın bütününde tasarruf, müşalık korunarak olanaklı ve fakat topluluktan ayrılan mallardan biri üzerinde tasarruf, müşalık korunarak olanaksızdır. Burada «çoğu içeren azı da içerir» diyerek sonuca varmak, kent içi yolda trafik akışının esenliği için konulan saatte 50 kilometrelik hızın sıfır kilometreyi haydi haydi içerdiğini söylemek kadar mantığa aykırıdır. Çünkü öz değişmiş, trafik akışı durmuştur. Üstelik evleviyet kuralı nicelik açısından genişletici değil, daraltıcı sonuç vermiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle çoğunluk görüşüne karşıyım.

Sami Selçuk

Altıncı Ceza Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Medenî Kanunun 612. maddesine göre yapılan temlik sözleşmesinin geçerli olabilmesi için miras payının tamamını kapsamasının gerekip gerekmediği, başka bir anlatımla terekeye dahil bir maldaki payın da temlik edilebilip edilemeyeceği sorunu, İsviçre hukukunda kendisini hissettirmemiştir. Türk hukukunda ise bu sorun, tartışmalara, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durumun, kökü Cermen hukukuna dayanan iştirak halinde mülkiyet müessesesinin toplumun ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olmasından kaynaklandığı kuşkusuzdur.

Mirasçılar arasındaki birliğin, dolayısıyla ailenin korunması ve aralarına yabancı kişilerin girmesine engel olunması amacıyla hukuk düzeninde yer verilmiş olan miras ortaklığı, iştirak halinde mülkiyetin uygulamada en çok rastlanan bir örneğini oluşturmaktadır. Mirasın açılmasından taksimine kadar geçen süre içinde devam eden bu ortaklıkta mirasçılar, terekeye dahil malların tümü üzerinde haklara sahiptir. Öteki iştirak halinde mülkiyet örneklerinde olduğu gibi miras ortaklığında da, ortak malların tamamı ya da belli bir parçası üzerinde tasarrufta bulunabilmek için ortakların birlikte hareket etmeleri gerekir. Mirasçılarının tek başlarına tasarrufta bulunabilmeleri mümkün değildir. Bu tasarruf yasağının tek istisnasını, Medenî Kanun'un 612. maddesinde öngörülen miras hisselerinin temlikine ilişkin kural oluşturmaktadır. Bilindiği gibi anılan madde, miras hissesinin temlikinin öteki bir mirasçıya ve üçüncü bir kişiye yapılması hallerini ayrı ayrı düzenlemiş bulunmaktadır.

İçtihadi birleştirmeye konu olan sorunun çözümlenebilmesi için, ilgileri nedeniyle mirasın taksimi ve gayrimenkul satış vaadi konularının burada kısaca gözden geçirilmesi yerinde olacaktır :

Medenî Kanun hükümlerine göre mirasçılar, mirasın kısmen ya da tamamen taksimini her zaman gerçekleştirebilirler. Kısmî taksim terekeye dahil malların ya da mirasçılarının bir bölümü ile sınırlı olabilir. Medenî Kanun'un kısmî taksime cevaz vermiş bulunmasından, terekeye dahil bir maldaki miras payının da temlik edilebileceği sonucuna varmak doğru değildir. Gerçekten kısmî taksim için mirasçılarının ittifakla hareket et-

mesi gerektiği halde, miras payının temlikinde bütün mirasçılardan devreye girmesi zorunluğuyoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kısmen taksimin iştirak halinde mülkiyet müessesesine ters düşen bir yönü mevcut değildir. Kısmi taksimde miras ortaklığı, kalan malların taksimine dek, öteki mirasçılar arasında varlığını sürdürmektedir.

Gayrimenkul satış vaadine gelince, bir kimsenin resmi şekle uymak koşuluyla, başkasına ait bir taşınmaz malın satışı vaadinde bulunması mümkündür. Hukuk düzeninin başkasına ait bir malın satışı vaadinde bulunabilmesi olanağı vermesinden, mirasçılardan da, terekeye dahil belki bir maldaki paylarını devredebilecekleri sonucu çıkarılamaz. Medeni Kanun'un 612. maddesi, adi yazılı şekilde miras payının temlikini öngören özel bir düzenleme getirmiştir. Sözü geçen maddede yer alan kuralların, herşeyden önce iştirak halinde mülkiyet kurumu ile ters düşmeyecek ve bu arada miras ortaklığının niteliğini bozmayacak şekilde yorumlanması gerekir. Miras payının temlik ve gayrimenkul satış vaadi ayrı ayrı ihtiyaçlara cevap veren, nitelikleri ve etkileri birbirinden farklı kurumlardır.

Bu genel açıklamadan sonra, içtihadı birleştirmenin konusuna gelince; konunun kapsamlı olarak ele alınması kararlaştırıldığı, bir sınırlandırmaya gidilmediği için, miras payının temlikinin mirasçılar ve mirasçı ile üçüncü kişi arasında yapılması hallerinin ayrı ayrı incelenmesi zorunludur.

Medeni Kanun'un 612. maddesi, önce mirasçılar, sonra da mirasçı ile üçüncü kişi arasında yapılan temlik sözleşmelerini düzenlemiştir. Ana ve babadan biri ile çocuklar arasında yapılan temlik sözleşmesine ilişkin bölümü bir yana bırakılacak olursa, 612. madde aynen şöyledir: «Miras haklarının temlikine müteallik mirasçıların birbiri ile akteceği mukaveleler (in) ... yazılı olması şarttır. Mirasçılardan biri ile hissesinin temlikine dair üçüncü bir şahıs arasında akteilmiş olan mukavele, üçüncü şahsa taksime müdahale hakkı vermez. Üçüncü şahsın hakkı, ancak temlik eden mirasçıya ayrılan hissenin talebine münhasırdır.» Bu maddenin mirasçılar arasında yapılan temlik sözleşmesine ilişkin birinci cümlesi, sözleşmenin yazılı şekilde düzenlenmesini öngörmekle yetinmiş, fakat kapsamı ve etkisi konularını meskût bırakmıştır. Üçüncü kişilerle yapılan temlik

sözleşmesine ilişkin ikinci ve üçüncü cümleler ise, birinci cümlelerin tersine, kapsam ve etki konularında kurallar koymuş, fakat sözleşmenin ne şekilde yapılacağını göstermemiştir. Bu durumda içtihadı birleştirme konusu sorunun çözümünde 612. maddedeki kuralların yalnız başlarına değil, birbirleriyle karşılaştırılarak yorumlanmaları gerekir.

612. maddenin açık hükmüne göre, üçüncü kişi ile yapılan temlik sözleşmesi sadece şahsî bir boş doğurur: Üçüncü kişi mirasçılık sıfatını kazanmaz ve dolayısıyla da taksime müdahale hakkı yoktur. Öte yandan, böyle bir temlikin miras payının tümünü kapsaması gerekeceği de kuşkusuzdur. Çünkü 612. maddenin son cümlesi üçüncü kişinin, temlik eden mirasçıya düşecek payı isteyebileceğini açıklamaktadır. Bu düzenleme, miras ortaklığı kurumunun varlık nedenine uygundur. Gerçekten miras ortaklığında, mirasçıların ortaklığa dahil malların tamamı üzerinde haklara sahip olduklarına, mirasçılar arasına yabancı kişilerin girmesine engel olunmak amacı güdüldüğüne göre, bu konuda başka bir düzenleme biçimi düşünülemezdi.

Mirasçılar arasında yapılan temlik sözleşmesine gelince; az önce de belirtildiği gibi 612. madde bu temlikin kapsamının ne olduğunu belirtmemiştir, birinci cümlede sadece «miras haklarının temliki» deyimine yer verilmeyle yetinilmiştir. Bu durumda birinci cümledeki boşluğun üçüncü cümledeki hükümle doldurulması ve mirasçılar arasında yapılan temlik sözleşmesinin de miras payının tümüne ilişkin bulunduğu sonucuna varılması gerekir. Çünkü mirasçılar arasındaki temlikte aksi görüşün kabulü, iştirak halinde mülkiyet kurumuna ters düşen sonuçlar meydana getirir. Mirasçıların haklarının miras ortaklığına dahil malların tümüne ilişkin olduğuna, taksimden önce belli bir mal üzerinde somut bir haktan söz edilemeyeceğine göre, bir mirasçının öteki mirasçıya terekeye dahil bir maldaki payının temliki de düşünülemez. Çoğun içinde azı da vardır kuralı burada uygulanarak belli bir maldaki payın da temlik edilebileceği kabul edilemez. Çünkü iştirak halinde mülkiyet kavramı, bu kuralın uygulanması olanağı vermez. Her mirasçının hakkı tüm mallara ilişkin olup, bunlardan birinde ya da diğerindeki payın devri caiz değildir. İsviçre uygulamasında bu konuda tereddüt edilmemektedir. Federal Mahkeme, 28/2/1974 günlü kararında, iki mirasçı tarafından terekeye dahil bir taşınmaz mal üzerindeki

intifa hakkının öteki bir mirasçıya devri işleminin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. (JdT 1975 I 153). Federal Mahkeme'ye göre, terekeye dahil bir mal ya da hak üzerindeki payın temlik olanağı yoktur.

Mirasçılar arasındaki temlik sözleşmesinin miras payının tümüne ilişkin bulunması gerektiği görüşü, memleket gerçeklerini dikkate almadığı ileri sürülerek eleştirilmektedir. Bu konuda belirtmek gerekir ki, Medeni Kanun, iştirak halinde mülkiyet müessesesini hiçbir değişikliğe tabi tutmadan bir bütün halinde İsviçre hukukundan almış bulunduğundan, bu kurallar 60 yıldan beri ülkede uygulanagelmektedir. Bu nedenle iştirak halinde mülkiyete ilişkin kuralların ülke ihtiyacına cevap vermemesi nedeniyle bir kenara bırakılması düşünülemez.

İsviçre öğretisinde baskın görüşe göre, mirasçılar arasında yapılan temlik sözleşmesi aynı etki husule getirir: Sözleşme ile temlikte bulunanın mirasçılık sıfatı son bulmakta, temlik edilen mirasçının miras payı ise kendiliğinden artmaktadır. Federal Mahkeme, 18/11/1976 tarihli kararında, bu görüşün pratik ihtiyaçlara cevap verdiğini, tarafların iradelerine uygun ve belirgin bir sonuç doğmasını sağladığını ve bu nedenle de üstünlüğünün tartışmasız olduğunu açıklamıştır (JdT 1978 I 343).

Sayın çoğunluk tarafından, mirasçılar arasında yapılan temlikin iştirak hali saklı kalmak üzere tapuda işlem yapılabilirliği kabul edilmek suretiyle, aynı etki tezi benimsenmiştir. Bir yandan terekeye dahil bir maldaki payın devrinin, öte yandan aynı etki tezinin kabulü ise son derece çelişkili bir durum ortaya çıkarır. Böyle bir varsayımda, ortaklığa dahil mallar aynı rejim yerine değişik rejimlere bağlı olacak, her bir taşınır ya da taşınmaz mal bakımından ayrı ayrı mirasçılar iştirak halinde malik bulunacaklar, başka bir anlatımla ne kadar mal ve hak varsa, o kadar iştirak halinde mülkiyet meydana gelecektir. Oysa miras ortaklığı, muristen kalan tüm taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve hakları kapsayan nevi şahsına münhasır bir ortaklık türüdür. Bu ortaklığın üyeleri ise, tüm mirasçılardır. Ortak mallardan her birindeki miras payının temlikine cevaz verilmesi halinde, ortaklığın bütünlüğü, Medeni Kanun'un sistemi bozulacak, mirasçılar arasında bulunması gereken sıkı ilişkiler gevşeyecek ve ortak malların idaresi güçleşecektir. Bir çok temlik ya-

pılması halinde ise, karma karışık bir durumla karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır.

Açıklanan nedenlerle, sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum. İctihat uyumsuzluğunun Hukuk Genel Kurulunu istikrarlı uygulaması doğrultusunda birleştirilmesi görüşündeyim.

E. Aydın Özkul
9. Hukuk Dairesi Üyesi

IV. Taşınmaz Mülkiyeti

M.K. madde 632'ye göre taşınmaz mülkiyetinin konusu yerinde durucu olan nesnelerdir ve şu nesneler taşınmazdır:

- i) Toprak,
- ii) Tapu kütüğünde bağımsız ve sürekli olarak ayrıca kaydedilen haklar,
- iii) Madenler.

Ayrıca bunlara Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre taşınmaz sayılan «bağımsız bölümler'i de eklemek gerekir.

Taşınmaz mülkiyeti değişik biçimlerde kazanılmış olabilir :

1. Aslen Kazanma - Devren Kazanma :

Mülkiyetin kazanılması, başka bir kimse tarafından devir etme iradesi bulunmadan gerçekleşmişse, kazanma aslen olmuştur, örneğin işgal veya kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma durumları. Mülkiyetin başka bir kimseden geçmesi halinde ise devren kazanma vardır, örneğin miras yolu ile veya satım sözleşmesi sonucu bir taşınmazın edinilmesi.

2. Tescille Kazanma - Tescilden Önce Kazanma :

Medenî hukuk sistemimize göre, kural olarak, taşınmaz mülkiyeti tapu kütüğüne tescil ile kazanılır (M.K. madde 633). Burada tescil, mülkiyeti kazandırıcı bir unsur olduğundan «kurucu» niteliktedir. Önemle belirtmek gerekir ki, tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanması (taşınmaz ediniminde sebebe bağlılık ilkesi), tescil isteminin buna yetkisi olan kişi tarafından

istenmiş olması ve tescil için gerekli olan unsurların belgelenmiş olması gerekir.

Hukukî sebep çoğunlukla bir sözleşmedir, örneğin satım, bağışlama, ipotek sözleşmeleri. Ayrıca biçim konusunda kanun emredici bir hüküm getirmiştir:

M.K. madde 634'e göre : «Mülkiyeti geçirme borcu doğuran sözleşmeler resmi biçimde yapılmadıkça (tapu sicil muhufızının aracılığıyla) geçerli olmazlar.»

Ancak kural bu olmakla beraber, resmi biçime uyma zorunluğunun bazı istisnaları vardır. 10.12.1952 tarihli ve 2/4 sayılı bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre, mirasın paylaşımına ilişkin olarak yapılan sözleşmeler, taşınmazlarla ilgili olsalar dahi, M.K. madde 611 uyarınca adi yazılı biçimde yapılmış olmaları yeterlidir. Yine 10.12.1952 tarihli ve 4/5 sayılı bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre, bir «öölünceye kadar bakma sözleşmesi»nde, bakım alacaklısı karşı edim olarak bir taşınmazı bakım borçlusuna devretmekte ise, bu sözleşmenin M.K. madde 479'a göre noter ya da mahkeme huzurunda yapılması yeterlidir.

Tapuya tescil dışında taşınmaz mülkiyetinin devredildiği diğer durumlar da şunlardır :

- a) Aleni açık arttırmalarda, arttırmanın yapıldığı anda taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğar (B.K. madde 225, 231),
- b) Bir ticaret şirketine, bir taşınmaz sermaye olarak konulmakta ise, mülkiyeti devir borcu resmi biçim aranmaksızın ortaklık sözleşmesinin yapılması ile doğar (T.K. madde 140/II). Bu istisnalar dışında resmi biçime uyulmadan yapılan taşınmaz devirleri geçerli olmaz ve mülkiyeti alıcıya geçirmez.

Bir taşınmazın tescilden önce kazanılması durumlarına gelince, bu yollar da şunlardır (M.K. madde 633) :

«Taşınmaz mülkiyetini edinmek için tapu kütüğüne kayıt şarttır. Bununla beraber, işgal, miras, kamulaştırma, cebri icra

yollarıyla veya mahkeme kararı ile bir taşınmazı edinen kimse tescilden evvel bile ona malik olur.

Fakat tescil işlemi tamamlanmadıkça (başkasına) mülkiyeti geçici işlemlerde bulunamaz.»

A) İşgal :

İşgal, bir kimsenin, maliki olmayan bir taşınmaz (arazi veya toprak) üzerinde malik olmak niyetiyle elmenlik kurması sonucu mülkiyetini kazanması durumudur (M.K. madde 635). Adı geçen madde, olumsuz bir anlatım biçimiyle, işgalin, ancak tapuda kayıtlı olmayan ve üzerindeki mülkiyet hakkı terk edilmiş olan taşınmazlar için geçerli olduğunu hükme bağlamıştır.

B) Miras :

Ölenin bıraktığı mal varlığında (terekede) bulunan taşınmazlar, ölüm dolayısıyla, tapu kütüğüne tescile gerek kalmadan kendiliğinden mirasçılara geçer. Mirasçılar birden fazla ise, mülkiyet önce, yine tescilsiz olarak, mirasçılardan hep birlikte oluşturduğu ve henüz paylarının belirlenmediği «miras şirketine», ondan sonra da her birinin payı oranında bireysel mülkiyetlerine geçer.

C) Kamulaştırma :

Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde özel mülkiyette bulunan yerleri —kamulaştırma bedelini ödemek suretiyle— kamulaştırabilirler (A.Y. madde 46).

D) Mahkeme Kararı ve Cebri İcra :

M.K. madde 642/I'e göre : «Bir taşınmaza malik olma hakkını hukukî bir işlemle edinmiş olan kimse, —madde metninde örnek olarak belirtildiği gibi bağışlama gibi bir nedenle— tescil işlemini yaptırmasını o taşınmazın malikinden isteyebilir; yaptırmazsa, taşınmazın kendi malı olduğuna karar verilmesini yargı organından isteyebilir.»

Demek ki, yargı organından karar alınmasıyla, tescile gerek kalmaksızın taşınmazın mülkiyeti kendiliğinden alıcıya geçecektir. Öte yandan üzerine haciz konulmuş veya rehinli yahut iflâs masasına kaydedilmiş bulunan borçlunun taşınmazları, cebri açık arttırma ile satılır ve taşınmazı bu suretle edinen kimse mülkiyetini ihale anında kazanır.

E) Kazandırıcı Zamanaşımı :

M.K. madde 638'e göre : «Haklı bir sebep yok iken, tapu kütüğünde malik olarak kendi üzerinde kayıtlı olan bir taşınmaza aralıksız ve çekişmesiz 10 yıl süre ile iyiniyetle elmen olan kimsenin o taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına itiraz edilemez.»

Burada söz konusu olan genel (veya olağan) zamanaşımıdır; tescil yolsuz nitelikte de olsa, tapu kütüğünde, zamanaşımı ile edinme talebinde bulunan kimsenin adına kayıtlı bir taşınmaz söz konusudur. Bu yolsuzluk, değişik sebeplerle ortaya çıkmış olabilir; örneğin sahte bir vekâletnâme ile düzenlenen satım sözleşmesine dayanarak bir tescil yapılmış veya bizzat tapu memurunun görevini savsaklayarak gerekli belgelerin gösterilmesini talep etmediğinden, gerçek malik dışında bir kimse lehine yolsuz tescil yapılmıştır.

M.K. madde 639/I ve II'ye göre : «Tapu kütüğünde tescilli olmayan bir taşınmaza, çekişmesiz ve aralıksız 20 yıl süre ile malik sıfatıyla elmen olan kimse, o taşınmazın kendi malı olmak üzere tescilini talep edebilir. Tapu kütüğünde malikinin kim olduğu anlaşılamayan veya 20 yıl önce ölmüş ya da yitikliğine karar verilmiş bulunan bir kimsenin üzerinde kayıtlı bir taşınmaza aynı şartlar altında elmen bulunan kimse de, o taşınmazın kendi malı olarak tescilini isteyebilir.»

Bu durumda da özel (ya da olağanüstü) nitelikte bir zamanaşımı vardır. Bu yolla edinime konu olabilecek bir taşınmazın özel mülkiyete tâbi ve kamu emlakı ile devletin hüküm

ve tasarrufu altında bulunan yerler dışında olması da gerekmektedir.

Taşınmazın tescilden önce kazanılmasına ilişkin bütün bu hallerde, artık tescil, taşınmazın devrine yönelik «kurucu» bir kayıt değil, sadece olanı belirten ve belgeleyen «açıklayıcı» bir nitelik kazanmaktadır.

Taşınmaz satış vaadi, taşınmazın mülkiyetinin devrini öngörmeyip, satım işleminin borçlandırıcı safhasına ilişkindir ve taraflardan birine ya da ikisine, taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı veren bir önsözleşmedir. Noterlik kanunu, bu sözleşmeyi yapma yetkisini noterlere vermiştir.

V. Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı

M.K. madde 644'e göre: «Bir toprağa malik olmak, onu kullanmada yararlı olacak ölçüde altına ve üstüne de malik olmak sonucunu doğurur. Taşınmaz mülkiyeti, yasaca konulmuş olan sınırlamalar saklı kalmak üzere, yapılan ve dikilen şeyleri ve kaynakları da kapsar.»

M.K. madde 645, 646 ve 647, taşınmazın yatay olarak kapsamını hükme bağlamaktadır: «Taşınmazın sınırı, plânla ve toprak üzerine konacak işaretlerle belirlenir. Plândaki sınırla toprak üzerindeki sınır birbirini tutmazsa, plândaki sınır doğru sayılır.»

«Sınırları belli olmayan toprağın maliki, komşusunun istemi üzerine gerek plânın düzeltilmesi, gerekse toprak üzerine işaretler konularak sınırın belirlenmesi için ona yardım etmek zorundadır.»

«Duvar, çit ve parmaklık gibi iki taşınmazı birbirinden ayıran nesneler her iki komşunun paylı malı sayılırlar.»

Kural olarak, bir arazi üzerine yapılan yapılar, toprağın ayrılmaz parçasıdır ve arazinin maliki bunların da maliki olur. Ancak söz konusu yapı sökülebilir nitelikte ise (prefabri-ke ev, baraka, kültübe gibi), yukarıdaki kuralın istisnası olarak arazi malikinden başka birisinin de mülkiyetinde olabilirler (M.K. madde 654). Diğer bir istisna, arazi maliki tarafından üçüncü bir kişi lehine «üst hakkı» kurulmasıdır; buna göre, bir kimseye, taşınmazın üstünde veya altında inşaat yapma hakkı verilebilir ve bu hak bağımsız ve sürekli bir nesnel hak olarak tapu kütüğüne tescil edilebilir (M.K. madde 652/I).

Yukarıdaki kuralın bir uzantısı da, «başkasının arsası üzerine üçüncü bir kişi tarafından yapılan yapının malikinin arsa sahibi olacağı» kuralıdır. Ancak kanun, malzeme sahibine de (haksız yapıyı yapan) bazı haklar tanımıştır; örneğin :

M.K. madde 648: «Bir kimse, başkasının yapı malzemesiyle kendi toprağı üzerine veya kendi malzemesiyle başkasının toprağı üzerine yapı yapmış olsa, bu malzeme toprağın bütünleyici parçası olur. Ancak malzeme, malikinin onayı olmadan alınıp kullanılmışsa, sökülmesi aşırı bir zarar doğurmadıkça, maliki onların sökülüp geri verilmesini isteyebilir; sökme gideri toprak malikine düşer. Eğer yapı, toprak malikinin onayı olmadan malzeme malikince yapılmışsa, sökülmesi aşırı bir zarar doğurmadıkça toprağın maliki bunların sökülmesini isteyebilir ve sökme gideri malzeme malikine düşer.»

M.K. madde 649: «Yapı sökülmezse, toprağın maliki yapı malzemesi için uygun bir tazminat vermeye mecburdur. Toprağın maliki yapıyı kötü niyetle yapmışsa, karşı tarafın uğradığı zararın tümünü tazmin ile mahkûm edilebilir. Eğer yapı, malzeme malikince kötü niyetle yapılmışsa, toprağın malikinin malzemeler için vereceği tazminat malzemelerin en az değerini geçmeyebilir.»

M.K. madde 650: «Yapının değeri açıkça toprağın değerinden çok ise, iyiniyetli malzeme maliki, uygun bir tazminat vermek koşuluyla, yapıyla birlikte toprağın tümünün mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir.»

Nihayet, başkasının toprağına taşan bir yapı söz konusu ise, **M.K. madde 651/II:** «Taşmadan zarar gören toprağın maliki, taşmayı öğrendiği günden başlayarak 15 gün içinde buna itiraz etmemişse, yapıyı yaptıranın iyiniyetli ve durumun elverişli olması halinde, taşkın yapının sahibi uygun bir tazminat vermek koşulu ile yapının taşıdığı yer üzerinde kendisine nesnel bir hak tanınmasını veya o yerin mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir» demektedir.

VI. Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırlamaları

Kamu hukukuna dayanan sınırlamalar (kamulaştırma, devletleştirme gibi) şu anda konumuzun kapsamının dışında kalmaktadır.

Özel hukuka dayanan ve kanundan doğan sınırlamalardan biri «kanunî önalım hakkı»dır, veya (öncelikle alım hakkı) da denir.

M.K. madde 659'a göre, bir taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet söz konusu ise, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşların satılan payı —istedikleri takdirde— öncelikle satın alabilme hakları vardır.

Ayrıca taşınmaz malikinin, komşuluk hukukundan doğan bazı yükümlülükleri vardır (**M.K. madde 661 vd.**). Örneğin taşınmaz maliki mülkünü kullanırken komşularına saygı göstermesi, onları rahatsız etmemesi (ses, duman ve gürültü vasıtasıyla) gerekir. Zarar vermemesi şartıyla, komşu taşınmazdan ge-

çen kök ve dallara katlanmak zorundadır; buna karşılık buna katlanan komşu taşınmaz malikinin de taşan dallarda yetißen meyvaları toplayıp almaya hakkı vardır. Toprağı daha yukarıda olan taşınmaz maliki, aşağı taşınmaza akan suların akış yönünü değiştiremez ve kendisine gerekli olandan fazlasının akışını engelleyemez; aynı şekilde aşağıdaki taşınmaz maliki de yukarıdan gelen suların kendi taşınmazından geçmesine katlanmak zorundadır (M.K. madde 666). Genel yola çıkmak için geçidi bulunmayan taşınmaz malikinin, tam değerinin ödenmesi karşılığında, kendisine geçiş için uygun bir yerin bırakılmasını isteme hakkı vardır (M.K. madde 671).

Bazı hallerde de taşınmaz maliki kendi iradesiyle mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına (özellikle mülkiyetin devri açısından) yol açabilir; bunlar, taşınmaz malikinin hukuki işlemlerinden (sözleşmelerden) doğan sınırlamalardır. Bunlardan :

- a) **Önalım (öncelikle alım) hakkı**, belirlenen süre içinde taşınmaz malikinin, taşınmazını satmak istemesi durumunda, önalım (öncelikle alım) hakkı sahibine bir taraflı irade beyanıyla o taşınmazı satın alabilme yetkisi veren kurucu yenilik doğuran haktır. Bu hak tapu kütüğüne kaydedildiği takdirde, taşınmazı ondan sonra edinebilecek bütün maliklere karşı ileri sürülebilir (M.K. 658). Bu hussutaki sözleşmenin, B.K. madde 213'e göre adi yazılı biçimde yapılması gerekir.
- b) **Alım hakkı**, yine bir taraflı irade açıklamasıyla sahibine bir taşınmazı satın alabilme yetkisini verir; burada önalımdan farklı olarak, alım hakkı sahibinin hakkını kullanabilmesi için önce malikle üçüncü bir kişi arasında satım ilişkisinin kurulmasına gerek yoktur. Alım sözleşmesinin resmî biçimde yapılması gerekir ve tapu kütüğüne kaydedilirse her yeni maliki bağlayıcı hale gelir.
- c) **Nihayet geri alım hakkı**, taşınmazını başkasına devretmiş olan kişiye, bir taraflı irade açıklamasıyla taşınmazını geri alabilme yetkisini verir. Burada sözü edilen ve birer sözleşmeyle kurulan hakların tümü, tapu kütüğüne kaydedildiklerinden itibaren 10 yıl geçince artık kullanılamaz.

VII. Taşınır Mülkiyeti

M.K. madde 686'ya göre : «Taşınır mülkiyetinin konusu, bir yerden başka bir yere götürülebilen nesneler ile, taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyen ve edinime elverişli bulunan doğal güçlerdir.»

Taşınır şey, bir taşınmazın ayrılmaz parçası haline gelirse (kapı tokmağı, pencere camı gibi), artık taşınmaz mülkiyetine tâbi olur. Yukarıdaki maddede söz edilen doğal güçler ise (su, elektrik, atom enerjisi gibi), insanların kullanımına girebilecek nitelikte olmalıdır; örneğin bugünkü teknolojik düzeyde şimşeklerin taşıdığı elektrik yükü henüz insanların yararlanımına sunulmamıştır.

Taşınırın devren kazanılması, bir hukukî işlem veya bir sözleşme ile ve elmenliğin devri koşuluyla (M.K. madde 687 teslimden söz etmekte ise de, anlaşılması gereken budur) gerçekleşir. Elmenliğin devrinin salt biçimsel anlamda değil, mülkiyetin devri amacıyla yapılması gerekir.

Taşınır mülkiyetinin devrinde özel bir yer tutan «mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi»ne göre, bir satım sözleşmesi ile satıcı, alıcıya teslim ettiği mal üzerinde belirli bir koşulun gerçekleşmesine kadar (çoğunlukla taksitlerle ödenen mal bedelinin tümünün ödenmesinin bitimine kadar) mülkiyeti kendisinde alıko-yacak ve fakat taşınırın elmenliğini alıcıya geçirecektir. Biçim açısından bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve noter tarafından onaylanması sıhhat koşuludur.

Taşınır mülkiyetinin aslen kazanılması aşağıdaki hallerde mümkündür :

1. Benimseme (ihraz):

Benimseme, sahipsiz bir taşınır nesne üzerinde malik olmak arzusu ile elmenlik kurulmasıdır (M.K. madde 691). Örneğin tabiatla yakalanan bir hayvan veya kazılarak çıkartılan değerli bir taş.

2. Buluntu (lukata):

Asıl malîkinin elinden mülkiyetini terketme iradesi olmadan çıkan (buluntunun, unutulmuş veya kaybedilmiş bir taşınır olması gerekir; malikince bilerek bırakılmışsa buluntu sayılmaz) ve değeri 1 TL.— (bir) den fazla olan bir nesne, bulunduğu evin sahibine veya resmî daireye teslim edildikten sonra 5 yıl içinde sahibinin ortaya çıkmaması halinde onun maliki olur (M.K. madde 693).

3. Define :

Define, bulunmasından çok önce gömülmüş veya saklanmış olup, artık asıl gerçek malîkinin olmadığı kesin olan değerli eşyalara denir ve kimin taşınmaz veya taşınırında bulunursa onun mülkiyetine girer. Ancak bulan, onun için bulunduğu şeyin maliki değilse de, değerinin yarısını aşmamak koşuluyla ödül isteyebilir. Bilimsel ve tarihsel değeri olan eşya ve antikalar ise özel mülkiyet konusu olamaz ve bulundukları anda devletin mülkiyetine girerler (M.K. madde 697).

4. İşleme Sonucu Kazanma :

M.K. madde 699'a göre : «Bir kimse, kendi malı olmayan bir nesneyi işlemiş veya başka bir biçime koymuş olup ta, emeğinin değeri o nesnenin değerinden daha çoksa, yeni şey işleyenin, değilse malîkinin olur. İşleyen iktisadi değilse, emeğinin değeri o nesnenin değerinden çok olsa bile, mahkeme yeni şeyin mülkiyetini o nesnenin malîkine bırakabilir. Tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakları saklıdır.»

5. İki Şeyin Karışması ya da Birleşmesi Sonucu Kazanma :

M.K. madde 700'e göre : «Başka başka kimselerin taşınırıları, önemli olarak, parçalanmaksızın veya aşırı bir emek veya para harcanmaksızın ayırdedilmeyecek ölçüde birbirine karışmış

veya birleşmiş olursa, o kimseler, karışımı oluşturan malların karışma ve birleşme zamanındaki değerleri oranında paydaşı olurlar. Karışan veya birleşen taşınırlardan biri ötekinin eklen-tisi sayılacak bir malsa, karışımın mülkiyeti ana malın malikinin olur.»

6. Zamanaşımıyla Kazanma :

M.K. madde 701'e göre : «Başkasının taşınırı-na çekişmesiz ve aralıksız, malımdır diye ve iyiniyetle 5 yıl elmen olan kimse, o malı zaman-aşımıyla edinmiş olur. Elmenin, kendi isteği dı-şında bir nedenle elmenliği yitirmesi, zamanaşı-mımı kesmez; yeter ki, o, taşınırı bir yıl içinde ele geçirmiş veya bu süre içinde elmenlik davası açmış olsun.»

Taşınır bir mal üzerindeki mülkiyetin kaybedilmesi yalnızca elmenliğin kaybedilmesi ile gerçekleşmez; bunun için malikin taşınır üzerindeki mülkiyetini kendi iradesiyle terketmesi veya taşınırın —elmenliğin devri yolu ile— başkası tarafından edi-nilmesi gerekir. Ayrıca taşınırın maddeten yok olması, ya da özel mülkiyete konu olmaktan çıkması (kamulaştırılması) ya da sahipsiz bir eşya haline gelmesi ile de mülkiyet mutlak olarak sona erer.

Mülkiyetten Başka (Sınırlı) Nesnel Haklardan

§ 16. Yükümlenim Hakları ve Taşınmaz Yükümü

I. Taşınmaz Yararına Yükümlenim Hakkı

Taşınmaz yararına yükümlenim hakkı, bir taşınmaz üzeri-ne diğer bir taşınmaz yararına yüklenmiş bir yüküdür. Yükümlü taşınmazın maliki, mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerini kullanmak bakımından —yükümlenim hakkı sahibinin lehine olarak— sınırlamaya tâbi tutulmuştur. Bu sınırlama, ya yarar-

lanan taşınmaz lehine bazı haklarını kullanmamak, ya da yararlanana taşınmaz maliki tarafından bazı yetkilerinin kullanılmasına katlanmak biçiminde olacaktır. Örneğin yararlanan taşınmaz maliki, yükümlü taşınmaz üzerinde bir «geçit hakkı»na sahipse bu hakkını kullanmasına katlanmasını diğerinden isteyecektir. Burada dikkat edilecek husus şudur: taşınmaz yararına yükümlenim hakkının konusu daima olumsuz bir edimdir (bir kaçınma, ya da bir katlanma). Olumlu bir edim, ancak bir yan borç olarak olumsuz borca eklenebilir.

M.K. madde 703'e göre: «Yükümlenim hakkı, bir taşınmaz üzerine, başka bir taşınmaz yararına yükletilen öyle bir yükümdür ki, yükümlü taşınmazın malikini, yararlanan taşınmaz malikinin kullanmaya ilişkin belirli bir takım eylemlerine katlanmaya veya mülkiyete özgü bazı haklarını kullanmaktan sakınmaya zorunlu kılar.

Bir eylemde bulunma yükümü, başlı başına bir yükümlenim hakkı olmayıp, ancak bir ek olarak bağlanabilir.»

Taşınmaz yararına yükümlenim hakkının en önemli özelliği şudur: hak sahibi şahsen değil, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına göre belirlenir. Bunun sonucu olarak, taşınmazın mülkiyeti devredilince, yeni malik de devirle birlikte kendiliğinden yükümlenim hakkının sahibi olur. Bu nedenle yükümlenim hakkına «şeyaya bağlı hak» da denir. Buna karşılık yükümlü taşınmaz açısından da, ortada bir «şeyaya bağlı borç» vardır.

Taşınmaz yararına yükümlenim hakkının kazanılması M.K. madde 704'te düzenlenmiştir.

«Yükümlenim hakkının kurulması için tapuya tescil gereklidir. Başka türlü kural bulunmadıkça, mülkiyete ilişkin kurallar, yükümlenim hakkının ediniminde ve tescilinde uygulanır. Yükümlü taşınmaz mülkiyetinin zamanasımı ile kazanılması ne gibi gereklere bağlı ise, yü-

kümülenim hakkı da zamanasımı ile o gereklere göre kazanılır.»

M.K. madde 705'e göre : «Yükümlenim hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme resmi olmadıkça geçerli değildir.»

Taşınmaz yararına yükümlenim hakkının sona ermesi ise:

M.K. madde 707 : «Yükümlenim hakkı, tapu kütüğündeki yazının silinmesi (terkini) veya ilgili iki taşınmazdan birinin büsbütün yok olması ile sona erer.»

M.K. madde 709'a göre : «Yükümlenim hakkı, sağladığı yararları büsbütün yitirmişse, yükümlü taşınmazın maliki bu hakkın siliminin isteyebilir.

Doğurduğu yükümlere oranla pek az yarar sağlayan yükümlenim hakkının tümünün veya bir bölümünün, tazminat karşılığında silinmesi istenebilir.»

M.K. madde 708/II'ye göre : «Silinmedikçe, yükümlenim hakkı, bir nesnel hak olarak öylece kalır.»

Taşınmaz yararına yükümlenim hakkının kapsamı, kurulduğu andaki duruma göre belirlenir. Daha sonra ortaya çıkan koşullardaki değişiklikler yükümlü taşınmazın yükümünü ağır- laştırmamalıdır, örneğin bir taşınmaz üzerinde geçit hakkı kurulmuşsa motorlu araçların çoğalması üzerine bu geçit daha yoğun ve bütün araçlara açık bir biçimde kullanılamaz (M.K. 712). Hak sahibinin kullanımının sınırını da kanun belirlemiştir.

M.K. madde 711/II'ye göre : «Yükümlenim hakkının kapsamı, tapu kütüğünde yazılı sınır içinde gerek doğuş nedenine göre, gerek uzun süreden beri çekişmesiz ve doğrulukla (iyiniyetle) ne yolda kullanılagelmiş ise ona göre belirlenir.»

M.K. madde 714/I'e göre : «Yükümlenim hakkı yükümlü taşınmazın belirli bir yeri üzerinde ise, o taşınmazın maliki, yararı bulunur ve giderini de üzerine alırsa, yükümün, taşınmaz üzerinde yükümlenim hakkının kullanılmasını güçleştirmeyecek başka bir yere kaldırılmasını isteyebilir.»

M.K. madde 716'ya göre : «Yükümlü taşınmaz parselenirse, yükümlenim hakkı, kural olarak, her parsel üzerinde olduğu gibi kalır. Şu kadar ki, yükümlenim hakkı (yeni duruma göre) parsellerden biri üzerinde fiilen kullanılmaz veya kullanılamazsa, o parselin maliki, yükümlenim hakkının kendi taşınmazı üzerinden silinmesini isteyebilir.»

II. Kişi Yararına Yükümlenim Hakkı

Bunlar, bir taşınmaz üzerinde değil, belirli bir kişi yararına kurulan yükümlenim haklarıdır. Hak sahibi kişiler «belirli» olduğu için, bu haklar başkasına devredilemezler ve miras yoluyla başkasına geçirilemezler. Bunlar iki türdür: yararlanım hakkı (intifa hakkı) ve oturma hakkı (sükna hakkı).

1. Yararlanım Hakkı :

M.K. madde 717'ye göre : «Yararlanım hakkı, taşınırlar ve taşınmazlar ile haklar ve bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. Başka türlü bir kural bulunmadıkça bu hak, sahibine, üzerine kurulduğu nesnede tüm yararlanma yetkisini sağlar.»

Yararlanım hakkı kurulmuş bir şeyin üzerinde, malikine sadece çıplak mülkiyet kalır. Yararlanım hakkı, taşınırlarda elmenliğin devri ile, taşınmazlarda ise tapu sicil memurunun önünde yapılan resmi senet, tescil istemi ve tescilin kütüğe kaydı ile gerçekleşir. Yararlanım hakkının sadece sözleşme ile değil, kandan da doğmuş bulunması mümkündür.

M.K. madde 444'e göre : «Miras bırakanın eşi miras bırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olursa seçmelidir: dilerse kalıtın (terekenin) yarısı üzerinde yararlanım hakkı, dilerse 1/4 ünün mülkiyetini alır.

Miras bırakanın babası, anası veya bunların altsoyları ile birlikte mirasçı olursa, kalıtın 1/4 ünün mülkiyeti ile birlikte yarısının yararlanım hakkını alır (...) Bunlar da yoksa bütün mirasın mülkiyetini alır.»

Kanuni yararlanım hakkının hak sahibine geçmesi için herhangi bir biçim koşulu yoktur. Hak sahibi, ölüm olayı ile birlikte kendiliğinden (gerektiği zaman yapacağı seçime göre) yararlanım hakkını kazanır (M.K. madde 719). Bu durumda bundan sonra yapılacak işlemler (elmenliğin devri veya tapu kütüğüne tescil gibi) ancak «açıklayıcı» nitelikte sayılacaktır.

Yararlanım hakkının sona ermesi, Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. M.K. madde 720'ye göre: «Yararlanım hakkı, üzerinde kurulduğu nesnenin büsbütün yok olması ile ve taşınmaz üzerinde kurulup da tescilli gerekiyorsa, kütükteki yazımın silimi ile sona erer.

Sürenin dolması veya yararlanım hakkı sahibinin bu haktan vazgeçmesi veya ölümü gibi sona erme nedenleri, taşınmazlar üzerindeki yararlanımlarda, taşınmazın malikine, yalnız kütükteki yazımın silimlenmesini isteme hakkı verir.

Yasal yararlanım hakkı, onu doğuran nedenin ortadan kalkması ile sona erer.»

M.K. madde 721/1'e göre: «Yararlanım hakkı, hak sahibinin ölümü, eğer yararlanım hakkı sahibi tüzel kişi ise, kişiliğinin sona ermesi ile ortadan kalkar.»

Yararlanım hakkının sonuçlarını da kısaca şöyle özetleyebiliriz :

A) Yararlanım hakkı, iyi bir yönetimin gerektirdiği kural-lara uymak koşulu ile, o nesneyi yönetme hakkını da içerir (M.K. madde 727);

B) Yararlanım süresi içinde yetişen doğal ürünler hak sa-hibinin olur. Ancak doğal verim veya ürün niteliğini taşımayan ayrılmaz parçalar malikindir (M.K. madde 728);

C) «Yararlanım hakkı ile yükümlü olan anaparanın faiz-leri ve takside bağlı başka gelirleri, ivedisiz bile olsalar, yarar-lanım başladığı günden sona erdiği güne kadar yararlanım hak-kı sahibinin olur» (M.K. madde 729);

D) «Kişiye sıkıca bağlı olmayan yararlanım hakkının kul-lanılması başkasına geçirilebilir» (M.K. madde 730/I);

E) «Malik, haklarının tehlikede olduğunu kanıtlarsa, ya-rarlanım hakkı sahibinden teminat (güvence) isteyebilir» (M.K. madde 732);

F) «Malik ve yararlanım hakkı sahibi, giderleri ortaklaşa ödenmek üzere, yararlanılan malların resmî bir defterinin tutul-masını her zaman isteyebilirler» (M.K. madde 735).

2. Oturma Hakkı :

M.K. madde 748'e göre : «Oturma hakkı, bir yapıda veya onun bir bölümünde oturma yet-kisidir. Bu hak başkasına devredilemez ve mi-rasçıya geçmez.

Yasada başka türlü kural olmadıkça, yararlan-ım hakkına ilişkin kurallar oturma hakkına da uygulanır.»

M.K. madde 749'a göre : «Oturma hakkının kap-samı, genel olarak, oturucunun kişisel ihtiyaç-larına göre saptanır. Yalnız kendisine özgü ol-duğu açıkça bildirilmiş olmadıkça, üzerinde oturma hakkı bulunan taşınmazda, oturucunun, ailesi ve ev halkı ile birlikte oturma yetkisi

vardır. Bir yapının yalnız bir bölümünde oturma hakkı olan kimse, o yapının ortaklaşa kullanmaya özgü olan yerlerinden yararlanabilir.»

3. Düzensiz (karma) Yararlanım Hakları :

Bunlar, tarafların iradesine göre hem devredilebilecek hem de devredilmeyecek biçimde kurulabilirler. Bunlardan biri üst hakkı (yapı hakkı)dır.

M.K. madde 751'e göre : «Malik, taşınmazının üzerinde veya altında yapı yaptıрма veya yapılmış bir yapıyı alıkoyma yetkisini bir üçüncü kişiye veren yükümlenim hakkı kurabilir. Tersine sözleşme olmadıkça, bu hak başkasına devredilebilir ve mirasçıya geçer. Bu yükümlenim hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte ise, tapu kütüğüne taşınmaz olarak yazımlanabilir.»

Düzensiz yararlanımlara bir diğer örnek «kaynak hakkı»dır.

M.K. madde 752'ye göre : «Başkasının toprağındaki kaynak üzerinde hakkı bulunan kimse, bu toprağın malikini, suyun alınması veya akıtılması için gerekli izni vermeye zorlayabilir. Tersine sözleşme olmadıkça, bu hak başkasına devredilebilir ve mirasçıya geçer. Eğer kaynak hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte ise, tapu kütüğüne taşınmaz olarak yazımlanabilir.»

M.K. madde 753/I, «Diğer yükümlenim hakları» ismi altında şu hükmü getirmiştir: «Malik, kendi toprağı üzerinde, herhangi bir kişi veya

topluluk yararına olmak üzere, toprağın bunlara elverişli olması koşulu ile, nişan talimi yapma veya gelip geçme gibi belirli bir yararlanım için başka yükümlenim hakları kurabilir.»

III. Taşınmaz Yükümü

Taşınmaz yükümü, taşınmaz malikinin, taşınmazı teminat olarak göstermek suretiyle diğer bir kimseye bir şeyi vermesi ya da yapmasını sağlayan bir sınırlı nesnel haktır.

M.K. madde 754/1, II'ye göre : «Taşınmaz yükümü, bir taşınmaz malikinin, bu taşınmazı dolayısı ile ve bu taşınmaz karşılık olmak üzere, başka bir kimse yararına, bir şey yapma veya verme ile yükümlü tutulmasıdır.»

Bu yüküm, başka bir taşınmazın maliki yararına da, o taşınmaz dolayısıyla kurulabilir.»

Taşınmaz yükümü de bir esyaya bağlı borç doğurur; dolayısıyla yükümlü taşınmazın el değiştirmesi durumunda borç sona ermeyip, yeni taşınmaz malikleri de aynı borcu üstlenirler. Taşınmaz yükümü, geçerli bir hukuki sebebe dayanan tescille kazanılır (M.K. madde 755); silim veya yükümlü taşınmazın tamamen ortadan kalkması ile sona erer (M.K. madde 759). Taşınmaz yükümü, bir kişisel alacak hakkı doğurmaz ve alacaklıya alacağını yalnız yükümlü taşınmazın değeri üzerinden elde etmesi hakkını sağlar (M.K. madde 763). Ancak önemle belirtilmesi gereken husus şudur :

«Verilecek veya yapılacak şey, ivedili olduğu gündən başlayarak üç yıl sonra kişisel borç olur ve yükümlü taşınmaz artık bu borcun karşılığı olmaktan çıkar (M.K. madde 763/2. nci cümle).

§ 17. Mülkiyetten Başka (sınırlı) nesnel Haklardan Taşınmaz ve Taşınır Rehni Hakkı

I. Genel Olarak

Rehin hakkı, hak sahibine, bir alacağa teminat olarak gösterilmiş bir taşınmaz, taşınır veya bir hakkı paraya çevirtip, böylece alacağını sağlama imkânı verir. Taşınmaz rehni, bir sınırlı nesnel (aynî) haktır; bu sebeple herkese karşı ileri sürül-

lebilir niteliktedir. Hukukumuzda taşınmaz rehni türleri belirlenmiştir ve bunların dışında bir rehin biçimi geçerli değildir. Bunlardan ilki, sadece bir alacağı teminat altına alma işlevine sahip olan **ipoteke**'tir ve aşağıda bu konuya geniş olarak değinilecektir. Diğer bir taşınmaz rehni türü **ipoteekli borç senedi**'dir. M.K. madde 812'nin tanımına göre, bu, «taşınmaz rehniyle güvenceye bağlanmış bir kişisel alacaktır» ve ipotekten farklı olarak bir kıymetli evraka bağlanarak dolaşım yeteneğine sahiptir. Nihayet gelir (irat) senedi de aynı biçimde dolaşıma çıkarılabilir, ancak bu halde de ortada bir kişisel alacak kalmamıştır, bir taşınmazın üzerinde sınırlı bir nesnel hak yaratılmıştır ve bunun sonucu olarak taşınmaza kim malik olursa borçlu da o olacaktır, diğer deyişle «şeyya bağlı borç» yaratılmıştır.

Özetle ipotek ve ipotekli borç senedi kişisel sorumluluk doğururken gelir senedinde kişisel sorumluluk yoktur. Buna karşılık ipotekli borç senedi ve gelir senedinin dolaşım yeteneği varken, ipotek dolaşıma çıkarılamaz.

II. Taşınmaz Rehnine İlişkin İlkeler ve Kapsamı

Taşınmaz rehninde öncelikle «belirtililik» aranır. Dolayısıyla rehnin konusunu oluşturan taşınmaz tapuda açık olarak kayıtlı olmalıdır.

M.K. madde 796'ya göre : «Rehin kurulurken, bununla sağlanan taşınmaz açıkça belirlenmelidir. Bölünme tapu kütüğüne işlenmiş olmadıkça, bir taşınmazın bölümleri rehnedilemez.»

M.K. madde 770'e göre : «Birden fazla taşınmaz, aynı malike veya birlikte veya dayanışmalı borçlu olan kimselerin malı ise, aynı alacak için rehin verilebilir. Aynı alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulan diğer bütün hallerde, taşınmazlardan her biri bu alacağın belirli bir bölümü için bağlanmak gerekir. Aksine anlaşma olmadıkça, rehnin bölüştürülmesi, her taşınmazın değeriyle orantılı olmalıdır.»

Taşınmaz rehni, tapuya tescille kurulacağına göre, tapu kütüğünün tâbi olduğu «kamuya açıklık ilkesi»nin burada da geçerli olacağı açıktır.

Bir taşınmazın üzerine birden fazla rehin konulabilmesi için yasal bir engel olmadığına göre, ortaya bir «öncelik hakkı kimde olacaktır» sorusu çıkacaktır. Taşınmaz rehninde sıra, kuruluş tarihine göre değil (kronolojik olarak değil), bir derece sistemine göre belirlenir. Derece, taşınmaz malikinin iradesine göre, taşınmazın bölündüğü farazî değer parçalarıdır. Buna göre malik, daha sonraki bir tarihte, —önceki dereceyi boş bırakmak suretiyle— daha önceki dereceden bir rehin hakkını taşınmazı üzerinde kurabilir. Kural olarak, bu biçimde belirli dereceye yerleştirilmiş olan rehin hakları, aksine anlaşma olmadıkça, üstteki derece boşalınca kendiliğinden o dereceye ilerlemezler ki, buna «rehinde sabit derece sistemi» denir. İstisnai olarak serbest dereceye ilerleme hakkı kanundan da doğmuş olabilir.

M.K. madde 787'ye göre: «Bir rehin hakkı, sonraki bir derecede kurulur ve ondan önceki derecede rehin bulunmazsa veya borçlu, kendi adına düzenlenen ve önceki derecede bulunan bir ipotekli borç veya gelir senedini kullanmazsa veya önceki derecede bulunan alacaklar tapu kütüğünde belirtilmiş olan miktara ulaşmazsa, rehinin paraya çevrilmesi ile elde edilen satış parası, boş derecelere bakılmaksızın rehinli alacaklılara sıralarına göre bölüştürülür.»

Görüldüğü gibi, hükümde belirtilen koşullar gerçekleşirse, rehin alacaklısı her ne kadar derece olarak aşağıda da olsa, rehinli taşınmazın satışından elde edilecek paradan, yukarıdaki derecede imiş gibi pay alacaktır. Ancak bu ve bunun gibi kuralar (bkz. M.K. madde 792 ve 793) yine de sabit derece sistemini bozmazlar. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, taraflar aralarında serbest dereceye ilerleme hususunda anlaşabilirler.

M.K. madde 786/II'ye göre: «Sonraki derecelerde bulunan alacaklılara, boşalan dereceye geçme hakkını veren sözleşmelerin geçerli olması, tapu kütüğüne bu yolda belirtim verilmesine bağlıdır.»

Bu hükmün de konuluş amacı üçüncü kişilerin 'iyiniyetle taşınmaz edinimlerini ve tapu kütüğüne güven ilkesini sağlamaktır, çünkü böylece serbest dereceden yararlanma hakkı üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir nitelik kazanacaktır.

Taşınmaz rehininin kapsamına ilişkin kurallar Medeni Kanun'da hükme bağlanmıştır.

M.K. madde 777'ye göre : «Taşınmaz rehini, ayrılmaz parçaları ve eklentileri de kapsar. Makine ve otel döşemesi gibi rehin senedinde açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğüne işlenen nesneler yasaya göre eklenti sayılamayacakları kanıtlanmadıkça eklenti sayılırlar. Üçüncü kişilerin eklenti üzerindeki hakları saklıdır.»

Taşınmaz rehini kapsamına sadece rehinli taşınmazın satışından elde edilen para dahil değildir.

M.K. madde 778/1'e göre : «Kiracıya verilmiş bir taşınmazın üzerindeki rehin, rehinin paraya çevrilmesi için başlayan takibattan veya borçlu için verilen iflâs kararından, paraya çevirme zamanına kadar geçen sürenin kiralarnı da kapsar.»

M.K. madde 794/1'e göre : «İvedili olan (ödenmesi gereken) sigorta parası, ancak taşınmazın tümü üzerinde rehin hakkı olan bütün alacaklıların onayı ile malike verilebilir. Bununla birlikte bu para, rehinli taşınmazın eski durumuna getirilmesi için yeterli bir teminat karşılığında malike ödenir.»

Nihayet taşınmazın rehinli olması, malikin, taşınmaz üzerindeki egenim yetkisini ortadan kaldırmaz; zira M.K. madde 784, malikin, rehinli taşınmazı, başka nesnel haklarla sınırlamaktan feragatı yasaklamıştır. Aynı biçimde, rehin hakkının kurulmasından sonra malikin, taşınmazı üzerinde yapacağı egenimler rehin hakkı sahibini etkilememelidir; hattâ taşınmaz, paraya çevrileceği zaman bu tür bir sınırlama —sonradan yapılmış

ve rehin alacaklısının hakkını zedeleyen— kendiliğinden ortadan kaldırılır; diğer deyişle M.K. madde 784'ün ifadesiyle «taşınmaz, bunlar sınımlanmış (terkin edilmiş) olarak satılır. Buna karşılık, bu tür sınırlamalar rehin alacaklısının hakkına tecavüz etmiyorsa taşınmaz bunlarla birlikte satılır.»

III. İpotek

İpoteğin amacı ve niteliği Medenî Kanun'da belirtilmiştir.

M.K. madde 796'ya göre : «Doğmuş veya ileride doğacak veya doğabilecek olan bir alacağın güvenceye bağlanması için ipotek kurulabilir. İpotekle sınırlanan taşınmazın, borçlunun kendi malı olması gerekli değildir.»

Bu hükümden ipoteğin önemli özelliklerini çıkarabiliriz:

i) İpotek, ileride gerçekleşecek ve hattâ gerçekleşmesi sadece muhtemel bir alacak için de teminat olarak verilebilir.

Ancak burada bir güçlük karşılabilir; teminat altına alınmak istenen ve ileride doğacak borç miktarı henüz belirli değilse, rehinde güvenceye alınacak meblâğ nasıl belirlenecektir? Bunun cevabını M.K. madde 766 vermektedir.

«Taşınmaz rehmi ancak belirli bir alacak için miktarı Türk parası ile gösterilerek kurulabilir. Alacağın miktarı belli değilse, taşınmazın en çok ne miktar için güvence olacağı her iki tarafça saptanır.» (azami meblâğ ipoteği).

ii) Rehine borçlusu ile taşınmazı ipotek edilen kimsenin aynı kişiler olması gerekmez.

Bunun, rehine yükümlüsünün taşınmazını satması ile sonradan ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda taşınmazı eden yeni malik, rehmin paraya çevrilmesi yolu ile taşınmazın satışına geçildiğinde buna katlanmak zorunda olacaktır. Ancak M.K. madde 779'a göre, kişisel olarak sorumlu olmadığı asıl borçlunun borcunu ödeyerek taşınmazın satılmasını önleyebilir ve

bu durumda B.K. madde 109/I uyarınca, rehin alacaklısının alacak hakkı «halefiyet» (ardıllık) yoluyla kendisine geçer. Böylece «alacaklılık» ile «taşınmaz rehni yükümlüsü» olma sıfatları aynı kişide birleşeceğinden ipotek hakkının hükümleri askıda sayılır ve ipotek hakkı, ancak, taşınmazın yine başkasını devredilmesi halinde önem kazanacaktır.

iii) İpotekle belirli bir alacak hakkı teminat altına alınmak istendiğinden, soyut bir borç tanınması söz konusu değildir, diğer deyişle ipoteğin geçerliği asıl borcun geçerliğine bağlıdır.

iv) İpotek, kişisel bir sorumluluk hali meydana getirir. Geçerli bir hukuki sebebe dayanan bir borç ilişkisinin varlığı zorunlu olduğundan, ödenmesi gereken borç sadece ipoteğin paraya çevrilmesinden elde edilecek miktarla sınırlı değildir. Bu yetmediği takdirde, asıl borçlu, başka yollarla ve bütün malvarlığı ile takip edilebilir. Ancak öte yandan ipotek, tapu kütüğüne tescil edildiğinden ve bu sebeple de sadece orada belirtilen miktarla sınırlı olmak koşuluyla herkese karşı ileri sürülebileceğinden, taşınmazı bu yükümlülüğü ile satın alan yeni maliklerine karşı da gerçek borç miktarı kadar değil, tapuda belirtilen miktar kadar borç için sorumluluklarına gidilebilir. Bu durum, bir bakıma ipotek alacaklısının ileri sürdüğü bir nesnel hak niteliğinde olduğu için —kim olursa olsun ipotekli taşınmazın yeni maliklerine karşı ileri sürülebildiği için—, asıl borçlunun kişisel olarak sorumluluğunun devam edeceği ilkesi ile çelişkiye düşmemekte midir? Bu sorunun olumsuz cevaplanması gerekir zira burada söz konusu olan, ipotekte kişisel sorumluluk ile «taşınmaz ile sorumluluk» durumlarının varlıklarını birarada sürdürmeleridir. Ortada, hem herkese karşı —ipotekli taşınmazın yeni maliklerine— karşı ileri sürülebilecek belirli meblâğ ile sınırlı bir ipotek borcu, hem de asıl borçlunun sınırsız surette takip edilebildiği kişisel borcu mevcuttur.

v) İpoteğin kurulmasında «biçim koşulu» da önemli bir yer tutmaktadır. Bunun için kural olarak tapu kütüğüne tescil şarttır (M.K. madde 771).

Bu tescilin geçerli olması için de taşınmaz malikinin (dikkat edilirse rehin borçlusu denilmemektedir) yazılı tescil istemi ve geçerli bir hukuki sebebin bulunması gerekmektedir (rehin sözleşmesi, kanun hükmü veya ölüme bağlı tasarruf olabilir).

Ayrıca alacak hakkının da doğmuş bulunması gerekir. İpotek alacaklısına Tapu Sicil Memurluğu'na verilen ipotek belgesi sadece bir ispat vasıtası niteliğinde olup, kıymetli evrak olarak kabul edilemez. Bunun sonucu olarak ta, kaybedilmesi durumunda ipotek hakkının kaybı sonucu doğmaz.

Sözleşmeden doğan ipotek geçerli bir hukuki sebebin (örneğin ipotek sözleşmesi) varlığını zorunlu kılarken, «kanunî ipotek» olarak adlandırılan diğer bir türünde bu safha hiç olmadan ipotek alacaklısına doğrudan tescil isteme hakkı tanınmıştır.

M.K. madde 807'ye göre: «Aşağıdaki kimse-
ler yasal bir ipotegin tescilini isteyebilirler:

- 1 — Sattığı taşınmaz üzerinde satış parasını güvenceye bağlamak için satıcı,
- 2 — Paylaşımından doğan alacaklar için, eskiden aralarında ortak olan taşınmaz üzerinde paydaşlar ve mirasçılar,
- 3 — Bir taşınmaz üzerinde inşaat veya başka yapımlarda malzeme vererek veya sadece çalışmış olmaları dolayısıyla malikten veya müteahhitten olan alacakları için o taşınmaz üzerinde bu müteahhit veya işçiler.

IV. Taşınır Rehni Hakkı

Taşınır rehni, bir taşınır nesne veya alacak yahut devri mümkün bir hak üzerinde, alacaklının alacağını güvenceye alması amacı ile söz konusu taşınırı paraya çevirterek bedelinden alacağını elde etmek yetkisini veren sınırlı bir nesnel haktır. Taşınır rehni hiçbir türünde dolaşım yeteneği yoktur.

Teslim şartlı taşınır rehni M.K. madde 853'e göre: «Yasada belirlenmiş istisnalar dışında ancak teslim yoluyla rehnedilebilir. Bir taşınırı iyiniyetle rehin alan alacaklı, o taşınır üzerinde egenim hakkı bulunmasa da rehin hakkını kazanır; ancak üçüncü kişilerin önceki elmenliğinden doğan hakları saklıdır. Rehin veren, rehni fiilen kendi egemenliğinde bulundukça rehin hakkı doğmaz.»

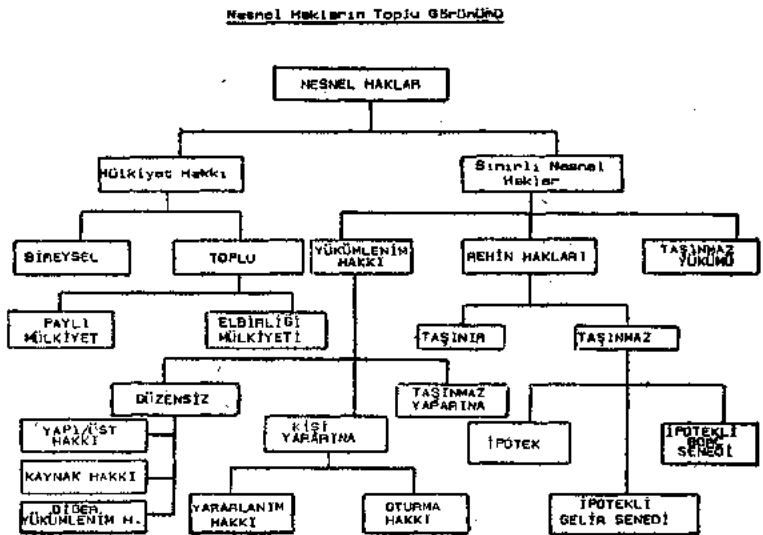
tarzındadır.

Burada söz konusu olan taşınır rehin hakkının gerçekleşmesi için elmenliğin devri, herhangi bir devir biçimi ile yapılabilir. Örneğin hükmen elmenliğin devri ile de taşınır rehni kurulabilir. Bu koşulun amacı, —taşınırlarda bir kütük sistemi söz konusu olmadığından— kamuya açıklığın sağlanmasıdır. Ancak bu kuralın istisnaları vardır:

- i) Hayvan rehni (M.K. madde 854 bazı kurumlar için bu imkânı tanımıştır),
- ii) Eklentilerin rehni,
- iii) Gemi ipoteği,
- iv) Ticari işletme rehni,
- v) Maden cevheri rehni.

Taşınır rehni, bir nesnel hak olduğu için herkese karşı ile ri sürülebilir. Rehni hakkı, rehni konusu olan şeyin ayrılmaz parçalarını ve eklentilerini de kapsar (M.K. madde 861). Rehni olunan şey, rehni alacaklısının onayı olmadıkça başka birisine rehnedilemez. Rehni hakkı ikinci (fer'i) nitelikte bir hak olduğundan asıl borcun ödenmesi ile sona erer. Aynı biçimde rehni hakkı sahibinin o şey üzerindeki elmenliğini kaybetmesi de rehni hakkını sona erdirir. Bu arada rehni edilen şey, alacaklı tarafından rehni borçlusuna geri verilirse, elmenliğinin borçluda bulunduğu süre içinde rehni hakkı askıda kalır (M.K. madde 857).

Şekil : 5



§ 18. Nesnel (Ayni) Hakların Tesisinde Elmenlik ve Tapu Kütüğünün Rolü

I. Elmenlik (Zilyetlik)

1. Genel Olarak :

Elmenlik, kural olarak, «bir şey üzerindeki fiili egemenlik» olarak tanımlanır (M.K. madde 887). Buradan anlaşılacağı üzere, elmenlik, mülkiyet hakkında olduğu gibi bir «hak» niteliğinde değildir; sadece fiili bir durumun hukuk açısından o an için belirlenmesi veya bir fotoğrafının alınması gibi geçici bir surette dondurulmasıdır. Dolayısıyla elmenin bir hakkı olup olmadığına bakılmaksızın, sadece elmenliği sebebiyle hukuk düzeni tarafından korunur. O an için elmenin, o nesne üzerindeki egemenliğini hukuka aykırı bir biçimde elde etmiş olmasının dahi önemi yoktur, örneğin bir hırsız da çaldığı şey üzerinde elmendir ve gerçek malik bunu hırsızdan zorla almaya kalkarsa, kural olarak, birisinin elmenliğine tecavüz etmiş sayılır. Bu durum, ilk bakışta haksız gibi görünmekte ise de, temelde toplumun menfaati diğer deyişle «toplum içindeki huzurun korunması» düşüncesi yatmaktadır. Zira kimi durumlarda ilk bakışta kimin hakkı kimin haksız olduğunu belirlemek oldukça zordur ve bireylerin kendi haklarını kendilerinin almaları toplum barışı için büyük bir sakınca teşkil eder. O halde yapılacak bir tek şey vardır ve kanun koyucu da o yolu seçmiştir: durumu o an için dondurmak ve hemen arkasından hukuk yollarıyla hakkının belirlenmesi imkânını açık tutmak... Demek ki elmen, herhangi bir hak sahibi olduğu için değil, hak sahibinin ileride sağlıklı olarak belirlenmesi için o şey üzerindeki fiili egemenliğini sürdürmeye devam edecektir. Bir daha önemle vurgulayalım ki, gerçek hak sahibinin hakkını koruyan davaları açabilmesi imkânı hiçbir zaman elinden alınmamıştır.

Elmenliğin en önemli fonksiyonu, taşınır malikinin belirlenmesinde bir varsayıma dayanarak «teşhis» (tanı) olanağı vermesidir. M.K. madde 898'in ifadesiyle «elmenlik, bir hak karinesi, yaratmaktadır», yani aslolan, elmenin hukuken meşru bir hakka sahip olduğudur, elmenin ileri sürdüğü hakka sahip ol-

madığını ispat, bunun aksini iddia edene düşer. Bu ilkenin bir uzantısı olarak, «taşınırarda mülkiyetin kazanılması için elmenliğin devredilmesi şarttır», kuralı getirilmiştir (M.K. madde 687). Aynı biçimde, zamanaşımı yoluyla da bir taşınırın mülkiyetinin kazanılması için —diğer koşullar da mevcutsa— belirli süreler boyunca elmenliğin varlığı aranır.

Elmenliğin konusunu, taşınır, taşınmaz, nesneler, doğal güçler (su, elektrik gibi) ve sınırlı aynı (nesnel) haklar oluşturabilir.

2. Elmenliğin Türleri :

A) Bağımsız Elmenlik - Bağımlı Elmenlik

Bir şey üzerinde malik gibi hareket ederek ve başkasına o şeyi, sınırlı bir nesnel hakka veya şahsî bir hakka dayanarak teslim eden kimse bağımsız elmenlidir (M.K. madde 888). Elmenliği bu biçimde bağımsız elmenlerden kazanan kimse ise bağımlı elmenlidir. Bağımsız ve bağımlı elmenlik, ancak bir şey üzerinde iki kişinin elmenliği bulunduğu durumlarda söz konusudur, örneğin (A), gerçek maliki olmasa bile öyle görüldüğü elindeki pipoyu (B)'ye ödünç olarak verdiğinde, (A) malik sıfatıyla hareket ettiği için bağımsız elmen, (B) ise ödünç sözleşmesinden kaynaklanan şahsî bir hakka dayandığından bağımlı elmenlidir.

B) Tek Başına Elmenlik - Birlikte Elmenlik

Bir şey üzerinde bir kişi tek başına fiili egemenliğe sahipse «tek başına elmenlik»ten söz edilir.

Birden fazla kişi, bir şey üzerinde fiili egemenliğe sahip olup ta her biri bu egemenliği tek başına kullanabiliyorsa «paylı elmenlik» söz konusudur. Gene birden fazla kişi, o şey üzerindeki egemenliği ancak bir araya gelerek kullanabiliyorsa «dıştık ha. linde elmenlik» vardır.

C) Doğrudan Elmenlik - Dolayısıyla Elmenlik

Bu ayırım, fiili egemenliğin kullanılmasının bir başkasının

aracılığıyla olup olmadığına dayanmaktadır. Doğrudan elmen, aynı zamanda bir bağımlı elmen de olabilir. Örneğin (B), arkadaşı (A)'dan ödünç olarak aldığı ve kullandığı kalemin doğrudan ve bağımlı elmenidir. Buna karşılık (A), kalemini (B)'ye ödünç olarak verince artık kaleminin elmenliğini ancak (B)'nin aracılığı ile kullanmaktadır.

D) Hakka Dayanan Elmenlik - Haksız Elmenlik

Yukarıdaki açıklamalarımızda, elmenlik kavramının bir hakka dayanmak zorunda bulunmadığını belirtmiştik; örneğin bir hırsız da, elinde bulundurduğu şeyin elmeni olmakla beraber, bu onun hukuken meşrû bir hakkı da olduğu anlamına gelmez.

E) Hizmet Elmenliği

Başka bir kimsenin elmen olduğu şeyi, o kimse adına kullanma imkânına sahip olan kimselere hizmet elmeni (veya elmen yardımcısı) denir. Örneğin evde çamaşır makinasını kullanan temizlikçi, o eşyaya sadece hizmet amacıyla elmendir.

3. Elmenliğin Kazanılması ve Sona Ermesi

A) Elmenliğin Aslen Kazanılması

Bu durumda elmenlik, bir başkasının bu elmenliği devre ilişkin iradesi olmadan kurulmaktadır. Örneğin bulunmuş bir mal üzerindeki elmenliğin kazanılması.

B) Elmenliğin Devren Kazanılması

Burada bir kimse, kendi rızasıyla bir şey üzerindeki elmenliğini başka bir kimseye devretmektedir. Bu devir, o şeyin bütünüyle devredilmesi biçiminde olabileceği gibi, o şey üzerinde egemenliği sağlayacak bir aracın teslimi ile de mümkündür, örneğin depodaki eşya satışında depo anahtarlarının teslimi. Elmenliğin devri hükmen de gerçekleşebilir; bu durumda elmenliğin devri hususunda taraflar anlaşmakta fakat o şey fiilen teslim edilmeyerek elmenliği devreden elinde alıkoyulmaktadır, örneğin (A) değerli bir tablo satın almış fakat bunun çalınma-

sından korktuğu için, evinde güvenli bir yer hazırlanıncaya kadar satıcının elinde kalmasını istemiştir; böylece tablo üzerindeki elmenlik fiilen olmasa da hükmen teslimle geçmiştir. Hükmen teslim benzer bir durum, «şeyayı temsil eden senetler aracılığı ile» elmenliğin devridir, örneğin satın alınan tabloyu ait bir makbuz senedi aracılığı ile, tablo teslim alınmış olmasa bile elmenlik alıcıya geçer (M.K. madde 893).

Nihayet elmenliğin devren kazanılmasının bir yolu da «elmenliğin havalesi»dir. Buna göre, bir bağımsız elmen, bağımlı elmende bulunan bir şeyin üzerindeki elmenliğini üçüncü bir kişiye devrederse, elmenliğini bu yeni şahsa yollamış (havale etmiş) olur. Örneğin (A), (B)'ye ödünç verdiği piposunu geri almadan (C)'ye satarsa ve gidip (B'den almasını söylerse, piponun elmenliğini (C)'ye yollamıştır. Bunun için (A) ile (C'nin anlaşmış olmaları yeterlidir ve ayrıca (B)'nin rızası gerekli değildir, ancak (B)'ye bildirilmesi gereklidir.

C) Elmenliğin Sona Ermesi

M.K. madde 889'a göre: «Elmenliğin kullanılması, bir takım geçici nedenler yüzünden olanaksızlaşır veya kesilmiş olursa, elmenlik kaybedilmiş olmaz.»

Bunun dışında elmenliğin tümüyle sona ermesine ilişkin bir hüküm M.K.'da mevcut değildir. Bu, ya elmenin bizzat kendi iradesiyle gerçekleşir (örneğin okuduğu gazeteyi vapor çıkışında küçük bir çocuğa veren kimsenin yaptığı gibi), ya da bu olay elmenin iradesinin dışında meydana gelir (elmenliğin konusu olan taşının çalınması veya zorla alınması gibi).

4. Elmenliğin Korunması :

Bununla kastedilen elmenliğin bir hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın o andaki fiili durumun devamının sağlanmasıdır.

M.K. madde 894/I'e göre: «Elmen, bütün zorla alma ve elatma (tecavüz) eylemlerini zor kullanarak savma hakkına sahiptir.»

Bu çok önemli hükmün uygulanabilmesi için, elatma eylemi ile savunma eylemi arasında zaman bakımından birlik olmalı, şiddet bakımından da aşırı bir farklılık olmamalıdır; bunun anlamı, zorla alma veya elatmanın üzerinden belirli bir süre geçmiş ve zor kullanmanın gereği ortadan kalkmışsa, artık bu yola başvurma imkânı yoktur. Bu durumda yapılacak şey elmenliğin dava yoluyla korunmasını sağlamaktır. Bu tür davalar ise, kural olarak sadece o andaki durumun bozulmaması amacına yöneliktirler ve o an için taraflardan hangisinin gerçek hak sahibi olduğunun araştırılması yoluna gidilmez, ancak tarafların tazminat hakkı saklıdır.

M.K. madde 895'e göre : «Başkasının elmen bulunduğu nesneyi zorla alan kimse, o nesne üzerinde daha üstün bir hakkı olduğunu ileri sürse bile onu geri vermekle yükümlü olur. Eğer davalı, o nesneyi davacıdan almayı gerektiren üstün bir hakkı olduğunu hemen kanıtlarsa geri verme gerekmez. Elmenin davası, gerek o nesnenin geri alınmasına gerekse zararının giderilmesine (tazminine) ilişkin olur.»

Görüldüğü gibi, ilk bakışta haksız elmenin durumu korunuyorsa da, hak iddiasında bulunan tarafa da bir imkân tanınmıştır; örneğin çalındığını iddia ettiği kalemin üzerinde adının yazılı olduğunu gösterirse artık elmenin durumunun korunmasına gerek kalmaz. Davacı durumundaki elmenin geri verme davası, hem bağımsız hem de bağımlı elmen tarafından açılabilir. Burada söz konusu olan elatmanın önlenmesi davası, elatmanın kaldırılması, önlenmesi ve zararın giderilmesi için açılabilir (M.K. madde 896).

M.K. madde 897'ye göre : «Elmen, zorla alma ya da elatma eylemlerini ve saldırıyı öğrenir öğrenmez bu davayı açmak zorundadır. Bunları daha geç öğrenmiş olsa bile, zorla almanın veya elatmanın olduğu günden başlayarak 1 yıl geçince dava hakkı düşer.» Tazminat davaları ise bu sürenin dışında olup, genel zamanasımına tâbidir (1 ve 10 yıl).

Elmenliğin idari yolla korunması da, özel bir kanun olan 1952 tarih ve 5917 sayılı Gayrimenkullere Tecavüzün Def'i Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, elatmanın öğrenilmesinden itibaren 60 gün ve elatmanın meydana gelmesinden itibaren 1 yıl içinde o yerin kaymakam veya valiliğine başvurarak elatmanın önlenmesi ve taşınmazın kendisine teslimi istenebilir.

M.K. madde 906/II'ye göre: «Dava yoluyla bir şeyi geri vermek zorunda kalan haksız elmen, iyiniyetli ise, şeyi geri verme anında ne durumdaysa öyle geri verir; hattâ o şeyi tamamen elinden çıkartmışsa geriye bir şey vermez.»

II. Tapu Kütüğü

1. Genel Olarak :

M.K. madde 910/I'e göre : «Tapu kütüğü, taşınmazlar üzerindeki hakların durumunu gösterir.» Burada söz konusu olan öncelikle mülkiyet hakkı olmak üzere, nesnel veya şahsî haklar olabilir. Böylece taşınmaz üzerindeki haklar kamuya açık bir duruma gelecek ve bu hakların üzerindeki egemenler de açıklık ve güvenliğe kavuşacaktır. Keza üçüncü kişiler tarafından kolayca öğrenilebilir duruma geleceklerinden onlara karşı da ileri sürülebilecek, bu da söz konusu hakların korunmasına yol açacaktır. Nihayet «tapu kütüğüne güven ilkesi» uyarınca taşınmaz üzerinde iyiniyetle bir nesnel hakkı kazanmak isteyen kişinin hakkı korunacaktır.

Tapu kütüğü örgütünün başında Başbakanlığa bağlı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü vardır. Devlet, tapu kütüğünün tutulması görevini üzerine aldığından, yukarıda sözü edilen güvenin de sağlanması amacıyla tapu kütüğünün yanlış tutulması dolayısıyla bireylerin uğradıkları zararlardan da sorumluluğu üstlenmiştir (M.K. madde 917/I). Kanun koyucu, kütüğü tutmakla görevli memurunun bir kusurun bulunması koşulunu devletin sorumluluğunun gerçekleşmesi için aramadığından, bu

bir kusursuz sorumluluk halidir ve sadece ortada bir zararın bulunması ve bunun da tapu kütüğünün hukuka aykırı tutulmuş olmasından ötürü meydana gelmesi yeterlidir. Ancak şunu da ekleyelim ki, devlet, kendi kusuruyla zarara meydan vermiş olan görevlilere karşı olan «sırasıyla dönüp isteme» hakkını saklı tutmuştur (M.K. madde 917/II).

Tapu kütüğü, taşınmazlar üzerindeki hakların durumunu belirttiğine göre, taşınmaz kavramının içeriğinin de hatırlanmasında yarar vardır. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu belirleyen M.K. madde 632 ve 911'e göre :

- a) Toprak,
- b) Tapu kütüğünde bağımsız ve sürekli olarak ayrıca kaydedilen haklar,
- c) Madenler,

taşınmaz niteliği ile tescil edilebilirler.

Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanunu, bir yapının bağımsız bölümlerinin de tapuya tescil edilebileceğini öngörmüştür. Burada sözü geçen «bağımsız ve daimi haklar», başkalarına devredilebilen kişi yararına yükümlenim haklarıdır. Böyle bir hakkın tapuya tescili için ayrıca «bağımsız» nitelikte olması gerekmektedir; bu nedenle taşınmaz yararına kurulmuş yükümlenim hakları ile (kaynak ve üst hakları dışında), başkasına devredilmesi mümkün olmayan kişi yararına yükümlenim hakları tapu kütüğüne konu teşkil etmezler. M.K. madde 632 ve 911'in anladığı anlamda bir yükümlenim hakkının «daimi» nitelikte olması ise, sonsuz olması değil, uzun bir süre devam edecek biçimde anlaşılmalıdır. Nihayet böyle bir hakkın tescili için, hak sahibi tarafından tescili talep edilmelidir.

Tescille bir nesnel hakkın doğabilmesi için, buna dayanak teşkil eden temel hukukî işlemin geçerli olması gerekir ki, buna «tescilin sebebe bağlı olması ilkesi» denilmektedir.

M.K. madde 931'e göre : «Tapu kütüğündeki kayda iyiniyetle dayanarak bir mülkiyet veya nesnel hakkı elde eden kimsenin bu edinimi geçerli olur.»

M.K. madde 931'de düzenlenmiş olan kurala ise, yolsuz tescil karşısında iyiniyetin korunması ilkesi» denilir. Nihayet tapu

kütüğü kamuya açıktır (aleniyet ilkesi) ki, bunun da en önemli sonucu şudur: hiç kimse, tapuya kayıtlı bir hususun kendisi tarafından bilinmediğini ileri süremez (M.K. madde 928).

2. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtlar :

A) Tescil

Tescil, nesnel hakların tapuya yazılmasıdır. Kural olarak taşınmaz üzerindeki bir nesnel hakkın kurulması tescil edilmiş olmasına bağlı olduğundan, bu niteliği ile tescil «kurucu» sayılır. Buna karşılık kanunda belirtilen istisnai hallerde nesnel haklar tescil yapılmadan kurulmuş sayılabildiğinden, sadece «açıklayıcı» nitelik taşırlar.

M.K. madde 922/I'e göre : «Tescil, konusunun ilişkin olduğu taşınmaz malikin yazılı istemine dayanarak yapılır.»

Tapu sicil memuruna yönelik bu istem, hiçbir kayıt ve kula bağlanamaz. Tescil isteminde bulunan kimse, talepte bulunma yetkisini kanıtlamak zorundadır ve bu da «sicilde adı yazılı kimsenin, kendisi veya temsilcisi olduğunun kanıtlanması ile belgelenmiş olur» (M.K. madde 924/I). Temsileinin temsil yetkisinin belirlenmesi noter aracılığı ile yapılan bir vekâletname ile olur. Tüzel kişiler adına yapılan taleplerde de, geçerli bir temsil belgesi gerekecektir. Ancak tescil talebinde bulunmanın kimliğinin belirlenmesi de yeterli değildir; tescil, sebebe bağlı bir işlem olduğundan hukuki sebebinin de belgelenmesi gerekmektedir.

B) Silim (Terkin)

Silim, tapuda kayıtlı bir nesnel hakkı sona erdirmek veya doğru olmayan bir tescili düzeltmek amacıyla yapılan kayıttır ve Tapu Sicil Yönetmeliği'ne göre, üzerinin kırmızı kalemle çizilmiş biçiminde yapılır. Silimin de, nesnel hak sahibi olan kimse veya yetkili temsilcisi tarafından yapılması gerekir. Taşınmazın maliki veya üzerinde bir nesnel hak sahibi olanlardan birisi tarafından istemleri üzerine silim yapıldığında, tapu memurunun, o taşınmaza ilişkin diğer ilgililere yapılan işlemleri bildir-

me yükümlülüğü vardır (M.K. madde 927). İlgililerin de, kendilerine yapılan bildirimden itibaren 30 gün içerisinde yapılan siline yargı organında itiraz hakları vardır (M.K. madde 934/II).

C) Belirtilmeler (şerhler)

M.K. madde 919-921 arasında ve 6217 sayılı kanun ve 6345 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerince düzenlenmiş bulunan belirtilmelerin farklı işlevleri olabilir.

a) Kişisel (şahsî) Hakların Belirtimi

Kanunda açıkça öngörölmüş olan kişisel hakların belirtimi tapu kütüğüne yapılabilir; bunlar, sözleşmeden doğan (öncelikle alım) önalmı hakkı, alım hakkı, geri alım hakkı, taşınmaz rehninde serbest dereceye ilerleme hakkı, bağışlamadan dönme hakkı, adi ve ürün kirası, taşınmaz satış sözleşisi ve kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümü başka bir hale getirebilme hakkıdır.

b) Egenim (tasarruf) Yetkisini Sınırlayıcı Belirtilmeler

M.K. madde 920'de belirtilmiş bulunan bu belirtim türü aşağıdaki hallerde kütüğe kaydedilebilirler :

- i) Mahkeme veya yetkili makamlarca ihtilaflı olan bir kişisel hak üzerinde yargıya varıluncaya kadar egenim yetkisinin sınırlanması için,
- ii) Hacz, iflâsın ilânı ve konkordato ile verilen mehillere,
- iii) Bazı özel kanunlarla konulabilen sınırlamalar (örneğin Tapulama Kanunu'nun 37/II. nci maddesi).

c) Geçici Teschi Belirtimi

M.K. madde 921'e göre aşağıdaki kimseler, tapu kütüğünde geçici olarak belirtim yapılmasını isteyebilirler:

- i) Nesnel (aynî) bir hak iddiasında bulunanlar,
- ii) Hakkını kanıtlayan belgelerin eksiklerini sonradan tamamlamalarına yasaca izin verilenler.

D) Beyanlar

Bu kayıt tapu kütüğünün beyanlar hanesine yapılan kayıt ve işaretlerdir. Tapu Sicili Nizamnamesinin 85-90 ıncı maddelerinde «Beyanlar» hanesine ne gibi hususların kayıt ve işaret edileceği saptanmıştır, bunlar özetle aşağıdadır :

- a) Eklenti,
- b) Kanun tarafından tesis edilen daimi geçit hakkı,
- c) M.K.'na göre tesisleri artık kabil olmayan nesnel haklar,
- d) Kamu hukukundan doğan mülkiyet sınırlamaları,
- e) İşçi ve müteahhitlerin ipotek hakları (inşaatçı ipoteği),
- f) Diğer taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı veya sair nesnel haklar,
- g) Medeni hakları kullanma yeteneğinin sınırlandırılmasına ilişkin kararlar.

3. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtların Hukukî Sonuçları :

M.K. madde 929'a göre : «Kurulması için yasa-ya göre tapu kütüğüne tescili gereken her hak, bu tescil olmadıkça bir nesnel hak olarak mevcut olmaz.»

Hükmün ifadesinden yola çıkılarak, buna, «tescilin olumsuz hükmü» denilmektedir. Bu durumlarda tescil, «kurucu» nitelikte olacaktır. Ancak bazı hallerde nesnel haklar tescil yapılmadan da kazanılabilirler ki, bu durumda tescilin işlevi «açıklayıcı» olmaktan öteye gidemeyecektir. Hangi hallerde taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılacağı M.K. madde 633'te düzenlenmiştir; buna göre işgal, miras, kamulaştırma cebri icra yollarıyla ya da mahkeme kararıyla bir taşınmazı edinen kimse, tescilden önce de onun maliki olur fakat tescil merasimi **tamamlanmadıkça** egenimde bulunamaz. Medenî Kanun'un sistematiği içinde, bu maddenin dışında da tescilsiz mülkiyeti kazanma imkânı veren hükümler vardır. Örneğin karı-koca mal rejimleri sonucu meydana gelen mülkiyet değişikliği (M.K. madde 642), sona eren derneklerin taşınmaz malvarlığının bazı hallerde kamu kurumlarına geçirilen mülkiyeti (M.K. madde 50), vakıf tescil edildikten sonra vakfedenin taşınmazının mülkiyetinin vakfa

geçmesi (M.K. madde 74) gibi hallerde taşınmaz mülkiyeti tapu kütüğüne tescil edilmeden önce kazanılmaktadır.

Tapu kütüğüne yapılan tescil geçerlik şartlarından birinden ya da tümünden yoksun ise, «yolsuz tescil»den söz edilir. Ancak tescil yolsuz da olsa, tapu kütüğünde bulunması ve iyiniyetli üçüncü kişilerin de bu kütüğe güvenmeleri gerektiği sebepleriyle, iyiniyetli kişiler için biçimsel olarak nesnel bir hakkın varlığına karine (varsayım) oluşturur.

M.K. madde 931 : «Tapu kütüğündeki kayda iyiniyetle dayanarak mülkiyeti veya başka bir nesnel hakkı edinen kimsenin bu edinimi geçerli olur.»

Buna da «tescilin olumlu hükmü» denir.

Kural olarak kişisel haklar, sadece o hakkın tarafları arasında hüküm doğurmakta ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülememekte ise de, tapu kütüğüne belirtilenen (şerh verilen) kişisel haklar, taşınmazın yeni maliklerine karşı da ileri sürülebilirler. Böylece bir kişisel hak etki alanını genişletmekte, diğer deyişle «kuvvetlendirilmiş bir kişisel hak» niteliğini kazanmaktadır. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiracının hakkı, sadece kiralayana karşı ileri sürülebilen bir kişisel haktır; halbuki söz konusu kira sözleşmesi tapu kütüğüne belirtildiği takdirde kira sözleşmesinin sona ermesinden önce taşınmazın maliki değişse de kiracılık hakkı yeni malike karşı da ileri sürülebilecek, yani taşınmazı satın alan kimse, kütüğe tescil edilmiş olduğu için taşınmazı üzerindeki kiracılık yükümlülüğü ile satın alacaktır.

4. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtların Hükümsüzlüğü :

«Yolsuz tescil», gerçek hak durumunu yansıtmayan tescildir. Bu, başlangıçtan olabileceği gibi sonradan da yolsuz hale gelebilir. Tescilin kurucu unsurlarından biri eksikse (örneğin hak sahibi olmayan bir kimsenin tescil talebinde bulunması,

vekilin bu hususta yetkisinin olmaması, tescil isteyenin medeni hakları kullanma yeteneğine sahip bulunmaması, tescilin dayandığı temel hukuki işlemin geçerli olmaması gibi) veya sakatsa, tescil baştan itibaren yolsuzdur. Buna karşılık hak sahibinin kütük dışındaki bir değişikliği (örneğin miras veya cebri icra yollarıyla) tapu kütüğüne yansımadığından ve tescil de gerçek hakkın durumuna uymadığından, sonradan yolsuz hale gelmiş bir tescil söz konusudur. Yolsuz tescilin varlığı durumlarında gerçek hak sahibi, tapu kütüğünün yarattığı karineden yararlanmadığı gibi, öte yandan buna iyiniyetle güvenen üçüncü kişinin de hakları korunur. Kütükte hak sahibi olarak görünmeyen gerçek malik ise, taşınmazı üzerinde M.K. madde 633/II uyarınca egenimde bulunamayacaktır.

Kurucu unsurlarındaki bir sakatlık sebebi ile baştan itibaren yolsuz olan bir tescilin düzeltilmesi öncelikle tarafların anlaşması ile gerçekleşebilir. Bunun için de resmî biçime bağlı bir sözleşme ve yolsuz tescile göre hak sahibi olarak görünen kimşenin istemi gerekecektir. İkinci yol ise, «tapu kütüğünün düzeltilmesi davası» açmaktır. (M.K. madde 933). Bu dava, gerçek hak sahibi veya onun küllî halefleri tarafından, adına yolsuz tescil yapılmış olan kimseye veya onun küllî haleflerine ya da kötü niyetli üçüncü kişilere karşı açılır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu davanın sonucu iyiniyetli üçüncü kişilerin kazandığı hakları etkilemeyeceği gibi (M.K. madde 933), adı kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanıldığı hallerde kaydın yolsuzluğu ortadan kalktığı için 10 yılın geçmesi ile hüküm ifade etmeyecektir.

Tescilin kurucu unsurları tamam olup ta, yolsuz tescil tapu memurunun hatasından doğmuş ise ve bu yanlışlık bir nesnel hakkın varlığı ya da içeriği ile ilgili olmayıp bir adı yazı hatasından ibaretse, düzeltmeyi tapu memuru kendiliğinden (re'sen) yapar (M.K. 935). Bunun dışında, ilgililerin yazılı onayı bulunmadıkça, tapu görevlisi, mahkeme kararı olmaksızın kütükte hiçbir düzeltme yapamaz (M.K. madde 935). Sonradan farkedilen bir yanlışlığı —kayıtlar kamuya açıklandığı için— düzeltmek için tarafların onayını almak isteyen tapu memuru, bu onayı alamazsa bizzat sulh mahkemesine başvurup bir karar verilmesini isteyebilir ve bu karara göre hareket eder.

Nesnel hakkın, sicil dışında başkasına geçtiği hallerde, yeni hak sahibinin tek taraflı irade beyanı düzeltilme için yeterlidir (M.K. madde 642/I). Kişisel hakkı yolsuz olarak tescil edildiği için zarara uğrayan kimse de, M.K. madde 933'ü örnekseme yolu ile uygulayarak tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir.

§ 19. Hak Süjesinin Haklar Karşısındaki Durumu Açısından Yetenek (ehliyet) Kavramı

I. Haklardan Yararlanma Yeteneği

M.K. madde 8, cümle 1'e göre, «her şahıs medenî haklardan istifade eder.» Bu kuraldan çıkartılabilecek ilk sonuç; gerçek veya tüzel kişi olsun, **genellik ilkesi** uyarınca bütün kişiler Medenî Kanun'un tanıdığı hakların sahibi olabilme yeteneğine sahiptirler. Örneğin bir şeyin mülkiyetine sahip olabilme veya bir bağışlama sözleşmesinde bağışlanan pozisyonunda bulunabilme hiçbir kısıtlamaya tâbi olmadan herkes için mümkün olabilen bir haktır. «Herkesin» böyle bir hakka sahip olabileceğini belirtirken, haklardan yararlanma yeteneğinin önemli bir ilkesini daha örtükü olarak ifade etmiş oluyoruz: **eşitlik ilkesi**. Demek ki, haklardan yararlanma yeteneğinin kullanılmasında, yaş, ırk, dil, din, vatandaşlık gibi etkenler —kural olarak— önem taşımamaktadır. Bu arada hemen belirtelim ki, tüzel kişilerin yetenekleri, nitelikleri itibarıyla —bir gerçek kişinin sahip olabileceği insani özellikleri taşımadıkları için— gerçek kişilerinkiyle bir tutulamazlar (M.K. madde 46), örneğin nişanlanma, evlenme, hısımlık gibi durumlar bir tüzel kişi için söz konusu olamaz. Buna karşılık, yalnızca tüzel kişilerin yararlanabilecekleri haklar da vardır, örneğin Medenî Kanun'un 721 nci maddesinde şöyle demektedir:

Yararlanım hakkı, yararlananın ölümü, eğer yararlanan tüzel kişi ise kişiliğinin sona ermesi ile kalkar. Şu kadar ki, tüzel kişilerin yararlanım hakkı yüz yıldan çok süremez.

Her ne kadar medenî haklardan yararlanma yeteneği bakımından eşitlik ilkesinin geçerliği söz konusu ise de, M.K. madde 8/II'de bu eşitliğin «kanunlar dairesinde» olduğunun belirtilmesi gereği duyulmuştur; örneğin öyle haklar vardır ki, bun-

lardan ancak hayatta olanlar yararlanabilir (B.K. madde 234'deki bağışlama hakkından yararlanma gibi). Bazı hallerde cinsiyet durumu da medenî haklardan yararlanmada bir kısıtlamaya yol açabilir (M.K. madde 21/I ve 152/II'ye göre evli kadın, kural olarak, serbestçe ikametgâh seçme hakkından yararlanamaz ve M.K. madde 153/I'e göre serbestçe soyadı seçemez; M.K. madde 443/II'ye göre evlenme dışı doğan çocuk mirastan sınırlı biçimde yararlanabilecektir).

II. Hakları Kullanma Yeteneği

Bu yetenek türü, «kişinin kendi eylem ve hareketleri ile haklar kazanabilme ve borç altına girebilme yetkisi» olarak tanımlanmaktadır. Buradan anlaşılacağı gibi, hakları kullanma yeteneği, yararlanma yeteneğinde olduğu kadar geniş kapsamlı olmayıp, sahip olabilmek için bazı koşulların varlığını gerektirir. Bir kişi, yararlanma yeteneğine sahip olduğu halde, kullanma yeteneğine sahip olmayabilir, çünkü birincisi sonradan kazanılan bir durum niteliğinde olmayıp, kişiliğin ayrılmaz bir unsuru olarak «sağ doğmak kaydı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren» kişiye bağlanır; buna karşılık diğeri, ancak aşağıda açıklayacağımız koşulların bir araya gelmesi şartıyla —o da kimi zaman tam değil eksik olarak— sahibini yetenekli kılabılır.

Hakları kullanma yeteneği her ne kadar «borç altına girebilme yeteneği» (diğer deyişle hukukî işlem yapabilme yeteneği) olarak tanımlanmakta ise de, bu yetenek türünün içeriği yalnızca bundan ibaret değildir; kişinin, «kendi hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi» de, hakları kullanabilme yeteneğinin varlığı koşuluna bağlıdır.

Hakları kullanma yeteneğinin teşhisinde bulunması gerekli koşullar şu biçimde belirtilebilir :

1. Sezginlik :

M.K. madde 13'e göre : «Yaşının küçüklüğü nedeniyle veya akıl hastalığı, sarhoşluk ya da buna benzer nedenlerden biri ile aklı başında davranış yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu yasaya göre sezgindir.»

Burada önemli olan, yapmak istediklerinin veya davranışlarının sonuçlarını kavrayacak fikri olgunluğa erişmiş olmaktır ki, bu da bizi her smut olay ve kişide farklı sonuçlara götürebilir ve önceden kesin bir kıtas koymanın imkânı yoktur. Örneğin bir kişi, belirli bir eylemi yapmada sezgin sayılabilirken, bir diğeri açısından öyle olmayabilir; 10 yaşlarında bir çocuk arkadaşının kalemını ödünç almak istediğinde yaptığı sonu-clarını kavrayabileceğini düşünürüz, fakat aynı çocuk kendisine dedesinden miras kalan evi satmak istediğinde onu yeterli fik-ri olgunluğa erişmemiş, hukukî deyimiyle sezginlik kudretine sahip olarak kabul edemeyiz. Sezginlik kudreti, kişilere ve olay-lara göre değişebilen nispi bir kavramdır. M.K. madde 13'te be-lirtilen haller, sezginlik kudretinin belirlenmesinde yalnızca bi-rer örnek niteliğindedir. Kanun koyucu, yaş küçüklüğünü —ge-nel olarak— sezginliğin olmadığına delâlet edecek bir neden olarak göstermiştir ancak dikkat edilmelidir ki, buradaki, hak-ları kullanma yeteneğinin bir diğeri koşulu olan erginlik anla-mında yaş değil, sadece «mantıklı surette hareket edebilmeyi sağlayacak yaş» olarak alınmalıdır. Akıl hastalığının sezginliği ortadan kaldırması, tamamen tıbbi bir husus olup, hastalığın niteliği ve içinde bulunulan safhanın bilimsel olarak belirlenmiş olması gerekir. Medeni Kanun'da sezginliği kaldıran «buna ben-zer» olarak ifade edilen haller çok farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir; ipnotizma, her türlü uyuşturucu maddeler gibi.

2. Erginlik :

Hakları kullanma yeteneğinin tam olarak kazanılması için zorunlu olan koşullardan biri de «belirli bir yaşa erişmiş olma» dır. M.K. madde 11'e göre, bu, 18 yaşın tamamlanması ile ger-çekleşir. Ancak bu genel kurala iki istisna getirilmiştir.

A) Erginliğin Evlenme Yolu ile Kazanılması

M.K. madde 11'e göre «evlenme kişiyi ergin kılar.» Şüphesiz kanun koyucunun düşünce biçimi, evlenme gibi önemli bir sözleşmeyi yaparak bir hak ve yükümleri üstlenmiş olan kimse-nin haklarının kısıtlanması durumuyla uyusmayacağı için, 18 yaşını doldurmuş bir kimse ile eşit tutulması gereğidir. Bu yol-la kazanılan erginlik, ölüm, hükümsüzlük ve boşanma ile evlilik ilişkisi ortadan kalksa dahi korunur.

B) Erginliğin Yargı Organı Kararı ile Kazanılması

M.K. madde 12/I'e göre, (15 yaşını dolduran küçük, kendi istemi ve ana-babasının onayı ile yargı organınca ergin kılınabilir). Bu hükmün konuluş nedeni de hayatın ortaya çıkarılabileceği kimi zorunlu hallerdir. Öyle durumlar olabilir ki, kişi 18 yaşını tamamlamadığı halde, ona hakları kullanma yeteneği tanımak yararlı ve gereklidir (örneğin babasının tek mirasçısı olarak kendisine kalan bir ticarethaneyi işletmek zorunda kalan 16 yaşındaki bir çocuğun durumu). Ancak burada da, durumun özelliğine göre, yargı organı içinde bulunulan durumu takdir edecektir. Hattâ takdirinin olumlu yönde olması da yetmeyecektir; küçüğün kendisi ile ana-babasının (ikisinden birinin onayının alınması da yetmeyecektir) onayının aranması gerekecektir. Yargı organı yoluyla alınan erginlik kararı da kesindir.

3. Kısıtlı Olmama :

Hakları kullanma yeteneğinin bir koşulu da olumsuz niteliktedir. Kısıtlılık hali, kanunda belirtilmiş belirli hallerin varlığı nedeniyle bir kimsenin yeteneğinin yargı organı kararıyla kaldırılmasıdır. Akli, ahlaki, cezai ve isteğe bağlı olarak gruplandırılabilir kısıtlılık nedenlerini Medeni Kanun (madde 335-358) —biri örnek niteliğinde olmak üzere— şöyle belirtmiştir : (akıl hastalığı, akıl zayıflığı, kötü hal, kötü yönetim, ayyaşlık ve en önemlisi olan 1 yıl ya da daha fazla bir süre için hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış olma ve nihayet kişinin kendi isteği ile işlerini görmekten âciz olduğunu beyan etmesidir.)

III. Hakları Kullanma Yeteneği Bakımından Kişilerin Sınıflandırılması

1. Yetenekliler :

Bir insan, sezginlik kudretine sahipse, erginse ve kısıtlı değilse, her çeşit hukuki işlemi yapmaya yetkili olduğu gibi, kendi hukuka aykırı eylemlerinden dolayı da sorumlu tutulabilir. Ancak aşağıda belirtilen kimseler, tam yetenekli sayılmak için gerekli koşulları bünyelerinde toplamakla beraber, yine de «sınırlı yetenekliler» sınıfına dahil edilirler.

A) Evli Kadınlar

Evli kadın, yetenek koşullarının hepsine sahip olsa da, evlilik birliğinin menfaatleri bakımından yeteneği bazı durumlarda kısıtlanmıştır.

- a) Evli kadının, kocası lehine borç yüklenmesi için yargı organı kararına ihtiyaç vardır (M.K. madde 169).
- b) Evli kadın, kocasının onayı olmadan bir meslek veya sanat icra edemez (M.K. madde 159).
- c) Evli kadın, kendisine düşen mirası reddedebilmek için kocasının rızasına muhtaçtır (M.K. madde 200).

B) Kendisine Kanunî Danışman Tayin Edilenler

Bunlar aslında tam yetenekli kimseler olup, haklarında yargı organınca verilmiş bir kısıtlılık kararı yoktur ve ancak kanunda belirtilmiş bazı işlemleri yaparken, kendilerine yargı organınca tayin edilmiş danışmanın olumlu oyunu almaları zorunluğu getirilmiştir (M.K. madde 379).

2. Yeteneksizler :

Bunlar, tam yetenekli sayılmak için gerekli olan koşullardan biri veya birkaçına sahip olmayanların içinde bulunduğu durumdur. Sahip olunmayan koşulun önemine göre bir ayrıma gidilmektedir.

A) Tam Yeteneksizler

Bu, sezginlik kudretine sahip olmayanların durumudur. İster devamlı, ister geçici olsun, yaptığı işin sonuçlarını idrak edemeyen bir kimsenin hukukî işlemlerinin geçerli olması beklenemezdi. Bu gibi kimselerin eylemleri hiçbir hukukî sonuç doğurmamakla beraber, M.K. madde 15/II'de düzenlenmiş bulunan bazı istisnaları vardır. Evvelâ sezgin olmayan kimsenin yaptığı bazı işlemler kendiliğinden hükümsüz olmayıp, bir yargı organının kararına ihtiyaç vardır; örneğin M.K. madde 124'e göre, evlenmenin bozulması ancak mahkeme kararıyla sonuç doğurur. Bazı durumlarda, hakkaniyet gereği sezgin olmayan kimseye tazminat sorumluluğu yüklendiği görülmektedir (Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan kusursuz sorumluluk hallerindeki durum budur (B.K. madde 54/I). Aynı biçimde sezginlik kud-

retinin geçici olarak kaybedilmesinde, bu duruma kendi kusuru olmaksızın düşüldüğünü kanıtlamadıkça, sezgin olmayan kimse hukuka aykırı eyleminden doğan zararı gidermekle yükümlü olur (B.K. madde 54/II).

B) Sınırlı Yeteneksizler

Bunlar, sezginlik kudretinin yokluğu nedeniyle değil de, ergin olmama veya kısıtlılık durumunun varlığı nedenleriyle hakları kullanma yeteneğine tam olarak sahip olamayan kimselerdir. Örneğin 18 yaşından küçük bir çocuk sezginlik kudretine sahip olduğu halde, sadece ergin olmadığı için haklarını tam olarak kullanamamaktadır. Bu sebeple sınırlı yeteneksizlerin yaptıkları hukuki işlemler mutlak olarak hükümsüz değildir; kanunî temsilcilerinin onayı alınırsa tek başlarına yaptıkları işlemler geçerlik kazanabilir. Sınırlı yeteneksiz, bu onayı almadan işlemi yaparsa, bir «askıda hükümsüzlük»ten söz edilir. Sezgin küçük veya kısıtlı baştan bir sorumluluk altına girmez fakat kanunî temsilcisi sonradan yapılan işlemi onaylarsa (icazet verirse), hukuki işlem, baştan izin verilerek yapılmış gibi hüküm doğurur (geçerlik kazanır). Sezgin küçük ve kısıtlılar, kural olarak, verilen izne veya onaya dayanarak her çeşit hukuki işlemi yapabilirler; ancak bunun da üç istisnası vardır: izin veya onay mevcut olsa bile bağışlama, vakıf kurma ve kefil olma işlemlerini yapamazlar. Buna karşılık sınırlı yeteneksizler, kanunî temsilcilerinin izni ya da onayı olmadan «karşılıksız kazandırmalar» da bulunabilirler; örneğin kendilerine yapılan karşılıksız bir bağışlamayı yalnız başlarına kabul edebilirler.

Sınırlı yeteneksizler, salt olarak kişiye bağlı hakların kullanılmasında da izin ya da onaya muhtaç değildirler. Bunlar, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklardır (nişin bozma, boşanma davası açma, evlilik dışı çocuğu tanıma gibi haklar).

Sınırlı yeteneksizlerin yaptıkları hukuki işlemler bakımından ehliyetinin kabul edildiği bir başka durum da M.K. madde 283/II'den çıkmadır. Buna göre ana-babanın onayı ile aile dışında yaşayan küçük, onlara karşı ödevlerini aksatmamak üzere kazancını dilediği gibi kullanabilir. Yine M.K. madde 284'e göre, bir iş veya sanat için ana-babası tarafından çocuğa kendi

malından verilen bölümün yönetimi ve ondan yararlanma hakkı çocuğundur. Sezgin kısıtlılar bakımından da M.K. madde 396'da buna paralel bir hüküm yer almaktadır.

M.K. madde 16/III'e göre, sezgin küçük ve kısıtlılar, hukuka aykırı eylemlerinden doğan zararlardan da sorumludurlar, zira bu sınıfa dahil olan kimseler davranışlarının sonuçlarını —kural olarak— değerlendirmeye muktedirler.

§ 20. Hakkın Kazanılması ve Yitirilmesinde İyiniyetin Rolü

I. Kavram

İyiniyet kavramı, bir olayı bilmek veya bilmemek gibi sübjektif bir temele dayanır. Bir hak kazanılmasına ilişkin herhangi bir işlemde bulunan bir kimse, o kazanmaya hukuk karşısında engel olması gereken daha evvelki bir olayı biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, iyiniyetle hareket etmemiştir; o olayı bilmiyor idiyse iyiniyet sahibidir. Örneğin bir şahısla evlenen kimsenin, o kişinin zaten evli olduğunu bilmemesi, birisinden bir şey satın alan kimsenin, o şeyin satıcının malı olmadığını bilmemesi; bir şahısla herhangi bir sözleşme yapan kimsenin, o şahsın kısıtlı olduğundan haberi olmaması gibi durumlarda o kimse iyiniyet sahibidir; çünkü bütün bu durumlarda işin gerçek yüzünü bilmemektedir. O halde, iyiniyet bir olayı, bir olguyu bilmemek gibi tamamen sübjektif ve psikolojik bir haldir.

II. Medeni Kanundaki İyiniyet Kuralı

İsviçre-Türk Medeni Kanunlarına göre, bir hakkın kazanılması veya yitirilmesinde iyiniyetin çok büyük bir önemi vardır. Kanun iyiniyetin rolünü yalnız çeşitli maddelerinde belirtmekle kalmamış, başlangıç hükümlerinde bunu genel bir ilke olarak saptamıştır.

M.K. madde 3 uyarınca : «Bir hakkın doğumunun kanun tarafından iyiniyet gereğine bağlanmış olduğu durumlarda, iyiniyet var sayılır. Ancak durumun gereğine göre kendisin-

den beklenen özasi göstermeyen kişi iyiniyet sa-
vında bulunamaz.»

Buradaki iyiniyetten amaç, bir olgunun gerçek niteliğinden haberdar olmamak, hakkın kazanılmasına engel olacak sakat bir durumu, kendi kusuru sonucunda bilmemektir.

M.K. madde 3 birinci cümlesi burada bir belirge (karine) koymuştur. Buna göre, bir hakkın doğumu için kanun tarafından iyiniyet şart kılınan durumlardan birine ilişkin bir davada iyiniyet sahibi olduğunu ileri süren taraf bunu kanıtlamakla yükümlü tutulamaz: iyiniyet asıldır, belirge olarak kabul edilir. Belirge mevcut ve belli bir durumdan belli olmayan bir durumun varlığını kuvvetle farz ve kabul etmek anlamına gelir.

III. Örnekler

1. Medenî Hukuktan :

(a) Aile Hukukundan

M.K. madde 93, evli olan bir kimsenin tekrar evlenemeyeceği kuralını koymuştur. Örneğin, (A) ile evli olan (B), bu evlilik ilişkisi ortadan kaldırılmadan tekrar (C) ile evlenirse, bu ikinci evlenme M.K. madde 112 No. 1 uyarınca bozuktur ve M.K. madde 113 uyarınca savcı ve her ilgili, temelden bozukluk davası açarak bu ikinci evlenmeyi geçersiz kılabilir. Ancak M.K. madde 114/III de bir kural yer almıştır. Buna göre :

«Evli iken yine evlenen bir kimsenin bu evliliği için temelden bozukluk kararı verilmeden önce, ölüm veya başka bir neden yüzünden önceki evlilik ortadan kalkmışsa ve ikinci evlenmede de öteki eş iyiniyetli ise, bu evlenmenin bozulmasına karar verilemez.»

Örnekte, butlan kararı verilmezden önce (A) ölse, (B) ile (C) arasındaki evlenme hakkında bozukluk kararının verilip verilmemesi, (C)'nin iyiniyetine bağlıdır. Yani (C), (B) ile evlenirken onun zaten evli olduğunu bilmiyor idiyse, (A) öldükten sonra, artık bu evlenme bozulamaz, geçerli olarak kalır; şayet (C), (B)'nin evli olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda bulunuyor idiyse, o zaman iyiniyet sahibi değildir, evlenme (A)'nın ölmüş olmasına rağmen bozulur.

(b) Miras Hukukundan

Medenî Kanunumuz, yakın mirasçılardan bazılarına dokunulmaz pay bırakmıştır. Miras bırakan kimse, kural olarak, bu dokunulmaz pay üzerinde bir egenimde bulunamaz, bulunursa bu egenim indirilir ve dokunulmaz paylı mirasçının hakkı kendisine verilir. Altsoy dokunulmaz paylı mirasçılardan olup, bu pay miras haklarının dörtte üçüdür. Örneğin, (M) ölmüş ve 1 milyon değerinde miras bırakmıştır. (M)'nin oğlu (O)'dan başka altsoyu da yoktur. Bu durumda bütün miras (O)'ya düşmektedir. Şayet (M) oğlundan hoşlanmadığı için, ölümünden evvel bütün mallarını (Ü)'ye bağışlar ve teslim ederse, mirasçı (O), (Ü)'yü M.K. madde 502/I, 507 No. 4 uyarınca dava ederek, dokunulmaz payını, yani 1 milyonun dörtte üçü olan yediyüz elli bin lirayı isteyebilir. (Ü) bunu (O)'ya geri vermekle yükümlüdür. Ancak M.K. madde 508 birinci cümlede aşağıdaki kural yer almıştır :

«Kendisine indirime bağlı bir kazandırma yapılmış olan kimse iyiniyetli ise, mirasın açıldığı gün o kazandırmadan veya ürününden yalnız elinde kalmış olanı geri vermekle yükümlüdür.»

Örneğimizde, (Ü) iyiniyet sahibi ise, yani (M)'nin dokunulmaz paylı bir mirasçının —yani oğlu (O)'nun— bulunduğunu bilmiyor idiyse, o zaman mirasın açıldığı gün — miras bırakan (M)'nin öldüğü gün— elinde kendisine verilenden ne miktar kalmışsa (O)'ya ancak o tutarı geri vermekle yükümlü tutulabilir. Eğer bu paranın bir kısmını veya tamamını kullanmışsa geri vereceği miktar da buna göre saptanır veya hiçbir şey geri vermekle yükümlü tutulmaz. Fakat, (Ü) iyiniyet sahibi değilse, yani gerçek durumu —(O)'nun dokunulmaz paylı mirasçı olduğunu— biliyorsa, veya sonradan öğrendiği halde sırf parayı geri vermemek için kullanmışsa, (O)'ya dokunulmaz payının tamamını, örneğimizde yediyüz elli bin lirayı geri vermekle yükümlüdür.

(c) Eşya Hukukundan

Durumu taşınır ve taşınmaz mallar açısından inceleyelim:

aa — Taşınır Malların Edinilmesinde İyiniyetin Rolü

Bu konuda M.K. madde 887 bir kural koymuştur. Buna göre :

«Taşınırlarda mülkiyetin geçmesi için teslim gereklidir. Bir kimse bir taşınırı iyiniyetle ve malik olmak üzere teslim alınca, geçirimi yapan kişi o nesnenin maliki olmasa bile, alan kimse, mülkiyeti edinmiş olur; mülkiyetin edinilmesi, elmenlik kurallarının yürümesinden başlar.»

Bu kuralın emanet bırakılmış mallarda, çalınmış mallarda ve çalınmış paralar ile taşıyana yazılı senetlerdeki uygulaması farklıdır.

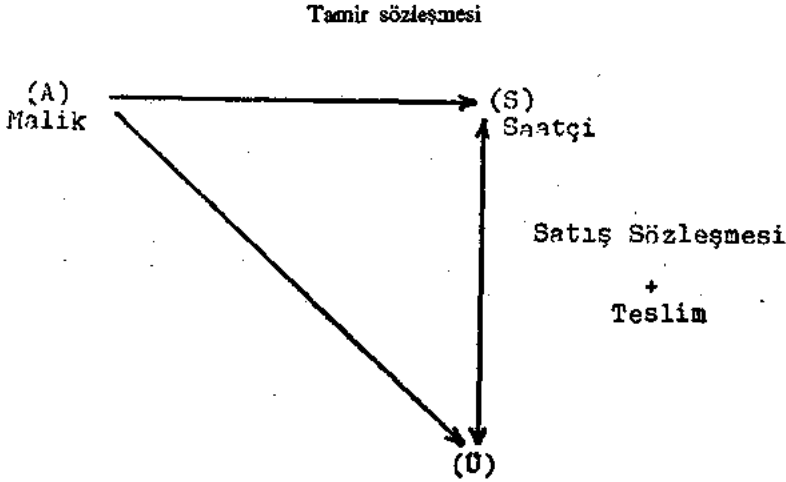
a) Emanet Bırakılmış Mallarda

M.K. madde 901 uyarınca :

«Bir taşınır malın, emanet olarak elmeni bulunan kimseden iyiniyetle mülkiyeti veya nesnel bir hakkı edinilirse, o kimsede bu edinimleri yapma yetkisi olmasa bile, edinim geçerli sayılır.»

Örneğin, (A) tamir etmek amacıyla saatini saatçi (S)'ye vermiş ve (S)'de bunu (Ü)'ye satmış ve teslim etmiştir. Bu durumda ortada (A)'nın ve (Ü)'nün çıkarları çatışmaktadır. Acaba saatin üzerindeki mülkiyet hakkı hâlâ (A)'da mıdır, yoksa bu hak (Ü)'ye geçmiş midir?

Şekil : 6



M.K.'muz burada, iyiniyet sahibi olmak koşuluyla (Ü)'nün (yani taşınır mal olan saati iyiniyetle edinen üçüncü kişinin) çıkarını korumuştur. Örneğimizde, (A) saatini (S)'ye bırakırken bunun elinden çıkarılabileceği riskini üstlendiği varsayımından hareketle, bu sonuca varılmıştır. (A) burada ancak (S)'yi takip ederek aradaki tamir sözleşmesine aykırı davranıştan dolayı zararının giderilmesini talep edebilir.

β) Çalınmış Mallarda

Örneğimizdeki saati (A), dalgınlıkla bir yerde unutmuş veya çaldırılmışsa veya saat onun elinden zorla alınmışsa, bu durumda saati bulan veya çalan veya zorla alan (H) mülkiyeti edinmemiştir.

Bu durumda M.K. madde 902 uyarınca (A), mülkiyet davasıyla saatini (H)'dan geri almak hakkına sahiptir. Hatta örneğimizde, saat, hırsız (H) tarafından iyiniyetli (Ü)'ye satılmış ve teslim edilmiş olsa bile, durum değişmez; yani (A) sonradan saati edinen (Ü) aleyhine de mülkiyet davası açarak saatini geri alabilir, çünkü burada saatin elmenliği (A)'nın elinden rızası olmaksızın çıkmıştır, kanun bu durumda iyiniyetli olan (Ü)'nün değil, esas malik (A)'yı korumuştur.

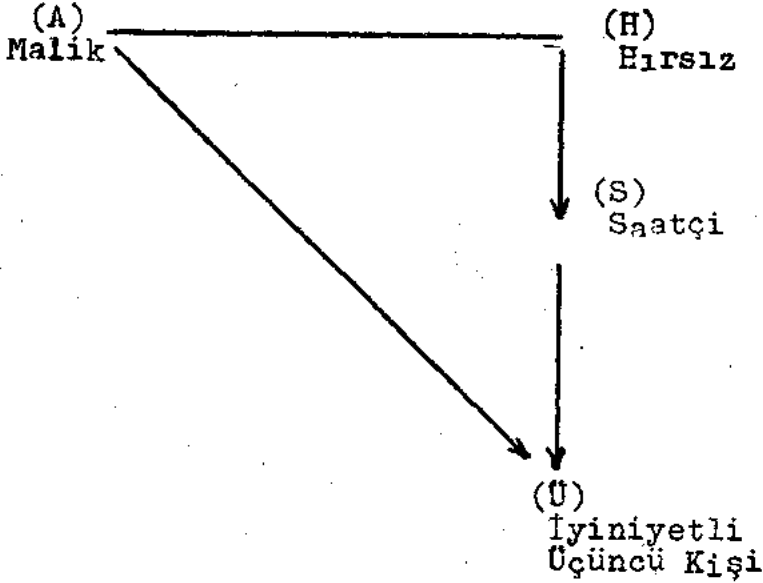
M.K. madde 902/I uyarınca :

«Kendisinden çalınan veya kendistnce yitirilen veya rızası olmaksızın herhangi bir yolla elinden alınan bir taşınırın elmeni, beş yıl içinde geri isteme davası açabilir.»

Ancak M.K. madde 902/II'de başka bir kural daha yer almıştır :

«Fakat bu taşınır mal, bir açık arttırmadan veya pazardan veya ona benzer nesneler satan bir tüccardan edinilmişse, iyiniyetli olan birinci ve sonraki edinenlere karşı geri isteme davası, ancak edinen kimsenin verdiği satış parasının ona ödenmesi koşuluyla açılabilir.»

Şekil: 7



Örnekte, hırsız (H), (A)'nın saatini çalmış ve bunu saatçi (S)'ye satmıştır. (Ü) çalınmış olan bu malı saatçiden, meselâ,

5.000 liraya satın ve teslim almış ve bunun gerçekte (A)'ya ait olduğunu da bilmemekte, yani iyiniyet sahibiye, bu durumda hem (Ü)'nün iyiniyeti ve hem de asıl malik (A)'nın çıkarları karşılıklı olarak korunmuştur. Malik (A), saati satın alan (Ü)'den —ona saati, saatçi (S)'den almak için ödediği 5.000 lirayı vermek suretiyle— geri alabilecektir. Diğer taraftan, iyiniyet sahibi (Ü)'nün de çıkarı korunmuştur; çünkü saati almak için ödediği 5.000 lirayı geri almak koşuluyla saati asıl sahibine iade etmektedir.

Ø) Çalınmış Paralar İle Taşıyana Yazılı Senetlerde

M.K. madde 903 uyarınca :

«Elmenin onamı olmaksızın elinden alınan parayı ve taşıyana yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı geri isteme davası açılmaz.»

Bu durumda çalınmış olan paralar ile taşıyana yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimsenin çıkarı korunmaktadır.

bb — Taşınmazların Edinilmesinde İyiniyetin

Rolü :

Taşınmazlar üzerinde bir nesnel hak edinilmesi için kural olarak tapu kütüğüne tescil yaptırılması gerekir. Tapu kütüğü ilgililere açık olduğundan, bir taşınmaz üzerinde nesnel bir hak edinecek olan kimse tapuda o taşınmazın yazılı olduğu kütüğe bakarak onun durumunu, örneğin kime ait bulunduğunu, yüküm veya rehin gibi diğer nesnel hakların bulunup bulunmadığını öğrenebilir ve kararını ona göre verir. Daha önceleri bu kitabın 209 uncu sahifesinde değinilen bu konularla ilgili olarak, herhangi bir konu tapu kütüğüne yolsuz olarak yazılır ve bu yolsuzluktan haberi olmadan, o taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı veya diğer bir nesnel hak edinmiş olan kimsenin bu edini mi geçerli sayılır.

M.K. madde 931 uyarınca :

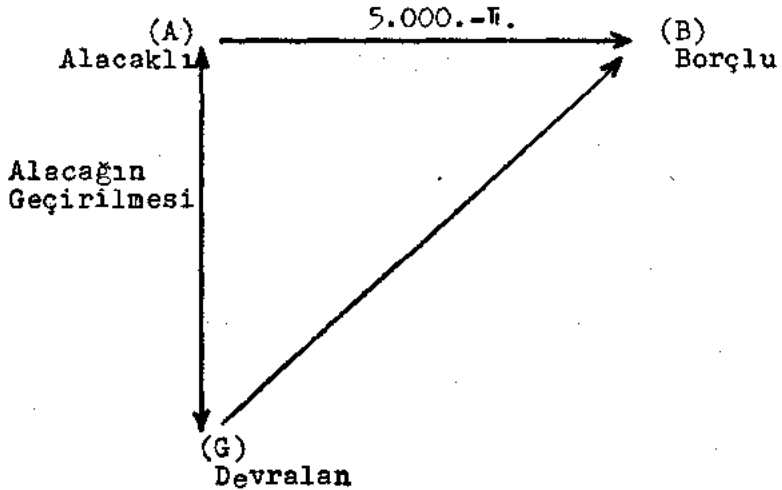
«Tapu kütüğündeki yazıma iyiniyetle dayanarak mülkiyeti veya başka bir nesnel hakkı edinen kimsenin bu edinimi geçerli olur.»

Buradaki iyiniyet, kütük yazımının doğruluğuna ilişkin iyiniyettir. Fakat taşınmazı satan kimsenin durumu, örneğin yeteneksiz olmadığına ilişkin iyiniyet değildir. Hukukî açıdan, yeteneksiz bir kimse bir taşınmazı sattığı takdirde, müşteri iyiniyet sahibi olsa bile, mülkiyeti edinemez; tapuda biçimsel olarak yapılan tescl düzeltilebilir (M.K. madde 933).

2. Borçlar Hukukundan :

B.K. madde 162 ve devamı maddelerine göre bir alacak, alacaklı tarafından bir üçüncü kişiye geçirilebilir. 'Alacağın geçirimi' denen bu işlemin geçerliliği için borçlunun rızasına gerek yoktur. Ancak bu işlemin yazılı yapılması gerekir.

Şekil : 8



Örneğin, alacaklı (A), borçlu (B)'den olan alacağını —5.000 lırayı— (G)'ye geçirebilir. Alacak böyle geçirildikten sonra, (B) bu 5.000 lırayı artık yeni alacaklıya, yani (G)'ye ödemekle yükümlüdür. Ancak, B.K. madde 165 uyarınca, böyle bir alacağın geçirildiği, devreden tarafından kendisine bildirilmezden evvel, eski alacaklıya iyiniyetle ödemede bulunan borçlu, borcundan

kurtulur. İyiniyetli (B)'nin (A)'ya yaptığı ödeme onu bir defa daha (G)'ye ödemede bulunma yükümlülüğünden kurtarır, (G) ancak (A)'ya başvurarak hakkını isteyebilir.

IV. İyiniyet Belirgesi

İyiniyetli olduğunu öne süren kişi, bunu kanıtlamakla yükümlü değildir, kendisinin iyiniyetli olduğu belirge olarak kabul edilmiştir. Bu durumda onun iyiniyetli olmadığını diğer taraf kanıtlamakla yükümlüdür. Bu konuda M.K. madde 3/II'deki kurala göre, «durumun gereğine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişi» iyiniyet savında bulunamaz.

Bir kişinin iyiniyeti salt bilmemek ile değil, bilmek için gereken özeni gösterip göstermemesiyle ölçülür. Bir olayı bilmeyen kimsenin bu bilgisizliği onun kendi kusurundan ileri geliyorsa, o kişi iyiniyet savında bulunamaz. Buradaki özen tamamen objektif olarak ölçülür; yani orta zekâlı, normal ve akıllı başında bir insanın aynı durumda düşünebileceği ölçüden fazlası, iyiniyetli olduğunu öne süren kişiden istenemez ve beklenemez.

İyiniyetin korunmadığı bazı durumlar da vardır. Bunlar :

1. Malın, malikin rızası olmaksızın elinden çıkması halinde, o malı edinen kişinin iyiniyeti korunmaz.
2. Hakları kullanma yeteneğinden yoksun bulunan kişilerle yapılan işlemler, bunu yapan taraf o kişiyi yetenekli olduğu konusunda iyiniyet sahibi olsa dahi, edinme geçerli olmaz.
3. Resmi kayıtlara karşı iyiniyet öne sürülemez.

§ 21. Hakkın Kullanılmasında ve Borcun Yerine Getirilmesinde «Dürüstlük Kuralına» Uyma Zorunluğu (objektif iyiniyet)

I. Kavram

M.K. madde 2/I uyarınca :

«Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğruluk kurallarına uymakla yükümlüdür.»

Burada yer alan iyi yolda hareket etmek, hakkını iyiye kullanmak, gerek hakkın kullanılmasında ve gerek borcun ifasında, doğrulukla iş görmek, tamamen genel ve objektif bir durumdur. Bu açıdan M.K. madde 2'deki iyiniyete, öğretide (objektif iyiniyet) adı verilmektedir. Latince «Bona fides», Almanca «Treu und Glauben», Fransızca «bonne foi» deyimleri arasında Almanca deyim, —sübjektif iyiniyet kavramından ayırt edilme olanağı verdiği için— daha uygundur ve «doğruluk ve dürüstlük» diye çevrilmelidir. Buna karşılık lâtince ve fransızca deyimler iyiniyetin her iki türünü de belirtmek için kullanılmaktadır. M.K.'muz İsviçre M.K.'nın Fransızca metninden çevrildiği için gerek M.K. madde 2 ve M.K. madde 3'de iki kavramın karşılığı da «iyiniyet» olarak yer almıştır.

Doğruluk ve dürüstlük kuralı, bir kimseden, namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı belirler. Bu davranışın bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, topluma egemen olan ahlâkî ölçülere, yürürlükte olan geleneklere, hakları sağlayan ilişkilerin amaçlarına göre saptanır.

II. Doğruluk ve Dürüstlük Kurallının Rolü

1. İrade Beyanlarının Yorumunda :

Hukukî işlemleri oluşturan irade beyanlarının yorumunda temel, beyanda bulunanların iradesidir. Bununla beraber bu beyan, kendisine beyanda bulunulan kimsenin anlayışına göre değil, dürüst ve akli başında insanların, aynı olayda böyle bir beyanı anlayacakları biçime göre yoruma tabi tutulur.

2. İrade Beyanlarının Tamamlanmasında :

Hukukî işlemlerde, özellikle sözleşmelerde serbestilik ilkesi asıl olmakla beraber, eksik olan noktalarda çıkan anlaşmazlıklar, ya kanunun tamamlayıcı hükümleri veya yargıç tarafından B.K. madde 2/II uyarınca tamamlanır. Bu işlem yapılırken, iyi-

niyet kurallarına göre tarafların bu sözleşmeyle hangi sonucu elde etmek istedikleri sorunu; yani, sözleşmede ele almadıkları konuları da düşünmüş olsalardı ve o durumu gözönünde bulundursalardı o zaman nasıl bir çözüme ulaşacakları sorunu, dik-kate alınır ve sözleşme ona göre tamamlanır. Örneğin, pahalı ve lüks bir mağazadan alış veriş yapan müşteri satın aldığı eş-yanın güzel bir biçimde paketlenmesini, bir lokantada yemek yiyen kimse kullandığı çatal, bıçak ve kaşıkların temiz olmasını isteme hakkına sahiptir. Bu sorular taraflar arasında önceden koşul olarak öne sürülme-ye bile, yürürlükte olan işlemler gereği ve objektif iyiniyet kuralına uygun olarak, bunların yerine ge-tililmesi zorunludur.

3. Kanunların Yorumlanmasında ve Tamamlanmasında

Kanunların kişilere verdiği hakların da bu kural uyarınca bir hududu vardır. Bunu saptayan da karşı tarafın veya bir üçüncü kişinin veya kamunun yararidir. Örneğin M.K. madde 267'deki (ana tabanın çocuklarını uslandırma hakkına sahip ol-maları) hakkı, yani uslandırma hakkının kapsamın nelerin gir-diğinin saptanması tamamen objektif kurallara göre çözümlenir. Bu durumda orta zekâlı, dürüst, normal, sevecen bir ana-ba-banın bu uslandırma hakkını nasıl kullanmaları gerekirse, her ana babanın da o biçimde hareket etmesi lâzımdır.

III. Hakkın Kötüye Kullanılması

1. Genel Olarak :

Hakların, bunların tanınmasındaki amaçlara aykırı olarak kullanılmasıyla başka birini zarara uğratmasına, hakkın kötüye kullanılması adı yerilir ve sonuç olarak bu durum dürüstlük ku-rahıyla bağdaşmaz.

Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her olayın ken-di özellik ve koşulları gözönünde tutularak saptanabilir. Ancak bazı unsurların varlığı, hakkın kötüye kullanıldığını gösterebi-lir.

2. Unsurlar :

- a) Hakkın kullanılmasında haklı bir çıkar bulunmaması,
Burada hak sahibine haklı bir çıkar sağlamaktan çok, bir başkasına zarar vermek, onu güç duruma düşürmek veya haklı olmayan bir çıkar sağlamak amacıyla kullanılan bir hakkın durumu söz konusudur.
- b) Hakkın kullanılmasının sağlayacağı çıkar ve başkasına vereceği zarar arasında, aşırı nisbetsizliğin bulunması,
- c) Ahlâka aykırı olan kendi davranışını öne sürmek,
- d) Karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulma.

3. Yaptırımı :

M.K. madde 2/II «bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk tarafından korunmaz» kuralını taşımaktadır. Maddedeki ifadeden, kötüye kullanılan hakka dayanan talep veya savunmaların dikkate alınmayacağı anlamı çıkmaktadır. Bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılmasından zarar gören kimsenin zararını giderme, eski durumuna getirme, zararını önleme veya ilişkinin sona erdirilmesi sonuçları da uygulanabilir.

YEDİNCİ BÖLÜM

BORCUN DOĞMASI VE SONA ERMESİ

§ 22. Borç İlişkisi ve Borç Doğuran Olaylar

I. Borç İlişkisi Kavramı

Daha evvelki bahislerde incelenen hakların karşısında bir de borçlar ve yükümlülükler yer alır. Bir kişinin herhangi bir hakka sahip olması, çoğunlukla, diğer bir kişinin bir borç altında bulunması sonucuna bağlıdır. Örneğin, (B) kendi kusuruyla (A)'nın bir malına zarar verirse, (A), (B)'ye karşı bir **alacak hakkını** kazanır; bu hak, malına verdirilen zararın, örneğin, 5.000 liralık zararın giderilmesini isteme konusunda **şahsi/nisbi** bir haktır.

(A) $\xrightarrow{\text{5.000 lira}}$ (B)

Olayda, (A) alacaklı, (B) ise borçludur; çünkü (B) bu zararını giderme borcu altına girmiştir. Yani (A)'nın bir hakkına karşılık, (B)'nin bir borcu söz konusudur, bu iki kişi arasında bir borç ilişkisi oluşmuştur. Borç ilişkisi, iki veya daha çok kişi arasındaki bir hukuki ilişki olup, buna göre bir taraf, (yani alacaklı), karşı taraftan (yani borçludan), bir edimin yerine getirilmesini isteme hakkını elde eder. Örnekte, malı zarara uğrayan alacaklı (A), zarar veren borçludan, (B)'den uğradığı 5.000 TL'lik zararının giderilmesini isteyebilir. Bu örnekte anılan olay sonucunda, iki kişi arasında bir borç ilişkisi oluşmuştur. Taraf-lardan biri hak sahibi, diğeri borçlu durumuna gelmiş ve belli bir olay, belli bir hakkın edinilmesinde ve bir borcun doğmasında etken olmuştur. Bu açıdan hukuki olayların hakların edinilmesi ve borcun doğumunda büyük önemi vardır.

II. Hukuki Olay

1. Kavram

Hukuki sonuç doğuran olaylara hukuki olay adı verilir. Eğer bir alelâde olaya hukuki sonuçlar bağlanabiliyorsa, bu artık hukuki olay niteliğini alır. Örneğin, sel baskını, yıldırım düşmesi doğal olaylardandır. Ancak bu sel baskını veya yıldırım olayına bazı hukuki sonuçlar bağlanabiliyorsa, durum değişir. Örneğin, (S), (A)'ya tarlasındaki bir ürünü veya bir hayvanını satsa ve fakat henüz bunları teslim etmeden, doğal bir olay nedeniyle ürün mahvolursa veya hayvan ölse, burada artık bir hukuki olay niteliği görmektedir. Çünkü bu doğal olaydan sonra (A)'nın (S)'ya ürün veya hayvanın parasını ödeyip ödemeceği veya (S)'nin o ürün veya hayvan yerine başka bir ürün veya hayvanı vermekle yükümlü tutulup tutulamayacağı gibi bazı hukuki sorunlar ortaya çıkar. Bütün bu örneklerde hukukun araya girmesini gerektiren olaylarla karşılaşırız.

2. Kategorileri :

Hukuki olayları nitelikleri açısından iki kategoriye ayırabiliriz :

(a) İnsanın İrade ve Eylemi Sonucu Olmayan Hukuki Olaylar

Bunlar, hukuki sonuç doğuran doğal olaylardır. Örneğin, doğum, ölüm ve bitkilerin komşu araziye geçerek dal budak salması vb. gibi. Buna benzer olaylardan bir bölümü hem hakların doğumu açısından hem de hak ve borçların sona ermesi açısından büyük önem taşırlar. Bunlara 'zorunlu neden' veya 'mücbir sebep' denilir. Bu gibi durumlar, yaşantının normal koşullarına göre birey tarafından önlenmesine olanak bulunmayan doğal afetler veya anormal durumlardır; örneğin, deprem, su baskını, yıldırım, harp vb. gibi. Bir de yaşantının normal koşullarına göre her zaman beklenebilen ve önlemlerle öntü alınabilen olaylar vardır ve bunlara da 'beklenmeyen (fevkalâde) durum' veya 'kaza' adı verilir; örneğin taşımacılık veya iş kazaları, hastalık, hırsızlık vb. gibi.

(b) İnsanın İrade veya Eylemi Sonucu Olan
Hukukî Olaylar

Bunlar hukukî eylemler ve hukukî işlemler olarak sınıflandırılabilir.

§ 23. Hukukî Eylem, Hukukî İşlem ve İrade Beyanı

I. Hukukî Eylem

Hukukî eylem, insanın hukukî sonuç doğuran eylemleridir. Bunlar hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak bellirir. Hukuka aykırı eylemlerde, hukukî sonuç onu yapanın sorumluluğunu gerektirir.

Hukuka aykırı eylemler, haksız fiil (eylem) diye adlandırılan genel davranış kurallarına aykırı eylemler veyahut borca aykırılık (borcun ihlâli) biçiminde gerçekleşir.

Hukukî eylem deyimi, hukukî işleme oranla daha geniş kapsamlıdır.

Hukuka uygun eylemler, kendi içerisinde bazı alt bölümlere ayrılır :

1. İrade (beyanı) Açıklamaları :

Burada beşerî arzu açığa çıkarılmaktadır. Kanunun kendilerine bir sonuç bağladığı ve bu sonucu açıklamanın içeriğinden oluşmayan ve bunu yapan tarafından bilinmesinin ve istenilmesinin de gerekmediği durumlar buraya girer. Örneğin, uyarı (ihtar) bir arzu açıklaması olup, bununla alacaklı edayı derhal istediğini bildirmektedir. Ancak uyarının hukukî sonucu ve hükmü alacaklının arzu açıklamasının içeriğinden doğmamakta, bu hüküm ve sonuç (borçlunun direngen olması) alacaklının bunu istemiş veya bilmiş olup olmadığı araştırılmaksızın, oluşmaktadır. Uyarı ile alacaklının ulaşmak istediği sonuç madde bir hükümdür; yani karşı tarafı edaya yöneltmektir. Bu hüküm ve sonucun gerçekleşmesi ancak borçlunun iradesine bağlı kalmaktadır. Yine borçluya B.K. madde 106/I uyarınca süre verilmesinde de durum aynıdır: burada alacaklının istemi, edanın

sürenin bitiminden evvel yerine getirilmesidir. B.K. madde 106/II'deki hukukî sonuç bozma hakkıdır ve bu hak alacaklı bilmese veya istemese bile doğmaktadır. Başka bir örnek, borçlunun edayı yerine getirmekten kaçınması veya alacaklının önerilen edayı kabulden sakınmasıdır.

2. Görüş Tarzı, Fikir veya Tasarım Açıklamaları :

Burada, bir bilginin, görüşün veya tasarımın beyanı söz konusudur. Bunlara hukukî sonuçlar bağlandığı ölçüde bunlar hukukî eylem oluşturur. Örneğin, alacaklının alacağın geçirildiğini borçluya bildirmesi (ihtar), temsilcilik yetki kapsamının üçüncü kişilere duyurulması, satın alınan malın ayıplı olduğunun açıklanması, kabul haberinin geç ulaştığının B.K. madde 5/III uyarınca bildirilmesi gibi. Bu gibi açıklamalarda amaç, hukuk açısından önemli olan bir konuyu bir başkasının öğrenmesidir.

3. Duyguların, Hislerin Açıklanması :

Bu duygu ve hislere hukukî sonuçlar bağlandığı takdirde, bunlar da hukukî eylem niteliğini kazanır. Örneğin, zina eden eşi, diğer eşin affettiğini açıklaması (M.K. madde 129/III) ve mirastan yoksunluğun kaldırılması (M.K. madde 520/son fıkra) na ilişkin 'af durumunda' olduğu gibi. Duygu açıklamaları, dürüstlük kuralına ilişkin olarak değerlendirme yetkisinde önem taşıyabilirler; örneğin nişanı bozmada (M.K. madde 84).

II. Hukukî İşlem

Bir veya birden çok kişinin bir hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade beyanına hukukî işlem denilir.

Hukukî işlemler başlıca iki büyük gruba ayrılır :

1. Tek taraflı hukukî işlemler,
2. Çok taraflı hukukî işlemler.

1. Tek Taraflı Hukukî İşlemler :

Bir hukukî sonucun oluşması için yalnız bir tarafın irade beyanının yeterli olduğu işlemlerdir. Örneğin vakıf kurma, vasi-

yetname yapma gibi. Tek taraflı hukuki işlemler de 'yöneltilmesi gereken ve yöneltilmesi gerekmeyen' olmak üzere ikiye ayrılır.

Yöneltilmesi gerekip gerekmediği konusu, işlemin niteliğine göre belirlenir. Yenilik doğuran hakların kullanılması için yöneltilmesi gereklidir. Yöneltilmesi gerekli olmayan hukuki işlemlerde, irade beyanı diğer bir tarafa karşı yapılması gerek-meyip, bundan ayrı, bağımsız olarak hüküm ifade eder; örneğin, vasiyetnamede, benimsemede, terk'de olduğu gibi.

Yöneltilmesi gereken tek taraflı hukuki işlemler de 'karşı tarafa ve resmî bir makama yöneltilmesi gereken hukuki işlemler' olarak ikiye ayrılır. Karşı tarafa yöneltilmesi gereken hukuki işlemler, bir kişiye yapılması gereken işlemlerdir. Örneğin, bozma bildirimi, sözleşmeden dönme, süre saptanması, seçimlik borçta seçim beyanı gibi. Resmî makama yöneltilmesi gerekli tek taraflı hukuki işlemlerde ise, resmî makama yöneltilecek bir beyana gerek vardır. Örneğin, M.K. madde 549 uyarınca bir mirasın reddi gibi.

2. Çok Taraflı Hukuki İşlemler :

Bu kategoride sözleşmeler, müşterek hukuki işlemler ve kararlar olmak üzere üçlü bir ayırım yapılır.

(A) Sözleşmeler

Hukuki sonucun oluşması için, iki tarafın karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanında bulunmaları için gerekli olan hukuki işlemlerdir. Sözleşmelere medenî hukukun her alanında rastlanır. Borçlar Kanununun madde 1-40'da sadece borç doğuran sözleşmeler düzenlendiği halde bu genel hükümler, ayrıca özel hükümler bulunmadıkça ve yapıları elverdiği ölçüde, medenî hukukun diğer sözleşmelerine de uygulanır (M.K. madde 5).

Borçlar hukukuna ilişkin sözleşmeler de kendi bünyeleri içinde, 'tek taraflı' ve 'iki taraflı' borç sözleşmeleri diye ikiye ayrılır. Bu ayırımı yaparken, sözleşmeyle yalnız bir tarafın veya iki tarafın (bütün tarafların) borç altına girip girmediği konusu araştırılır.

a) Tek Taraflı Sözleşmeler

Burada yalnız bir taraf yükümlülük altına girer; örneğin bağışlama sözleşmesinde (B.K. madde 238), kefillik sözleşmesinde (B.K. madde 483), borcu tanımada (B.K. madde 17). Bu gibi sözleşmelerde bir taraf bir edayı üstlendiği halde, diğer taraf buna mukabil bir karşılık vermekle yükümlü değildir.

b) İki Taraflı Veya Çok Taraflı Sözleşmeler

Burada tarafları birbirlerine karşı yükümlülük veya borç altına sokan sözleşmeler söz konusudur. Bu sözleşme tipleri de bir ayırıma tâbidir :

(aa) Zorunlu Olarak İki Taraflı (karşılıklı, sinallagmatik) Sözleşmeler

Sözleşmenin tarafları birbirlerine karşı edaları üstlenmektedir; alım satım, kira, iş sözleşmesi, yapıt sözleşmesinde olduğu gibi; burada her iki taraf da hem alacaklı hem de borçludur.

(bb) Zorunlu Olarak Değil, Ancak Muhtemel Olarak İki Taraflı Sözleşmeler

Bir edanın karşılık mukabilinde, fakat karşılıksız olarak da, yani karşılıklı olması tarafların anlaşmasına bağlı olan sözleşmeler (örneğin, vekillik B.K. madde 386/III, veya saklatım B.K. madde 463/II) ile durumun gereğine göre diğer taraf için de masraflar veya zararın giderilmesine ilişkin yükümlülükler doğabilecek olan sözleşmeler (örneğin, eğreti sözleşmesi B.K. madde 299, 301/II) anılabilir.

(B) Müsterek Hukukî İşlemler

Gerçekte bir hukukî işlemde bir irade beyanının, birden çok kişinin beyanlarının birleşmesinden oluşmasını ifade eder. Müsterek hukukî işlem, bir sözleşmede bir tarafı birden çok kişinin oluşturması biçiminde olacağı gibi, tek taraflı bir hukukî işlemde bu beyanı yapacak kişilerin birden çok olması biçiminde de gerçekleşebilir. Örneğin, dört arkadaşın birlikte bir apartman katını kiralaması durumunda, kiracılar açısından müsterek hukukî işlem biçiminde bir sözleşme söz konusudur. Bir süre sonra

bu kişilerin kira sözleşmesini bozma bildirimleri, müşterek hukukî işlem biçiminde yapılmış tek taraflı bir hukukî işlemdir.

(C) Kararlar

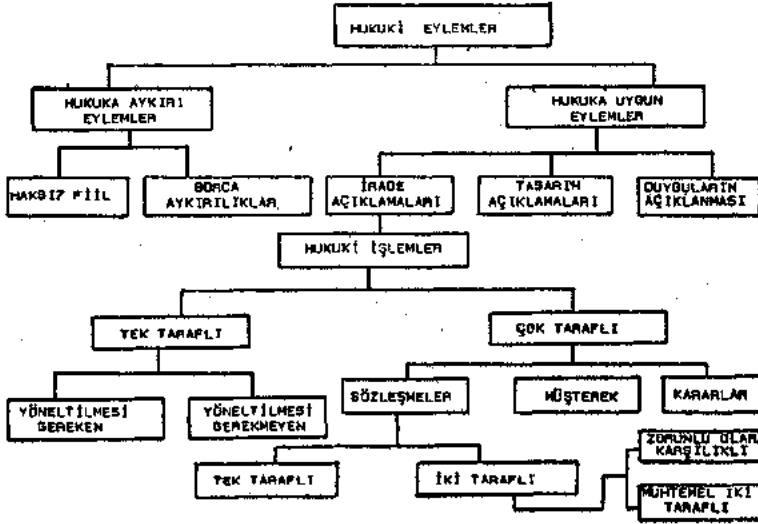
Şahıs topluluklarının, onları oluşturan kişilerin irade uygunluğu ile değil, fakat oy çokluğundan oluşan irade beyanlarına (karar) denir. Kararların belirgin özelliği, aynı yönde olmalarıdır. (Hukukî eylemler toplu olarak 236'ncı sayfede belirtilmiştir).

III. Çeşitli Yönleriyle 'İrade Beyanı'

İrade beyanı hukukî bir sonuca yönelmiş arzunun açığa vurulmasıdır. Bundan 'açıklanma' anlaşılmak gerekir. Örneğin, malvarlığını (A)'ya vasiyet etmeyi düşünen (A)'nın bunun hukukî bir değer kazanması için iradesini açıklaması gerekir. Örneğimizdeki hukukî işlemin oluşması için de iradenin yani vasiyetin resmî veya yazılı (M.K. madde 479, 485) veya kanunun öngördüğü koşullarda sözlü olarak (M.K. madde 486) yapılması yeterlidir. Bir alım satım sözleşmesinde, satıcı malını alıcıya satmayı düşünse bile bir hukukî işlem oluşmaz. Bu alım satım sözleşmesinin oluşması için satıcının, bu konudaki iradesini karşı tarafa, yani alıcıya beyan etmesi, örneğin saati belli bir bedelle satmayı önermesi (öneride bulunma), satın almayı arzu eden tarafın da bunu destekleyen iradesini bildirmesi, (yani kabul etmesi) gerekir. Bu iradelerin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanmasından oluşan hukukî işlem bir sözleşme (alım satım sözleşmesi) dir. Kanun bütün bu irade beyanlarına birer hukukî sonuç bağlamıştır. Örneğin, malını satmayı öneren kimse, kanunun saptadığı bazı hallerde (B.K. madde 3 ve 5) belli bir süre içerisinde bu önerisinden geri dönemez; kabul eden kimsenin buna ilişkin beyaniyle bir sözleşme oluşur. Sözleşme sonucunda bir taraf malı teslim, diğer taraf da ona malın bedelini ödeme borcunu yüklenmiş olur.

İrade beyanları çeşitli açılardan sınıflandırılabilirler :

Şekil : 9



1. Açık ve Üstü Kapalı İrade Beyanları :

Bir irade ile hukukî sonuca ilişkin arzu açık ve duraksama-ya yer vermeyecek biçimde açıklanırsa, irade beyanı açık (sarih) tir. Bu sözle, yazı ile veya bir işaretle yapılabilir. Örneğin balıkçı (A), müşterisi (B)'ye satın alması için tanesi 200 liradan dört balık gönderir ve (B)'de bunları bu fiyattan satın aldığını, balıkları getiren kimseye bildirirse, burada irade açık olarak beyan edilmiştir. B.K.'muzun kabul ettiği ilkeye göre, (A)'nın iradesini beyan ederek yaptığı işleme, öneri, (B)'nin bu balıkları satın almak konusundaki irade beyanına da kabul, iradelerin birbirine uygun olması durumuna da rıza (onam) adı verilir. Örneğimizde taraflar arasındaki bir alım satım sözleşmesi oluşmuştur. Eğer örneğimizde, (A)'nın gönderdiği balıklar (B) evde yok iken gelmiş ve eve bırakılmış olup da (B) akşam eve geldiği zaman bunların yenmesi için gerekli işleri yapmışsa, burada yine bir irade beyanı vardır; ancak bu irade beyanı yukardaki gibi açık değil, kabule ilişkin iradeyi taşıyan hareketlerin (yenme için gerekli işlerin) yapılmasıyla, üstü kapalı olarak beyan edilmiştir ve sözleşme yine oluşmuştur.

Susma durumunda bir özellik vardır. Susmanın bir irade beyanı sayılması için ,sükût eden kimse aksi arzuda ise susması gerekmeli ve susmayacak durumda olmalıdır.

2. Karşı Tarafa Yöneltilmesi Gerekli Olan ve Olmayan İrade Beyanları :

Daha evvel sahife 233'de belirtildiği gibi, bazı irade beyanlarının yapılmış sayılması ve böyle bir beyan ile yapılan işlemin var sayılması için beyanın bir kişiye yöneltilmesi gerekli olduğu halde, bazılarında buna gerek yoktur. Örneğin, bir kimse M.K. nun 485 inci maddesindeki koşullara uygun olarak el yazısı ile bir vasiyetname düzenleyip bunu cebine veya kasasına kilitlemiş olsa, bu vasiyetname geçerlidir. Buradaki hukukî işlemde arzusunun açıklanması onun geçerli sayılmasına yetmektedir. Buna karşılık, (A) dört balığı 200'er liradan satmak için (B)'ye bir mektup yazsa ve mektubu kendi cebinde muhafaza etse, burada henüz geçerli bir irade beyanı yoktur ve bununla bir öneri yapılmış sayılmaz; çünkü öneri karşı tarafa yöneltilmesi gerekli bir irade beyanıdır. Kabul beyanında da durum aynıdır.

Karşı tarafa yöneltilme ne anlama gelir? acaba irade beyanı hangi anda karşı tarafa yöneltilmiş sayılır?

- (a) Mektubun yazıldığı anda mı, yoksa,
- (b) (B)'ye verilmek üzere postaya veya onun yardımcısına verildiği anda mı,
- (c) Bu mektubun (B)'ye ulaştığı anda mı, yahut da,
- (d) (B)'nin bu mektubu okuduğu anda mı?

Burada beyanda bulunan kimse, bunun karşı tarafa ulaşması için kendine düşen bütün işleri yaptığı, örneğin mektubu yazıp bir aracıya teslim ettiği anda irade beyanı karşı tarafa yöneltilmiş sayılır.

3. Biçime Bağlı Olan ve Olmayan İrade Beyanları :

B.K.'nın 11 inci maddesi :

«Sözleşmenin geçerliği, kanunda tersine kural bulunmadıkça, hiçbir biçime bağlı değildir.»

demek suretiyle, sözleşmelerde biçime bağlı olmamanın asıl ve biçimin istisna olduğunu açıkça belirtmiştir. Buna göre, kanunun biçime bağlı tutmadığı hukuki işlemlerde, iradenin beyanı —bunu sakatlayan başka bir neden olmadıkça— doğrudan doğruya geçerlidir. Örneğin yukarıda anılan balıkların satışına ilişkin beyanlar geçerli olup, bir alım satım sözleşmesi oluşmuştur.

Bazı işlemlerde ise, istisnai olarak, sadece iradenin beyanı ile hukuki işlem tamam olmaz; işlemin tamam olması için bazan bir biçime gereksinme vardır. Örneğin, taşınmazın alım satımının geçerli olması için resmi biçimde yapılması gerekir. (B.K. madde 213). Bu biçime uyulmadan yapılan bir alım satım işleminde, onu yapanların sadece irade beyanı bir hukuki sonuç doğurmaz.

Buradakı biçimden amaç, hukuki işlemin geçerlik koşuludur. Yani gerekli biçime uyulmadan irade beyan edilince hukuki işlem geçerli olmamaktadır.

Biçimin bir diğer anlamı daha vardır. O da hukuki işlemin kanıtlanması koşulu olarak dikkate alınmasıdır. Örneğin, H.U. M.K. madde 288'e göre 5.000 liradan yukarı değerdeki hukuki işlemler senetle kanıtlanmak gerekir.

Hukuki işlemler için aranan başlıca biçim, yazılı biçimdir. Evlenme töreninin yapılması için özel bir sözlü biçim M.K. madde 108 ve 109'da aranmıştır.

Hukuki işlemlerde biçim, adi yazılı biçim, özel yazılı biçim ve resmi biçim olmak üzere üç türdür.

(a) Adi Yazılı Biçimde :

İrade yazılı olarak açıklanır. Yazının, beyanı yapanın el yazısı olması koşul değildir. Metni, kendisi veya başkası, el ile veya makine ile yazmış olabilir; önemli olan metnin beyan sahibi tarafından imzalanmış olmasıdır.

(b) Özel Yazılı Biçim :

M.K. madde 485'de «el yazısı ile vasiyetname» düzenlenirken başvuru biçimidir. Bunun adı yazılı biçimden en belirgin farkı, metnin başundan sonuna kadar irade beyanında bulunan kişinin kendi el yazısı ile yazılmasının gerekli olmasıdır.

(c) Resmi Biçim :

İrade beyanını açıklayan yazılı metnin (belgenin) resmi bir makam tarafından düzenlenmesi tarzındaki yazılı biçimdir. Burada düzenlenen belgeye resmi senet denilir.

Ülkemizde resmi senet ve belgelerin düzenlenmesi yetkisi kanunlarla başka bir makama bırakılmamışsa, ilke olarak noterlere tanınmıştır. Nesnel haklarla ilgili resmi senetleri düzenleme yetkisi ise tapu sicil memur ve muhafızlarına verilmiştir. Yine sulh yargıçlarının da resmi vasiyet düzenleme yetkileri vardır.

Noterlikte yapılan belgelerdeki resmiyet biçimi derece derecedir :

- aa) Taraflar arzu ettikleri sözleşmeyi dışarda düzenleyip ve yazıp notere götürür ve sadece imzalarını onaylatırlar; yahut,
- bb) Bu imza onayından başka noter, belgenin kendi önünde ilgililere okunduğuna ve onların, sözleşmenin içeriği hakkında rıza ve rızalarının bulunduğuna kendisince kanaat getirildiği konusunda bir onaylama yazısı (şerhi) ekler; yahut da,
- cc) İlgililer doğrudan doğruya notere başvurarak yapmak istedikleri sözleşmenin veya işlemiş koşullarını ona bildirirler ve noter bunları yazı ile saptayarak, başvurunun gün ve saatini, ilgililerin kimliklerini, medeni hakları kullanma yeteneğini, işlemi yapmaya yasal bir engel bulunmadığını eklemek suretiyle belgeyi doğrudan doğruya kendisi düzenler ve buna da «noterin kendisi tarafından düzenlenen belge» adı verilir.

§ 24. Borçlanma ve Egenim İşlemleri, Kazandırma İşlemleri

Hukuki işlemlerden malvarlığını ilgilendiren işlemler, malvarlığına yaptıkları etki açısından, malvarlığı azalan için borçlanma işlemleri (iltizami muameleler) ve egenim işlemleri (tasarrufi muameleler) olarak ikiye ayrılır. Malvarlığında artış meydana gelen için ise kazandırıcı işlem adını taşır.

Malvarlığını ilgilendiren bir hukuki işlem, bir kişi için borçlanma veya egenim işlemi oluştururken, çoğunlukla diğer bir kişi için bir kazandırıcı işlem oluşturur.

I. Borçlanma İşlemleri

Borçlanma, bir şey hakkında söz verme, bir hususun yerine getirilmesi için bir yükümlülük, bir borç altına girme, demektir. Borçlanma, işlemleri, işlemi yapan kimsenin malvarlığının pasifini çoğaltan muamelelerdir. Malvarlığının passifine yeni bir borç ekleyerek malvarlığının azalmasına neden olurlar. Bu durumda bütün borç sözleşmeleri birer borçlanma işlemidir; çünkü taraflardan birine veya ikisine borç yüklemektedir, yani onlar bununla bir edimi yerine getirmeyi üstlenmekte, bunu diğer tarafa karşı borçlanmaktadırlar. Alım satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi bu tür işlemlerdir.

II. Egenim İşlemleri

Malvarlığındaki bir hakka doğrudan doğruya etki yaparak, o hakkı başkasına geçiren veya sınırlayan, külfet yükleyen veya değiştiren veya sona erdiren hukuki işlemlerdir.

Örneklerle bunu belirtelim :

1. Mülkiyetin Geçirilmesi :

M.K.'nın 687 inci maddesi uyarınca taşınırda mülkiyetin geçmesi için teslim gereklidir. Bu durumda bir kimsenin bir taşınır malını başkasına devretmek ve geçirmek amacıyla ona tes-

lim etmesi bir egenimdir. Çünkü burada mülkiyet hakkı üzerine doğrudan doğruya etki yapan bir işlem, yani hakkın başkasına devredilmesi söz konusudur.

B.K. madde 162 uyarınca yapılan bir alacağın geçirilmesi işlemi de bir egenimdir; çünkü burada alacak hakkı bu işlem sonucunda bir kişiden başka bir kişiye devir ve geçirilmektedir.

2. Mülkiyetten Başka Nesnel Hak Kurulması :

M.K.'nın 703 üncü maddesine göre yüküm hakkı kurulması, 717 inci maddeye göre yararlanma hakkı, yahut herhangi bir alacağın sağlanması için bir taşınmaz üzerinde bir ipotek kurulması işlemleri de birer egenimdir; çünkü bu durumlarda mülkiyet hakkına bir külfet yüklenmektedir.

3. Hakkın Niteliğinin Değiştirilmesi :

M.K. madde 853 uyarınca, rehinsiz bir alacağın, rehinli bir alacak haline konulması bir egenimdir; burada alacak hakkının niteliği değişmiş ve o hak daha kuvvetli ve sağlam hale getirilmiştir. Aynı biçimde, süresiz bir borcun, süreli bir borç haline getirilmesi de bir egenimdir.

4. Haktan Vazgeçilmesi :

Bir kimsenin bir alacak hakkından vazgeçmesi (borcunu silmesi, borçlusunu iبرا etmesi), herhangi birşey üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçerek onu bırakıp gitmesi de bir egenimdir.

Egenim işlemleri kavramını kullanırken, hukuki işlemlerin, hükümlerini yürüteceği an açısından 'ölüme bağlı işlemler' ve 'hayatta hüküm ifade eden işlemler' ayrımı türündeki sınıflamaya dikkat etmek gerekir. Hayatta hüküm doğuran işlemler sayısı sınırlı olmayan tiplerde yapılabildiği halde, ölüme bağlı işlemler, nitelikleri gereği, arzu edilen sonucu hukuki işlemi yapanın veya yapanlardan birinin ölümünde meydana getirilirler. Ölüme bağlı egenimler (M.K. madde 461) ancak tek taraflı

olarak vasiyetname (M.K. madde 478) ve sözleşme olarak miras sözleşmesi (M.K. madde 492) tiplerinde yapılabilirler. M.K.'muzun 14 üncü bölümü (Ölüme bağlı egenimler) adını taşımaktadır. Bunlara «ölüme bağlı hukuki işlemler» denmesi kavramı belirtme açısından daha yerindedir.

III. Kazandırma İşlemleri

Kazandırma, bir kimsenin malvarlığına bir yarar sağlama anlamına gelir. Bu yarar, malvarlığının aktifini çoğaltma, örneğin bir hakedinme biçiminde olabileceği gibi, passifin azalması ya da aktifin azalmasına engel olma, örneğin bir borçtan kurtarma biçiminde gerçekleşebilir. Kazandırma bir hukuki işlem ile oluşuyorsa, bu açıdan hukuki işlem **kazandırıcı işlem** adını taşır. Kazandırıcı işlem, kazandırmada bulunan taraf açısından ya bir egenim işlemi veya bir borçlanma işlemi niteliği taşır. Örneğin, mülkiyetin geçirilmesi, bir yüküm kurulması, borcun silinmesi gibi durumlarda, kazandırıcı işlem bu kazandırmayı yapan kişi için bir egenim işlemidir. Buna karşılık, bir kişi bir borç altına girerek bir başkasına alacak hakkı sağlarsa, kazandırıcı işlem, kazandırmayı yapan kişi için bir borçlanma işlemidir.

Bir kazandırma, bunu yapana yaptığı kazandırma karşılığı bir yarar sağlıyorsa, bu kazandırmaya **ödünlü (ivazlı) kazandırma** (ödünlü işlem); eğer bir yarar sağlamıyorsa, bu kazandırmaya **ödünsüz (ivazsız) işlem** adı verilir. Örneğin, (A)'ya borçlu olan (B), bu borcunu ödemek için sahip olduğu bir malın mülkiyetini alacaklısı (A)'ya geçirirse, nakleden borçlu (B), burada **ödünlü bir kazandırma** yapmıştır. Çünkü yaptığı bu kazandırma karşılığı (A)'ya olan borcu sona ermektedir. Yine bir alım satım sözleşmesi uyarınca satıcı (S)'ye belli bir bedel borçlanan alıcı (A), (S)'ye o bedel kadar alacak kazandırdığı zaman, yapılan bu kazandırma da **ödünlü bir işlem** olur. Buna karşılık bir bağışlama sözleşmesinde veya elden bağışlamada bulunan yahut bir vasiyetname ile bir malını vasiyet eden bir kimse, burada **ödünsüz (karşılıksız) kazandırma** yapmış olur.

Her kazandırıcı işlem bir amaçla yapılır. Bu amaca «kazandırmanın nedeni» adı verilir.

İlke olarak, kazandırıcı işlemin nedenini tarafların bu konudaki anlaşmaları belirler.

Roma hukukundan gelme bir görüşle, kazandırıcı işlemlerin başlıca üç hukuki nedenle yapıldığı kabul edilmektedir :

1. Ödeme Nedeni (causa solvendi) :

Kazandırıcı işlem, bir borcun yerine getirilmesi amacıyla yapılmışsa, bunun hukuki nedeni **ödemedir**; çünkü bu durumda daha önce yapılmış bir sözleşmeden doğan bir borcun ödenmesi amacı bulunmaktadır. Örneğin, satıcı (S)'nin sattığı malı (saati), alıcı (A)'ya teslim etmesi; (A)'ya 5.000 lira borçlu bulunan (B)'nin, bunu ödemek amacıyla kendisine, 5.000 lirayı vermesi gibi.

2. Alacak Nedeni (causa credendi) :

Eğer bir kazandırıcı işlem sonucunda, bu işlemi yapan kimse, karşılık olarak bir alacak hakkı elde ediyorsa, burada hukuki neden, **alacak kurulmasıdır**. Örneğin, bir alım satım sözleşmesinde satıcı (S), alıcı (A)'ya, sattığı malın mülkiyetinin geçirilmesini isteme hakkını kazandırır; bunun karşılığında satıcı (S) de (A)'dan satış bedelini isteme (bir alacak) hakkını elde etmektedir.

3. Bağışlama Nedeni (causa donandi) :

Kazandırıcı işlem bir hakkın başka bir kimsenin **ödünsüz, karşılıksız olarak malvarlığına ilâve** amacıyla yapıldığı takdirde, hukuki neden **bağışlamadır**. Örneğin, bir malın bağışlanmasında, ölüme bağlı işlemlerde karşılıksız olarak yapılan bir malın vasiyet edilmesi gibi.

IV. Hukuki Nedene Bağlılık ve Nedene Bağlı Olmama

Bir kazandırıcı işlem ona **temel oluşturan hukuki nedene**

bağlı ise, yani neden mevcut veya geçerli olmadığı takdirde işlem de geçerli olmayacaksa, buna «nedene bağlı işlem»; şayet hukukî neden mevcut veya geçerli olmadığı halde, işlem geçerli sayılırsa buna da «nedene bağlı olmayan işlem» denilir. Öğretilde yapılan ayrım; illi (sebepli) kazandırıcı muamele ve mücerret (soyut), sebepsiz kazandırıcı muamele, biçimindedir. Biz, «sebepsiz» deyiminin yanıltıcı olduğu kanısındayız. Çünkü buradaki —siz— eki olumsuz anlamına değerlendirilecek olursa, nedenin hiç bulunmadığı hatıra gelecektir. Oysa, sebepsiz kavramına «nedenin hiç bulunmamasının y a n ı s ı r a», onun varlık geçerliliği için koşul olarak aranıp aranmaması anlamına gelen daha geniş kapsamlı bir anlamı vardır; bunu da «nedene bağlı olmama» deyimini belirtmektedir.

1. Taşınır Mülkiyetinin Geçirilmesinde :

Taşınır mallarda mülkiyet teslim ile karşı tarafa geçmektedir (M.K. madde 687). Şimdi bu teslim işlemi, nedene bağlı bir işlem midir? Yani, teslim işlemine temel olan hukukî neden geçerli olmazsa, mülkiyetin geçirilmesi de geçerli olmayacak mıdır? Örneğin, (S) değerli bir koleksiyonunu (A)'ya satmış ve teslim etmişse, bunun hukukî nedeni, alım satım sözleşmesine dayanan bir borcun yerine getirilmesi işlemidir. Bu örnekte, (A), sevginlik yeteneğine sahip olmadığı için, alım satım sözleşmesi geçerli olmazsa, koleksiyonun mülkiyetinin ona geçirilmesi de geçerli olmayacak mıdır? Eğer geçerli değilse, taşınır mülkiyetinin devredilmesi nedene bağlı bir işlemdir. Alım satım sözleşmesi geçerli olmadığı halde, yapılan teslim ile mülkiyetin devredileceğini kabul ettiğimiz takdirde, o zaman taşınır mülkiyetinin devredilmesi nedene bağlı olmayan bir işlem olarak nitelendirilecektir. Uygulama açısından bu konu son derece önemlidir. Çünkü taşınırda, mülkiyetin devredilmesini nedene bağlı işlem olarak benimserseniz, örnekte olduğu gibi koleksiyonun teslimine temel oluşturan hukukî neden (alım satım sözleşmesi ve buna dayanan borcu yerine getirme) geçerli olmadığı için, koleksiyonun mülkiyeti, de, teslim yapılmış olsa bile, (A)'ya geçmemiş; buna karşılık, aksi, yani taşınır mülkiyetinin devredilmesinin nedene bağlı olmayan işlem olduğu görüşünü benimserseniz, koleksiyonun mülkiyeti, hukukî nedene bağlı olmaksızın, teslim ile (A)'ya devredilmiş olacaktır.

Medeni Kanunumuz bu konuyu çözümlememiş, İsviçre Federal yargı organı, taşınır mülkiyetinin geçirilmesini nedene bağlı bir işlem olarak kabul etmiştir. Ülkemizde durum öğretide tartışmalı olmakla beraber, bizde de İsviçre'deki çözüm yolunun benimsenmesi gerektiği görüşündeyiz.

2. Taşınmaz Mülkiyetinin Geçirilmesinde :

Taşınmazlarda bu sorun M.K.'muz 933 üncü maddesinin birinci cümlesinde çözümlenmiştir. Anılan hükme göre :

«Haklı bir nedene dayanılmaksızın yapılan bir tescil ile nesnel hakları zedelenen kimse, yazının silinmesini veya düzeltilmesini isteyebilir.»

Taşınmazlarda mülkiyet tapu siciline tescil ile edinilir (M.K. madde 633). Taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi (tescil) nedene bağlı olmayan bir işlem olsaydı, tescille temel oluşturan neden haklı olsun veya olmasın, adına tescil yapılan kimsenin o taşınmazı edinmiş olması gerekirdi. Halbuki, yukarıda anılan M.K. nun 933 üncü maddesi bunun aksini kabul etmiş ve taşınmazda mülkiyetinin geçirilmesinin nedene bağlı bir işlem olduğunu saptamıştır.

3. Bu Ayırımın Uygulamadaki Rolü :

Nedene bağlı olma veya bağlı olmama mülkiyetin devredilmiş sayılıp sayılmamasına göre farklı sonuçlar doğuracaktır.

Mülkiyetin alıcıya geçmediği benimsenecek olursa, gerek taşınır gerekse taşınmaz mülkiyet açısından bunun satıcıda kaldığı ve alıcıya geçmeyen mülkiyetin satıcıya geri dönmesini sağlayacak hukuki olanakların tanınması zorunlu olacaktır. Alıcı adına yapılan tescille veya taşınır malın teslimine rağmen malik olmakta devam eden (gerçek malik) kişi, mülkiyet hakkına dayanarak, diğer malike (bikimsel malike) karşı açacağı «kaydın düzeltilmesi» (M.K. madde 933) veya mülkiyet (istihkak) davasıyla (M.K. madde 618) hakkını koruyabilecek ve malını tekrar elde edebilecektir. Fakat, işleme konu olan mal artık aynen mevcut değilse, örneğin, henüz ergin olmayan (S)'nin

taşınmazını (A)'ya bağışlaması ve (A) adına tapu kütüğüne yazım (kayıt) yapıldıktan sonra üçüncü şahıs (Ü)'nün tapu kütüğündeki kayıda iyiniyetle güvenerek taşınmazın mülkiyetini edinmesi (M.K. madde 931) durumunda —geçerliliği hakuki nedene bağlı bulunmayan bir egenim işlemi olan alacağın geçirilmesine benzer olayda olduğu gibi— ancak B.K. madde 61 ve 62 uyarınca «nedensiz zenginleşme davası» açılabilir. Bu durumda iade ise, iyiniyetli kişinin elinde ne kalmışsa ancak ona ilişkin olacaktır (B.K. madde 63).

§ 25. Hukuki İşlemin Geçerliliği ve Hükümsüzlüğü

Bir hukuki işlemin geçerli sayılması için gerekli genel ve özel koşulları kanun belirler. Hukuki işlem, kanunda gösterilen bu koşullara uygunsa, geçerli sayılır. Fakat hukuki işlem bu koşullardan bir veya birkaçına uymuyorsa, kendisinde bir sakatlık var, demektir. Bu sakatlığın önem derecesine göre, hukuki işlem tamamen veya kısmen hükümlerini yitirir.

Hukuki işlemin geçerli olmaması ve hükümsüz diye nitelenen durumları derece derecedir.

I. Yokluk

Burada hukuki işlemin kurucu öğeleri eksik olup, o hukuki işlem ile kurulması istenen ilişki gerçekte hiç oluşmamakta, doğmamaktadır. Hukuki işlemlerin temel ögesini oluşturan irade beyanının mevcut olmadığı durumlarda bir hukuki işlemin varlığından da söz etmeye imkân yoktur. İrade beyanı dışında, bazı hukuki işlemlerde gerekli olan diğer kurucu ögenin bulunmaması halinde de hukuki işlem yoktur. Örneğin, M.K.'nın 97 inci maddesi, birbirleriyle evlenecek erkek ve kadının, evlenmeye ilişkin beyanlarını belediye başkanına veya başkanın belediye dairesinde evlenme işleriyle görevlendirdiği vekiline (evlendirme memuru) ve köylerde ihtiyar heyetine, bildirmelerini emretmiştir. Taraflar bu beyanlarını yukarıda sayılanlar dışında kalan başka biri önünde yapsalar (örneğin, bir imam, aile yakını durumunda bir kişi), burada evlenme işlemi yoktur, amaçlanan evlilik bağı kurulmaz.

Yokluk, her zaman ve ilgili herkes tarafından öne sürülebilir. İşlemin hükümsüz sayılması için yargı organı önünde dava açmak gerekmez. Şayet açılmış herhangi bir davada, bir hukuki işlemin yokluğu anlaşılırsa, yargı bu durumu kendiliğinden, hiç kimse öne sürmemiş olsa bile, dikkate almak zorundadır.

II. Bozukluk

Hukuki işlemin unsurları tamamdır, ancak geçerlilik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bulunanlar gerçekleşmemiştir. Bozukluğu gerektiren nedenlerin başında, sevginlik yeteneğinden yoksunluk, hukuka aykırılık, ahlâka aykırılık, imkânsızlık, biçim eksikliği, danışık (muvazaa) sayılabilir.

Bozukluk durumu da, tıpkı yokluk da olduğu gibi, herkes tarafından her zaman öne sürülebilir. İşlemi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya gerek bulunmadığı gibi, bir beyana da ihtiyaç yoktur. İşlem kendiliğinden hükümsüzdür. Yargı bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır. Bozuk işlem aradan belli bir sürenin geçmesi veya bozuk ögenin düzeltilmesi ile geçerli hale getirilemez. İşlemin geçerli olarak yeniden yapılması gerekir.

Ancak bozukluk durumunda evlenme ve ölüme bağlı egenimlerde uygulamada bir özellik vardır. Bozuk evlenmenin hükümsüz kılınması için bozukluk davası açıp, yargı organından bozukluk kararı almak gerekir. M.K. madde 124 uyarınca da, yargı organının bozukluk kararına kadar bozuk evlenme, geçerli bir evlenmenin bütün hükümlerini doğurur.

M.K. madde 499 uyarınca da ölüme bağlı egenimlerde de bozuk egenimi hükümsüz kılmak için ilke olarak bozma davası açılması ve yargı organından bozma kararı alınması gerekir. Bu dava M.K. madde 501'de düzenlenen zamanaşımı sürelerine tâbidir.

Yokluk halini, geçerli yapma olasılığı bulunmadığı halde, bazan bozukluk durumunda ince bir ayırım yapılmaktadır. Şayet işlem, yakın amaç taşıyan başka bir hukuki işlemin bütün

geçerlilik koşullarını taşıyorsa ve tarafların iradelerinden yaptıkları işlemin bozukluğunu bilmiş olsalardı diğer geçerli işlemi yapacakları kabul edilebiliyorsa, bozuk işlemin geçerlilik koşulları, tamam olan geçerli işleme dönüştürülmesi ve bu biçimde hüküm doğurması, öğretide kabul edilmektedir. Örneğin, hukukumuzda taşınmaz satışı (M.K. madde 634, B.K. 213, Tapu K. madde 26) tapu memuru tarafından düzenlenecek resmi belgeyle yapılmalıdır. Noterlerin taşınmaz satışına ilişkin resmi belge düzenleme yetkileri yoktur; ancak noterler taşınmaz satış söz verisine ilişkin belgeleri düzenleyebilirler (Noterlik K. madde 60). Noter belgesiyle yapılan bir taşınmaz satışı bozuk olduğu halde, bu durumu bir «taşınmaz satış sözverisi» olarak geçerli saymak kabildir. Böylece taşınmaz satışı, satış sözverisine dönüştürülmüş olur.

Bazı durumlarda, bozukluk nedeni, hukuki işlemin tamamına değil sadece bir bölümüne ilişkin olur. Buna bölümsel bozukluk denilir. Örneğin, bir sözleşmedeki çeşitli koşullardan sadece biri ahlâka adaba aykırı ise, B.K. madde 20/II'ye göre, sadece o bölüm hükümsüz sayılıp, sözleşme o bölüm bulunmaksızın geçerli sayılacaktır. Ancak bu bölüm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa, sözleşme bütünüyle bozuk sayılır.

III. Askıda Kalan Bozukluk

Bu hukuki işlemler, kendiliğinden (ipso jure) hükümsüz olmayıp, belli bir sakatlık nedeniyle, bozma hakkına sahip kimse tarafından, belli bir süre içinde bozulabilir işlemlerdir. Bu açıdan bunlara, askıda ve tek tarafı (diğer tarafı) bağlayıcı nitelikte hukuki işlemler de denilmektedir.

Bozulabilir işlemler kendi içerisinde ikiye ayrılır :

1. **Baştan İtibaren Hükümsüz Olup, Süresi İçinde Bozulmadığı Takdirde, Geçerli Hale Gelen, Geçerlilikleri Askıda Olan Hukuki İşlemler :**

Bu işlemler kurulduktan sonra geçerli hukuki sonuçlar doğururlar. Fakat taraflardan birinin sonradan bozma hakkını süresi içinde kullanmasıyla, hükümsüz hale gelirler. Örneğin, ya-

nilgi, aldatma, gerçek korku, aşırı yararlanma durumlarında, buna uğrayan kimse, yapıldığı andan itibaren sözleşmeyle bağlı değildir. Ancak sözleşme, süresi içinde (1 yıl) bozulmaz veya durum buna maruz kalan tarafça onaylanırsa, işlem b a ş t a n itibaren ve kesin olarak geçerli olur.

**2. Geçerli Olarak Oluşan, Fakat Bozulduğu Takdirde
Baştan İtibaren Hükümsüz Olan, Geçersizlikleri
Askıda Olan Hukuki İşlemler :**

Bu işlemler başlangıçta hukuki sonuç doğurmadıkları halde, s o n r a d a n sağlamlık kazanabilirler. Örneğin, B.K. madde 235/III uyarınca bağışlamanın sulh mahkemesince kaldırılması halinde olduğu gibi, geçerli olarak doğarlar; ancak b o z u l a b i l i r'ler, bozuldukları takdirde, yapıldıkları andan başlayarak geçersiz olurlar.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

HUKUKDA ZAMAN

§ 26. Hakkın Edinilmesinde ve Yitirilmesinde Zamanın Rolü

I. Genel Olarak

Hakların edinilmesi ve yitirilmesinde zaman çok önemli bir rol oynar. Hukukta, yaşıntıda olduğu gibi, zaman etkin bir fonksiyona sahiptir. Zamanın oynadığı rolü hukuk düzeni kanunlarda açıkça belirtmiştir. Bu konuda M.K. ve özellikle B.K. çeşitli hükümler taşımaktadır.

Bir hakkın zamanla edinilmesi veya yitirilmesinin gerekçesi şunlardır :

1. Üzerinden uzun zaman geçmiş olan bir olayı kanıtlama konusundaki güçlük,
2. İlgili kişilerin geçen bu zaman sonunda yeni duruma uyum sağlamaları veya ona alışmış olmaları;
3. Gerçek hak sahibinin bunu zamanında aramayı savsaklaması ve bu nedenle hakkını aramamış olması.

II. Zamanaşımı

Zamanaşımı, bir hakkın edinilmesi veya yitilmesi için kanunda öngörülen sürenin geçmiş olması anlamına gelir. Zamanaşımı bu açıdan rolünü türlü biçimlerde gerçekleştirmektedir.

1. Kazandırıcı (edinme) Zamanaşımı :

Özellikle mülkiyetin ve bazı diğer nesnel hakların edinilmesinde önemli bir durumdur. Örneğin M.K.'nın 701 inci maddesinin birinci cümlesi aşağıdaki kuralı taşımaktadır :

«Başkasının taşınır bir malına çekişmesiz ve aralıksız beş yıl elmen olan
o malı, zamanaşımıyla edinmiş olur.»

Bu kuralı sahife —'de taşınır mülkiyetinin edinmesi bahsinde ayrıntılarıyla görmüştük. Taşınmazlarda da aynı ilke egemendir, ancak burada süre daha uzundur. Örneğin, M.K.'nın 638 inci maddesi tapu kütüğünde adma kayıtlı bulunan bir taşınmaz malın, iyiniyet sahibi bir kişi tarafından on yıl sonra edinileceğini âmirdir. Bu konuda da sahife 184'de açıklama yapılmıştı. M.K.'nın 639 uncu maddesi, tapu kütüğüne kayıtlı bulunmayan veya kayıtlı olup da kime ait olduğu bilinmeyen veya yirmi yıl önce ölmüş ya da yitkiliğine karar verilmiş bulunan bir kimsenin üzerinde yazılı bulunan taşınmazlarda ise, kazandırıcı zamanaşımının yirmi yıl olduğunu saptamıştır (yukarda sahife 177). Bu süreler geçtikten sonra, bu zaman zarfında o taşınmazları çekişmesiz ve aralıksız elinde bulunduran kimse onların mülkiyet hakkını 639 uncu maddede belirtilen Hazine ve ilgili kamu tüzel kişiliğine karşı açacağı bir dava sonucunda buna karşı çıkma davası açılmadığı veya açılıp da reddedildiği ve istemi de kanıtlandığı takdirde, yargı organınca verilen tescil kararıyla edinmiş olur.

2. İstem/Talep ve Dava Zamanaşımı :

Bu zamanaşımında, bir istem ve dava hakkının kanunda öngörülen süre içinde kullanılmaması ile bu hakkın yitirilmesi söz konusudur. Bu durumda olan bir hak kanunda öngörülen süre geçtikten sonra kullanıldığı takdirde, borçlu bu istemi yerine getirmekten kaçınabilir.

Burada borçluya bir savu (defi) hakkı tanınmıştır.

B.K.'nın 125 nci maddesi :

«Bu kanunda başka türlü kural yoksa, h e r
d a v a on yıllık zamanaşımına bağlıdır»,

genel hükmünü koymuştur. Anılan on yıllık süre «genel zamanaşımı» süresidir. B.K.'nın çeşitli maddelerinde bazı «özel zamanaşımı» süreleri düzenlenmiştir; örneğin 126'ncı maddenin birinci bendi uyarınca (bütün kiralar ile anapara ürünleri ve belirli zamanlarda ödenmeleri gereken ödentilere ilişkin davalar) beş yıllık zamanaşımına bağlıdır. Bu durumda, üzerinden beş sene geçtikten sonra açılacak kira bedelinin ödenmesi davasında, borçlu bu alacağın zamanaşımına uğradığı savunu öne sürerek bunu ödemekten kaçınabilir.

B.K. madde 140 uyarınca, yargıç zamanaşımını kendiliğinden gözönüne alamaz, tarafın bunu öne sürmesi gerekir.

III. Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi

Borçlar Kanunumuz bu konuda iki ilke koymuştur :

1. Zamanaşımının Durması :

Kanun bazı durumlarda, zamanaşımı süresinin işlemeye devam etmesi haksızlığa yol açabileceğinden bu engellerin devam ettiği sürelerce zamanaşımının duracağını, işlemeyeceğini ve engel kalkınca da, kaldığı yerden başlayarak yeniden işleyeceğini kabul etmiştir.

B.K.'nın 132'nci maddesi zamanaşımını durduran nedenleri şöyle sıralamıştır :

«Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı işlemez ve işlemeye başlamışsa, işlemesi durur :

1. Velayet süresince çocukların baba ve annelerinde olan alacakları için;
2. Korumanlık süresince korumunun korumandan veya sulh yargıcından ve asliye yargı organı yargıçlarından olan alacakları için;
3. Evlilik süresince eşlerden birinin ötekinden olan alacakları için;
4. İş sözleşmesi süresince hizmetçilerin onları çalıştıranlardan olan alacakları için;

5. Borçlunun alacak üzerinde bir yararlanım hakkı bulunduğu sürece;
6. Bir alacağı Türk yargı organlarında öne sürme olanağının bulunmadığı sürece».

Bütün bu durumlarda, zamanaşımı işlemeye başlamaz; başlamışsa durur, ancak işlemiş süre yanmaz. Engel ortadan kalkınca o süreye eklenerek tekrar devam eder.

2. Zamanaşımının Kesilmesi :

Bazı durumlarda ise, kanun, zamanaşımının tamamen kesileceğini, yani işlemiş sürelerin bütünüyle y a n a r a k zamanaşımının yeniden işlemeye başlayacağını kabul etmiştir.

B.K.'nın bu konuyu düzenleyen 133 üncü maddesi uyarınca :

- «1. Borçlu borcunu tanırsa, özellikle ürem veya borcuna sayılsınak üzere bir miktar para ya da rehin veya kefil verirse;
2. Alacaklı tarafından zorla yürütüm kovuşturması yapıldığı, yargı organı yahut hakem önünde dava açıldığı, yahut bir savu öne sürüldüğü, iflâs masasına katılma yolu ile hakkını istediği, durumlarda»,

zamanaşımı kesilir ve yeniden işlemeye başlar. O zamana kadar işlemiş olan süreler yanar.

Zamanaşımının durması ile kesilmesine ilişkin bu kurallar hakkı düşüren sürelerle uygulanmaz.

IV. Hakkı Düşüren Süreler

Hakların edinilmesi ve yitirilmesinde önemli olan bir de «hakkı düşüren süreler» vardır. Buna hak düşümtü süresi adı da verilmektedir.

1. Kavram :

Hakkı düşüren süreden amaç, bir hakkın belli bir süre için-

de kullanılmaması halinde, artık o hakkın t a m a m e n o r - t a d a n kalkacağıdır. Örneğin M.K.'nunda madde 68'deki (derneklerin kanuna ve tüzüğe aykırı olarak aldığı kararlar aleyhine üyelerin her birinin itiraz hakkı için konulan bir aylık süre); M.K. madde 129/II'deki (eşlerden birinin diğerinin zinasını öğrendiği günden başlayarak boşanma davası açması için konulan altı aylık süre ve zinanın yapıldığı günden başlayarak konulan beş yıllık süreler) M.K. madde 242'deki (soydanlığın reddi davası için konulmuş olan bir aylık süre); M.K. madde 251'deki (soydanlığın düzgünleştirilmesine karşı itiraz için konulmuş olan üç aylık süre); M.K. madde 293, 294'deki (evlilik dışı çocuğun tanınmasına karşı itiraz ve bunun reddi konusundaki üç aylık süre); M.K. madde 296'daki (babalık davası açılabilmesi için konulmuş olan bir yıllık süre); ve B.K. madde 493'deki (sınırlı bir zaman için kefilikte alacaklının bu zamanın bitiminden sonraki bir ay içinde hakkını aramaması hallerindeki) sürelerin hepsi hakkı düşüren sürelerdir.

2. Zamanaşımından Farkı :

Talep ve dava zamanaşımıyla hakkı düşüren süreleri birbirinden ayırmak ve bunları birbirine karıştırmamak gerekir.

Talep ve dava zamanaşımında hakkın kendisi değil, fakat bu hakkın yaptırımı olan d a v a h a k k ı ortadan kalkar. Örneğin, kira alacağı üzerinden beş yıl geçmekle bu alacağın kendisi ortadan kalkmaz, ancak borçlu bunu yerine getirmemek konusunda bir savu hakkı kazanır ve yargıç zamanaşımını kendiliğinden dikkate alamaz. Zamanaşımına uğramış bir borcu ödeyen borçlu, bunu ödememek hakkının varlığını sonradan öğrenirse, artık bu borcu alacaklıdan geri isteyemez; çünkü var olan bir borcu ödemiştir. **Borçlar Kanununun madde 62/II uyarınca :**

**«Zamanaşımına uğramış bir borcun ödenmesi
..... için verilen şey geri alınamaz.»**

Böyle borç ilişkilerine, yarı geçerli olarak ödenebilen ve fakat dava olunamayan borç ilişkilerine eksik borç (obligatio naturalis) veya davasız borç ilişkileri (tâbî borçlar) adı verilir.

Buna karşılık, hakkı düşüren sürelerde, süre geçmekle dava hakkı değil, doğrudan doğruya hakkın kendisi ortadan kalkar. Bu nedenle yargıç, zamanaşımından farklı olarak, hakkı düşüren süreleri kendiliğinden dikkate alır; bunlar davayla bir savu değil, itiraz oluşturur.

Kanundaki sürelerin zamanaşımı süresi mi, yoksa hakkı düşüren sürelerden mi olduğunu ayırd etmek için, o süre geçtikten sonra doğrudan doğruya hakkın ortadan kalkıp kalkmadığına bakmak gerekir. Bu konuda kanunlarımızın ifadelerinde tam bir açıklık olmadığından bu açıklığın hukuk kuramı tarafından sağlanması zorunludur.

DOKUZUNCU BÖLÜM

HUKUKİ GÜCÜN SONUCU

§ 27. Hakların Korunması ve Elde Edilmesi

I. Genel Olarak

Bütün haklarda normal olan durum, herkese ait hakkın başkası tarafından çiğnenmemesi, bu haktan hak sahibinin yararlanması ve başkalarının bu hakka uyması'dır. Borçlarda da normal olan, borçlunun borcunu sözleşme ve kanuna uygun olarak yerine getirmesi'dir.

Ancak toplum yaşamında, hak sahibinin hakkının çiğnen-diği ve borçların yerine getirilmediği de bir gerçek olduğundan, çıkar çatışmaları, anlaşmazlıklar, davalar ve mahkûmiyetler söz konusu edilir.

Hak denilen kavramın varlığı için herkesin hakkı korunma-lı ve başkasından olan hakları temin edilir olmalıdır.

Hakların korunma ve elde edilmesinin başlıca iki yolu var-dır :

1. Bunların hak sahibi eliyle korunması,
2. Devlet eliyle korunmasıdır.

Özel hukukta hakkın hak sahibi tarafından korunması için buna kanunun izin verdiği durumlar olması ve bizzat kendisi-nin hakkını gücüyle sağlaması biçiminde gerçekleşmesi gerekir; veyahut da hakkının karşı taraftan istenilmesi biçiminde yapı-lır ki buna da istem/talep adı verilir. İkinci olarak hakkın ko-

runması ve elde edilmesi Devlete başvurmak yoluyla gerçekleşir. Bunun için Devletin yargı organlarına yapılacak resmi bir başvuru gerekir ve buna da dava adı verilir.

II. Hakkın Hak Sahibi Eliyle Korunması

1. Eylemsel (bizzat) Karışmak Suretiyle :

Kural olarak, medenî ülkelerde bireyin hakkını zora başvurarak koruması veya elde etmesi kabul edilmez. Ancak bazı ayırık durumlar, bireye kendi hakkını elde etmesi ve koruması için bizzat karışması yetkisini tanımak zorunluluğunu, hakkaniyet icabı gerektirebilir. Bu ayırık durumlar aşağıda belirtilmiştir :

(A) Haklı Savunma

Haklı savunma, bir kimsenin gerek kendisinin, gerek başkasının şahıs varlığına veya mal varlığına karşı yapılan haksız ve halen var olan bir saldırıyı önlemek ve ortadan kaldırmak için saldırıda bulunana karşı bir savunma durumunda bulunmasıdır. B.K. madde 52/I uyarınca, haklı savunma durumunda, saldırıya verilen zararı gidermek gerekmez; çünkü haklı savunma hukuka aykırı bir eylem değildir.

Haklı savunmanın geçerli olması için onun koşullarının, haklı savunmada bulunan tarafça kanıtlanması gerekir. Bu koşullar :

- aa — Bir kimsenin şahıs varlığına veya mal varlığına bir saldırıda bulunulması; hatta saldırının bizzat savunmada bulunana karşı olması şart değildir. Saldırı bir üçüncü kişiye karşı da olabilir,
- bb — Saldırı hukuka aykırı bulunmalıdır;
- cc — Saldırı savunmanın yapıldığı anda var olmalıdır; ileride ortaya çıkması olasılığı bulunan bir saldırı tehlikesini önlemek veya saldırı sona erdikten sonra da haklı savunmaya başvurulamaz,
- dd — Saldırı gerçek olmalıdır;
- ee — Savunma uygun olmalı, yani savunulan varlığın değeri ile eşdeğerde olmalıdır.

(B) Zorda Kalma

Zorda kalma, kendisini veya diğer bir kişiyi çok yakın bir zarar veya tehlikeden kurtarmak için başkasının mal varlığına saldırıyı geçerli yapan güç anlamına gelir. Ancak bu durumda B.K. madde 52/II uyarınca böyle bir başkasının mal varlığına zarar veren kimsenin yargıcın değerleme yetkisine göre hakkaniyete uygun bir giderim ödemesi söz konusudur.

(C) Hakkını Korumak İçin Zora Başvurma

B.K. madde 52/III uyarınca, kendi hakkını korumak için zora başvuran kimse, duruma göre hükümetin zamanında işe elkoyması sağlanamamış veya hakkının yitirilmesini veya kullanılmasının çok güç duruma gelmesini önlemek için başka bir yol bulunamamışsa, herhangi bir giderim ödemekle yükümlü tutulmamaktadır. Ancak burada zor kullanma başkasının hakkını korumak için yapılamaz.

2. Talep/İstem Hakkının Kullanılması Suretiyle :

Talep, bir hak sahibinin, hakkını elde etmek için onu borçludan veya hakkına elatan kimseden, özel olarak isteyebilmesi yetkisidir. Örneğin, (Ü), (A)'nın çantasına el koyarsa, malik (A) lehine doğan talep hakkı, mülkiyet hakkına dayanan nesnel bir taleptir. (A) bu hakkına dayanarak çantasını geri isteyebilir. Veyahut bir borç ivedili olduğu zaman, yani alacaklının edimi talep ve dava etmesine bir engel olmadığı veya kalmadığı anda, alacaklı (A) lehine bir talep hakkı doğar. Alacaklı bu hakkını kullanarak alacağını borçlu (B)'den ister.

Bu talep hakkının kullanılması tamamen özel bir biçimde gerçekleşir. Örneğin bu sözle, mektupla, noter eliyle tebliğ ettirilen/bildirilen bir protesto ile, bir temsilci aracılığıyla vb. olabilir.

Eğer hak sahibi bundan bir sonuç elde edemezse o zaman talep hakkını resmi olarak öne sürer ve buna «dava» adı verilir.

III. Hakkın Devlet Eeliyle Korunması ve Dava Hakkı

1. Kavram :

Hak sahibinin talep hakkını devlet vasıtasıyla öne sürmesidir. Burada devlet kendi kuvvetini, bireyin hakkını elde etmesi için üstün otorite olarak öne sürmektedir. Bu açıdan dava hakkı (kamu hukukuna) ilişkin bir kavramdır.

Yargı organı önünde dava açan kimseye «davacı», aleyhine dava açılana da «davalı» denilir. Davacının öne sürdüğü isteme «iddia/sav», davalının bu isteme karşı öne sürdüğü görüşe de «savunma» adı verilir.

2. Davanın Türleri :

Adli yargıda (Hukuk davaları), çekişmeli ve çekişmesiz olmak üzere iki büyük kategoriye ayrılır.

(A) Çekişmeli Dava

Bu tür davalar, konusunda bir çekişme, bir anlaşmazlık, bir sav ve karşı sav bulunan davalar olup, eda saptama ve yenilik doğuran dava türlerine ayrılır.

aa — Eda Davaları:

Bu davada davacı, davalının bir şey yapmaya, birşey vermeye birşey yapmaktan kaçınmaya mahkûm edilmesini ister. Örneğin, alacak davaları, tazminat davaları, mülkiyet davaları ve el koymanın önlenmesi davaları, kişilik haklarına saldırı, hakkın kötüye kullanılmasında rastlanan davalar hep bu kategoriye girer.

bb — Saptama/Tespit Davası :

Bu davalar, bugünkü veya gelecekteki bir olayın yargı organı tarafından saptanmasına ve böylece hak sahibinin hakkının tanınmasına ilişkin davalardır. Ancak burada saptamada bir hukuki yararın bulunması gerekir. Örneğin, M.K. madde 295 uyarınca, evlilik dışı doğan çocuk veya anasının, çocuğun babası-

nın yargı organı kararıyla belirlenmesini (yani çocuğun soydanlığının/nesep saptanmasını) dava etmesi, veya H.U.M.K. madde 368-369'da öngörülen davada soruşturma ve incelemesine henüz sıra gelmeyen veya ilerde açılacak davada öne sürülecek buna benzer kanıtların şimdiden saptanması da, yargı organından istenebilir.

cc — Yenilik Doğuran Dava :

Burada davacı, yargı organından var olan bir hukukî ilişkiyi sona erdirecek veya değiştirecek yahut yeni bir ilişki kuracak bir karar verilmesini ister. Evlenmenin temelden bozuk olduğu davası (M.K. madde 112); evlenmenin sakat olduğu davası (M.K. madde 115-120); boşanma davası (M.K. madde 129 vd.), soydanlığın reddi davası (M.K. madde 242), ötürme bağlı egenimlerin bozulması davası (M.K. madde 499) gibi. Bütün bu durumlarda yeni bir hukukî durumun doğması için yargı organının kararı gereklidir. Dava bu durumun elde edilmesine yönelik olduğu için, bu davalara **yenilik doğuran dava** denilmektedir.

(B) Çekişmesiz Dava

Burada herhangi bir çekişme söz konusu değildir, karşı taraf bulunmamaktadır. Örneğin, korumanın tayinine ilişkin M.K. madde 354'deki yargı organı kararı, M.K. madde 358'deki isteğe bağlı kısıt kararı, M.K. madde 31'deki yitiklik kararı, M.K. madde 538'de anılan mirasçılık sıfatını belirten mirasçılık belgesi (veraset ilâmı) gibi durumlarda gerçek anlamda bir dava söz konusu olmayıp ancak biçimsel anlamda bir dava vardır.

3. Ceza Davaları :

(Ceza davası), adli yargı içinde yer alan ceza yargı organları tarafından bakılan davalardır. Bunların yanında askeri yargıda, Toplu Basın Mahkemesinde, Çocuk Mahkemelerinde, Trafik Mahkemelerinde görülen özel ceza davaları da vardır.

Hukuk davalarında olduğu gibi, ceza davalarında da yargı organları kendiliğinden harekete geçmez. Genel olarak, ceza yargı organlarını savcılık yani kamu koruyucusu sayılan makam harekete geçirir. Ceza davasında savcı, davacı durumundadır.

Bazı durumlarda, suçtan zarar gören kişi de, savcının işe karışmasına gerek kalmadan, kendiliğinden ceza davasını açabilir. Bu tip davalara (şahsi dava) adı verilir. Örneğin C.M.U.K. madde 344 ile ilgili davalar (örneğin, tehdit, haneye saldırı, hakaret ve sövme gibi), ancak şahsi dava açılması yolu ile görülür. Bazı suçlarda ise, savcı ilgilinin şikâyeti üzerine kovuşturma açar; örneğin, yabancı elçiler aleyhine işlenen suçlarda olduğu gibi.

Kural olarak ceza davasında üç aşama vardır:

(A) Hazırlık Aşaması

Savcı, ceza kovuşturmasını gerektiren bir suçun işlendiğini öğrenince, konu ile ilgili hazırlık soruşturmasını gizli olarak yapar. Sonunda, savcı suç işlendiği kanısına varırsa kamu davasının açılmasına karar verir. Eğer suç işlendiği kanısına varmazsa, takipsizlik kararı verir.

(B) İlk Soruşturma Aşaması

Bu aşamayı sorgu yargıcı yürütür. Bu tür aşamaya bütün ceza davalarında rastlanamaz. Ancak ağır cezalı işlerde, savcı sorgu yargıcından ilk soruşturma yapılmasını ister. Gizli olarak yapılan bu soruşturma sonucunda, sorgu yargıcı da suçun işlendiği kanısında olursa, yargı organı önünde yargılama yapılmasına, son soruşturmanın açılmasına karar verir.

(C) Son Soruşturma (Yargılama) Aşaması

Yargı organı tarafından açık olarak devam eder ve hüküm ile sonuçlanır. Ancak, genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin gerektirdiği durumlarda yargılama aşaması gizli olarak yapılır. Yargılama sonunda sanık, ya kanunda öngörülen cezaya çarptırılır (mahkûm olur) veya aklanır (beraatine karar verilir).

4. İdarî Davalar :

İdarenin, kamu hizmeti görürken aldığı kararlardan, yaptığı eylem ve işlemlerden hakkı veya yararı zedelenmiş olanların idare aleyhine idarî yargıda açacakları davalara (idarî dava) adı verilir.

İdari yargıda kullanılan dava türleri dörde ayrılır :

(A) İptal Davaları

2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 24/25 uyarınca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun madde 2/1, a) bendine göre, idari işlemler hakkında yetki, biçim, sebep, konu ve maksat yönlerinden biriyle kanuna aykırı olduklarından dolayı, yararları ihlâl edilenler tarafından açılan ve işlemlerin bozulmasına ilişkin davalara, (iptal davası) denir.

(B) Tam Kaza (yargı) Davaları

Burada, alınan kararın, yapılan eylem veya işlemin bozulmasından başka, ihlâl edilen hakkın iadesi veya uğranılan zararın giderilmesi için açılan (tazminat) davası söz konusudur (2577 sayılı K. madde 2/1, b).

(C) İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar

2577 sayılı Kanun madde 2/1, c) bendine göre genel bir hizmetin görülmesi amacıyla yapılan idari sözleşmelerden dolayı idare ile bununla ilgili diğer taraf arasında çıkan uyumsuzluklara ilişkin davalar, buraya dahildir.

(D) 2575 sayılı Kanunun 25 inci maddesi uyarınca, idare mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen nihai kararlara karşı Danıştayda temyiz yoluyla görülecek davalar, buraya girer.

§ 28. Talep ve Dava Karşısında Savunma

I. Genel Olarak

Kendisine karşı bir talep öne sürülen veya dava açılan kimse, yani davalının, kendine göre savunmasını dayandıracığı bir takım hakları bulunabilir. Davalının, sahip bulunduğu hakları öne sürmesi yetkisine «savunma hakkı» denir. Örneğin, (S), (A)'ya sattığı bir saat bedeli olan 5.000 lirayı dava etmekte; halbuki (A) bu saatin (S) tarafından kendisine satılmadığını,

fakat bağışlandığını, yahut sözleşme üzerinden on sene geçtiği için dava hakkının zamanaşımına uğradığını öne sürmekte; yahut da sözleşme yapıldığı sırada kendisi sezginlik yeteneğinden yoksun olduğu için, sözleşmenin sonuç doğurmadığını ileri sürerek davaya itiraz etmekte/karşı çıkmaktadır. Davalının kendini savunma konusunda birçok hakkı bulunabilir.

II. Davanın Dayandığı Olay ve Davanın Konusu

Davanın dayandığı olay demek, davaya temel olan olay demektir. Örneğin, bir saatin 5.000 liraya satılmış olması olayı, alacak hakkının dayandığı olaydır. Bunun kanıtlanması davacıya düşer.

Davanın konusu ise, bu dava ile istenilen edimdir; örneğimizde, 5.000 liranın alacaklıya ödenmesidir. Davanın konusu, davanın dayandığı olaylara bağlıdır.

III. Savunmanın Dayandığı Olay

Davalı, davacının öne sürdüğü iddialara karşı, kendini şu biçimlerde savunabilir :

1. İnkâr :

Bu, davanın dayandığı olayı kabul etmemektir. Örneğin, (S)'nin, (A)'ya 5.000 liraya bir saat sattığını öne sürerek bu parayı ondan talep ve dava etmesine karşı (A), kendisine böyle bir saatin satılmadığını iddia eder. Bu karşı iddiaları çürütmek, yani saatin satıldığını kanıtlamak, (S)'ye yani davacıya düşer; kanıtlayamazsa davayı kaybeder.

2. Davanın Def'i/Savvı :

Davalı, davacı tarafından öne sürülen olayı reddetmemekte; ancak, buna karşı diğer bir olayı öne sürerek davayı defetmektedir. Bu iki türü olur :

(a) İtiraz :

Davacı tarafından dayanılan olayın, bir talep hakkına temel olamayacağını, karşı olaylar öne sürmek suretiyle davalı tarafından iddia edilmesine «itiraz/karşı çıkma» denilir. Örneğin, davalı, kendisine bir saat teslim edilmiş ise de, bu saatin satılmayıp, bağışlandıığını, bu açıdan 5.000 lira borcu olmadiğini öne sürerse; veya kendisi sevginlik yeteneğinden yoksun olduğundan bir sözleşme oluşmadığını ve bir borç doğmadığını; yahut bu borcu ödemiş bulunduğunu, böylece borcun sona erdiğini iddia ederse, bütün bu durumlarda da vada itiraz olunmuştur. Çünkü bunlarda, davanın dayandığı olay vardır; borçlu da bunu reddetmemekte, fakat, başka olaylar nedeniyle, ortada hiçbir borç bulunmadığını öne sürmektedir. İtirazın dayandığı olayları kanıtlama, onu öne süren tarafa düşer.

(b) Def'i/Savv :

Bununla dava def'i edilmekte, yani gerek davanın dayandığı olaya, gerek borcun varlığına itiraz olunmamakla beraber, başka bir olaya dayanan borçlu, bu borcu yerine getirmemek hakkını kazanmış bulunmaktadır. Burada da bunu öne süren taraf, kanıtlamakla yükümlüdür.

Def'iler dört türdür, örneğin :

aa — Ödemezlilik Def'i :

Bir taraf borcunu ödemediği için diğer tarafında, borcunu yerine getirmekten kaçınması hakkına «ödemezlilik def'i» (exceptio non adimpleti contractus) denilir. B.K.'nın 81 inci maddesine göre, karşılıklı borçlanmayı içeren bir sözleşmede ödeme isteminde bulunan taraf, kendine düşen borcu ya ödemiş veya ödemeye sunmuş olmalıdır. Örneğin, saati henüz alıcı (A)'ya teslim etmeyen satıcı (S)'nin, (A)'ya karşı açtığı borcu yerine getirme davasında, yani 5.000 liranın kendisine ödenmesine ilişkin davada, (A) henüz saatin kendisine teslim edilmediğini veya teslim sunulmadığını öne sürerek kendini (ödemezlilik def'ini) kullanarak savunur.

bb — Güçsüzlük Def'i :

Borçlunun malî durumunun son derece bozulması nedeniyle, kanunun müsaade ettiği hallerde borcunu ödemekten kaçınması hakkına denir. Örneğin, bağışlama sözverisinin yerine getirilmesinden kaçınma hakkını düzenleyen B.K. madde 245/2 numaralı bendi bu def'i için (Cincia legis exceptio) bir örnektir.

cc — Peşin Dava Def'i :

Adi kefaletle, alacaklının kefile başvurmadan önce, borçluyu takip etmesi gerektiğinin öne sürülmesidir. (B.K. madde 486/I) (beneficium excussionis).

dd — Zamanaşımı Def'i :

Bir davada zamanaşımının öne sürülmesi de bir def'i hakkının kullanılmasıdır. Burada davalı, davacının istemindeki olayı ve borcu inkâr etmemekle beraber, bunun üzerinden kanunda yazılı sürenin geçtiğini öne sürerek artık talep ve dava hakkının, zamanaşımına uğradığını öne sürmektedir (exceptio longi temporis).

Yargıç davada itiraz oluşturan bir olayın varlığını öğrenirse, bunu davalı öne sürmemiş olsa bile, kendiliğinden dikkate alır. Halbuki def'ilerde durum farklıdır. Yargıç bunları kendiliğinden dikkate alamaz. Bunu tarafın, yani davalının (borçlunun) öne sürmesi gerekir.

HUKUKİ DEYİMLER

—A—

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Ad	Name	Nom	Name
— öz/	Vorname	Prénom	First name
— soy/	Familienname	Nom de famille	Last name
— şirket/	Firmenname	Raison sociale	Company (corporate) name
ortaklık			
Adap (âdap)	Moralisch	Moral	Moral
Adalet	Gerechtigkeit	Justice	Justice
Adaletsizlik	Ungerechtigkeit	Injustice	Injustice
Adam	Individuell	Individuel	Individual
Adam öldürme	Tötung	Homicide	Homicide
Adet	Gewohnheit	Customs	Custom
—/olmak	Gewöhnlich	Habituel	Customary
Adına	in namen	au nom de; en faveur	on behalf of
Adil	Bilig	Equitable	Equitable
(i) Adli	Juristisch	Juridique	Juridical
(yargıciğe ilişkin)			
(ii) (yargı organına ilişkin)	Gerichtlich;	Judiciaire	Judicial
	richterlich		
—/işlem	Verhandlung	Débats; poursuites	Proceedings

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
—/sicil Adli yargı organları (mahkemeleri)	Gerichtsprotokoll Zivilgericht	Casier judiciaire Tribunal civil	Judicial records Civil tribunal
Ağrlasturıcı nedenler	Ercehtwende gründe	Circostances aggravantes	Aggravating circumstances
Aile	Famille	Famille	Family
Aile hukuku	Familienrecht	Droit des familles	Family law, law of domestic relations
—/mâller Akıl hastalığı	Familienvermögen Geisteskrankheit	Biens de famille Maladie mentale	Family property insanity, lunacy
Aklâ zayıflığı	Geisteschwäche	Faiblesse d'esprit	Mental deficiency, idiocy
Akit	Vertrag	Contrat	Contract
— tek tarafî/ ler	Einseitige Verträge	Contrats unilatéraux	Unilateral contracts
— iki tarafî/ ler	Zweiseitige Verträge	Contrats bilatéraux	Bilateral Contracts
— tam karşılıklı /ler	Gegenseitiger Verträge	Contrats synallagmatiques	Commutative (mutual) contracts
— eşitli karşılıklı /ler	Ungleichmässig zweiseitigen Vertrag	Contrats éventuellement bilatéraux	Collateral contracts
— çok tarafî /ler	Mehrseitiger Vertrag	Contrats multilatéraux	Multilateral contracts

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Akit (sözleşme) tarafı	Vertragspartei	Contractant	Contracting party
Akit (sözleşme) serbestisi	Vertragsfreiheit	Liberté contractuelle	Freedom of contracts
Akitin (sözleşmenin) doğan borçlar	Vertragsverpflichtung	Obligation contractuelle	Contractual obligations
Akit (sözleşme) yapma	Kontrahierungszwang	Obligation de contracter	Obligation to contract
zorunluluğu	Vorvertrag	Promesse de contracter	Preliminary contract
Akit (sözleşme) yapma sözleşisi (vaadi)	Anspruch	Créances	Claim
Alacak	Forderungslage	Action personnelle	Personal action
Alacak davası	Gläubiger	Créancier	Creditor
Alacaklı	Öffentlicher Dienst	Service public	Public service
Anme (kamu) hizmeti	Öffentliches recht	Droit public	Public law
Anme (kamu) hukuku	Öffentliches Interesse	Utilité publique	Public welfare
Anme (kamu) yararı	Gebrauch	Usage	Custom
Anane (geleneği)	Verfassung	Constitution	Constitution
Anayasa	Vertrag	Arrangement	Agreement
Anlaşma	Uneinigkeit	Désaccord	Disagreement
Anlaşmazlık	Boden	Fonds de terre	Land
Arazi	Grundrechte	Droits fondamentaux	Fundamental rights
Asli (temel) haklar			

Türkçe	Almanca	Francaise	İngilizce
Asiye mahkemesi (yargı organı) Aynı dava Aynı (nesnel) haklar	Amtsgericht Dingliche Klage Sachenrechte	Cour (tribunal) de première instance Action réelle Droits réels	Court of first instance Action in rem Real rights
-- B --			
Bâh (bozuk) Bedel (semen) Beklenen haklar	Ungültig Preis Anwartschaftsrechte	Nul et inexistant Prix Droits expectatifs	Null and void Value, price Contingent right (interest) Frustration
Beklenilmeyen vaziyet (Umulmıyan hal) Bey'i bilvefa (Ger'i alın) Borç Borçlar hukuku Borçlu Bozma Butlan davası	Unabwendbares ereignis Rückkauf Verpflichtung Obligationenrecht schuldner Aufhebung Nichtigkeitssklage	Imprévision Pacte de réméré Obligation Droit des Obligations débiteur Cassation Action en nullité	Redemption Obligation, debt Law of Obligations debtor Quashing Action for invalidity
-- C --			
Ceza Ceza hukuku Ceza Kanunu Cismanî zarar	Strafe Strafrecht Strafgesetzbuch Körperverletzung	Peine Droit pénal Code pénal Lésion corporelle	Punishment Criminal law Criminal code Bodily injury

Türkçe

Almanca

Französisch

Englisch

— D —

Davacı	Kläger	Demandeur	Plaintiff
Davalı	Beklagter	Défendeur	Defendant
Def'i (savunu)	Einrede	Exception	Plea, defence
Delil	Beweis	Moyen de preuve	Evidence, proof
Devir ve geçirme (temlik)	Zession	Cession	Assignment
Devir ve teslim	Geschaftsübergabe	Transmission	Transfer
Diaf hukuk	Religöses recht	Droit religieux	Religious law
Duruşma	Hauptverhandlung	Débats	Hearing, trial
Düşür (norm)	Norm	Norme	Norm, rule

— E —

Eda, edim	Leistung	Prestation	Performance
Ehliyet	Fähigkeit	Capacité	Capacity
Ehliyetizlik	Unfähigkeit	incapacité	Incapacity
Emare (belirli)	Indizien	Indice	Circumstantial evidence
Emir	Befehl	Ordre	Order
Emsal	Präjudenzurteil	Précédent	Precedent
Esas	Grundlage	Base	Basis
Evlât edinme	Annahme	Adoption	Adoption
Evlâtenme	Ehe	Marriage	Marriage

Türke	Almanca	Franzosa	Englizee
Evlenmede noksanlar	Mängel der Eheschliessung	Irrregularités du mariage	Defects of marriage
Evlenmeye itiraz	Einspruch gegen die Eheschliessung	Opposition au mariage	Forbidding the marriage
Evliâk birliğı	Eheliche gemeinschaft	Union conjugale	Conjugal community
Ev reisligi	Hausgewalt	autorité domestique	Authority over the family
— F —			
Paıl	Täter	Auteur	Action
Paiz (ürem)	Zins	Intérêt	Interest
— /direme	Verzugzins	moratoire	Interest for default
— /kanuni	Gesetzlicher zins	Intérêt légal	Interest prescribed by law
— /sözleşmesel	Vertraglicher zins	Intérêt conventionnel	Interest prescribed by contract
— /orani	Zinssatz	Taux d'intérêt	Rate of interest
Per'i (kinci derece) haklar	Nebenrechte	Droits accessoires	Accessory rights
Pesh (bozulma) davası	Auflösungsklage	Action en résolution	Action for rescission
Pevkatâde (olağanüstü) haller	Aussergewöhnliche umstände	Etat exceptionnel	Exceptionnal circumstances
Fill (eylem)	Handlung	Acte, fait	Action, fact
Fonksiyon	Funktion	Fonction	Function
Fürü (altsoy)	Descendenten	Descendants	Descendants

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
— G —			
Gaiplik (yâhilik)	Verschollenheit	Absence	Disappearance
Gelir	Einkommen	Revenu	Income
Gerekeçe	Erläuterungen	Exposé des motifs	Legal motives
Grev ve lokavt	Streik und aussperrung	Grève et lockout	Strike and lockout
— H —			
Hacir (kudrîlik)	Einstundigung	Interdiction	Disability
Haciz	Pfändung	Saisie	Seizure
Hadiac (obay)	Zwischenstreit	Incident	Incident
Hakk	Recht	Droit	Right
Hakim (yargıç)	Richter	Juge	Judge
Hakim konusu	Rechtsobjekt	Objet de droit	Object of a right
Hakkin kötüye kullanılması	Schikane	Abus de droit	Abuse of rights
Hakkin düşmesi	Rechtsverwirkung	Déchéance	Forfeiture
Haksız fiil	Unrechthafte handlung	Acte illicite	Tort
(hakuka sıktarı eylem)			
Hacar	Gefahr	Risque	Damage, risk
Hata (yanlış)	Irrthum	Erreur	Mistake
Hazine	Fiskus	Fisco	Treasury

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Hısımlık (akrabalık)	Verwandtschaft	Parenté	Kinship
Hibe (bağışlama)	Schenkung	Donation	Donation
Hile (aldatma)	Abschdtliche täuschung	Dol	Fraud
Hukuk	Recht	Droit	Law
Hukuk ilmi	Rechtswissenschaft	Science juridique	Legal science
Hukukî işlem	Rechtsgeschäft	Acte juridique	Act in the law
Hukukî ilişki	Rechtsverhältnis	Fait juridique	Juridical fact
Hukukî olay	Rechtsstatsache	Rapport du droit	Legal relationship
Hukukî sonuç	Rechtsfolge	Effet juridique	Legal effect
Hukukî sorun	Rechtsfrage	Point de droit	Matter of law
Hukukun kaynakları	Rechtsquellen	Sources de droit	Sources of law
Hüküm	Entscheidung	Jugement	Decision, decree
Hüküm nederleri	Entscheidungsgründe	Motifs du jugement	Ratio decidendi
Hilsmünîyet (iyiniyet)	Treu und glauben	Bonne foi	Good faith
— objektif	Guter glaube	Bonne foi	Bona fides
— subjektif			
— I —			
Izrar (zaruret halı)	Notstand	Cas de nécessité	State of necessity
— I —			
İcap (icari) ve kabul	Offerte und annahme	Offre et acceptation	Offer and acceptance

Türke	Almanca	Franzosa	Englizza
İcra (takip) hukuku	Zwangsvollstreckungsrecht	Législation sur les voies d'exécution	Legislation on the law of enforcement
İcrai karar	Verfügung	Décision exécutoire	Executory decision
İcra (yürütme) kuvveti	Vollziehende Gewalt	Pouvoir exécutif	Executory power
İcâzat			
— âmi	Rechtslehre	Doctrine	Jurisprudence
— yargısal	Rechtsprechung	Jurisprudence	Case law
İcâzadı badeştirme	Plenarentscheidung	Décisions des chambres réunies	Decision of joint chambers
İdare hukuku	Verwaltungsrecht	Droit Administratif	Administrative law
İdari eylem	Verwaltungsbehandlung	Action administrative	Administrative operation
İdari yargı organları	Verwaltungsgerichte	Tribunaux administratifs	Administrative courts
İddia olunmuş şey	Sitgegenstand	Objet de la demande	Object at issue
İfa	Erfüllung	Exécution	Performance
İfa karinesi	Erfüllungsvermutung	Présomption de l'exécution	Presumption of performance
İfa zamanı	Erfüllungszeit	Date de l'exécution	Time of performance
İflas	Konkurs	Faillite	Bankruptcy
İhbar (bildirim)	Mitteilung	Avis	Notice, warning
İhtıraz (teahh) kayıtları	Vorbehaltsklausel	Clause de réserve	Reservation
İhtiyarî (serbest) hükümler	Dispositive Rechtsnormen	Dispositions facultatives	Facultative dispositions
İhtisap (edimme)	Erwerb	Acquisition	Acquisition
İlan (duyuru)	Verkundung	Publication	Notice
İnkâr	Bestreiten	Déni	Denial
İnkıfâ (yararlanam) hakkı	Niesbrauch	Usufruit	Usufruct
İptal (bozulma)	Aufhebung	Annulation	Annulment

Türkçe	Almanca	Francaise	İngilizce
İrade açıklanması	Willenserklärung	Déclaration de la volonté	Declaration of intention
İrfaak (yükümlenme) hakkı	Servitut	Servitude	Easement
İslam hukuku	Islamisches Recht	Droit Islamique	Muhammedan law
İspat	Beweis	Preuve	Proof
İstiklak (hak) davası	Rückforderungsklage	Action en revendication	Claim
İstirhat (geri alma) davası	Restitutionsklage	Action en répétition	Action for restitution
İş hukuku	Arbeitsrecht	Législation du travail	Labour legislation
İştirak halinde (ortak)	Gesamteigentum	Propriété commune	Joint tenancy
İmlikiyet	Einspruch	Opposition	Objection
İtiraz	Gegenleistung	Contre prestation	Consideration
İvaz (karşılık)	Unentgeltlicher vertrag	Contrat a titre gratuit	Gratuitous contract
İvazsız (karşılıksız)	Einwilligung	Pernis	Authorization
sözleşme			
İzin			

-- K --

Kaide (kural)	Règle, norme	Règle, norme	Regulation, rule
Kanun	Gesetz	Loi	Statute
Kanun koyucu	Gesetzgeber	Législateur	Statute legislator
Kanunda boşluk	Gesetzliche	Lacune dans la loi	Gap in the law
Kanundan doğan borçlar	Gesetzliche schuldverhältnisse	Obligations légales	Legal duties
Kanunlaşturma	Kodifikation	Codification	Codification
Kanunname (kod)	Gesetzbuch	Code	Code
Kanunların kitabası	Rezeption	Réception	Reception
(alınması)	Urteil	Décision	Sentence
Karar			

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Karname	Urteil, verordnung	Décret	Decree
Karname (belirge)	Vernunftung	Présomption	Presumption
Kaynaklar	Quellen	Sources	Sources
Kaza (yargı) hakkı	Justiz	Justice	Justice
Kıyas (benzetme)	Analogie	Analogie	Analogy
Kira	Miete	Bail	Hire
Kiraya veren (kiralayıcı)	Vermieter	Bailleur	Owner
Kiracı	Mieter	Locataire	Hirer
Kusur	Schuld	Faute	Fault
Küçük	Minderjähriger	Mineur	Infant
Lâfiz (söz)	Wortlaut	Lettre	Letter

— M —

Madda	Artikel	Article	Article
Maddî eda	sachliche Leistung	Prestation matérielle	Material performance
Maddî hata (yanılgı)	Tatsachengruntum	Erreur du fait	Error of fact
Maddî sorun	Tatfrage	Point de fait	Question of fact
Mahkeme (yargı organı)	Gericht	Tribunal	Court
Mahkeme dışı işlemler	Aussergesichtliche handlungen	Actes extrajudiciaires	Extra judicial acts
Mahkemelerin dereceleri	Instanzen	Instances	Instances
Makale şâmil (geçmişe etkili)	Rückwirkung	Rétroactivité	Retroaction
Mallar	Güter	Biens	Goods
—/taşınır mal	Möbilen	Möubles	Movables
—/taşınmaz mal	Immobilien	Immeubles	Immovables

Türkçe	Almanca	Fransuzca	İngilizce
Mamelek (malvarlığı)	Vermögen	Patrimoine	Property
Medeni haklar	Privatrechte	Droits civils	Civil rights
Medeni haklardan yararlanma yeteneği	Rechtsfähigkeit	Capacité de jouissance	Legal capacity
Medeni hakları kullanma yeteneği	Geschäftsfähigkeit	Capacité d'exercer	Disposing capacity
Medeni hukuk	Bürgerliches recht	Droit Civil	Civil Law
Menfaat (çıkar)	Intéresse	Intérêt	Interest
Menkul (taşınır) mallar	Bemal	Profession	Profession, career
Menkul bizz. mallar	Nouveau	Légitime défense	Legitimate defence
Meslek	Gesetzgebung	Législation	Legislation
Meyan (halkı) savunma	Internes recht	Droit interne	National law
Mevzuat	Erbrecht	Droit des Successions	Rules of Inheritance
(yürürlükteki yasalar)	Begründung	Motifs	Leading motives
Mallı (ulusal) hukuk	Vergleichende rechtswissenschaft	Droit Comparé	Comparative Law
Miras hukuku	Absolute recht	Droits absolus	Absolute, perfect rights
Mücip sebepler (gerekçe)	Höhere gewalt	Force majeure	Act of god
Mukayeseli (karşılaştırmalı) hukuk bilimi	Institut	Institution	Institution
Mutlak haklar	Sanktion	Sanction	Sanction
Mücbir sebep (ölenmez neden)	Wohlerworbenes recht	Droit acquis	Vested rights
Müessesce (kuruluş)			
Müeyyide (yaptırım)			
Müktesep (kazanılmış hak)			

Türkçe	Almanca	Fransuza	İngilizce
Mülkiyet hakkı	Eigentumsrecht	Droit de propriété	Property right
Mümeyyiz sevgin)	Urteilsfähigkeit	Cabaple de discernement	of sound mind
Müşterek hukuk	Gemeines recht	Droit commun	Common law
Müzakere (görüşme)	Verhandlungen	Nébat, négociation	Negotiation
— N —			
Naks (olsak) borçlar	Naturobligationen	Obligations imparfaites, naturelles	Natural obligations
— O —			
Objektif hukuk	Objektives recht	Droit (objectif)	Law (positive)
Objektif iyiniyet (bkz. hüsnüniyet)	Staatsgewalt	Autorité	Authority
Otorite	— Ö —		
Öaleyici öalemler	Vorbeugungsmaßnahmen	Mesures préventives	Preventives measures
Örf ve adet (örf)	Gewohnheit	Usage, coutume	Custom
Örf ve (örf) hukuku	Gewohnheitsrecht	Droit coutumier	Customary, Common Law

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Pandekt hukuku Pek kötlü davranış	Pandektenrecht Misshandlung	Droit des pandectes Injure grave	Pandect Law Serious injury
— P —			
Rahin Resmî dil Resmî evrak (belge)	Verpfändung Staatsprache Öffentliche Urkunden	Gage Langue officielle Actes (titres) authentiques	Pledge Official language Legal documents
Resmî gazete Resmî sicil (kâğıt) Rıza	Gesetzblatt Öffentliches Register Ermächtigung	Journal officiel Registre public Consentement	Official gazette Public register Intention, will
Râcu (düeme) Rücu (düame) hakkı Rüchân (öccelik) hakkı Râyet (arginalik)	Rücktritt Rückgriffsrecht Vorzugsrecht Mündigkeit	Résiliation Droit de recours Droit de priorité Majorité	Rescission Right of recovery Preferential right Majority
— S —			
Saik (edken) Selahiyet (yetki)	Motiv Ermächtigung	Motif Pouvoir	Motive Power

Türkçe	Almanca	Francozes	İngilizce
Satış	Verkauf	Vente	Sale
Savcılık	Staatsanwaltschaft	Ministère public	Attorney's office
Sebep (neden)	Grund	Cause	Ground, Consideration
Sevmen (bedel)	Preis	Prix	Price
Seneme (verim)	Nutzen	Fruit	Fruits
Senet (belge)	Urkunde	Titre	Deed
Suaf haklar	Gewerbliche Schutzrechte	Droits industriels	Patent rights
Sorgu	Vernachlung	Interrogatoire	Interrogation
Sorgu yargıcı	Untersuchungsrichter	Juge d'instruction	Coroner
Sulh, yargıcı	Amtsrichter	Juge de paix	Justice of the peace
Subjektif kamu hakkı	Subjectiv öffentliches recht	Droit public subjectif	Subjective public right
Sükna (oturma) hakkı	Wohnrecht	Droit d'habitation	Right of habitation
Sükut	Schweigen	Silence, récence	Silence

— § —

Şahıs (kişi)	Person	Personne	Person
—/gerçek kişiler	Natürliche personen	Personnes physiques	Natural persons
—/tüzel kişiler	Juristische personen	Personnes juridiques	Legal persons
Şahit (tanık)	Zeuge	Témoïn	Witness
Şahsın hukuku	Personenrecht	Droit des personnes	Law of persons
Şahsî (kişisel) dava	Personlicher anspruch	Action personnelle	Personal action
Şahsiyet (kişilik)	Personlichkeit	Personnalité	Personality
Şekil (biçim)	Form	Forme	Form
Şirket (ortaklık)	Gesellschaft	Société	Company
Şu'fa (önalım)/ (öncelikle alın) hakkı	Vorkaufsrecht	Droit de préemption	Right of preemption

— T —

Türkçe	Almanca	Fransızca	Ingilizce
Taahhüt (yüklenme)	Verpflichtung	Engagement	Obligation
Tabii borçlar	Naturalobligationen	Obligations naturelles	Natural obligations
Tabii hukuk	Naturrecht	Droit naturel	Natural law
Takdir hakkı	Richterliches Ermessen	Pouvoir d'appréciation du juge	Discretionary power
Tapu kütüğü	Grundbuch	Registre foncier	Land register
Taraflar	Parteien	Parties	Parties
Tarihçi hukuk okulu	Historische rechtsschule	Ecole historique du droit	Historical law school
Tasarruf (egenim)	Verfügung	Disposition	Disposition
Tasarruf (egenim) ehliyeti	Verfügungsfähigkeit	Pouvoir de disposition	Power of disposition
Tasarruf (egenim) islemleri	Verfügungsgeschäfte	Actes de disposition	Acts of disposal
Tasdik (onama)	Ratifikation	Ratification	Ratification
Tasfiye (arritum)	Liquidation	Liquidation	Winding up
Tashih (düzeltme)	Berichtigung	Réformation	Rectification, adjustment
Tayin (atama)	Bestellung	Nomination	Appointment
Tazminat (giderim)	Ersatz	Indemnité	Damages, compensation
Tazminat davası	Schadenersatzklage	Action en dommages intérêts	Action for damages
Tediye (ödeime)	Erfüllung	Paiement	Payment
Teleoloji	Teleologie	Téléologie	Teleology
Temyiz	Revision, Berufung	Cassation	Reversal, appeal
Temyiz kudreti	Unctisfähigkeit	Capacité de discernement	Power of judgement
(ayırım yeteneği)		Cour de Cassation	Supreme Court of Appeal
Temyiz yargı organı	Reichsgericht		
(Yargıtay)			

Türkçe	Almanca	Fransuzca	İngilizce
Terk (bırakıp gitme)	Böswillige Verlassung	Abandon mutuel	Willful desertion
Terk'in (silinilmesi)	Löschung	Radiation	Cancellation
Tespik (saptama) davası	Feststellungsklage	Action en constatation	Declaratory action
Tescil (kültüğe yazma)	Registrierung	Immatriculation	Registration
Teslim	Übergabe	Tradition	Delivery
Tevdi yazırına)	Hinterlegung	Consignation	Deposit
Ticaret hukuku	Handelsrecht	Droit commercial	Commercial law
Ticaret yargı organları	Handelsgerichte	Tribunaux de commerce	Commercial courts
Tizlilik	Rechtsverordnung	Règlement	Regulation

— U —

Unsur (öz)	Tatbestand	Élément	Element
Usul hukuku	Prozessrecht	Droit de procédure	Law of procedure
Uzlaşma	Vermittlung	Conciliation	Reconciliation

— Ü —

Üçüncü kişi	Drittperson	Troisième personne	Third party
Üniversite	Universität	Université	University
Üst (yapı) hakkı	Baurecht	Droit de superficie	Right of superficies

Türkçe	Almanca	Fransuza	İngilizce
Vaad (sözver)	Schuldversprechen	Promesse	Promise
Vasfiandirma	Qualifikation	Qualification	Qualification
Vasita	Mittel	Moyen	Means
Vasi (koruman)	Vormund	Tuteur	Guardian, tutor
Vazi il yed (eli altında tutma)	Inhaber	Détenteur	Physical possessor
Velayet (egelik)	Elterliche gewalt	Puissance paternelle	Parental right
Vesayet (korumanlık)	Vormundschaft	Tutelle	Tutorship
Yazın hukuk	Kodifiziertes Recht	Droit écrit	Statute law
Yetki	Ermächtigung	Pouvoir	Power, authority
Yorum	Auslegung	Interprétation	Interpretation
—/hukuki yorum	Juristische auslegung	Interprétation juridique	Legal interpretation
—/yargısal yorum	Richterliche Auslegung	Interprétation juridique (doctrinaire)	Judicial interpretation
Yorum hükümleri	Auslegungsvorschriften	Dispositions interprétatives	Interpretative provisio
Yorumlayıcı (yadek)	Dispositives Recht	Droit dispositif	Variable provisions
Yükümler	Verordnung	Règlement	Regulations
Yönetmelik (taliimatname)			

Türkçe	Almanca	Fransuzca	İngilizce
Zabıtlar (tutanak) Zamaneşması	Niederschrift Verjährung	Procès verbal Prescription	Records Statute of limitations, prescriptions
Zarar	Schaden	Damnages	Loss, damages
Zilyetlik (eimenlik)	Besitz	Possession	Possession
—/bağımsız (asli)	Selbständiger Besitz	Possession originaire	Original possession
—/bağimli, (fer'i)	Unselbständiger Besitz	Possession dérivée	Derivative possession
Zilyetlik (eimenlik) davası	Besitzschutzklage	Action possessoire	Possessory action

