MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

İSTANBUL — 1985

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

İSTANBUL — 1985

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Çocuklarım

Sabiha ve Can'a

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

HUKUHUN 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 87
B) Yardımcı Kaynaklar 89
III. Hukuki Malzeme ve Aletleri Araştırma Karşılığı Olarak Kaynak 90

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. Mevzu Hukuk Kaynakları 90
A) Genel Kaynaklar 90
B) Medeni 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 Gelenekler 97
4. Kilise Hukuku (Kanonik Hukuk) 97
5. Tabiî 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 Ögelerine Bir Bakış 109
A) Common Law 109
B) Equity 109
C) Statute Law 110
D) Case Law (Örnek Olay Hukuku) 111

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 10. Türkiye'de Medenî 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 Medenî Kanununun İktibası 117
3. Medenî 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. Medenî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Hakkın Türleri 138
1. Kamu Hakları 138
2. Özel Haklar 138

A — Niteliklerine Göre
(a) Mutlak Haklar - Nisbî Haklar 140

B — Konularına Göre:
(b) Malvarlığı Hakları - Şahsvarlığı 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 Nisbî Hak Arasındaki Farklar 143
IV. Mutlak ve Nisbî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 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. Ayni (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) Belirtimler (Şerhler) ... 207

3. Tapu Kütüğüne Yapılan Kayıtların Hukukî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. Yetenekliler ... 214
A) Evli Kadınlar ... 214
B) Kendisine Kanuni 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. Medeni Kanundaki İyiniyet Kuralı ... 217
III. Örnekler ... 218

1. Medeni 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» Uyma Zorunluğu (Objektif İyiniyet)

I. Kavram ... 225
II. Doğruluk ve Dürüstlük Kuralının Rolü ... 226
III. Hakkın Kötüye Kullanılması ... 226

1. Genel Olarak ... 227
2. Unsurlar ... 227
3. Yaptırımı ... 228

Yedinci Bölüm

BORCUN DOĞMASI VE SONA ERMESİ

§ 22. Borç İlişkisi ve Borç Doğuran Olaylar

I. Borç İlişkisi Kavramı ... 229

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

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

I. Hukuki Eylem ... 231
II. Hukuki İşlem ... 231
1. Tek Taraflı Hukuki İşlemler ... 232
2. Çok taraflı Hukuki 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. Hukuki Nedene Bağlılık ve Nedene Bağlı Olmama ... 243

§ 25. Hukuki 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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/Savu 264

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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/ehliyete 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mallar, yetenek, sezginlik, erginlik, kısıtlılık, tam yeteneksizler, sınırlı yeteneksizler, iyiniyet ve kötü niyet, yargıcın değerleme yetkisi, zamanaşımı, hakkı düşüren süre, istem hakkı ve savu 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 amaciyle 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 armağanıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİBLİYOGRAFYA

Akıntürk, T. — Bankacılar için Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi BATİDER, No. 9. 1969.

— Temel Hukuk, Anadolu Üniversitesi, Açık Öğretim Fakültesi, Ünite 1, 2, 3, 4, 5 Ankara. 1983.

Akipek, J. Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Ank. 1973.

Ansay, S. Ş. Hukuk Bilimine Başlangıç, A.H.F. Yayını, 1958.

Aral, V. Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İ.H.F. Yayını, 1971

Arık, F. Türk Medeni Hukuku, I - Genel Prensipler, S.B.F. Yayını, 1963

Arsal, S. M. Hukukun Umumî Esasları, İstanbul, 1937

Atıay, A. Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İst., 1980

Akyol, Ş. 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

Çağıl, O. M. Hukuka ve Hukuk İlmine 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/ Aybay Medenî Hukuk, İstanbul, 1978

Göğer, E. Hukuk Başlangıcı Dersleri, 3. Bası, Ankara, 1974

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Gözübüyük, Aö Ş. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, TODAİ Yayınları, 3. Bası, Ankara, 1978

İmre, Z. Medenî Hukuka Giriş, 3. Bası, İst., 1980

Hirş, E. Pratik Hukukta Metod, İst., 1944

Kurtoğlu, 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 Yönünden Medenî Hukuk Kuralları, İstanbul, 1978

Saymen, F. H. Türk Medenî Hukuku, C. 1, 3. Bası, İst., 1960

Schwarz, A. B. (Çev.: H. V. Velidedeoğlu) Medeni 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. Umumî Hukuk Bilgisi, İzmir, 1975

Üçok, C. Türk Hukuk Tarihi, A.H.F. Yayını, 1972

Velidedeoğlu, H. V. — Türk Medenî Hukuku, C. 1 - Umumî Esaslar, 6. Bası, İstanbul, 1959

— Tükçeleştirilmiş 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Usulü 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 nuraması
I.B.D.	:	İstanbul Barasu Dergisi
I.H.F. Yayını	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını
İ.İ.K	:	İcra ve İflâs Kanunu
K. No.	:	Karar nuraması
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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hukukî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 malî sorumluluk sigortası ve kara nakliyatına müteallik karar incelemeleri, BATIDER, 1966, C. II, 305-331.
5. Karayolları Trafik Kanununun mad. 53/T'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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

7. İsviçre-Türk meyzuatında hukukî sorumluluk ve sorumluluk sigortasının kaydettiği son gelişmeler, BATIDER, 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 cismani zararın giderilmesinde tatbik edilecek esaslar, Ad. D. 1968, Sayı 3/4, 162-200.
12. Motorlu taşıt işleticisinin uğradığı zararla ilgili olarak «Sorumluluk çatışmaları», BATIDER, 1968, C. IV, Sayı 4, 620-646.
13. «İşe adam alma mülâkatında» 7 nokta planı, Sevk ve İdare Dergisi, Sayı 80, Nisan 1975.
14. Personel geliştirilmesinde «Duyarlık Eğitimi», PERYÖN 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 contralendo» sorumluluğu (karşılaştırmalı araştırma), Marmara Üniversitesi, İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 27-42.

IV — Tebliğler :

1. Kamu Ekonomik Kuruluşlarında Eğiticilerin 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).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Planlaması, 6.03/2, 1970.
5. Eğitim Prensipleri, 6.04/1, 1970.
6. Beşerî 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 Mülâkat, 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 ayırımlar 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 h u k u k, «insan varlığını ve insan topluluğunu düzenleyen ve devlet yaptırımiyle 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 anlamiyle 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. Medeni 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 yanısıra, 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 tanımı «hukuk, gerektiği gibi ve adil olma sanatıdır (jus est ars boni et aequi)» tarzında verilmiştir.

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 çıkarcıdır. Kendi çıkarından kolay

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kolay vaz geçmek istemez. Birçok hukuk kuralı bu birseysel çıkarı korumak için konulmuştur. Örneğin Medenî 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, sosyaldir ve fonksiyonu da bireysel değil, sosyaldir. 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, yukarda anılan hukukî eşitlik ilkesi çoğu zaman sözde kalmakta, kuvvet, zekâ veya malvarlığı açısından kuvvetli olan bireyler, zayıfları sömürmektedirler. Bu ise a d a l e t 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, s o s y a l a d a l e t i 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 yanyana yaşamak mümkün olmaktadır. Bu davranış kuralları bir takım emirler ve yasaklamalardır, yapmayı veya yapmamayı içerirler.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 sağlanabilmiştir.

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 karşılaşırlar. 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 maddî ve manevî 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 (ahlâkî 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ranışların 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 ailevî 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 ahlâkî görevlerdendir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Aynı biçimde, insanların günlük yaşantılarında, birbirleriyle ilişkilerinde uydukları bazı davranış, yani görgü kuralları da, örneğin, selâm verme, kapalı yerlerde sigara içmeme, ulu orta konuşmama, geğirmeme 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 kurallariyle hukuk kurallarının ve din adamlariyle 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 «dünyevi 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 yasaklara uygun surette hareket edilmeme halinde karşılaşacak tepki, **manevidir**. Din kurallarına uygun davranmayanlar ancak öldükten sonra **öbür dünyada** bir tepkiyle karşılaşırlar. 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 yasaklara uymama halinde karşılaşılacak 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 bizzat 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 işlemde ortaya çıkabilecek sakatlık, dolaylı olarak onun doğumunu sağlayan hukuk kuralının emrine uygun hareket etmemek anlamına gelecektir. Bu ise bir yaptırımı gerekti-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 görünümü 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 y a z ı l ı olanları kapsar. Yani yetkili bir organ tarafından konulmuş bulunan kanun, kanun niteliğinde

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

III. TABİİ VEYA İDEAL HUKUK

Belli bir ülkede, belli bir devrin gereksinmelerini ve insanlık duygularını en iyi karşılayan hukuk kurallarına «ideal» veya «tabiî» 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 ilkelerdir. 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 öğreti (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 **Medeni 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 e ş i t 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 faklı olan, çeşitli ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını bir tertibe, bir sıralamaya tabi tutmak demektir. Bu sıralama, yani sistem özellikle 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.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hukukun düzenlediği ilişkiler iki türlüdür : 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 - astlık 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 «Malî ve Ekonomik Hükümler», beşinci kısım «Çeşitli Hükümler», altıncı kısım «Geçici Hükümler» ve yedinci kısım «Son Hükümler» başlığını taşır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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) dır.

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 kararıyle 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4) Yargılama Hukuku :

Bu hukuk dalı, devletin kendi organları olan yargı vasıtasiyle 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 sıfatiyle gördüğü işlerdeki faaliyetlerini kapsayan yargı türüdür. Bu dalda Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün 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 başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatiyle 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 uyuşmazlıklara karşı açılacak «iptal» ve «tam yargı» davalarını karara bağlar. Vergi mahkemeleri, kanunlarla başka yargı yerlerinin görev alanına girmeyen vergi uyuşmazlıklariyle ilgili davaları karara bağlar. Vergi mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden oluşur. Bu mahkemeler kural olarak vergi uyuşmazlıklarını kurul halinde toplanarak karara bağlar. Ancak, vergi mahkemeleri kazançları götürü usülde belirlenen yükümlülerin ve derecelerinin saptanmasına ilişkin işlemleri ve toplamı yetmiş beş bin lirayı aşmayan vergi uyuşmazlıklarını tek yargıçla karara bağlar. Vergi mahkemelerinin kurul halinde verdikleri kararlara

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 uyuşmazlıklarını 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/I). 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 uyuşmazlıklarını çözüme bağlar ve idari yargı alanında içtihatlar arasında çıkan çelişkileri giderecek 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 uyuşmazlıkları 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 uyuşmazlıkları 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yargısal faaliyetleri, adliye mahkemeleri tarafından yürütülmekte 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 yürütülür. 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, tapulama 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 yardır. Her daire bir başkan ve dört üyenin katılmasiyle 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 uyuşmazlıkları 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 uyumazlıklarını gidermek üzere (içtihadı birleştirme kararları) verir. Bu İçtihadı 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 uyuşmazlıkları bir sonuca bağlamakla görevli bulunan yargı organlarının vermiş oldukları hükümlerin gerektiğinde Devlet organları vasıtasiyle 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 ıncı maddesinin beşinci fıkrası, usu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 medenî hukuk, ticaret hukuku ve devletler hususî hukuku dahildir.

1) Medenî Hukuk :

Medenî hukuk, hukuk açısından eşit olan (gerçek ve tüzel) kişilerin hukuk açısından önem taşıyan her türlü toplumsal ve ekonomik ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. Medenî hukuk, özel hukukun en önemli ve geniş alanını oluşturur. Bu nedenle medenî hukuk ve özel hukuk deyimleri bazan eş anlamda kullanılmaktadır. Almanca «bürgerliches Recht», Fransızca «droit civil», İtalyanca «diritto civile», ve İngilizce «civil law» kavramına, dilimizde «Medenî Hukuk» denilmektedir. Fakat bu deyimler kapsadıkları anlamı tam olarak ifade etmekten uzaktır. Bunların hepsi lâtin kökenli olup «jus civile» deyiminden gelir. «Jus civile» aslında Roma vatandaşı «civis Romanus» için yürürlükte olan hukuku belirtiyordu. Tam olarak çevirisi «vatandaş medenî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Medeni Kanun adı verildi. Ülkemizde bugünkü medeni hukukun kaynağı, 17 Şubat 1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilip 4 Ekim 1926'da yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunudur. Buna aynı tarihte yürürlüğe giren Borçlar Kanunu da dahildir.

2) Ticaret Hukuku :

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

Ticaret hukuku bireylerin günlük yaşantı ilişkilerinden bir kısmını, yani ticari yaşantı ilişkilerini düzenler. Ekonomik yaşantının ilerlemesi ve ticari ilişkilerin son derece genişlemesi, bunları düzenleyen hususi 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, ticari işletme hukuku, şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku, deniz ticareti hukuku ve sigorta hukuku bölümlerine ayrılır.

3) Devletler Özel Hukuku :

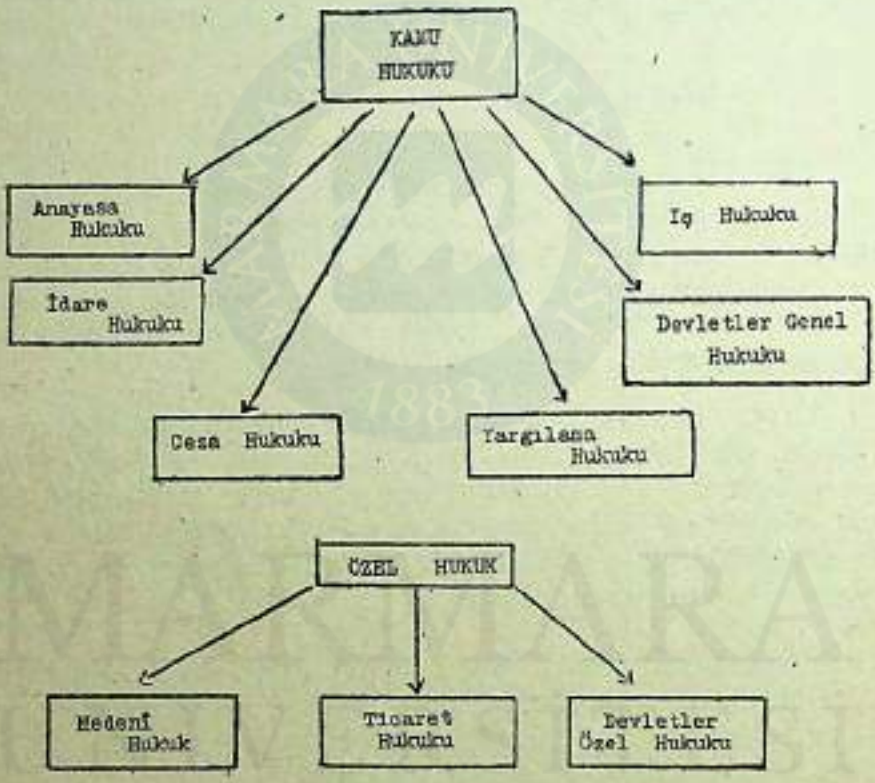
Bu hukuk, özellikle çeşitli devletlerin özel hukuka ilişkin kanunları arasındaki çatışmaları (kanunlar çatışması); vatandaşlık ve yabancıların hukuki durumlarına ilişkin sorunları düzenleyen bir hukuk koludur. Bu hukuk dalının temelini de her devlet tarafından konulan kurallar (Vatandaşlık Kanunları)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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

Bu iki hukuk dalını şematik olarak belirtelim :

Şekil : 1.



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 belirme biçimleri adı da verilebilir. Hukukun bu anlamdaki biçimsel kaynağı üçtür: Kanun, töre hukuku, yargı kararları ve öğreti.

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 ayırıma tabi tutabiliriz:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(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 kararnameler, 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 tasarı 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 hususdaki 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Resmî Gazetede yayımlanmadıkça kimseyi bağlamaz. Kanunların ne zaman yürürlüğe gireceği kanunların yürürlük maddesince gösterilir. Şayet gösterilmemişse, Kanun, Resmî 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 kalkarlar.

(a) Açıkça Kaldırma :

Kanun koyucu, bir kanunun yürürlükte kalacağı süreyi açıkça belirtebilir. Bu durumda sürenin dolması veya belirli bir tarihe ulaşılmakla 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(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 şartiyle 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 işlemden 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 yürümesi denir. Ancak bu haller istisnâî ve belirlidir.

(e) Kanunların Geriye Yürümesi :

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 oldukları 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 Medeni 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 Medeni Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ancak yeni Medeni Kanuna göre evlenebilirler. Çünkü bunlar yeni kanun çıkmadan evvel evlenmeden doğan hakları bütün sonuçlarıyla birlikte kazanma-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mış olduklarından bu haklar onlar için kazanılmış değil, beklenen hak niteliğini taşımaktadır ve bu nedenle de yeni kanun hükümlerine tâbidir (684 sayılı Kanunu Medeninin 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 sayılmaşsa, 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 kaldırırsa, bu eyleme, işlendiği zamanki kanun değil, bugünkü kanun uygulanır.

dd — Ayrıca yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da kural olarak geriye yürür (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 Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer.

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnamenin düzenleneceği konunun **bunlar dışında** bir konu olması gerekir.

Yetki veren kanunda çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin, amacı, kapsamı, ilkeleri ve yetkiyi kullanma sürelerinin açıkça belirtilmesi şarttır (A.Y. mad. 91/II).

Kanun hükmünde kararnameler, Resmî Gazete'de yayınlandıkları 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 Meclisine sunulamayan kararnameler bu tarihte; T.B.M.M.'nce kabul edilmeyenler de red kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkarlar (A.Y. mad. 91/Son fıkra).

C) Tüzükler:

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

Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.

D) Yönetmelikler:

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

Yönetmelikler de, aynen kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve tüzükler gibi Resmî Gazete'de yayımlanırlar.

E) İçtihadı Birleştirme Kararları:

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

belirtilen durumlarda verilen bu kararlar Yargıtayın en önemli görevlerinden birini, bütün yurtta 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 hukuki 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 oluşturdukları için hukuk açısından yazılı kaynak niteliğini taşırlar. İçtihadı birleştirme kararları kanunlar gibi Resmî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni 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 itibariyle ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise, iş sahibi ancak ikinci fıkra mucibince işlem yapar—» hükmünün (müteahhidin kusuruyla temerüde 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 uyuşmazlığı 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 uyuşmazlığının varlığı kabul edilerek işin esası görüşüldü:

1 — Kararlar arasındaki içtihat uyuşmazlığı, 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 uygulanamayacağında toplanmakta-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

Raportör üyenin, konuya ve ayrıca sorunun çözümüne ilişkin bilimsel görüşler hakkındaki açıklamaları da dinledikten sonra, aşağıdaki gerekçelerle içtihat uyuşmazlığı 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 bulunduğuna 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, uyuşmazlık 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

3 — A) Borçlar Kanunumuzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmî temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmî 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 kısmî ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut «kanun içi» boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni 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 (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı, için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmî ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmî 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 «ani 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılaşmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların biribirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği 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 kısmî 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 kısmî 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 istisnaî 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 Medeni 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnaî hallerde (adâlete uygun düşecek şekilde) hüküm imkanını 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. Zahit İmre'nin Türk Medenî Hukukuna göre Hâkimin İktisadî 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 harfî 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 «fesihin doğuracağı sonuçlar bakımından» böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin 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 tâliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnaî 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) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni 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 haklı gösterdiği durumlarda, Medeni 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 İçtihat Kararı», Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesinin 26/4/1983 gün ve 1983/56 sayılı kararı ve bu karara âtfen aynı tarihli yazılı isteği üzerine «Yargıtay İçtihadı Birleş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 «istek yazısına» ekli Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna ait 6/101982 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 uyuşmazlıklara 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» uyuşmazlığından kaynaklanmış ve bu nedenle böyle bir karar verilmişcesine, — okuyanlar üzerinde— yanlış bir kanaat ve intiba uyandırır tarz ve uslûpla 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 13/71975 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

denildiği gibi, «Kararın yazılmasında göz'önünde tutulacak esaslar» başlıklı kısmanda 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.16 — 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 mânasiyle 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 çözülüp 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 yayınlandığı (Resmî Gazete)'nin sayfaları arasında kalmış bulunmaktadır. Şayet, bu «İlke Kararı» gereği yerine getirilmiş olunsa idi, o zaman, bu «Tevhidi İçtihat Kararı» müzakere zabıtları —karar metni ile birlikte— tıpkı 1927 - 1954 yılları arasında olduğu gibi yayınlanması gerekecek ve hangi üyenin, hangi görüş

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

istikametinde 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 şerhine 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 İçtihada 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'ûmum sair ilgilileri tereddüde sevk'eder ve sebepsiz olarak yanlış uygulamalara ve hatta «karşılıklığa» neden olur ve olacaktır da!..

Yargıtay Kanunu'nun 45/f.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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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) inşatı (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 mütehhide yaptığı iş oranında ve (kâr) şeklinde — kendisine apartman dairesi vermek suretiyle, o müteahhit, o binanın mülkiyetine ortak'mı olacak, yoksa, Borçlar Kanunu'nun «haksız iktisap hükümleri»ne göre, müteahhidin arsa sahibinden sadece inşaatı yarı bıraktığı ana kadar o inşaata 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 yapılıp 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 inşaatta 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) verilemiyeceği, 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

en önce bitirmeyi hedef aldığı ve aksi takdirde «kusurlu» veya «keyfi» hareketi sonucu inşaatı yarıda bırakıp arsa sahibini kendi kaderi ile baş-başa bırakan 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 satsa 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 İçtihat» müzakereleri sırasındaki müteaddit konuşmalarımda da etraflıca ve mükerreren belirttiğim üzere, müteâhhidin (kâr) karşılığı olarak ve yaptığı iş oranında o apartmandan daire alabilmesi yani (kat mâliki) olabilmesi için Borçlar Kanununun 371 inci maddesi şartlarının —o olayda— gerçekleşmiş olması icap eder. Müteâhhit inşaâtı yürütürken ölür veya bütün maddî 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 müteâhhide yaptığı işle orantılı olarak o inşaata bir karşılık yani (daire) verecek ve onu (kat mâliki) durumuna getirecektir. Bilindiği üzere, Medeni Kanunun ikinci maddesi hükmünde yer alan «objektif iyi'niyet kuralı», her hukuk kuralının en üstünde yani (zirvede) yer alan ve her halükârda hâkimin «resen kendiliğinden» göz'önünde bulundurup uygulaması gereken bir «ana kural» olması itibariyle, bu kuralın, bu «Tevhidi İçtihat» kararında hâkimleri mütcâhhitler lehine, — inşaat ne oranda yapılmış olursa olsun ve müteâhhit yaptığı inşaât hangi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sebepler altında yarı bırakırsa bıraksın, aman, sen bu kuralı her zaman müteâhhide uygula!.. Sakın bunu hatırından hiç çıkarma!.. — anlâmı, yaratacak bir ifade uslûbü içerisinde kaleme alınıp işlenmiş olması, genç ve tecrübesiz hâkimleri daima yanlış ve haksız bir uygulamaya sevk edecektir. Halbuki, bu «tevhidi içtihat kararı», şimdi benim bu «muhâlefet şerhi»nde, Borçlar Kanununun 371 inci madesi hükmü ile ilgili olarak belirtmeye çalıştığım ve müteahhidin hiçbir «kusuru - keyfi hareketi» olmaksızın, inşaatın en az % 80-90 nisbetinde ikmal edilmiş olmasına rağmen, müteâhhidin «hali - âcze» düşmesi veya ölümü sonucu yarı kalması halinde ancak uygulanabileceği ve «iyi'niyet kuralı»nın bu şartlar dışında düteâhhit lehine uygulanmasına imkân olmadığı, aksi halde, müteâhhidin — sudan sebeplerle — inşaâtı daima yarıda bırakıp kaçma kanaat ve temayülünü gönlünde taşıyacağı görüşünün, heyetce, — 12 özel daire görüşü oyuna karşı, 65 gibi çok farklı bir oyla — benimsenmesi sonucu, ittihaz buyrulmuş bir karardır.

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

«Tevhidi İçtihat Kararı»nın 2. bendinin en son pragrafında, Borçlar Kanununun 358 inci maddesi hükmünün olayda uygulanma olanağı bulunmadığına, çünkü bu madde hükmünün «sözleşmeden erken dönme haline ilişkin» bir hüküm olduğuna değinilmiştir. Kararda yer alan bu görüş çok mutlak bir şekilde ifade edilmiştir. Borçlar Kanununun 358. maddesi hükmü müteâhhidin temerrüdünün «diğer bir çeşidini» hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu «Tevhidi İçtihat Kararı»na ana dayanak yapılmış olan (temerrüt nedeniyle akdin feshi - B.K. m. 106-108) hali ile, Borçlar Kanununun 358/f. 1 hükmünün iş sahibine (arsa sahibine) «geriye etkili dönme hakkı tanımış olduğu» hususunda, doktrinde ittifak vardır (Guhl-Merz-Kummer, Das Schweizerische 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, Arsa üzerine inşaât yapma sözleşmelerinde işi tamamlamadan bı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

«Tevhidi İçtihat Kararı»nın (B) bendinin ikinci paragrafında, müteahhidin «kısmî 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 Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü ile giderilebileceği görüşü ortaya atılmıştır. Bizim şahsî kanaaatımızca, «kısmî temerrüdün» sonuçlarının ne olacağı hususunda Borçlar Kanununda bir «boşluk» yoktur. Çünkü, «kısmî 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 İçtihat Kararı»nda, müteahhidin inşaatı sözleşmede belirtilen süre içinde tamamlamayarak 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) müteahhidin 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 müteahhide yaptığı az işle orantılı ücret, yani (apartman dairesi) verilmesi yolunun açılması tehlikesini doğuracak bir mahiyettedir. Halbuki, «objektif iyi niyet» kuralı, ancak, işin (inşaatın) tama-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

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

İsmail Doğanay
11. Hukuk Dairesi Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Çoğunluk kararında belirlendiği gibi, içtihadı 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 sürelere rağmen kendi kusuru ile zamanında yerine getirmemiş olmasından ibarettir. Bu maddi olay karşısında hukukî sorun ise, istisna sözleşmesine ve kanun hükümlerine göre alacaklının sözleşmeyi fesh hakkı olup olmadığı, alacaklının akti feshe hakkı varsa fesih sonunda borçlunun alacağının ne olması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Başka bir ifade ile, yukarda sözü edilen maddi olayda, kanunun hangi hükmünün uygulanacağı uyuşmazlık konusudur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FESİH HAKKI

Görüşmeler sırasında bu hususta üç ana görüşün ileri sürüldüğü gözlenmiştir. Birinci görüşe göre, İçtihadı birleştirme konusu maddi 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 sürülmüşsede çoğunluk kararı gerekçesinde açıklandığı gibi bu maddenin maddi 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 varki, 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 İçtihad 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 Medeni 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 Kanununun 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 yorumlanmasının 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 hakimin 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 bitirelemiyeceğinin anlaşılması halinde alacaklının fesih hakkının bulunduğu Medeni Kanun 356/1. maddesinde açıkça yazılıdır. İçtihat konusu maddi olayda ise, borçlu yüklenici, alacaklının hiçbir kusuru olmadan tamamiyle 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 bulunduğunun evleviyetle kabulü gerekir. İstisna sözleşmesine ilişkin tüm maddi ve hukuki olaylardan en evvel akla gelen örnek olayın herhalde içtihat konusu olay ve benzerleri olduğuna kuşku yoktur. Böylesine her zaman karşılaşılacak 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 bulunduğunun haydi haydi kabulü gerekir. Çoğunluk görüşünde ise bu fesih hakkı alacaklıya B.K. 106. maddesi gereğince tanınmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FESHİN SONUÇLARI

İçtihadı birleştirmeye neden olan asıl hukuki sorun ve de uyuşmazlık feshin sonuçlarının ne olacağında toplanmaktadır. Hatta denebilirki, işin zamanında bitirilememiş olması sebebiyle borçlunun hakkının şu ya da bu sebeple ne olacağında birleşilemediğinden uyuşmazlık içtihadı birleştirme genel kuruluna kadar gelmiştir. Peşin kabul etmek gerekirki, 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 zorunluk 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 ihmali 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 zararla karşı karşıya bırakılmasını önlemek amacı ile Medeni Kanunun 2/2. maddesine göre feshin kapsamının tayin ve tesbiti yoluna gidilmiş ve ölçü olarakta olayın niteliği ve özelliği esas alınmıştır. Oysa, bu ayırım ve sonuçta Kanunda öngörülmeyen 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 yüklenîciye 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 kurulamıyacağından ve iskan izni alınamıyacağından iş - sahibinin yalnız kendisine kalacak dairelerini bir başkasına yaptırması mümkün değildir. Sözleşmeye göre yüklenîciye kalacak bağımsız bölümleride yaptırmak zorunda kalacak olan iş sahibini peşinen böyle bir külfete katlanmak zorunda bırakmak adil bir çözüm olmayacaktır. Bu harcamalarını sonra yüklenîciye tazmin ettirmesi ve gecikme tazminatı alması olanağı ise haksızlığı giderecek bir neden değildir. İşi kusuru ile yarıda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı kârını almış hemde işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından yararlanmış olacaktır. Ayrıca, kusurlu yüklenîciye böyle bir olanağın tanınması için kârlı kısımlarını yapıp istediği zaman inşaatı yarıda bırakmak gibi kendi kusurundan yararlanmak olanağını da doğuracaktır. Bu itibrla, 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, yukarda özetlenen hukuk genel kurulu kararında belirlendiği gibi, ku-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, İçtihadı 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'i çok fazla zararı gerektirse bile alacaklının Borçlar Kanununun 358/1. maddesine göre fesih hakkı bulunduğuna ve aynı kanunun 108. maddesi gereğince borçlunun alacağının yapılan işin malzeme ve işçilik bedeli olduğuna, borçlunun ayrıca yaptığı için kâr payını istemiyeceğine) 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 — İçtihadı 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 inşaattan belirli bölümleri arsa sahibine bırakmak, iş

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 feshi 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 kurallarının 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 nitelikte 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 öngörülemeyeceği, 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 katiyetle tahmini ve üçüncü kişiye yaptırılmasının mümkün olmaması, yani, teslim zamanı gelmeden önceki temerrüde benzer hallerde, alacaklı iş sahibi-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 taksiri 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 kusurlu olan müteahhidin, dürüstlük kurallarına uyduğu söylenemez. Böyle hallerde, temerrütteki kusur ile, dürüstlüğe aykırı davranışın iç içe bulunduğu meydandadır. Böyle durumlarda iş sahibi alacaklının, eser sözleşmesini fesih hakkını kullanması, afaki iyi niyet kurallarına aykırı davranış olarak nitelendirilemez. Kimse kendi kusurundan yararlandırılamaz.

Feshin mümkün olmadığı hallerde, sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmede açıklık olmayan konularda Borçlar Kanununun genel ve özel hükümleri uyarınca uyuşmazlıkların 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 «vadolunan şeyi vermekten imtina edebilir.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 ayırıma yer verilmesine Medenî Kanunun 2. maddesindeki koşulların bulunması takdirinde, fesih hakkının hiç kullanılamıyacağının, tasfiye konusunda ise, Medeni Kanunun 2. maddesi değil, Medeni Kanunun 4. maddesinin uygulanacağının, gözönünde tutulmasına karşıyım.

İlhan Teoman Ozanoğlu
10. Hukuk Dairesi
Üyesi

□

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YARGITAY İÇTİHADI 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 Muhakemeleri 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.'nun 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 uyuşmazlığının 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 İçtihadı 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 ile özel daire kararları ve hatta aynı dairelerin çeşitli kararları arasında uyuşmazlık bulunmaktadır ve Yargıtay Kanununun 16 ve 45. maddeleri uyarınca uyuşmazlığın (içtihat aykırılığının) giderilmesi gerekmektedir.

II — İÇTİHADI BİRLEŞTİRMENİN KONUSU

Asliye Mahkemelerinden verilen hükümlerin temyizine ilişkin bulunduğu hususu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada tartışmasız olan H.U.M.K.'nun 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 kullanarak red kararını kendiliğinden ilgiliye tebliğ eder.

Bu red kararı tebliğinden itibaren yedi gün içinde temyiz

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.'nun 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 — İÇTİHADI BİRLEŞTİRMENİN GEREKÇESİ

Hemen söylemek gerekirki; 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 uyuşmazlığın çözümü öncelikle kanun koyucunun amacının ve dolayısıyla yerel mahkeme ile Yargıtay'ın görev sınırlarının ve bu sınırların kapsamının açıklıkla belirlenmesine bağlı bulunmaktadır.

Şöyle 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hem de usul yönünden Yargıtay'ca ifa edilmesine ilişkin bulunduğu 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.'nun 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 ittihaz 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 fıkrada 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 mercilinin 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 dolayısıyle 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 değiştirilemiyeceğine ilişkin bağlayıcı ilkesi karşısında olayımızda bu yolun kapalı bulunduğunun kabulü kaçınılmazdır. H.U.M.K.'nun 432. maddesinde temyiz isteminin reddine karar verilmesini öngören hükmün bir görev olmadığı ve dolayısıyla maddeyi yorumlamanın 5/12/1977 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile çatışmıyacağı biçimindeki düşünceler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142. maddesi hükmü karşısında geçerli ve kabule şayan görülmemiştir. H.U.M.K.'nun

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.'nun 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.'nun 432/4. maddesinin ortadan kaldırıldığı anlamını çıkarmak mümkün değildir. Aksine, H.U.M.K.'nun 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.'nun 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 gözönünde 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cc) İlgili dilerse söz konusu ret kararını tebliğden itibaren yedi gün içinde temyiz edebilecektir. Bu ikinci temyiz vaki 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 yokşa 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.'nun 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

valara sürat kazandırıp uzamayı önlemek ve hemde Yargıtay'ın iş yükünü aazltmak 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.'nun 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 uygulaması 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 Milli 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

E) Yargıtay'ın bir denetim mahkemesi olduğu ve içtihat mahkemesi hüviyetinde çalışması gerektiği, tereddütten uzaktır. İşte 2494 sayılı Kanun sistemin temelini bu amacın gerçekleştirilmesine dayamış, özellikle temyizin süresinde yapılıp yapılmadığı konusunda gerekli soruşturmanın yerel mahkeme tarafından yerine getirilmesi olduğundan 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 tanımasının emsal olup olmayacağı 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 İçtihadı Birleştirmenin konusu ve sonucu hiçbir biçimde ceza usul hukukunu etkilemeyecektir. Kaldı ki Ceza Usulünde Yargıtay'a da görev verilmiş bulunması C.M.U.K.'nun 317. maddesinde getirilen açık bir hükmün gereğidir. H.U.M.K.'nun 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.'nun 432. maddesinde öngörülen hususun görev olmalıp bir anlamda ödev, iş, yasal vekâlet yasal istinabe ya da bir yargı yolu ilişkisi bulunduğunu, maddenin yeterli açıklıktan yoksun olup yoruma ihtiyaç 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.'nun Yargıtay incelemesine olanak tanıdı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğını, böylece iki ayrı hukuk yolu arasında farklılık yaratılmaması gerektiğini, H.U.M.K.'nun 438. maddesinden yararlanmak suretiyle de inceleme yapılabileceğini, dosyanın mahalline geri çevrilmesinin hem davayı uzatacağını ve hemde Yargıtay'ın iş yükünü artıracağını, gerektiğinde Yargıtay'ın kendisine niyabeten mahalli mahkemeye tahkikat yaptırılabileceğini 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.'nun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü uyarınca dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerektiğinin ve Yargıtay'ın kendisini yerel mahkeme yerine koyarak inceleme yapamıyacağının 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 yapılamıyacağına ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesi hükmü uyarınca bu konuda bir karar verilmek üzere dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerektiğine, 1/2/1984 günlü dördüncü toplantıda oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

H.U.M.K.'nun 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dosyalarda Yargıtay'ın bu konuyu karara bağlayamıyacağı 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 İçtüzüğünün gözönünde bulundurulması gerekir.

Sözü geçen Tüzüğün 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 İçtüzüğün altıncı ve takip eden maddeleri uyarınca gündem hazırlanarak tasarının kanunlaşması için gerekli yasama işleminin yapıldığı bir vakıadır.

Bu durum karşısında H.U.M.K.'nun 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 İçtüzüğünden önceki veya sonraki dönemlerdeki Yasama Organı Adalet Komisyonları raporları gibi değerlendirmek ve rapordaki kabulü gözardı etmek olanağı yoktur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2 — İçtihadı 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 kabil 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 ıncı, H.U.M.K.'nun 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 olanak yoktur.

4 — Asıl görevin Yargıtay'a ait olduğu, H.U.M.K.'nun 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 amacından kaynaklanmıştır. Bu yön, yakın geçmişin acı deneyimlerinden süzülerek yasama belgelerinde en

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

açık anlatımla dile getirilmiştir. Bu konuda, —bu tür işlerin basitliği ve rahatlatıcı inceleme kolaylığı gözönünde tutulunca— yasa koyucunun ayrıca Yargıtay'ın yükünü azaltmak gibi bir amaç izlemediği açık-seçiktir. Öbür yandan Yasa hükümlerinin konuluş nedenlerine aykırı bir biçimde uygulanamıyacağı 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 «temyizin yasal süreyi geçmezliği», Anayasa ve Yasa gereğince Yargıtay'ın üstlenmiş bulunduğu «temyiz incelemesi» bütününün 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 kararlardansa, ya da, —temyiz edilebilir karar olmakla birlikte— temyiz süresi geçmişse, dava dosyası Yargıtay'a gönderilmeyip yerel mahkemece gene Yargıtay'ın denetimi altında 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yargıtay'ın temyiz istemini red kararı yerebilme yetkisini kaldırmamaktadır. C.M.U.K.'nun 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 Gaitier-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 yermesinin 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 müşterek»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 tümden üzerinde durulamayacak kadar geçersiz ve hukuk dışı sayılmış olsun. Bu yönden, Yasa metninin açık ve kesin bulunduğundan bahisle, belirli sonuçlara varılamıyacağı açıktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 İçtihadı 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 ayrım 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 yanılgıların yerleşik uygulama ve içtihad gereğince düzeltilebileceği ise, açıktır (Not: Kararda bu konuda tavzihten söz edilmesi, herhalde —teyp kayıtlarından da anlaşılacağı üzere— maddi bir yanılgıdır.)

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

Mustafa Çenberci
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 tâbii 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 kaleme alınmasına egemen bulunan gerekçe ve yasama organı komisyon raporları gibi hazırlık çalışmalarından yararlanılması yorum kurallarının bir gereğidir. İçtihadı birleştirme görüşmeleri sırasında yasa metninin hiçbir yorumu gerektirmeyecek kadar açık ve kesin olduğu ileri sürülmüşse de bu görüşün isabetsizliği, içtihadı birleştirmenin ancak dördüncü görüşmede 51 oya karşı 53 oyla iki farkla çıkmış olması ile kanıtlanmıştır. Yasal süre geçtikten sonra temyiz isteğinde bulunulması veya

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 kuşkuya 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 İflâs Kanununun 365. maddesinde de «Temyiz kanuni 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	**Nezih Kalaycı**	**İsmet Ocakçıoğlu**
9. H.D. Başkanı	12. H.D. Başkanı	9. H.D. Üyesi
Abdullah Berksun	**Y. Semih Öktemer**	**İlhan Çallı**
9. H.D. Üyesi	12. H.D. Üyesi	9. H.D. Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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-tek ele 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 adâlet bekleyen, dâvacı ve davalının bir an önce sonuca ulaşmasını ve uyuşmazlığın sürüncemede kalarak iş sahiplerinin —eski bir deyimle— (davayı kazandık 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 mahalli mahkeme kararları, şayet; (görevsizlik, yetkisizlik, hâkimin reddi, dâva veya karşılık dâvanın birleştirilmesi ile ilgili) ise, Yargıtay'da (duruşma) yapılması ve dava dosyasının duruşmalı olarak incelenmesi istenemiyeceği 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 dava dosyasını «sırf posta masrafının tamamlanmasını temin maksadıyla —ya bir kararla— mahalline geri çeviriyor veya dava dosyasını Yargıtay'da bekleterek (ilgisinden posta masrafı alınarak Yargıtay'a gönderilmesini temin zımnında) mahalli mahkemesine «nevâkısı tamamlatma» tezkeresi yazıyordu. Dava 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rudan doğruya ve «duruşma yapmadan» dava dosyası üzerinde (duruşmasız) inceleme yapabilme imkânını tanımış bulunmaktadır (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 değişikliki 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 öngören diğer bir hükümdür.

Tashihi - karar arzuhâlinin müstedinin bulunduğu mahal mahkemesine veya Yargıtay'ın ilgili dairesine verilebilmesine imkân bahşeden HUMK.'nun 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 - İçtihat uyuşmazlığına neden olan HUMK.'nun değişik 432/son fıkra hükmü ile ilgili gerekçede ise, kanun koyucu, (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'ın da temyiz isteminin reddine karar vereceği tabii görüldüğünden, Hukuk Usu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lü Muhakemeleri Kanunu'nunda bu yolda bir açıklık getirilmesine gerek duyulmamıştır.) demektedir. Söz konusu madde hükmünü (tefsir) ederken, elbetteki, bu gerekçeyi gözönünde bulundurmak zorundayız. Kanun koyucu, gerek «temyiz süresi geçtikten sonra» ve gerekse «temyizi kabil 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 tevhidi - İçtihat 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 «asli vazifesi» Yargıtay'a aittir. Çünkü, mahallî mahkeme hâkimi, (nihai 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 dâva 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 Tevhidi - İçtihat 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 baş'vurma 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 kötüniyetli taraf ise, mahallî mahkemesinin, süre aşımı veya esasen kabili temyiz olmayan kesin kararına karşı, — tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde— temyiz etme (HUMK. m.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 (muhâlefet şerhi)'nin baş kısımlarında da değindiğimiz üzere ve —eskilerin tâbiri ile— (dâvayı kazandık âmma, müddeâbihi kaybettik!..» hukuki yecizesinin, tam anlamiyle gerçekleşmesine neden olacaktır.

Binâenaleyh, yukardanberi belirtilen nedenlerle ve HUMK. nun 432/4. fıkrası hükmünün uygulanmasını gerektiren hallerde, bir hüküm, 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 muhâlefet 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 İçtihat kararına muhâlifim.

İsmail Doğanay

KARŞI OY YAZISI

2494 sayılı yasa ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bazı maddeleri değiştirilmiştir. Bunlardan birisi de İçtihadı 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 haiz olsun diye düünmüş ve şimdiki hükmü getirmiştir. Yoksa bidayet

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 deyip iade edecektir. Dosya mahalline gidecek, mahkeme ya Yargıtay'ın görüşüne uyacak veya ayrı bir görüşle yeni bir karar oluşturacaktır. 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yiz mercii neresi olacaktır? Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 432. maddesi temyiz isteminin reddine ilişkin kararların ilgililere tebliğ edileceğin ve 7 gün çinde 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 ihtimali düşünmediği için bu konuya bir açıklık getirmemiştir.

4 ncü 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 haliyle 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 Muhkemeleri Kanununun 434/3. maddenin uygulama olanağı da yoktur. Zira bu madde eksik harcın tamamlanması ile ilgili olup hiç ödememesi haline 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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. Milli 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. Milli 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 kabil 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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. Cezaî ve inzibatî takibatı 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, cezaî 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 İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturmaktadır.

Burada, bir ayırım yapmak lâzımdır. Şayet, işin niteliği ve dosyanın durumuna göre, kanuni 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Şayet, gelen dosyadan, kanuni sürenin geçtiği, yada kararın temyizinin kabil olmadığı hadise şeklinde bir araştırma ve incelemeye gerek olmaksızın açık ve seçik olarak anlaşılabilecek 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 olmadığının, hadise şeklinde bir araştırma ve incelemeye gerek olmaksızın açık ve seçik olarak anlaşılabildiği 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 biribirini tamamlar nitelikte yorumlanması anlamını taşıyacaktır.

Bunun tersini, yani temyizin 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, yukarda (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 İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan türden uygulamalar önlenecektir.

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 interpretatio : açıklık durumunda yorum yapılmaz» kuralına dayanmaktadır. Oysa bir metnin açık olduğu yargısı, her zaman öznel (sübjektif) ve göreli kalmaya mahkûmdur (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, yargıçlara tanınmış bir ayrıcalık değil, yorumun tanımına uygun kurallar içinde kullanılması zorunlu bir kamu yetkisidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 yabancılaşmayacak 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 (nisbî) 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

melere yol açan pozitivist bir yasa adamı (homo legalicus) olarak değil, hükmün iç ve derin anlamını bulmaya çalışan bir hukuk adamı (homo ivridicus) 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 (müdir) 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 başat ve tek ölçüt değildir. Çünkü, yasa kalıcı, yasa koyucu ölümlüdür. Dünün iradesiyle bugünü yorumlamak, toplumsal değişim yasasını yadsımak ve adalet bunalımını göze almak demektir. Dahası, yasa koyucu, yasayı düzenlerken, tüm olasılıkları perspektifinde gözetemez. Monokrasinin tersine günümüzde yasalar tek kişinin (monokratın) değil, çoğu kez sözcüklere başka anlamlar veren ve karşılıklı ödünlerle uzlaşan kişilerden oluşmuş komisyon, kurul ve meclislerden geçerek yasalaşırlar. 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. İnterpretazione 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Derecho penal espanol, Madrid, 1981, s. 183). Bununla birlikte, ereksel yorumda yasa koyucunun iradesi ve gerekçe elbette ışık tutucu 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 aracını tümden 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, sistematiğiyle 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 sistematiği 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 hukkuta, parçalı mantık ve görüş (vision parcellaire) bakış açısını daraltttığı (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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tır. Bundan şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: İlkin, bu maddeler, her üç yasada da bulundukları için, yargılama hukukunun ortak kuramı içinde incelenmelidirler. Sistematiğin 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 Yargıtayındır. 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 uymanın kabul edilmezlik (inammissibilita, irrecevabilité istemin reddi) yaptırımını iki nedene dayanarak düzenlemektedir. Eğer kabul edilmezlik kararı, sürenin geçmesi nedeniyle alınması gerekiyorsa, hakdüşümü (preclusione, decadenza, forclusion, déchéance)' 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 değiştirmeyecektir. Eğer kabul edilmezlik kararı, «temyiz yeteneği olmayan bir hüküm» nedeniyle alınmak gerekiyor ve ilk mahkeme bu maddeyi işletmeyerek bu başvuru işlemi üzerine dos-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yayı Yargıtaya göndermişse, hakdüşümü gibi süreyle ilgili olduğundan tartışılamayacak nitelikteki pozitif olgudan farklı olarak, ilk mahkemenin hükmün temyiz edilebilirliğini benimsediği sonucuna varmak gerekir. Çünkü, yargılama hukukuna göre ortada, o mercice zımnen kabul edilince kabul edilmezlik yaptırımından kendini kurtaran bir durum söz konusudur. Aynı durumu Yargıtay da inceleyeceğinden, artık yerel mahkemede zımnen 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 yanlızca 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 uyuşmazlıkta ortaya çıkıp yerine getirmeyle (icra - infaz) biten yatay çizgide uygarlık ilerledikçe, birçok aaşmalara 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 doğrultusun-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

da çabukluk ve ucuzluk amaçlarını gerçekleştirmek için benimsenmiş 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.'nun birçok maddelerinde yapılan düzenlemenin amacı ise, davaların kısa zamanda sonuçlandırılma-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

Yargıtay, mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercüidir. 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 «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'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 yermeyecek 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 sağlıyacağı 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Yazılı Olmayan (Yazısız) Kaynaklar

A) Töre (Örf ve Adet) Hukuku):

Töre hukuku, hukukun kaynaklarından birisidir.

Türk M.K.'nun birinci maddesinin birinci cümlesinde : «**Hakkında kanuni 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. I/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 Kuralının Doğumu İçin Gerekli Koşullar :

Alelâde 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 uygulanagelmiş 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bb — Uyma Zorunluluğu İnancı (Opinio Necessitatis):

Töre hukukunun ikinci varlık koşulu, öteden beri uygulanagelmekte 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 evrakı ve hatıraların bölüşülmesinde dikkate alınmak üzere bir törenin var olup olmadığını yargıç araştırır. Aynı biçimde, bir bütün halinde işletilmekte olan zirâî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kanun hükümlerinin yorumlanmasında yardımcı rol oynayabileceği kabul edilmektedir.

(c) Ülkemizde Örflere 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 yoğrt gibi ürün vermekle ve hayvan öldüğü takdirde bunun aynını 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 döl almak yükümlülüğü ortakçıya düşmektedir ve alınan döller 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 biçmeyen 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

M.K. mad. I/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 uyuşmazlıklarda 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:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

aa — Resmi 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 mali yükümlülüğü taşıyan sözleşmeler ve imtiyaznameler ve kanunların yorumuna ilişkin Büyük Millet Meclisi Kararları,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(iv) genel hizmetlerden birini yerine getirmek amaciyle yapılıp 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 kaynakta, kanunlar ilgili oldukları konuları açısından sistematik bir biçimde toplanmış olup, her ciltin sonuna küçük bir fihrist konulmuştur.

cc — Tek Metin Kanunlarımız :

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

dd — Hukuk Metinleri :

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

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Külliyatı, Yargıtay Kararları, İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay Hukuk Kısmı Kararları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul ve Daire Kararları, Medeni Hukuka 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 yayınlayan 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLAŞTIRMA

§ 7. Avupa'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 öğe olarak Cermen hukuku ayırt edilmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

Cermen kavimlerinin akını karşısında yalnız doğu Roma İmparatorluğu duyanabilmişti. İmparator Justinianus tarafından (523-565) yılları arasında meydana getirilip sonradan «Corpus Juris Civilis» dı verilen eski Roma külliyatı — (Institutiones, Digesta veya Pandectae, Codex ve Novellea), 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, iktibası** (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 eseriydi. 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 öğretide 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, hıristiyan dini, kanonik hukuku Avrupa'nın her yanına zorla da olsa, sokmuştur. Bu açıdan İslâm'la Hıristiyan 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. İsâ'nın emirleri 'değişmez' kabul edilmektedir. Buna «ilâhi an'ane» (traditio divina) denir. İsâ'nın sözlerinden başka Havâriyûnun İsâ'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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve babalığın araştırılmasını yasaklamıştır. İşte kilise hukukunun bu etkisi nedeniyle Avrupa hukuk düzenlerinin bir kısmında evlilik dışı çocuğun durumu tanınmamıştı. Bu vaziyet ancak XIX ve XX inci asırlarda değiştirilebilmiştir. Evlilik biçimleri, evlenme engelleri geniş tutulmuş ve yakın akrabalarla evlenme yasaklanmıştı. 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. Tabiî Hukuk Akımı :

XVI ıncı asırdan itibaren tabiî hukuk, Suarez, Grotius, Pufendorf, Thomasius gibi düşünürlerin etkisiyle gelişmiştir. Bilindiği üzere, bu düşüncenin temeli, zaman ve mekândan arınmış bir hukukun varlığına dayanmaktadır. Bu sonuca ulaşmak için karşılaştırmalı gözlemlerden yararlanma zorunluğu vardı. Tabiî hukuk niteliği evrenseldir, yöresel hukuk yoktur. Birçok ilkelerden bütün hukuk oluşmuştur. Bu düşünce tarzının **kanunlaştırma** hareketi üzerinde yaptığı etki önemli olmuştur. Özellikle, Domat ve Pothier gibi Fransız Medenî Hukuk bilimini hazırlayan tabiî hukukçular bu düşünceden yararlanmışlar ve Portalis'de evrensel bir hukukun varlığını ve bütün pozitif hukukun kaynağı olduğunu belirtmiştir; bu nedenle tabiî hukuka yollama 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. V inci 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 :

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(a) Modern kodifikasyon hareketi, XVII inci ve XVIII inci asrın, «Aydınlanma Çağı» (Siécle de la lumiére) denilen **akılcılık** (rationalisme) **akımına** dayanır. Tarih içinde intikal etmiş olan herşey, akıl ve mantık kuvveti ile eleştiri konusu oluyor ve yenileme yapılmağa çalışılıyor. Bu devirde insan aklının **yaratıcı kudretine** dayanılıyor ve bu nedenle kanun koyucunun salt aklı kullanarak daha iyi bir hukuk oluşturabileceğine güveniliyordu. Buna, hukuk alanında bağlanan belirti «tabii hukuk» düşüncesidir. Daha iyi ve ebedi, insanın tabiatı gereği bir hukukun varlığına inanılıyordu. **Savigny** ile beraber bu düşünce tarzına kuvvetli bir tepki doğuyor ve hukukun **akıl yolu ile yaratılamayacağı**, hukukun belirsiz ve şuur dışı olarak, **zamanla gelişeceği** görüşü öne sürülüyor. Kodifikasyonlar yolu ile akli hukukun saptanması, hukukun bu 'zamanla gelişmesine ilkesine zarar verir' ilkesi, savunuluyor.

(b) **siyasi neden**: hukukun parçalara ayrılmış, dağınık görünümü, kuvvetle gelişen merkezi devletler için büyük bir eksiklikti. Ortaçağda siyasi merkeziyetin olmaması, bu ayrılmayı doğurmuştu. Siyasi merkeziyet düşüncesi gelişip, monarviler kuvvet kazanınca, hukuku birleştirmek gereği, kodifikasyonları yarattı.

(c) **hukuki güven** gereği de kodifikasyon hareketinde önemli bir etkendir. Yazılı olmayan töre hukukunun, hangi hukuka bağlı olduğu konusundaki duraksama, hukuki güven ilkesiyle bağdaşamıyordu.

(d) ulusçuluk fikir ve akımlarının doğuşu ve **ulusal hukuka duyulan özlemin etkisiyle** de, kodifikasyon önem kazandı.

§ 8. Önemli Kanunnameler

1. 1794 Tarihli «Prusya Genel Kanunu» (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) ALR. :

Büyük Frederik zamanında hazırlanmaya, başlanan bu kanun, sadece Medeni Hukuk alanını değil, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Kilise Hukuku ve Ceza Hukuku alanlarını da kapsıyor ve 17.000 paragraf taşıyordu. Her paragraf bir cümleden oluşmaktadır. Diğer bir adı da (Corpus juris Fredericianum) olan

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

O zamanın koşullarına göre, bu kanunnamenin ortaya konması büyük bir başarıydı. Kanun o çağın tabiî 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 sistematiği 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 itibariyle XIX uncu ve XX inci yüzyılın bilim ve kanunlarında gelenek olan genel kısıma, geniş ölçüde uyan altı bölüm oluşturuyor. Bölümler şunlardır :

Birinci Bölüm	:	Kişilere ve genellikle onların haklarına ilişkin (45 paragraf)
İkinci Bölüm	:	Eşyalara ve genellikle onlara ilişkin hakla (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 Devrimînin ruhunu yansıtmaktadır. Eşitlik, bireysel özgürlük, özel mülkiyet esaslarına dayanan bireysel ve lâik karakterde bir kanundur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanunun genel çatısı şöyledir:

BAŞLANGIÇ : **Genel Olarak Kanunların Yayımına, 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 Türlü Yollarına İlişkin** (madde 711-2281). Bu kitapta: Miras, yaşıyanlar arasında bağışlama 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

amacını, iradesini kanunda, kanunun sözünde aramaktan ibaret olduğunu öne süren Şerhçi Okul (Ecole de l'exégese) karşısında; Fransa'da gelişen ve Hukuki 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 medeni kanununun uygulanmasında öğreti 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 doku-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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; kefillik, rehin ve borcun geçirilmesi, hakların değiştirilmesi yani yenileme, geçirme, devretme ve hakların düşmesi ve zamanaşımı 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:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 İşlemler (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 yarayan 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).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 (kayyımlık) düzenlenmiştir.

BEŞİNCİ KİTAP : **Miras Hukuku** adını taşır ve dokuz bölümden oluşur (mad. 1922-2385).

Alman Medeni Kanunu açık olmakla beraber, ilmî bir dille kaleme alınmıştır. Aynı kavram için aynı deyimin kullanılmasına özen gösterilmiştir. Kanunda **Gierke**'nin deyimiyle, **soyut meselecilik** (kazüistik) niteliği görülmektedir. Cümleler donduruluş, her olay için bir çözüm yolu verilmek istenmiştir. BGB devrimci bir kanun olmayıp, geleneklere bağlıdır. Taşıdığı çö-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

züm yolları yeni değildir; sonuçları deneylerle sağlanmış Roma kökenlidir. İfade ettiği kusursuzluğu, müşterek 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 anlıyabileceği bir uslüp ve açık bir dille yazılmış, geleneklere bağlı, ancak yeni gereksinmelere 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 meseleci hükümler koyma yerine, çeşitli kurumlar ana hatları ile, somut olarak düzenlenmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 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 (bahrî) ayırımı, İngilizlerin, Manş denizinin Avrupa kıtasından ayırdığı dar adayı kendine vatan yapıp, bunun dışında kalan ülkeleri «dışarda tutma arzularından» kaynaklanmıştır. Bu ayırımın gelişmesinde, İngiliz halkının düşünce tarzı, karakteri, özel ve genel yaşantısına ilişkin gelenek ve usulleri, okullarının ve üniversitelerinin kuruluşu ve özellikle hukuki açıdan diğer ülkelerden kendilerini farklı görme arzusunun devamlılığı, büyük rol oynamıştır.

A. Roma Hukuku İngiliz Hukukunun Temeli Değildir :

Kara Avrupasında kanunlaştırılmış özel hukuklar için Roma hukuku müşterek bir kaynaktır. İngiltere'de Roma hukuku bu etkiyi gösterememiştir. Başlangıçta bu etki mevcuttu. XII inci asrın ilk yarısında Canterbury Başpiskoposunun sarayında bulunmuş ve Glossatör'ler okulunda eğitim görmüş olan Magister Vaccarius İngiltere'de, muhtemelen Oxford'da Roma hukukunu okutmuştu. Liper Pauperum adlı ders kitabı, adından da anlaşılacağı üzere, yoksul öğrenciye mahsus Roma hukuku kitabıydı. O zamandanberi Roma hukuku öğretimi, XII inci ve XIII üncü asrın yargısal kararlarında kendisini belli ettiği gibi, İngiliz hukukuna ilişkin ilk büyük sistematik eser, Henry of Bracton (Bratton)'un «de legibus et conseutudinibus Angliae» (İngiltere'nin kanunları ve töreleri) adlı kitabı, bu etkinin en yüksek derecesini 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 asrın sonunda yargı organlarına Roma hukuku öğrenimi görmüş hukukçular atamaktan vaz geçilerek Roma hukukunu bilmeyen

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 düşünürü **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 Parlamentonun 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 hukuk»**tur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. İngiliz Hukukunun Öğelerine Bir Bakış :

A) Common Law

Bu hukuk, Norman kıralları zamanında gelişmiştir. Ondan evvelki anglo-sakson devrinde hukuk henüz dağınık, parçalanmış haldeydi. Ancak Norman kıralarının merkeziyet siyaseti ile beraber, tekşekil, müşterek veya genel İngiliz hukuku yargısal kararlarda beliriyor. İşte bu hukuk «common law»dur. Niteliği açısından bu hukuk **İngiltere'nin** müşterek hukuku olarak gelişmiştir. Fakat, müşterek 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 yaşantıdaki 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Latince «equitas» kökenli olan Equity, İngiliz hukukunun bağımsız bir kolu olarak asıl gelişmeye neden olmuştr. **Equity** başlangıçta, Chancellor'un (kralın mührü has lordu) bahşettiği 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, chancellor 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 chancellor'un gereksinme ortaya çıkınca, jus civile veya common law ile çelişkiye düşmesine **engel olamıyordu.** Sonuçda, comon law yargı organlarında tatmin olamayan kişi, **hakkaniyet ve adalet** gereksinmesi için ayrı bir yol olarak Chancellor'a baş vuruyordu.

Kral, common law yargı organlarında aradığı hakkı elde edemiyenlere, haklarını chancery'de aramak üzere bu yargı organına havale ederdi. İlk devirlerde cahancellor yüksek düzeyde bir rahipti. Taleplere kralın vicdanının muhafızı olarak bir çare aranırdı. Chancellor, 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 işlemden, «chancery yargı organları» (courts of chancery) oluştu.

1875 tarihinde kabul edlen 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 uncu asırda İngiltere'de kanunlar çıkarılmıştır. Parlamentonun çı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 itibariyle 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 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 hukuktur. 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'î hükümlerini, cüzi meseleleri etraflıca düşünmek ve fikrini söylemek, içtihat, yani delillerden mana çıkarmak, kavramak melekesi ile bilmektir. Bu konuda **Mecelle** madde 1'de : **«İlm'i fıkh 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, Şeriat 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 Hazreti Muhammed de şâridir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İslâm hukukunda, şer'î 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 dörttür. 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'ân**'dır, burada özellikle evlenme ve miras hukukuna ilişkin kurallar bulunmaktadır.

Kur'ân'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, Kurân 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 içtihadı'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'î 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yılan Tanzimat fermanının çıkarılmasına kadar ve Osmanlı İmparatorluğunda XVI ıncı 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 Kararnamesnin ilânına kadar devam eder. Bu devirde modern kodifikasyon hareketi ile tutucu düşünce tarzının çarpıştığına şahit olmaktayız. Az da olsa Avrupaî manada kanunlaştırma hareketlerine rastlamaktayız, bunlar :

Kamu hukukuna ilişkin

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Özel hukuka ilişkin

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

Söz konusu kanunnamelerin hepsi de iktibas (aktarma) suretiyle oluşmuş ve ülkenin ihtiyacı yerine yabancı devletlerin tazyiki ve hükûmetin 'bir reform yapılıyor' düşüncesini kanıtlamak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Bizi burada ilgilendiren sadece **Mecelle**'dir.

Hükümlerini şeriatten alan ve içinde birçok hukuk ilkesi bulunmakla beraber, yaşantı ve uygulamada ender rastlanan olayları bile meseleci yöntemle düzenlemeye çalıştığı için, gereksiz maddeler ve tekrarlarla dolu olan bu kanunname, tam anlamiyle bir Medenî Kanun niteliğini taşımıyordu, yani medenî hukuk alanına giren konuları tam ve bütün olarak düzenlemiyordu. Bu kanunnameyi Ahmet Cevdet Paşa idaresinde bir komisyon müzakerelerden sonra hazırlamıştı; fakat bunlar Fıkıhın ancak bir kısmını (muamelât) birleştirebilmişlerdi.

1851 maddelik Mecelle, bir başlangıç ve onaltı kitaptan oluşuyordu.

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 ıncı 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 ıncı kitap	(kazai yetkiye ilişkin)	(madde 1784-1851)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(c) **Üçüncü Devre (1917 - 1926) :**

Bu devrede önemli sayılan ve dini nitelikte olan aile hukuku alanında yapılan reform hareketiyle, yani Hukuku Aile Kararnamesinin ilânı ve şer'i hükümlerin hakim olduğu İslâm ülkelerinde uygulanmasiyle batılı anlamda **kısmen** bir kanunlaşma hareketine geçilebilmiştir. Devre Türkiye'nin İsviçre medeni 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 olmaktayız.

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

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

2. **Türkiye'de İsviçre Medeni Kanununun Aynen Kabulü (İktibası) :**

Bütün kara Avrupası kanunları içinde İsviçre Medeni 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 Medeni Kanununun özel tercih nedenleri arasında şunlar belirtilebilir :

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

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 almıştı. Türkiye'nin İsviçre'den aynen aldığı özel hukuk topluluğu beş kısıma ayrılır. İsviçre kanununun başındaki, Alman medenî kanunundaki 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 sırasiyle kişilerin hukuku —ki bu hukuk, diğer bazı kanunlarda genel hükümler kısmı içinde düzenlenmiştir—, aile hukuku, miras hukuku, aynî 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

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

II. Kanunda özel hukukun düzenlenmesi **kişinin hukukuyla** 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. Hukuki anlamda kişi, haklara sahip olabilen, diğer bir deyimle medeni haklardan yararlanan ları belirtir.

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

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

Medeni Kanunumuz, medeni haklara yetenekli olmakta herkesin e ş i t olduğu ilkesini kabul etmiştir. Birinci bölüm **(M.K. madde 8)** şu cümle ile başlamaktadır :

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

Gerçek kişilere ait olan birinci bölüm, insan sıfatiyle, 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 gösteremiyeceği 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 Medenî Kanununda aile hukuku, diğer kanunlar gibi üç kısıma 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(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 görüntü olmayıp, köklü bir hukuki 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 hukuki durumunu geniş ölçüde düzeltmesidir. Çocuk ilişkisinin de kişisel ve mali 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ren kimseler arasında şiddetli uyuşmazlık 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 evvela 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 **kanunî miras** vardır. Kanun burada mirasın kime geçeceğini kendiliğinden saptar ve düzenler. Kanunî mirasçılar, kan hısımları ve sağ kalan eştir. Hısımlar belli bir sıraya göre mirasa konabilirler. Evvelâ, en yakın kan hısımları, bunlar yoksa uzak kan hısımları mirasçı olurlar. Mirasta hak sahibi olan bir kan hısımı veya karı kocadan biri (eş) yoksa, bu durumda kanunî mirasçı Devlet'tir. Fakat miras, yalnız kanunî mirastan oluşmaz. Bir de **miras bırakanın kendi iradesiyle**, yani son arzusuna bağlı egenimlerden, ölüme bağlı egenimlerle **mirasçı atama** yöntemi vardır. Ölüme bağlı egenimler 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 paylaştırılır, miras bırakanın alacaklıları, alacaklarını mirastan nasıl alırlar, miras bırakanın borçları mirastan ne biçimde karşılanır.

V. **Eşya Hukuku**: Medenî Kanunun dördüncü kitabını oluşturur. Bu kısım, insanın dünyadaki maddî değerlerden oluşan eşya üzerindeki hâkimiyet ve egenim 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 egenimde bulunma hakkına sahiptir.»**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hakkı 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 hakkına 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 elmendir. 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 açısındandır. 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 kısıma 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 ilkeleri bünyesinde toplamaktadır. **Sözleşmenin çeşitli türleri** içinde satım, adi kira, ürün kirası, eğreti, bağışlama ve diğer sözleşmelerin ayrı ayrı düzenlendiklerini görüyoruz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BEŞİNCİ BÖLÜM

KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 11. Hukuk Kurallarının Uygulanması

I. Genel Olarak :

Kanunlar nitelik açısından farklı değerde kurallar taşır. Bu kurallardan bazılarına 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,»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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,»**

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

Medeni 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 ayrıklar 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Genel olarak, Medenî 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 Kanununda 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 koşullariyle 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 kalde, 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» denilebilir.

Gerek kamu yararı açısından, gerekse birey yararı açısından konulmuş, uyulması zorunlu olan bütün kurallar emredici hukuk kurallarıdır. Bunlardan kamu yarariyle **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 Tellâliğa (simsarlık) ilişkin 404 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında; «taşınmaz tellalliği 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 kurallar 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 bağlayarak 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 zorunluğundadır. Eğer bu bir emredici hukuk kuralı olsaydı, çok haksız sonuçlar doğacaktı. Ancak kanun burada B.K. madde 183/I'in 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ İNEVİ

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 kavuşturmaktadır.

§ 12. Kanunun Anlam Yönünden Uygulanması ve Yorumu

I. Genel Olarak :

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

Medeni 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. Medeni 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 bulunsun»**

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Mecellenin 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 olanağımız 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 değindiği bütün konularda uygulanır.» Maddede anılan k a n u n, sadece medenî kanun olmayıp, diğer bütün kanunlar ve her türlü yazılı hukuk kuralını içeren, genel bir deyimi ifade eder.

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

Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını saptamak demektir.

II. Yorum Yöntemleri

1. Söze Göre Yorum Yöntemi :

Kanun hükümleri yorumlanırken, hükmün ifade tarzına bağlı kalan, kelimelerin sözlük anlamını, metin içindeki yerlerini, cümlenin kuruluş tarzını esas alan yorum yöntemine verilen yöntem biçimidir.

2. Sübjektif Tarihi Yorum Yöntemi :

Kanun koyucunun, kanun hükmünü koyarken güttüğü ama-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cın, onun gerçek iradesinin araştırılmasiyle 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 hukukî 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 mantıkî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.'nun bu genel kuralının bir gereğidir. Ayrıca M.K. ve B.K.'nun 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, âdil olmasına özen gösterilmesidir. Kanunu yorumlarken, zamanın gereksinmelerine ve korunmasına gereken çıkarlara en uygun biçimde gerçekleştirilmesi esas alınmalıdır.

Belli bir hükmün kanuna konulmasındaki amacın saptanmasiyle, amaca göre en uygun yorumun gerçekleştirilmesi kabildir.

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 hukuki sorun hakkında ka-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.'nun yargıcın değerleme (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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.'nun 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 uyuşmazlığı 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 veyahut 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 kovuşturmada bulunulabilir».**

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

Yine 6 ıncı 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 Medeni 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 tabiî hukuk ilkelerine 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 egemen olan genel özü ve akımı da dikkate alacatır.

3. Yargıcın Değerleme Yetkisi :

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

> «Kanunun değerleme 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 yaratmasiyle, yargıcın değerleme 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 değerleme 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 değerleme 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 değerleme 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 değerleme yetkisinin ölçülerini vermiştir. Yargıç değerleme yetkisini kullanırken **hak ve insafla** karar verme zorunluğundadır. 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.'nun 4 üncü maddesinde hak ve insafa yapılan yollama, gerçekte yargıcı yazılmamış hukuka, **ideal adalete** yollamaktadır. Yargıç, kanun çerçevesi içinde, en adil 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, maddî bir varlıktır. Ancak bunun yanısıra maddî olmayan mallar da bunların çevresine girdiğinden mal üzerindeki mutlak haklar, eşya üzerindeki (nesnel/ayni haklar) ve maddî olmayan mallar üzerindeki mutlak haklar diye sınıflandırılır. Maddî olmayan mallar (fikrî 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. Nisbî 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 karşıtı olarak **şahsî 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, dolayısiyle ve nisbîdir. Örneğin, (S), (A)'ya bir pipo satsa 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(S)'nin kendisinden **isteme konusunda kişisel (nisbî)** 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 (nisbî) 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 sözkonusu olabilir; bunlardan başka bir de aile hukukundan doğan ve nisbî aile hakları denilen bir türe de ayrılabilir.

B — Konularına Göre

(b) Malvarlığı Hakları - Şahsvarlığı Hakları

Bu ayırım hak konusunda ve konunun malî bir değer taşıyıp taşımamasına göre yapılmıştır. Bir hak malî bir değer taşırsa, yani para ile ölçülebiliyorsa, o hak malvarlığı hakkı, para ile ölçülemiyorsa şahsvarlığı 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 doğurmayan haklar adı da denmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı iradesiyle yeni bir hukukî 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 hukukî 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 hukukî 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 beyaniyle o taşınmazı geri alabilme yetkisini sağlar.

bb — Değiştirici Yenilik Doğuran Haklar

Bunlar bir tarafın kullanılmasiyle var olan bir hukukî 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 beyaniyle onun yerine giderim isteme hakkını kullanması gibi.

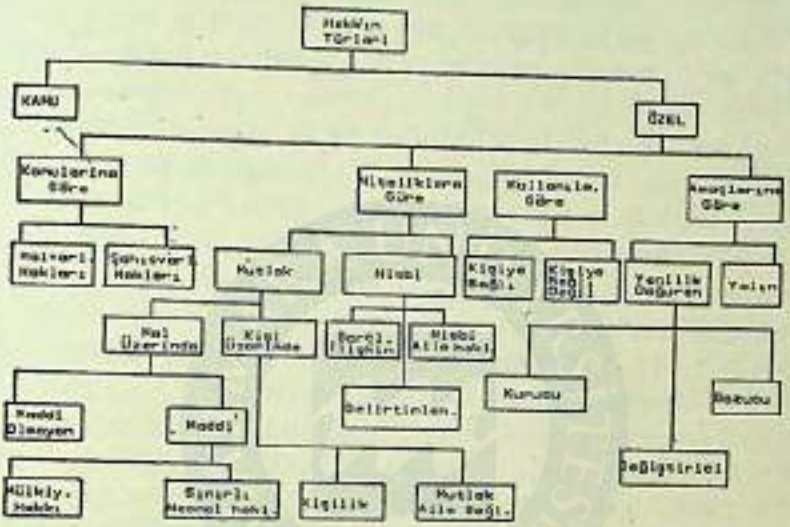
cc — Bozucu Yenilik Doğuran Haklar

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

Hakkın türlerini toplu olarak görelim :

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Şekil : 2



III. Mutlak ve Nisbî Hak Arasındaki Farklar

Mutlak ve nisbî haklar arasındaki farkları dört açıdan inceliyebiliriz :

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.** Nisbî haklar ise böyle değildir. Bireyler kendi aralarında yeni borç sözleşmeleri yapmakta ve yeni sözleşme tipleri yaratmakta serbesttirler. Buna «sözleşme serbestisi» denilir; bireyler kanuna, ahlâk ve adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla **nisbî hakları yaratabilirler.**

2) Öne Sürülme Açısından :

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3) Konu Açısından :

Mutlak hak bir mal veya kişi üzerinde doğrudan doğruya var olan bir **yetki hakkı** olduğu halde, nisbî hak, bir konunun yerine getirilmesini, yani bir şey yapılmasını (örneğin, satılan bir piponun teslimini), veya bir şeyin yapılmamasını (örneğin sözleşmeye aykırı davranılmamasını) **istemek** hakkıdır. Nisbî haklarda eşya ile olan bağlantı **dolayısiyle** (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 dolayısiyle sahip olduğu bir **alacak hakkıdır.**

4) Çiğnenme Açısından :

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

Mutlak ve Nisbî 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 nisbî, şahsî haklar herkese karşı değil, yalnız borçluya karşı öne sürülebilir. Aşağıdaki örneklere bir göz atalım :

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

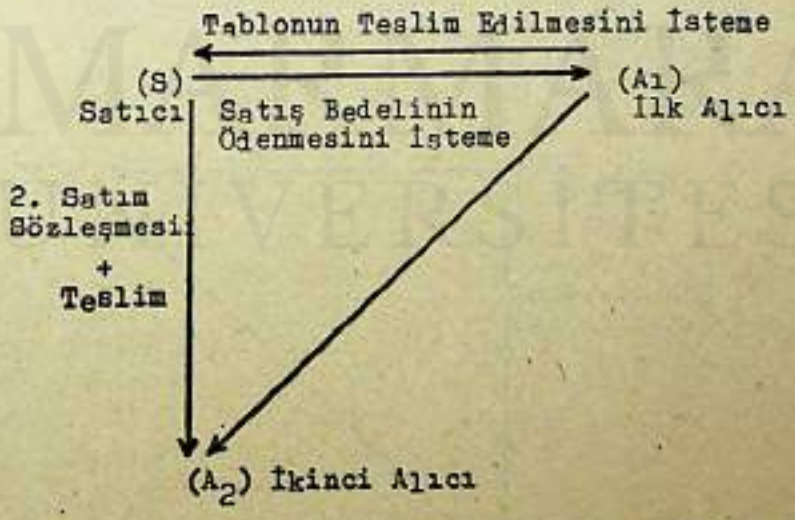
1) Satış Sözleşmesinde :

(S) satıcı, birinci alıcı (A_1)'e 100,000 liraya bir tablo satıyor. (A_1) ertesi günü gelip tabloyu götürecektir. Fakat (S)'nin dükkânında 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, edemiyecek midir?

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

(A_1) ile (S) arasında bir satım sözleşmesi yapılmıştı. Taraflar satılacak şey ile bedeli üzerinde uyuşmuşlardı. 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



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tablo taşınır bir maldır ve taşınır mülkiyetinin nasıl geçirileceği M.K. madde 687'de saptanmıştır. Bu hükme göre «taşınırlarda mülkiyetin geçirilmesi için **teslim** gereklidir.» Örneğimizde, tablo henüz (A_1)'e teslim edilmemiştir. Elmenlik hâlâ satıcı (S)'dedir; sonuç olarak da (A_1) henüz tablonun mülkiyetini edinmemiştir. (S) hâlâ malik durumundadır. (A_1)'in, yalnız borçlu (S)'ye karşı öne sürebileceği bir alacak hakkı, bir nisbî hakkı bulunmaktadır. (A_1) bu hakkını üçüncü kişilere karşı değil, yalnız (S)'ye karşı kullanabilir. Örneğimizde de, (A_1) bu hakkın (A_2)'ye karşı öne süremez. (A_2) teslim sonucu tablonun maliki olduğu için (A_1) tabloyu (A_2)'den isteyemez. (A_1) ancak, (S)'den sözleşme ile üstlendiği borcunu yerine getirmediği, yani sözleşmeye uymadığı için, bir **giderim isteyebilir.**

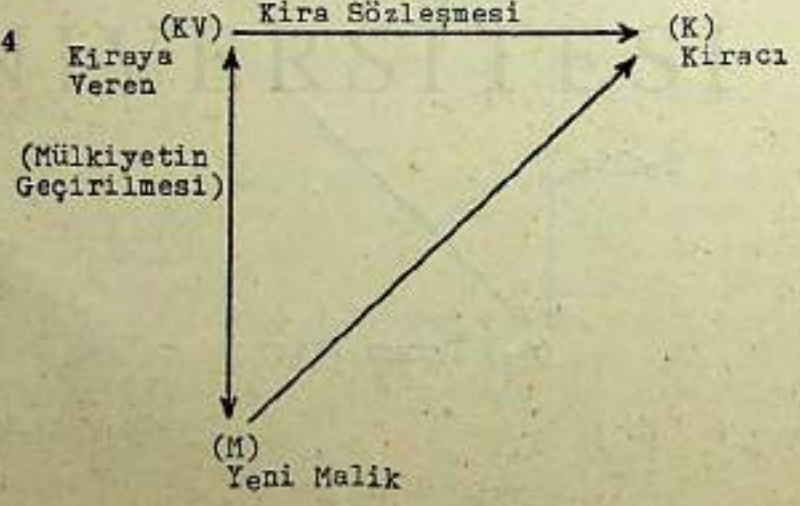
Bu açıdan (A_1)'in hakkı karanti altında sayılamaz. İsviçre-Türk Hukuku ancak bir tek durumda (A_1)'in (A_2)'ye karşı bir hak öne sürebileceğini kabul etmektedir. Şayet ikinci alıcı (A_2) ilk satım işleminden haberdar olduğu halde, sırf (A_1)'i zarara sokmak amaciyle o tabloyu satın almışsa, bu durumda B.K. madde 41/II uyarınca (A_2), (A_1)'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.»

Şekil : 4



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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. Maddenin kenar başlığı «satımla kiranın bozulması»dır.

> **«Kira sözleşmesinin yapılmasından sonra kiralananın mülkiyeti, kiraya veren tarafından başkasına geçirilir veya ..... se; kiracı, kiralalanın 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** (tesçil/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:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(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 **belirtimlenmişse, (K) bu kiracılık hakkını yeni malik (M)'ye de öne sürebilir.**

(iii) 6570 sayılı Gayrımenkul 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 olaruk veya bir meslek veya san'atın bizzat yürütülmesi amaciyle 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 yükümülüdür.

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** Gayrımenkul 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 nisbî hak ayırımının **icra ve iflas hukuku** yönünden de büyük önemi vardır. Özellikle iflâsta, 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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. Ayni (Nesnel) Haklardan Mülkiyet Hakkı

I. Genel Olarak

Medenî Kanun'da tanım olarak verilmemiş olan mülkiyet hakkı, kanunun çizdiği sınırlar içinde olmak üzere (M.K. madde 618), eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynî (nesnel) haktır. Mülkiyet hakkı, kural olarak, öncelikle sahibine **bir nesne üzerinde istediği gibi egenimde bulunma hakkı** verir. Egenimde bulunma ise, malikin malını 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 taşınırlar, ana nesnenin eklentileridirler.»**

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 iktisadî 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;

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

örneğin bir otomobilin yanlarına takılacak süs niteliğindeki kanatlar bir eklenti olarak kabul edilemez. Ayrıca eklentinin **sürekli olma** zorunluğu 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 ayırıma 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 egemende bulunabilecek; ancak paylı mülkiyete konu olan yerler

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 yükümüne 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 paylarının 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 kaldırabilirler. 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 kaldırılamaz (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 egemende 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).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

«BİR TAŞINMAZ MALDAKİ MİRAS HAKKININ BİR DİĞER MİRASÇIYA TEMLİKİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİ SAYILABİLMESİ İÇİN, TEMLİK EDENİN TEREKEDEKİ TÜM MİRAS HAKLARINI KAPSAMASI GEREKMEDİĞİNE» İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU KARARI 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 kapsaması 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 kapsaması 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 bulunduğuna ve bu aykırılığın içtihadı birleştirme yolu ile giderilmesine 17.5.1985 gün ve 50 sayılı kararla karar verilmiştir.

I — İçtihat aykırılığının giderilmesi isteminde dayanılan kararlarda beliren görüşlerin özeti :

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rar 787 sayılı kararında müşterek 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 gayrımenkuldeki 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 — İçtihadı Birleştirme Konusu ve Gerekçe:

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yargıtay Kanununun öngördüğü çoğunluk ile toplanarak raportör 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 kesindir» 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.'nun 612 nci maddesinin miras hukukuna ilişkin iştirak haline münhasır olmak üzere istisnai bir düzenlemeyi kapsadığı, kanun koyucunun bununla taksimden önce mali sıkıntıda bulunan mirasçıları koruma amacını güttüğü hususlarında

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

görüş birliği bulunmaktadır. Ancak görüşmeler sırasında iştirak halindeki mülkiyetin özelliklerinden hareket olunarak, içtihadı birleştirme konusunda belirtilen nitelikteki sözleşmelerin iştirak halindeki mülkiyet esasları ile bagdaşamayacağı istisnai bir hükmün yasal düzenleme ile çelişir biçimde yorumlanarak genişletilemeyeceği ve dolayısıyla söz konusu sözleşmelerin M.K.'nun 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 kural uyarınca mirasçıların tek başına terekeye dahil belli bir taşınmaz malda tasarruf edememelerini dikkate alan yasa koyucu mali sıkıntıda bulunanları başka bir anlatımla gene mirasçıların yararlarını düşünerek 612 nci maddedeki düzenlemeyi getirmiştir. Bu suretle taksimin gerçekleşmesine kadar her bir mirasçı, terekedeki miras payını devredebilecektir. Bu suretle tüm mirasçıların yararları ile çelişen zamansız bir taksimin sakıncaları önlenmiş ve aynı zamanda sıkıntıda bulunan mirasçılarında menfaatleri gözetilmiş olmaktadır. İçtihadı 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 bulunduğuna göre, belli bir taşınmaz maldaki miras payını da devredebilmesi az önce değinilen kuralın doğal sonucudur. Bu çözüm biçimi mirasçıların 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Hissesinin Devri Sözleşmesi, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, S. 131-150). İçtihatların 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yasal hüküm varken 612. maddenin uygulanması kanımca doğru olmamıştır.

II — a) Yargıtay Büyük Genel Kurulu değerli çoğunluğunun vardığı 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 - Seliçi, 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 paylaştırılmadan önce ortağın

belli bir pay üzerinde ayni bir hakkı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, —borçlanma işlemi dışında—, değerli çoğunluğun kabul ettiği gibi ayni 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 hukukî muamelenin bulunmasına ve davalının sattığı pay üzerinde ayni 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 olanağı yoktur.

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kün değildir. Değerli çoğunluk vardığı bu sonuçla, terekeye dahil tapulu taşınmazların adî senetle satışı geçerli kılmış bulunmaktadır. Bu durumda terekeye dahil tapulu taşınmazların adi senetle satışı muteber olacak, terekeye dahil olmayan tapulu taşınmazların satışında ise, resmî şekil aranacakıtr. Diğer deyişle terekeye dahil tapulu taşınmazlarla terekeye dahil olmayan tapulu taşınmazlar arasında kanunen ve hukuken izahı mümkün olamıyacak 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 müş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 mütalaada bulunması kanuna aykırı bir işleme geçerlilik kazandırmaz.

Gerçekten M.K.'nun 630. maddesi uyarınca iştirakçilere konmuş bulunan temliki 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 temliki tasarrufta bulunabilir.

Bu yöndeki anlayış, Ortakların bir mal üzerinde belirli aynı hakkı olmadığı H.G.K.'nun 26/12/1962 gün ve 65/94 sayılı kararı ile de doğrulanmıştır. Medeni Kanunun yürürlüğünden bu yana altmış senedir de tartışmasız olarak uygulana 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 dolayısiyle, iştirak çözülmediği için devralan mirasçının tapuda işlem yaptırması

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mümkün değildir. Devreden mirasçının kendi hakkını tapuda adına tescil ettirme ve satma imkânı yokken sırf diğer bir mirasçıya temlik eylemiş 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 sıkısıkıya 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 iştirk haline münhasır olmak üzere Kanun Koyucu, M.K.'nun 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, çoğul bir ifadeyle miras hakları deyimini kullanmıştır. Bu ifade kasıtlı bir şekilde bilerek kullanılmıştır. Bununla terekeye dahil tüm miras hakları amaçlanmıştır. Başka türlü düşünmeye im-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kân yoktur. Zira tereke sadece taşınır ve taşınmaz mallardan oluşmaz. Tereke içinde iptal, tenkis ve istihkaka ilişkin dava hakları, telif, ihtira beratı 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 tereke-ye 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 edilemiyeceği, 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İçtihadı Birleştirmeye gidilmesine neden olan çelişik kararlarda, üçüncü kişiye pay satışı söz konusu olmadığı halde, çoğunluk M.K. m: 612.'nin bütünüyle incelenip, kısmî temlikin mümkün olup olmadığının belirlenmesine karar vermiştir. Bu konuda, kararlar arasında bir çelişki bulunmadığından İçtihadı Birleştirmenin bu yolda belirlenmesi hatalıdır. Öte yandan kapsamın 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 patrimuanının 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 bozmamakdır. 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 iştirakten 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ilkeleri 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 temliki 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 temliki 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 sağlıyacağı 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 dışa yansıması anlamına gelmediğinden, hak sahibine tasarruf yetkisi vermemekte, tüm malların her gözeneğine sinmiş ve yayılmış hak sahipliği ,müşalık var oldukça

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 kaldırıcı 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 gayrımeşru 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 yaklaşılmış 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 vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler» diyen ve kanının 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 özgörevine de aykırıdır.

Dördüncüsü bu görüş, Türk hukuk devriminin amaç ve gerekçesine de ters düşmektedir. Çünkü, Türkiye'de hukuk Atatürk'ün haraseti fikriyye 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 yürüyen 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 bahaneslyle 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 hukukî 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 kayramlara göre evrimci bir anlayışla yorumlamak zorunludur. Ancak, hukuk devrimi yoluyla ileri ülke değerlerini benimseyen toplumlarda bu olgu esasen söz konusu de-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, bütünün 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 amaiori 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KARŞI OY YAZISI

Medeni 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 edilemiyeceği sorunu, İsviçre hukukunda kendisini hissetirmemiştir. 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. Mirasçıların tek başlarına tasarrufta bulunabilmeleri mümkün değildir. Bu tasarruf yasağının tek istisnasını, Medeni 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.

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

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi gerektiği halde, miras payının temlikinde bütün mirasçıların devreye girmesi zorunluğu yoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kısmen taksimin iştirak halinde mülkiyet müessesesine ters düşen bir yönü mevcut değildir. Kısmî 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, mirasçıların da, terekeye dahil beli 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 temliki 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 aktedeceği mukaveleler (in) ... yazılı olması şarttır. Mirasçılardan biri ile hissesinin temlikine dair üçüncü bir şahıs arasında aktedilmiş 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sözleşmesine ilişkin ikinci ve üçüncü cümleler ise, birinci cümlenin 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 borç 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 negel 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 verilmekle 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 edilemiyeceğine 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 temliki 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 aynî 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 yapılabileceği kabul edilmek suretiyle, aynî etki tezi benimsenmiştir. Bir yandan terekeye dahil bir maldaki payın devrinin, öte yandan aynî etki tezinin kabulü ise son derece çelişkili bir durum ortaya çıkarır. Böyle bir varsayımda, ortaklığa dahil mallar ayni 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

Açıklanan nedenlerle, sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum. İçtihat uyuşmazlığının 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 - Tesciden 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 edinimlerinde sebebe bağlılık ilkesi), tescil isteminin buna **yetkisi olan kişi tarafından**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 resmî biçimde yapılmadıkça (tapu sicil muhafızının aracılığıyla) geçerli olmazlar.»**

Ancak kural bu olmakla beraber, resmî 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 adî yazılı biçimde yapılmış olmaları yeterlidir. Yine 10.12.1952 tarihli ve 4/5 sayılı bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre, bir «ölünceye 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) Alenî 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 resmî biçim aranmaksızın ortaklık sözleşmesinin yapılması ile doğar (T.K. madde 140/II). Bu istisnalar dışında resmî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 terkedilmiş 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, mirasçıların 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 hukuki 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.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, cebrî 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 yardır. Bu yolla edinime konu olabilecek bir taşınmazın özel mülkiyete tâbi ve kamu emlâki ile devletin hüküm

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kural olarak, bir arazi üzerine yapılan yapılar, toprağın ayrılmaz parçasıdırlar ve arazinin maliki bunların da maliki olur. Ancak söz konusu yapı sökülebilir nitelikte ise (prefabrike ev, baraka, kulübe 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.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 taştığı 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 «kanuni 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çen kök ve dallara katlanmak zorundadır; buna karşılık buna katlanan komşu taşınmaz malikinin de taşan dallarda yetişen 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 sınırlanmasına (özellikle mülkiyetin devri açısından) yol açabilir; bunlar, taşınmaz malikinin hukukî 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 hususta sözleşmenin, B.K. madde 213'e göre adî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.

Taşınırların **devren kazanılması**, bir hukuki 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 alıkoyacak 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 tabiatta yakalanan bir hayvan veya kazılarak çıkartılan değerli bir taş.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. **Buluntu (lukata):**

Asıl malikinin 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 resmi 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 malikinin 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 malikinin olur. İşleyen iyiniyetli değilse, emeğinin değeri o nesnenin değerinden çok olsa bile, mahkeme yeni şeyin mülkiyetini o nesnenin malikine 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 taşınırları, önemli olarak, parçalanmaksızın veya aşırı bir emek veya para harcanmaksızın ayırdedilmeyecek ölçüde birbirine karışmış

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

veya birleşmiş olursa, o kimseler, karışımı oluşturan malların karışma ve birleşme zamanındaki değerleri oranında paydaşı olurlar. Karışan veya birleşen taşınırlardan biri ötekinin eklentisi sayılacak bir malsa, karışımın mülkiyeti ana malın malikinin olur.»

6. Zamanaşımıyla Kazanma :

M.K. madde 701'e göre : «Başkasının taşınırına çekişmesiz ve aralıksız, malımdır diye ve iyiniyetle 5 yıl elmen olan kimse, o malı zamanaşımıyla edinmiş olur. Elmenin, kendi isteği dışında bir nedenle elmenliği yitirmesi, zamanaşımını 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 edinilmesi 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 üzerine diğer bir taşınmaz yararına yüklenmiş bir yüktür. Yükümlü taşınmazın maliki, mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerini kullanmak bakımından —yükümlenim hakkı sahibinin lehine olarak— sınırlamaya tâbi tutulmuştur. Bu sınırlama, ya yarar-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lanan taşınmaz lehine bazı haklarını kullanmamak, ya da yararlanan 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 **«eşyaya bağlı hak»** da denir. Buna karşılık yükümlü taşınmaz açısından da, ortada bir **«eşyaya 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 zamanaşımı ile kazanılması ne gibi gereklere bağlı ise, yü-**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kümlenim hakkı da zamanaşımı ile o gereklere göre kazanılır.»

M.K. madde 705'e göre: «Yükümlenim hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme resmî olmadıkça geçerli değildir.»

Taşınmaz yararına yükümlenim hakkının sona ermesi ise:

M.K. madde 707: «Yükümlenim hakkı, tapu kütüğündeki yazımın silinmlenmesi (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 silimini isteyebilir.

Doğurduğu yükümlere oranla pek az yarar sağlayan yükümlenim hakkının tümünün veya bir bölümünün, tazminat karşılığında silinmlenmesi istenebilir.»

M.K. madde 708/II'ye göre: «Silinmlenmedikçe, 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 ağırlaştırmamalıdır, 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.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 parsellenirse, 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, kanundan da doğmuş bulunması mümkündür.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 tescili gerekiyorsa, kütükteki yazımın silimi ile sona erer.**

Sürenin dolması veya yararlanım hakkı sahibinin bu hakkından 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/I'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:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

A) Yararlanım hakkı, iyi bir yönetimin gerektirdiği kurallara uymak koşulu ile, o nesneyi yönetme hakkını da içerir (M.K. madde 727);

B) Yararlanım süresi içinde yetişen doğal ürünler hak sahibinin olur. Ancak doğal verim veya ürün niteliğini taşımayan ayrılmaz parçalar malikindir (M.K. madde 728);

C) «Yararlanım hakkı ile yükümlü olan anaparanın faizleri ve takside bağlı başka gelirleri, ivedisiz bile olsalar, yararlanım başladığı günden sona erdiği güne kadar yararlanım hakkı sahibinin olur» (M.K. madde 729);

D) «Kişiye sıkıca bağlı olmayan yararlanım hakkının kullanılması başkasına geçirilebilir» (M.K. madde 730/I);

E) «Malik, haklarının tehlikede olduğunu kanıtlarsa, yararlanım hakkı sahibinden teminat (güvence) isteyebilir» (M.K. madde 732);

F) «Malik ve yararlanım hakkı sahibi, giderleri ortaklaşa ödenmek üzere, yararlanılan malların resmi bir defterinin tutulmasını 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 yetkisidir. Bu hak başkasına devredilemez ve mirasçıya geçmez.

Yasada başka türlü kural olmadıkça, yararlanım hakkına ilişkin kurallar oturma hakkına da uygulanır.»

M.K. madde 749'a göre: «Oturma hakkının kapsamı, genel olarak, oturucunun kişisel ihtiyaçlarına göre saptanır. Yalnız kendisine özgü olduğu açıkça bildirilmiş olmadıkça, üzerinde oturma hakkı bulunan taşınmazda, oturucunun, ailesi ve ev halkı ile birlikte oturma yetkisi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 yaptırma 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.»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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/I, 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 eşyaya 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 günden 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 (ayni) haktır; bu sebeple herkese karşı ileri sürü-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 **ipotek**'tir ve aşağıda bu konuya geniş olarak değinilecektir. Diğer bir taşınmaz rehni türü **ipotekli 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 **«eşyaya 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 **«belirlilik»** 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.»**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 farazi 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. İstisnaî 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, rehnin 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 kurallar (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.»**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 rehninin kapsamına ilişkin kurallar Medeni Kanun'da hükme bağlanmıştır.

> **M.K. madde 777'ye göre: «Taşınmaz rehni, 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 rehni kapsamına sadece rehinli taşınmazın satışından elde edilen para dahil değildir.

> **M.K. madde 778/I'e göre: «Kiracıya verilmiş bir taşınmazın üzerindeki rehin, rehnin paraya çevrilmesi için başlayan takibattan veya borçlu için verilen iflâs kararından, paraya çevirme zamanına kadar geçen sürenin kiralarını da kapsar.»**

> **M.K. madde 794/I'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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve rehin alacaklısının hakkını zedeleyen— kendiliğinden ortadan kaldırılır; diğer deyişle M.K. madde 784'ün ifadesiyle «taşınmaz, bunlar silinmlenmiş (terkin edilmiş) olarak satılır. Buna karşılık, bu tür sınırlamalar rehin alacaklısının hakkına tecavüz etmiyorsa taşınmaz bunlarla birlikte satılır.»

III. İpotek

İpoteğin amacı ve niteliği Medeni 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 güçlükle karşılaşılabilir; teminat altına alınmak istenen ve ileride doğacak borç miktarı henüz belirli değilse, rehinle güvenceye alınacak meblâğ nasıl belirlenecektir? Bunun cevabını **M.K. madde 766** vermektedir.

> **«Taşınmaz rehni 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) Rehin borçlusu ile taşınmazı ipotek edilen kimsenin **aynı kişiler olması gerekmez.**

Bunun, rehin yükümlüsünün taşınmazını satması ile sonradan ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda taşınmazı edinen yeni malik, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile taşınmazının 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 başkasına 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).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca alacak hakkının da doğmuş bulunması gerekir. İpotek alacaklısına Tapu Sicil Memurluğu'nca 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, «kanuni ipotek» olarak adlandırılan diğer bir türünde bu safha hiç olmadan ipotek alacaklısına doğrudan tescil isteme hakkı tanınmıştır.

M.K. madde 807'ye göre: «Aşağıdaki kimseler yasal bir ipoteğin tescilini isteyebilirler:

1 — Sattığı taşınmaz üzerinde satış parasını güvenceye bağlamak için satıcı,

2 — Paylaşımdan 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 rehninin 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 egemen hakkı bulunmasa da rehin hakkını kazanır; ancak üçüncü kişilerin önceki elmenliğinden doğan hakları saklıdır. Rehin veren, rehni fiilen kendi egemenliğinde bulundurdukça rehin hakkı doğmaz.»

tarzındadır.

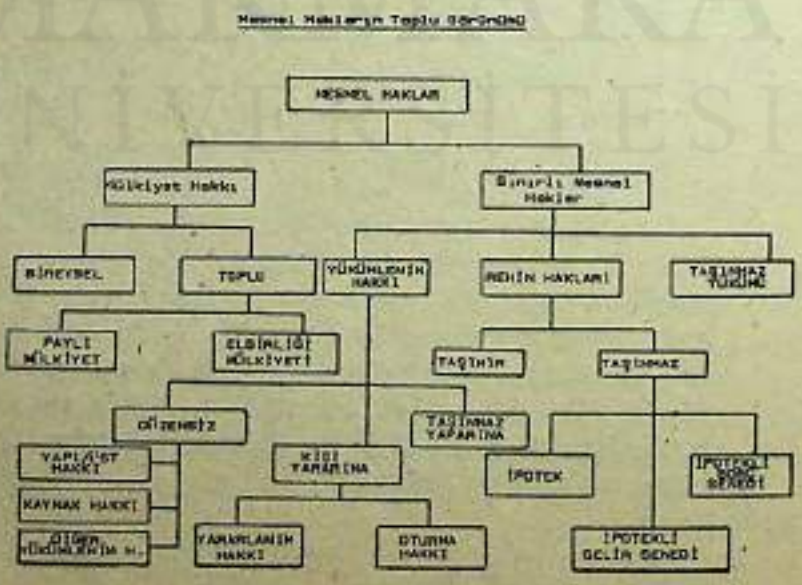
MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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) Ticarî işletme rehni,
v) Maden cevheri rehni.

Taşınır rehni, bir nesnel hak olduğu için herkese karşı ileri sürülebilir. Rehin hakkı, rehnin konusu olan şeyin ayrılmaz parçalarını ve eklentilerini de kapsar **(M.K. madde 861)**. Rehin olunan şey, rehin alacaklısının onayı olmadıkça başka birisine rehnedilemez. Rehin hakkı ikincil (fer'i) nitelikte bir hak olduğundan asıl borcun ödenmesi ile sona erer. Aynı biçimde rehin hakkı sahibinin o şey üzerindeki elmenliğini kaybetmesi de rehin hakkını sona erdirir. Bu arada rehin edilen şey, alacaklı tarafından rehin borçlusuna geri verilirse, elmenliğinin borçluda bulunduğu süre içinde rehin hakkı askıda kalır **(M.K. madde 857)**.

Şekil: 5



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 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 hakh 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 haklının belirlenmesi imkânını açık tutmak... Demek ki elmen, herhangi bir hak sahibi olduğu için değil, hak sahibinin ileride sağlıklı olarak belirlenmesi için o şey üzerndeki 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

madığını ispat, bunun aksini iddia edene düşer. Bu ilkenin bir uzantısı olarak, «**taşınırlarda mülkiyetin kazanılması için elmenliğinin 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 aynî (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 elmendir (M.K. madde 888). Elmenliği bu biçimde bağımsız elmenden kazanan kimse ise bağımlı elmendir. Bağımsız ve bağımlı elmenlik, ancak bir şey üzerinde iki kişinin elmenliği bulunduğu durumlarda söz konusu dur, örneğin (A), gerçek maliki olmasa bile öyle göründüğü 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 elmendir.

B) Tek Başına Elmenlik - Birlikte Elmenlik

Bir şey üzerinde bir kişi tek başına fiilî egemenliğe sahipse «tek başına elmenlik»ten söz edilir.

Birden fazla kişi, bir şey üzerinde fiilî 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 «iştirak halinde elmenlik» vardır.

C) Doğrudan Elmenlik . Dolayısıyla Elmenlik

Bu ayırım, fiilî egemenliğin kullanılmasının bir başkasının

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 devredenin elinde alıkoyulmaktadır, örneğin (A) değerli bir tablo satın almış fakat bunun çalınma-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sından korktuğu için, evinde güvenli bir yer hazırlanıncaya kadar satıcının elinde kalmasını istemiştir; böylece tablo üzerindeki elmenlik fiilen olmasa da hükmen teslimle geçmiştir. Hükmen teslime benzer bir durum, «**eşyayı 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 vapur çıkışında küçük bir çocuğa veren kimsenin yaptığı gibi), ya da bu olay elmenin iradesinin dışında meydana gelir (elmenliğin konusu olan taşınırın 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.»**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 başvurmanın 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 saldıranı 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 zamanaşımına tâbidir (1 ve 10 yıl).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Elmenliğin idari yolla korunması da, özel bir kanun olan 1952 tarih ve 5917 sayılı Gayrımenkullere 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 egenimler 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 malikinin yazılı istemine dayanarak yapılır.»**

Tapu sicil memuruna yönelik bu istem, hiçbir kayıt ve koşula 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**). Temsilcinin 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 bulunanın 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

me yükümlülüğü vardır (M.K. madde 927). İlgililerin de, kendilerine yapılan bildirimden itibaren 30 gün içerisinde yapılan silime yargı organında itiraz hakları vardır (M.K. madde 934/II).

C) Belirtimler (şerhler)

M.K. madde 919-921 arasında ve 6217 sayılı kanun ve 6345 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerince düzenlenmiş bulunan belirtimlerin farklı işlevleri olabilir.

a) Kişisel (şahsî) Hakların Belirtimi

Kanunda açıkça öngörülmüş olan kişisel hakların belirtimi tapu kütüğüne yapılabilir; bunlar, sözleşmeden doğan (öncelikle alım) önalım hakkı, alım hakkı, geri alım hakkı, taşınmaz rehninde serbest dereceye ilerleme hakkı, bağışlamadan dönme hakkı, adi ve ürün kirası, taşınmaz satış sözverisi ve kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümü başka bir hale getirebilme hakkıdır.

b) Egenim (tasarruf) Yetkisini Sınırlayıcı Belirtimler

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 varılıncaya kadar egenim yetkisinin sınırlanması için,
ii) Haciz, iflâsın ilânı ve konkordato ile verilen mehiller,
iii) Bazı özel kanunlarla konulabilen sınırlamalar (örneğin Tapulama Kanunu'nun 37/II. nci maddesi).

c) Geçici Tescil 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 Hukuki Sonuçları :

M.K. madde 929'a göre: «Kurulması için yasaya 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.** Medeni 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, topu kütüğüne belirtimlenen (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 belirtimlendiği 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

vekilin bu hususta yetkisinin olmaması, tescil isteyenin medenî hakları kullanma yeteneğine sahip bulunmaması, tescilin dayandığı temel hukukî 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 yararlanamadığı 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 egeniminde 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 kimsenin istemi gerekecektir. İkinci yol ise, «**tapu kütüğünün düzeltilmesi davası**» açmaktır. **(M.K. madde 933)**. Bu dava, gerçek hak sahibi veya onun külli halefleri tarafından, adına yolsuz tescil yapılmış olan kimseye veya onun külli 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), adî 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 adî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Nesnel hakkın, sicil dışında başkasına geçtiği hallerde, yeni hak sahibinin tek taraflı irade beyanı düzeltme 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 medeni haklardan istifade eder.**» Bu kuraldan çıkartılabilecek ilk sonuç; gerçek veya tüzel kişi olsun, **genellik ilkesi** uyarınca bütün kişiler Medeni 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 örtülü 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 itibariyle —bir gerçek kişinin sahip olabileceği insani özellikleri taşımadıkları için— gerçek kşilerinkiyle 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 **Medeni 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 medeni 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lardan ancak hayatta olanlar yararlanabilir (B.K. madde 234'-deki bağışlama hakkından yararlanma gibi). Bazı hallerde cinsiyet durumu da medeni 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 kılabilir.

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.»**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Burada önemli olan, yapmak istediklerinin veya davranışlarının sonuçlarını kavrayacak fikrî olgunluğa erişmiş olmaktır ki, bu da bizi her somut olay ve kişide farklı sonuçlara götürebilir ve önceden kesin bir kıstas koymanın imkânı yoktur Örneğin bir kişi, belirli bir eylemi yapmada sezgin sayılabilirken, bir diğeri açısından öyle olmayabilir; 10 yaşlarında bir çocuk arkadaşının kalemini ödünç almak istediğinde yaptığının sonuçlarını kavrayabileceğini düşünürüz fakat aynı çocuk kendisine dedesinden miras kalan evi satmak istediğinde onu yeterli fikrî olgunluğa erişmemiş, hukukî deyimiyle sezginlik kudretine sahip olarak kabul edemeyiz. Sezginlik kudreti, kişilere ve olaylara göre değişebilen nispî bir kavramdır. M.K. madde 13'te belirtilen haller, sezginlik kudretinin belirlenmesinde yalnızca birer örnek niteliğindedir. Kanun koyucu, yaş küçüklüğünü —genel olarak— sezginliğin olmadığına delâlet edecek bir neden olarak göstermiştir ancak dikkat edilmelidir ki, buradaki, hakları kullanma yeteneğinin bir diğer koşulu olan erginlik anlamında yaş değil, sadece «mantıklı surette hareket edebilmeyi sağlayacak yaş» olarak alınmalıdır. Akıl hastalığının sezginliği ortadan kaldırması, tamamen tıbbî bir husus olup, hastalığın niteliği ve içinde bulunulan safhanın bilimsel olarak belirlenmiş olması gerekir. Medenî Kanun'da sezginliği kaldıran «buna benzer» 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 gerçekleşir. 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 kimsenin haklarının kısıtlanması durumuyla uyuşmayacağı için, 18 yaşını doldurmuş bir kimse ile eşit tutulması gereğidir. Bu yolla kazanılan ergenlik, ölüm, hükümsüzlük ve boşanma ile evlilik ilişkisi ortadan kalksa dahi **korunur.**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 çıkarabileceği 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 gruplandırılabilecek kısıtlılık nedenlerini Medeni Kanun (madde 335-358) —birer örnek niteliğinde olmak üzere— şöyle belirtilmiştir : **(akıl hastalığı, akıl zayıflığı, kötü hal, kötü yönetim, ayyaşlık ve en önemlisi plan 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

A) Evli Kadınlar

Evli kadın, yetenek koşullarının hepsine sahip olsa da, evlilik birliliğinin 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 Kanuni 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 ayırıma 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hukukî 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 hukukî 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 (nişanı bozma, boşanma davası açma, evlilik dışı çocuğu tanıma gibi haklar).

Sınırlı yeteneksizlerin yaptıkları hukukî 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 muktedirdirler.

§ 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 i y i n i y e t 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-**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

den beklenen özeni göstermeyen kişi iyiniyet savında 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. Medeni 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 kıldırabilir. 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(b) Miras Hukukundan

Medenî Kanunumuz, yakın mirasçılardan bazılarına **dokunulmaz pay** bırakmıştır. Miras bırakan kimse, kural olarak, bu dokunulmaz pay üzerinde bir **eğenimde bulunamaz**, bulunursa bu **eğenim 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 (0)'dan başka altsoyu da yoktur. Bu durumda bütün miras (0)'ya düşmektedir. Şayet (M) oğlundan hoşlanmadığı için, ölümünden evvel bütün mallarını (Ü)'ye bağışlar ve teslim ederse, mirasçı (0), (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 (0)'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 (0)'nun— bulunduğunu bilmiyor idiyse, o zaman mirasın açıldığı gün — miras bırakan **(M)'nin öldüğü gün**— elinde kendisine verilenden ne miktar kalmışsa (0)'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 —**(0)'nun dokunulmaz paylı mirasçı olduğunu— biliyorsa, veya sonradan öğrendiği halde sırf parayı geri vermemek için kullanmışsa,** (0)'ya dokunulmaz payının tamamını, örneğimizde yediyüz elli bin lirayı **geri vermekle yükümlüdür.**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(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.

α) Emanet Bırakılmış Mallarda

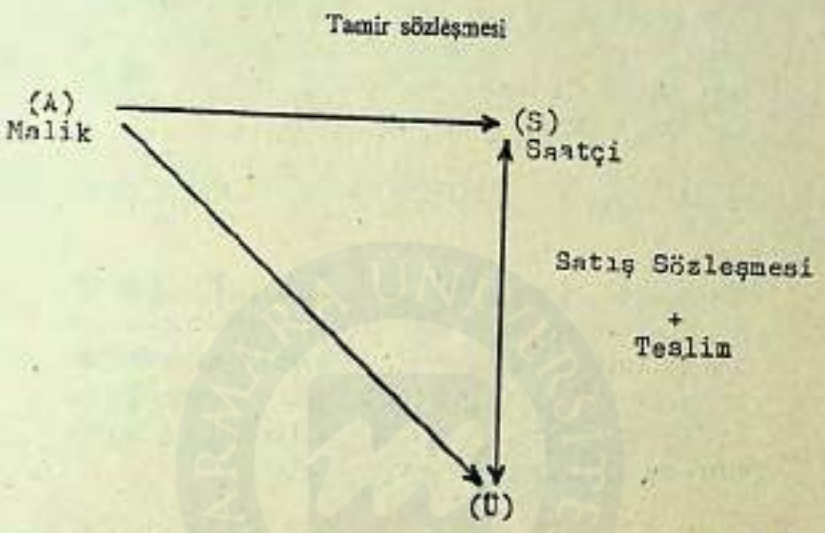
M.K. madde 901 uyarınca:

> **«Bir taşınır malın, emanet olarak elmeni bulunan kimseden iyiniyetle mülkiyeti veya nesnel bir hakkı edinilirse, o kimsede bu egenimleri 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?

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 çaldırmışsa 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 davasiyle 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

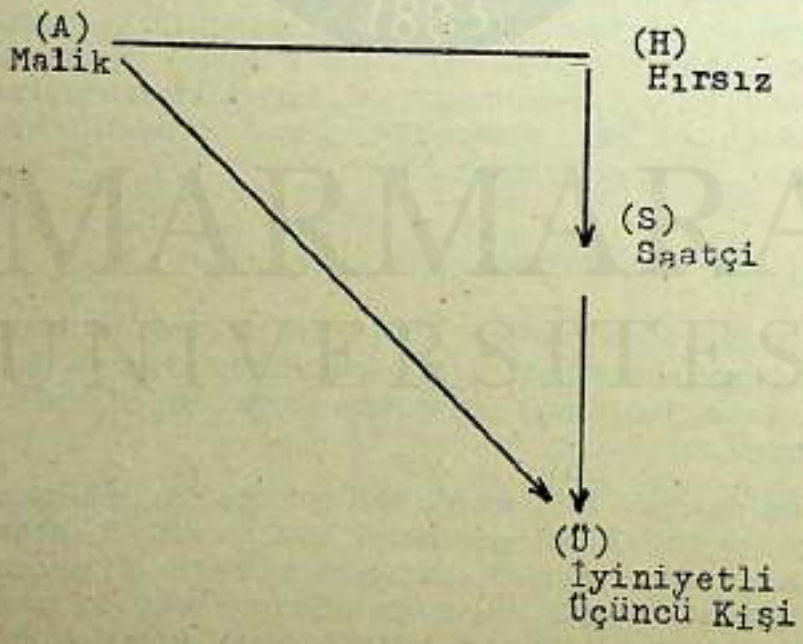
M.K. madde 902/I uyarınca :

> «Kendisinden çalınan veya kendisince yitirilen veya rızası olmaksızın herhangi bir yolla elinden alınan bir taşınırın ilmeni, 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

5.000 liraya satın ve teslim almış ve bunun gerçekte (A)'ya ait olduğunu da bilmemekte, yani iyiniyet sahibiyse, 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.

∅)ı **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 açılamaz.»**

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 edinimi geçerli sayılır.

M.K. madde 931 uyarınca :

> **«Tapu kütüğündeki yazıma iyiniyetle dayanarak mülkiyeti veya başka bir nesnel hakkı edinen kimsenin bu edinimi geçerli olur.»**

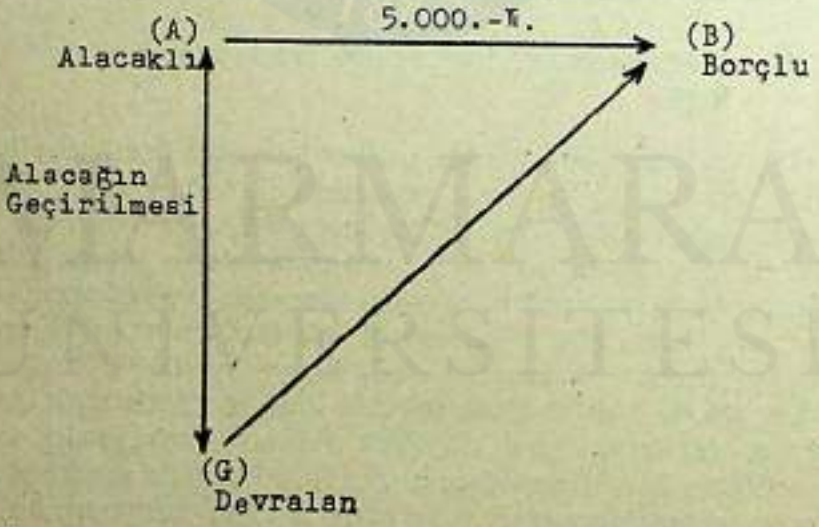
MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Buradaki iyiniyet, **kütük yazımının doğruluğuna ilişkin** iyiniyettir. Fakat **taşınmazı satan kimsenin durumu**, örneğin yeteneksiz olmadığına **ilişkin iyiniyet değildir.** Hukuki açıdan, **yeteneksiz** bir kimse bir taşınmazı sattığı takdirde, müşteri **iyiniyet sahibi olsa bile, mülkiyeti edinemez;** tapuda **biçimsel olarak yapılan tescil 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 şlemin **yazılı** yapılması gerekir.

Şekil : 8



Örneğin, alacaklı (A), borçlu (B)'den olan alacağını —5.000 lirayı— (G)'ye geçirebilir. Alacak böyle geçirildikten sonra, (B) bu 5.000 lirayı 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 aklı 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 halinlinde, 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. Resmî 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:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

«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.'nun 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 Kuralının 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 aklı 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, dikkate alınır ve sözleşme ona göre tamamlanır. Örneğin, pahalı ve lüks bir mağazadan alış veriş yapan müşteri satın aldığı eşyanın 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 sürülmese bile, yürürlükte olan işlemler gereği ve objektif iyiniyet kuralına uygun olarak, bunların yerine getirilmesi 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 yararıdır. Örneğin M.K. madde 267'deki (**ana tabanın çocuklarını uslandırma hakkına sahip olmaları**) hakkı, yani uslandırma hakkının kapsamın nelerin girdiğinin saptanması tamamen objektif kurallara göre çözümlenir. Bu durumd orta zekâlı, dürüst, normal, sevecen bir ana-babanın 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** kullanılmasiyle başka birini **zarara** uğratmasına, **hakkın kötüye** kullanılması adı verilir ve sonuç olarak bu durum dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.

Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı **her olayın kendi özellik ve koşulları** gözönünde tutularak saptanabilir. Ancak bazı unsurların varlığı, hakkın kötüye kullanıldığını gösterebilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 amaciyle 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 **şahsî/nisbî bir haktır.**

(A) —— 5.000 lira ——→ (B)

Olayda, (A) alacaklı, (B) ise borçludur; çünkü (B) bu zararı giderme borcu altına girmiştir. Yani (A)'nın bir hakkına karşılık, (B)'nin bir borcu söz konusudur, bu iki kişi arasında bir **borç ilişkisi** oluşmuştr. 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.'lık zararının giderilmesini isteyebilir. Bu örnekte anılan olay sonucunda, iki kişi arasında bir borç ilişkisi oluşmuştur. Taraflardan 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Hukuki Olay

1. Kavram

Hukuki sonuç doğuran olaylara **hukuki olay** adı verilir. Eğer bir aile hâde 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 mahvolsa veya hayvan ölse, burada artık bir hukuki olay niteliği gözükmektedir. Çünkü bu doğal olaydan sonra (A)'nın (S)'ya ürün veya hayvanın parasını ödeyip ödemeyeceği 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 İrâde 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 âfetler veya anormal durumlardır; örneğin, deprem, su baskını, yıldırım, harp vb. gibi. Bir de yaşantının normal koşullarına göre her zaman beklenebilen ve önlemlerle önü alınabilen olaylar vardır ve bunlara da **'beklenmeyen (fevkalâde) durum'** veya **'kaza'** adı verilir; örneğin taşımacılık veya iş kazaları, hastalık, hırsızlık vb. gibi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(b) İnsanın İrade veya Eylemi Sonucu Olan Hukuki Olaylar

Bunlar hukuki eylemler ve hukuki işlemler olarak sınıflandırılabilir.

§ 23. Hukuki Eylem, Hukuki İşlem ve İrade Beyanı

I. Hukuki Eylem

Hukuki eylem, insanın **hukuki sonuç** doğuran **eylemleridir.** Bunlar hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak belirir. Hukuka aykırı eylemlerde, hukuki 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.

Hukuki eylem deyimi, hukuki 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 hukuki 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 maddî bir hükümür; 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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 değerleme 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yetname yapma gibi. Tek taraflı hukukî 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 hukukî işlemlerde, irade beyanı diğer bir tarafa karşı yapılması gerekmeyip, bundan ayrı, bağımsız olarak hüküm ifade eder; örneğin, vasiyetnamede, benimsemede, terk'de olduğu gibi.

Yöneltilmesi gereken tek taraflı hukukî işlemler de 'karşı tarafa ve resmî bir makama yöneltilmesi gereken hukukî işlemler' olarak ikiye ayrılır. Karşı tarafa yöneltilmesi gereken hukukî işlemler, bir kişiye yapılması gereken işlemlerdir. Örneğin, bozma bildirimi, sözleşmeden dönme, süre saptanması, seçimlik borçta seçim beyanı gibi. Resmî makama yöneltilmesi gerekli tek taraflı hukukî işlemlerde ise, resmî makama yöneltilecek bir beyana gerek vardır. Örneğin, M.K. madde 549 uyarınca bir mirasın reddi gibi.

2. Çok Taraflı Hukukî İşlemler :

Bu kategoride sözleşmeler, müşterek hukukî işlemler ve kararlar olmak üzere üçlü bir ayırım yapılır.

(A) Sözleşmeler

Hukukî sonucun oluşması için, **iki tarafın karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanında bulunmaları için gerekli olan hukukî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Tek Taraflı Sözleşmeler

Burada **yalnız bir taraf yükümlülük** altına girer; örneğin bağışlama sözverisinde (B.K. madde 238), kefillik sözleşmesinde (B.K. madde 483), borcu tanımada (B.K. madde 17). Bu gibi söz. leşmelerde **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) Müşterek Hukuki İşlemler

Gerçekte bir hukuki işlemde bir irade beyanının, birden çok kişinin beyanlarının birleşmesinden oluşmasını ifade eder. Müşterek hukuki işlem, bir sözleşmede **bir tarafı birden çok kişinin** oluşturması biçiminde olacağı gibi, **tek taraflı bir hukuki işlemde bu beyanı yapacak kişilerin birden çok olması** biçiminde de gerçekleşebilir. Örneğin, dört arkadaşın birlikte bir apartıman katını kiralaması durumunda, kiracılar açısından müşterek hukuki işlem biçiminde bir sözleşme söz konusudur. Bir süre sonra

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 ıncı sahifede belirtilmiştir).

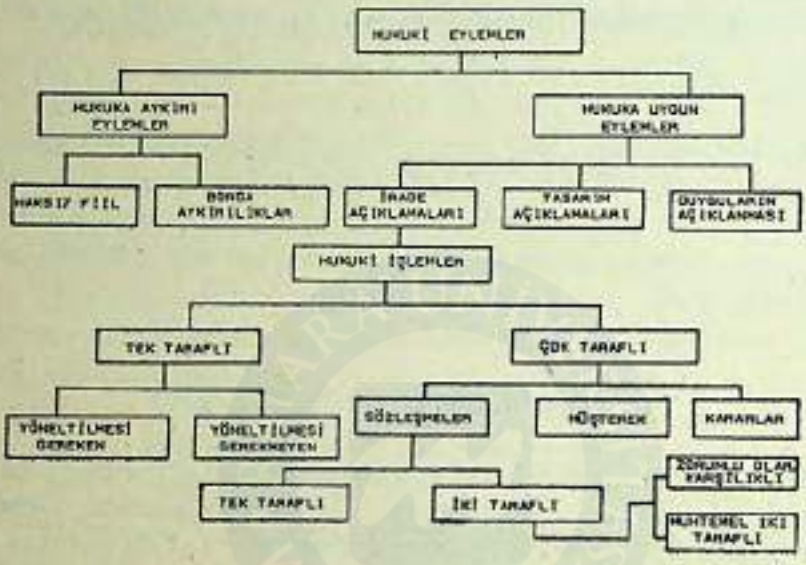
III. Çeşitli Yönleriyle 'İrade Beyanı'

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 :

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Şekil : 9



1. Açık ve Üstü Kapalı İrade Beyanları :

Bir irade ile hukuki sonuca ilişkin arzu açık ve duraksama ya yer vermeyecek biçimde açıklanırsa, irade beyanı **açık** (sarih) tır. 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) yapılmasiyle, **üstü kapalı** olarak beyan edilmiştir ve sözleşme yine oluşmuştur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Susma durumunda bir özellik vardır. Susmanın bir irade beyanı sayılması için ,sükût eden kimse aksi arzuda ise susmaması 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 hükuki işlemde arzunun 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 beyanıyla oluşur. 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.'nun 11 inci maddesi :

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

«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 hukukî işlemlerde, iradenin beyanı —bunu sakatlayan başka bir neden olmadıkça— doğrudan doğruya geçerlidir. Örneğin yukarda anılan balıkların satışına ilişkin beyanlar geçerli olup, bir alım satım sözleşmesi oluşmuştur.

Bazı işlemlerde ise, istisnai olarak, sadece iradenin beyanı ile hukukî işlem tamam olmaz; işlemin tamam olması için bazan bir biçime gereksinme vardır. Örneğin ,taşınmazın alım satımının geçerli olması için **resmî biçimde** yapılması gerekir. (B.K. madde 213). Bu biçime uyulmadan yapılan bir alım satım işleminde, onu yapanların sadece irade beyanı bir hukukî sonuç doğurmaz.

Buradaki biçimden amaç, hukukî işlemin **geçerlik** koşuludur. Yani gerekli biçime uyulmadan irade beyan edilince hukukî işlem geçerli olmamaktadır.

Biçimin bir diğer anlamı daha vardır. O da hukukî işlemin **kanıtlanması** koşulu olarak dikkate alınmasıdır. Örneğin, H.U.M.K. madde 288'e göre 5.000 liradan yukarı değerdeki hukukî işlemler **senetle** kanıtlanmak gerekir.

Hukukî işlemler için aranan başlıca biçim, **yazılı** biçimdir. **Evlenme töreninin yapılması için özel bir sözlü biçim M.K. madde 108 ve 109'da aranmıştır.**

Hukukî işlemlerde biçim, adî yazılı biçim, özel yazılı biçim ve resmî biçim olmak üzere üç türlüdür.

(a) Adî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(b) Özel Yazılı Biçim :

M.K. madde 485'de «el yazısı ile vasiyetname» düzenlenirken başvurulan biçimdir. Bunun adî yazılı biçimden en belirgin farkı, metnin başından sonuna kadar irade beyanında bulunan kişinin kendi el yazısı ile yazılmasının gerekli olmasıdır.

(c) Resmî Biçim :

İrade beyanını açıklayan yazılı metnin (belgenin) resmî bir makam tarafından düzenlenmesi tarzındaki yazılı biçimidir. Burada düzenlenen belgeye resmî senet denilir.

Ülkemizde resmî senet ve belgelerin düzenlenmesi yetkisi kanunlarla başka bir makama bırakılmamışsa, ilke olarak noterlere tanınmıştır. Nesnel haklarla ilgili resmî senetleri düzenleme yetkisi ise tapu sicil memur ve muhafızlarına verilmiştir. Yine sulh yargıçlarının da resmî 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 onaylattırırlar; 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, medenî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 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 passifini 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 sözverisi 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.'nun 687 inci maddesi uyarınca taşınırda mülkiyetin geçmesi için **teslim** gereklidir. Bu durumda bir kimsenin bir taşınır malını başkasına devretmek ve geçirmek amacıyla ona tes-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.'nun 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 ibra 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' ayırımı türündeki sınıflamaya dikkat etmek gerekir. Hayatta hüküm doğuran işlemler sayısı sınırlı olmayan tiplerde yapılabildiği halde, ölüme bağlı işlemler, nitelikleri gereği, arzu edilen sonucu hukukî işlemi yapanın veya yapanlardan birinin ölümünde meydana getirirler. Ölüme bağlı egenimler (M.K. madde 461) ancak tek taraflı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hukukî 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 sözverisinde 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İlke olarak, kazandırıcı işlemin nedenini tarafların bu konudaki anlaşmaları belirler.

Roma hukukundan gelme bir görüşle, kazandırıcı işlemlerin başlıca üç hukukî nedenle yapıldığı kabul edilmektedir :

1. **Ödeme Nedeni** (causa solvendi) :

Kazandırıcı işlem, bir borcun yerine getirilmesi amaciyle yapılmışsa, bunun hukukî 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 amaciyle 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 hukukî 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** amaciyle yapıldığı takdirde, hukukî neden **bağışlamadır**. Örneğin, bir malın bağışlanmasında, ölüme bağlı işlemlerde karşılıksız olarak yapılan bir malın vasiyet edilmesi gibi.

IV. Hukukî Nedene Bağlılık ve Nedene Bağlı Olmama

Bir kazandırıcı işlem ona **temel oluşturan hukukî nedene**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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. Öğretide yapılan ayrım; illî (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 a r a n ı p a r a n m a m a s ı anlamına gelen daha geniş kapsamlı bir anlamı vardır; bunu da «nedene bağlı olmama» deyimi 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 hukuki neden geçerli olmazsa, mülkiyetin geçirilmesi de geçerli olmayacak mıdır?** Örneğin, (S) değerli bir kolleksiyonunu (A)'ya satmış ve teslim etmişse, bunun hukuki nedeni, alım satım sözleşmesine dayanan bir borcun yerine getirilmesi işlemidir. Bu örnekte, (A), sezginlik yeteneğine sahip olmadığı için, alım satım sözleşmesi geçerli olmazsa, kolleksiyonun 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 benimsersek, örnekte olduğu gibi kolleksiyonun teslimine temel oluşturan hukukî neden (alım satım sözleşmesi ve buna dayanan borcu yerine getirme) geçerli olmadığı için, kolleksiyonun mülkiyeti, de, teslim yapılmış olsa bile, (A)'ya geçmemiş; buna karşılık, aksi, yani taşınır mülkiyetinin devredilmesinin nedene bağlı olmayan işlem olduğu görüşünü benimsersek, kolleksiyonun mülkiyeti, hukuki nedene bağlı olmaksızın, teslim ile (A)'ya devredilmiş olacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Medenî 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, yazımın 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, tescile temel oluşturan neden haklı olsun veya olmasın, adına tescil yapılan kimsenin o taşınmazı edinmiş olması gerekirdi. Halbuki, yukarda 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 tescile veya taşınır malın teslimine rağmen malik olmakta devam eden **(gerçek malik)** kişi, mülkiyet hakkına dayanarak, diğer malike **(biçimsel malike)** karşı açacağı «kaydın düzetilmesi» **(M.K. madde 933)** veya mülkiyet (istihkak) davasiyle **(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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hakukî nedene bağlı bulunmayan bir eşenim işlemi olan alacağın geçirilmesine benzer olayda olduğu gibi— ancak **B.K. madde 61** ve **62** uyarınca **«nedensiz zenginleşme davası»** açılabilecektir. Bu durumda iade ise, iyiniyetli kişinin **elinde ne kalmışsa ancak ona ilişkin olacaktır (B.K. madde 63).**

§ 25. Hukukî İşlemin Geçerliliği ve Hükümsüzlüğü

Bir hukukî işlemin geçerli sayılması için gerekli genel ve özel koşulları kanun belirler. Hukukî işlem, kanunda gösterilen bu koşullara uygunsa, geçerli sayılır. Fakat hukukî işlem bu koşullardan bir veya birkaçına uymuyorsa, kendisinde bir sakatlık var, demektir. Bu sakatlığın önem derecesine göre, hukukî işlem tamamen veya kısmen hükümlerini yitirir.

Hukukî işlemin geçerli olmaması ve hükümsüz diye nitelendirilen durumları derece derecedir.

I. Yokluk

Burada hukukî işlemin kurucu ögeleri eksik olup, o hukukî işlem ile kurulması istenen **ilişki gerçekte hiç oluşmamakta, doğmamaktadır.** Hukukî işlemlerin temel ögesini oluşturan irade beyanının mevcut olmadığı durumlarda bir hukukî işlemin varlığından da söz etmeye imkân yoktur. İrade beyanı dışında, bazı hukukî işlemlerde gerekli olan diğer kurucu ögenin bulunmaması halinde de hukukî işlem yoktur. Örneğin, **M.K.'nun 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 yukarda sayılanlar dışında kalan başka biri önünde yapsalar (örneğin, bir imam, aile yakını durumunda bir kişi), burada evlenme işlemi yoktur, amaçlanan **evlilik bağı kurulmaz.**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hukukî işlemin yokluğu anlaşılırsa, **yargıç bu durumu kendiliğinden,** hiç kimse öne sürmemiş olsa bile, **dikkate almak zorundadır.**

II. Bozukluk

Hukukî işlemin unsurları tamamdır, ancak geçerlilik koşullarından **kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte** bulunanlar gerçekleşmemiştir. Bozukluğu gerektiren nedenlerin başında, sezginlik 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. Yargıç 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 hukukî işlemin bütün**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 resmî belgeyle yapılmalıdır. Noterlerin taşınmaz satışına ilişkin resmî belge düzenleme yetkileri yoktur;** ancak **noterler taşınmaz satış sözverisine** 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, hukukî 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 hukukî 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 hukukî işlemler** de denilmektedir.

Bozulabilir işlemler kendi içerisinde ikiye ayrılır :

1. **Baştan İtibaren Hükümsüz Olup, Süresi İçinde Bozulmadığı Takdirde, Geçerli Hale Gelen, Geçerlikleri Askıda Olan Hukukî İşlemler :**

Bu işlemler **kurulduktan sonra** geçerli hukukî sonuçlar doğururlar. Fakat taraflardan birinin **sonradan** bozma hakkını süresi içinde kullanmasiyle, hükümsüz hâle gelirler. Örneğin, ya-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nılgı, 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, g e ç e r l i olarak d o ğ a r l a r; ancak b o z u l a b i l i r'ler, bozuldukları takdirde, yapıldıkları andan başlayarak g e ç e r s i z olurlar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ



MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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, yaşantıda 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 yitirilmesi için **kanunda öngörülen sürenin geçmiş olması** anlamına gelir. Zamanaşımı bu açıdan rolünü türlü biçimlerde gerçekleştirmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. **Kazandırıcı (edinme) Zamanaşımı :**

Özellikle mülkiyetin ve bazı diğer nesnel hakların edinilmesinde önemli bir durumdur. Örneğin M.K.'nun 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 ayrıntılariyle görmüştük. Taşınmazlarda da aynı ilke egemendir, ancak burada süre daha uzundur. Örneğin, M.K.'nun 638 inci maddesi tapu kütüğünde **adına 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.'nun 639 uncu maddesi, tapu kütüğüne **kayıtlı bulunmayan veya kayıtlı olup da kime ait olduğu bilinemeyen veya yirmi yıl önce ölmüş ya da yitikliğine 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 s o n r a kullanıldığı takdirde, borçlu bu istemi yerine getirmekten kaçınabilir.

Burada borçluya bir savu (defi) hakkı tanınmıştır.

B.K.'nun 125 nci maddesi :

> **«Bu kanunda başka türlü kural yoksa, h e r d a v a on yıllık zamanaşımına bağlıdır»,**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

genel hükmünü koymuştur. Anılan on yıllık süre «genel zamanaşımı» süresidir. B.K.'nun çeşitli maddelerinde bazı «özel zamanaşımı» süreleri düzenlenmiştir; örneğin **126 ıncı 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.'nun 132 inci maddesi zamanaşımını durduran nedenleri şöyle sıralamıştır :

«Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı işlemez ve işlemeye başlamışsa, işlemesi durur :

1. Velayet süresince çocukların baba ve analarında olan alacakları için;
2. Korumanlık süresince korumlunun 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;

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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.'nun bu konuyu düzenleyen 133 üncü maddesi uyarınca :

> «1. **Borçlu borcunu tanırsa, özellikle ürem veya borcuna sayışılmak 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 sürelere uygulanmaz.

IV. Hakkı Düşüren Süreler

Hakların edinilmesi ve yitirilmesinde önemli olan bir de «hakkı düşüren süreler» vardır. Buna **hak düşümü süresi** adı da verilmektedir.

1. Kavram :

Hakkı düşüren süreden amaç, bir hakkın belli bir süre için-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 kefillikte 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, yani geçerli olarak ödenebilen ve fakat dava olunamayan borç ilişkilerine **eksik borç (obligatio naturalis)** veya davasız borç ilişkileri **(tâbii borçlar)** adı verilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Buna karşılık, hakkı düşüren sürelerde, süre geçmekle **dava hakkı değil**, doğrudan doğruya h a k k ı n k e n d i s i ortadan kalkar. Bu nedenle yargıç, zamanaşımından farklı olarak, hakkı düşüren süreleri k e n d i l i ğ i n d e n dikkate alır; bunlar davada bir savu değil, i t i r a z 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 çiğnendiliğ ve borçların yerine getirilmediği de bir gerçek olduğundan, çıkar çatışmaları, anlaşmazlıklar, davalar ve mahkûmiyetler söz konusu edilir.

Hak denilen kavramın varlığı için herkesin hakkı korunmalı ve başkasından olan hakları temin edilir olmalıdır.

Hakların korunma ve elde edilmesinin başlıca iki yolu vardır :

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 kendisinin hakkını gücüyle sağlaması biçiminde gerçekleşmesi gerekir; veyahut da hakkının karşı taraftan istenilmesi biçiminde yapılır ki buna da istem/talep adı verilir. İkinci olarak hakkın ko-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 ayrık durumlar, bireye kendi hakkını elde etmesi ve koruması için bizzat karışması yetkisini tanımak zorunluluğunu, hakkaniyet icabı gerektirebilir. Bu ayrık 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, **saldırana 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; ilerde 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(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 hükûmetin 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. Hakkın Devlet Eeliyle Korunması ve Dava Hakkı

1. Kavram :

Hak sahibinin talep hakkını devlet vasıtasiyle 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-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 hukuki 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**), ölüme bağlı egenimlerin bozulması davası (**M.K. madde 499**) gibi. Bütün bu durumlarda yeni bir hukuki 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bazı durumlarda, suçtan zarar gören kişi de, savcının işe karışmasına gerek kalmadan, kendiliğinden ceza davasını açabilir. Bu tip davalara (şahsî dava) adı verilir. Örneğin C.M.U.K. madde 344 ile ilgili davalar (örneğin, tehdit, haneye saldırı, hakaret ve sövme gibi), ancak şahsî 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.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İdarî yargıda kullanılan dava türleri dörde ayrılır :

(A) İptal Davaları

2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 24/25 uyarınca, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun madde 2/1, a) bendine göre, idarî 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). İdarî Sözleşmelerden Doğan Davalar

2577 sayılı Kanun madde 2/1, c) bendine göre genel bir hizmetin görülmesi amaciyle yapılan idarî sözleşmelerden dolayı idare ile bununla ilgili diğer taraf arasında çıkan uyuşmazlıklara 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 dayandıracağı 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,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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/Savu:

Davalı, davacı tarafından öne sürülen olayı **reddetmemekte; ancak, buna karşı diğer bir olayı öne sürerek davayı defetmektedir.** Bu iki türlü olur:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(a) İtiraz :

Davacı tarafından dayanılan olayın, bir **talep hakkına temel olamayacağının**, karşı olaylar öne sürmek suretiyle davalı tarafından **iddia edilmesine** «itiraz/karşı çıkma» denilir. Örneğin, davalı, kendisine bir saat teslim edilmiş i s e d e, bu saatin satılmayıp, b a ğ ı ş l a n d ı ğ ı n ı, bu açıdan 5.000 lira borcu o l m a d ı ğ ı n ı öne sürerse; veya kendisi sezginlik yeteneğinden yoksun olduğundan bir sözleşme oluşmadığını ve bir borç doğmadığını; yahut bu borcu ödemiş bulunduğunu, böylece borcun sona erdiğini iddia ederse, bütün bu durumlarda davaya **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, o n u ö n e s ü r e n tarafa düşer.

(b) Def'i/Savu :

Bununla dava def'i edilmekte, yani gerek davanın dayandığı olaya, gerek **borcun varlığına itiraz olunmamakla** beraber, b a ş k a bir olaya dayanan borçlu, **bu borcu yerine getirmemek hakkını** kazanmış bulunmaktadır. Burada da **bunu öne süren taraf**, kanıtlamakla yükümlüdür.

Def'iler dört türlüdür, örneğin :

aa — Ödemezlik Def'i :

Bir taraf borcunu ödemediği için diğer tarafın da, borcunu yerine getirmekten kaçınması hakkına «ödemezlik def'i» (exceptio non adimpleti contractus) denilir. **B.K.'nun 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 teslime sunulmadığını öne sürerek kendini (ödemezlik def'ini) kullanarak savunur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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 :

Adî 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. Hâlbuki def'ilerde durum farklıdır. Yargıç bunları kendiliğinden dikkate alamaz. Bunu** taraflın, yani **davalının** (borçlunun) **öne sürmesi gerekir.**

EK

HUKUKİ DEYİMLER

—A—

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Ad	Name	Nom	Name
—öz/	Vorname	Prénom	First name
—soy/	Familienname	Nom de famille	Last name
—şirket/ ortaklık	Firmenname	Raison sociale	Company (corporate) name
Adap (âdap)	Moralisch	Moral	Moral
Adalet	Gerechtigkeit	Justice	Justice
Adaletsizlik	Ungerechtigkeit	İnjustice	İnjustice
Adamî	İndividuell	İndividuel	İndividual
Adam öldürme	Tötung	Homicide	Homicide
Adet	Gewohnheit	Coutume	Custom
—/olmak	Gewöhnlich	Habituel	Customary
Adına	in namen	au nom de; en faveur	on behalf of
Adil	Billig	Equitable	Equitable
(i) Adli (yargıçlığa ilişkin)	Juristisch	Juridique	Juridical
(ii) (yargı organına ilişkin)	Gerichtlich; richterlich	Judiciaire	Judicial
—/işlem	Verhandlung	Débats; poursuites	Proceedings

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
—/sicil	Gerichtsprotokoll	Casier judiciaire	Juridical records
Adli yargı organları (mahkemeleri)	Zivilgericht	Tribunal civil	Civil tribunal
Ağırlaştırıcı nedenler	Erschwerende gründe	Circonstances aggravantes	Aggravating circumstances
Aile	Familie	Famille	Family
Aile hukuku	Familienrecht	Droit des familles	Family law, law of domestic relations
—/mallar	Familienvermögen	Biens de famille	Family property
Akıl hastalığı	Geisteskrankenheit	Maladie mentale	Insanity, lunacy
Akıl zayıflığı	Geistesschwäche	Faiblaisse d'esprit	Mental deficiency, idiocy
Akit	Vertrag	Contrat	Contract
— tek taraflı/ler	Einseitige Verträge	Contrats unilatéraux	Unilateral contracts
— iki taraflı/ler	Zweiseitige Verträge	Contrats bilatéraux	Bilateral Contracts
— tam karşılıklı/ler	Gegenseitiger Verträge	Contrats synallagmatiques	Commutative (mutual) contracts
— eksik karşılıklı/ler	Ungleichmässig zweiseitiges Vertrag	Contrats éventuellement bilatéraux	Collateral contracts
— çok taraflı/ler	Mehrseitiger Verträg	Contrats multilatéraux	Multilateral contracts

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Akit (sözleşmede taraf)	Vertragspartei	Contractant	Contracting party
Akit (sözleşme) serbestisi	Vertragsfreiheit	Liberté contractuelle	Freedom of contracts
Akitten (sözleşmeden) doğan borçlar	Vertragsverpflichtung	Obligation contractuelle	Contractual obligations
Akit (sözleşme) yapma zorunluğu	Kontrahierungszwang	Obligation de contracter	Obligation to contract
Akit (sözleşme) yapma sözverisi (vaadi)	Vorvertrag	Promesse de contracter	Preliminary contract
Alacak	Anspruch	Créance	Claim
Alacak davası	Forderungsklage	Action personnelle	Personal action
Alacaklı	Gläubiger	Créancier	Creditor
Amme (kamu) hizmeti	Öffentlicher Dienst	Service public	Public service
Amme (kamu) hukuku	Öffentsliches recht	Droit public	Public law
Amme (kamu) yararı	Öffenliches interesse	Utilité publique	Public welfare
Anane (gelenek)	Gebrauch	Usage	Custom
Anayasa	Verfassung	Constitution	Constitution
Anlaşma	Vertrag	Arrangement	Agreement
Anlaşmazlık	Uneinigkeit	Désaccord	Disagreement
Arazi	Boden	Fonds de terre	Land
Asli (temel) haklar	Grundrechte	Droits fondamentaux	Fundamental rights

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Asliye mahkemesi (yargı organı)	Amtsgericht	Cour (tribunal) de première instance	Court of first instance
Aynî dava	Dingliche klage	Action réelle	Action in rem
Aynî (nesnel) haklar	Sachenrechte	Droits réels	Real rights
	— B —		
Bâtıl (bozuk)	Ungültig	Nul et inexistant	Null and void
Bedel (semen)	Preis	Prix	Value, price
Beklenen haklar	Anwartschaftsrechte	Droits expectatifs	Contingent right (interest)
Beklenilmeyen vaziyet (Umulmayan hal)	Unabwendbares ereignis	İmprévision	Frustration
Bey'i bilvefa (Geri alım)	Rückkauf	Pacte de réméré	Redemption
Borç	Verflichtung	Obligation	Obligation, debt
Borçlar hukuku	Obligationenrecht	Droit des Obligations	Law of Obligations
Borçlu	schuldner	débiteur	debtor
Bozma	Aufhebung	Cassation	Quashing
Butlan davası	Nichtigkeitsklage	Action en nullité	Action for invalidity
	— C —		
Ceza	Strafe	Peine	Punishment
Ceza hukuku	Strafrecht	Droit pénal	Criminal law
Ceza Kanunu	Strafgesetzbuch	Code pénal	Criminal code
Cismanî zarar	Körperverletzung	Lésion corporelle	Bodily injury

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
		—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	Geschäftsübergabe	Transmission	Transfer
Dinî hukuk	Religiöses recht	Droit religieux	Religious law
Duruşma	Hauptverhandlung	Débats	Hearing, trial
Düstur (norm)	Norm	Norme	Norm, rule
		—E—	
Eda, edim	Leistung	Prestation	Performance
Ehliyet	Fähigkeit	Capacité	Capacity
Ehliyetsizlik	Unfähigkeit	Incapacité	Incapacity
Emare (belirti)	İndizien	Indice	Circumstancial evidence
Emir	Befehl	Ordre	Order
Emsal	Präzedenzurteil	Précédent	Precedent
Esas	Grundlage	Base	Basis
Evlat edinme	Annahme	Adoption	Adoption
Evlenme	Ehe	Mariage	Marriage

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Evlenmede noksanlar	Mängel der Eheschliessung	İrrégularités du mariage	Defects of marriage
Evlenmeye itiraz	Einspruch gegen die eheschliessung	Opposition au mariage	Forbidding the marriage
Evlilik birliği	Eheliche gemeinschaft	Union conjugale	Conjugal community
Ev reisliği	Hausgewalt	autorité domestique	Authority over the family

— F —

Fail	Täter	Auteur	Actor
Faiz (ürem)	Zins	İntérêt	Interest
—/direnme	Verzugzins	moratoire	İnterest for default
—/kanuni	Gesetzlicher zins	İntérêt légal	İnterest prescribed by law
—/sözleşmesel	Vertraglicher zins	İntérêt conventionnel	İnterest prescribed by contract
—/oranı	Zinssatz	Taux d'intérêt	Rate of interest
Fer'î (ikinci derece) haklar	Nebenrechte	Droits accessoires	Accessory rights
Fesih (bozulma) davası	Auflösungsklage	Action en résolution	Action for rescission
Fevkalâde (olağanüstü) haller	Aussergewöhnliche umstände	État exceptionnel	Exceptionnal circumstances
Fiil (eylem)	Handlung	Acte, fait	Action, fact
Fonksiyon	Funktion	Fonction	Function
Füru (altsoy)	Descendenten	Descendants	Descendents

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
		—G—	
Gaiplik (yitiklik)	Verschollenheit	Absence	Disappearence
Gelir	Einkommen	Revenu	Income
Gerekçe	Erläuterungen	Exposé des motifs	Legal motives
Grev ve lokavt	Streik und aussperrung	Grève et lockout	Strike and lockout
		—H—	
Hacir (kısıtlılık)	Entmündigung	İnterdiction	Disability
Haciz	Pfändung	Saisie	Seizure
Hadise (olay)	Zwischenstreit	İncident	Incident
Hak	Recht	Droit	Right
Hakim (yargıç)	Richter	Juge	Judge
Hakkın konusu	Rechtsobjekt	Objet de droit	Object of a right
Hakkın kötüye kullanılması	Schikane	Abus de droit	Abuse of rights
Hakkın düşmesi	Rechtsverwirkung	Déchéance	Foreclosure
Haksız fiil (hukuka aykırı eylem)	Unerlaubte handlung	Acte illicite	Tort
Hasar	Gefahr	Risque	Damage, risk
Hata (yanılgı)	Irrtum	Erreur	Mistake
Hazine	Fiskus	Fisc	Treasury

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Hısımlık (akrabalık)	Verwandtshaft	Parenté	Kinship
Hibe (bağışlama)	Schenkung	Donation	Donation
Hile (aldatma)	Absichtliche täuschung	Dol	Fraud
Hukuk	Recht	Droit	Law
Hukuk ilmi	Rechtswissenschaft	Science juridique	Legal science
Hukuki işlem	Rechtsgeschäft	Acte juridique	Act in the law
Hukuki ilişki	Rechtsverhältnis	Fait juridique	Juridical fact
Hukuki olay	Rechtstatsache	Rapport du droit	Legal relationship
Hukuki sonuç	Rechtsfolge	Effet juridique	Legal effect
Hukuki sorun	Rechtsfrage	Point de droit	Matter of law
Hukukun kaynakları	Rechtsquellen	Sources de droit	Sources of law
Hüküm	Entscheidung	Jugement	Decision, decree
Hüküm nedenleri	Entscheidungsgründe	Motifs du jugement	Ratio decidendi
Hüsniiniyet (iyiniyet)			
— objektif	Treu und glauben	Bonne foi	Good faith
— sübjektif	Guter glaube	Bonne foi	Bona fides

—I—

Iztırar (zaruret hali	Notstand	Cas de nécessité	State of necessity

—İ—

İcap (öneri) ve kabul	Offerte und annahme	Offre et acceptation	Offer and acceptance

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
İcra (takip) hukuku	Zwangsvollstreckungsrecht	Législation sur les voies d'éxecution	Legislation on the law of enforcement
İcrai karar	Verfügung	Décision exécutoire	Executory decision
İcra (yürütme) kuvveti	Vollziehende gewalt	Pouvoir exécutoire	Executory power
İçtihat			
— ilmi	Rechtslehre	Doctrine	Jurisprudence
— yargısal	Rechtsprechung	Jurisprudence	Case law
İçtihadı birleştirme	Plenarentscheidung	Décisions des chambres réunies	Decision of joint chambers
İdare hukuku	Verwaltungsrecht	Droit Administratif	Administrative law
İdari eylem	Verwaltungshandlung	Action administrative	Administrative operation
İdari yargı organları	Verwaltungsgerichte	Tribunaux administratifs	Administrative courts
İddia olunan şey	Stretgegenstand	Objet de la demande	Object at issue
İfa	Erfüllung	Exécution	Performance
İfa karinesi	Erfüllungvermutung	Présomption de l'exécution	Presumption of performance
İfa zamanı	Erfüllungszeit	Date de l'exécution	Time of performance
İflâs	Konkurs	Faillite	Bankruptcy
İhbar (bildirim)	Mitellung	Avis	Notice, warning
İhtirazî (saklı) kayıt	Vorbehaltsklausel	Clause de réserve	Reservation
İhtiyarî (serbest) hükümler	Dispositivite Rechtsnormen	Dispositions facultatives	Facultative dispositions
İktisap (edinme)	Erwerb	Acquisition	Acquisition
İlan (duyuru)	Verkündung	Publication	Notice
İnkâr	Bestreiten	Deni	Denial
İntifa (yararlanım) hakkı	Niessbrauch	Usufruit	Usufruct
İptal (bozulma)	Aufhebung	Annulation	Annulment

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
İrade açıklaması	Willenserklärung	Déclaration de la volonté	Declaration of intention
İrtifak (yükümlenme) hakkı	Servitut	Servitude	Easement
İslâm hukuku	Islamisches Recht	Droit Islamique	Muhammedan law
İspat	Beweis	Preuve	Proof
İstihkak (hak) davası	Rückforderungsklage	Action en revendication	Claim
İstirdat (geri alma) davası	Restitutionsklage	Action en répétiton	Action for restitution
İş hukuku	Arbeitsrecht	Législation du travail	Labour legislation
İştirak halinde (ortak) mülkiyet	Gesamteigentum	Propriété commune	Joint tenancy
İtiraz	Einspruch	Opposition	Objection
İvaz (karşılık)	Gegenleistung	Contre prestation	Consideration
İvazsız (karşılıksız) sözleşme	Unentgeltlicher vertrag	Contrat a titre gratuit	Gratuitous contract
İzin	Einwilligung	Permis	Authorization

—K—

Kaide (kural)	Regel, norm	Règle, norme	Regulation, rule
Kanun	Gesetz	Loi	Statute
Kanun koyucu	Gesetzgeber	Législateur	Statute legislator
Kanunda boşluk	Gesetzlücke	Lacune dans la loi	Gaps in the law
Kanundan doğan borçlar	Gesetzliche schuldverhältnisse	Obligations légales	Legal duties
Kanunlaştırma	Kodifikation	Codification	Codification
Kanunname (kod)	Gesetzbuch	Code	Code
Kanunların iktibası (alınması)	Rezeption	Réception	Reception
Karar	Urteil	Décision	Sentence

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Kararname	Urteil, verordnung	Décret	Decree
Karine (belirge)	Vermutung	Présomption	Presumption
Kaynaklar	Quellen	Sources	Sources
Kaza (yargı) hakkı	Justiz	Justice	Justice
Kıyas (benzetme)	Analogie	Analogie	Analogy
Kira	Miete	Bail	Hire
Kiraya veren (kiralayan)	Vermieter	Bailleur	Owner
Kiracı	Mieter	Locataire	Hirer
Kusur	Schuld	Faute	Fault
Küçük	Minderjähriger	Mineur	İnfant
Lâfız (söz)	Wortlaut	Lettre	Letter

— M —

Madde	Artikel	Article	Article
Maddi eda	sachliche Leistung	Prestation matérielle	Material performance
Maddi hata (yanılgı)	Tatsachenirrtum	Erreur du fait	Error of fact
Maddi sorun	Tatfrage	Point de fait	Question of fact
Mahkeme (yargı organı)	Gericht	Tribunal	Court
Mahkeme dışı işlemler	Aussergerichtliche handlungen	Actes extrajudiciaires	Extra judicial acts
Mahkemelerin dereceleri	İnstanzen	Instances	Instances
Makable şâmil (geçmişe etkili)	Rückerwirkung	Rétroactivité	Retroaction
Mallar	Güter	Biens	Goods
—/taşınır mal	Mobilien	Meubles	Movables
—/taşınmaz mal	İmmobilien	İmmeubles	Immovables

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	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	Geschaftsfähigkeit	Capacité d'exercer	Disposing capacity
Medeni hukuk	Bürgerliches recht	Droit Civil	Civil Law
Menfaat (çıkar)	İnteresse	İntérêt	İnterest
Menkul (taşınır) mallar bkz. mallar			
Meslek	Beruf	Profession	Profession, career
Meşru (haklı) savunma	Notwehr	Légitime défense	Legitimate defence
Mevzuat (yürürlükteki yasalar)	Gesetzgebung	Législation	Legislation
Milli (ulusal) hukuk	İnternes recht	Droit interne	National law
Miras hukuku	Erbrecht	Droit des Successions	Rules of Inheritance
Mucip sebepler (gerekçe)	Begründung	Motifs	Leading motives
Mukayeseli (karşılaştırmalı) hukuk bilimi	Vergleichende rechtswissenschaft	Droit Comparé	Comparative Law
Mutlak haklar	Absolute rechte	Droits absolus	Absolute, perfect rights
Mücbir sebep (önlenmez neden)	Höhere gewalt	Force majeure	Act of god
Müessese (kuruluş)	İnstitut	İnstitution	Institution
Müeyyide (yaptırım)	Sanktion	Sanction	Sanction
Müktesep (kazanılmış hak)	Wohlerworbenes recht	Droit acquis	Vested rights

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Mülkiyet hakkı	Eigentumsrecht	Droit de propriété	Property right
Mümeyyiz sezgin)	Urteilsfähigkeit	Cabaple de discernement	of sound mind
Müşterek hukuk	Gemeines recht	Droit commun	Common law
Müzakere (görüşme)	Verhandlungen	Nébat, négociation	Negotiation
	—N—		
Nakıs (eksik) borçlar	Naturalobligationen	Obligations imparfaites, naturelles	Natural obligations
	—O—		
Objektif hukuk	Objektives recht	Droit (objectif)	Law (positive)
Objektif iyiniyet (bkz. hüsniiniyet)			
Otorite	Staatsgewalt	Autorité	Authority
	—Ö—		
Önleyici önlemler	Vorbegungsmassnamhen	Mesures préventives	Preventives measures
Örf ve adet (töre)	Gewohnbeit	Usage, coutume	Custom
Örf ve (töre) hukuku	Gewonnheitsrecht	Droit coutumier	Customary, Common Law

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
		— P —	
Pandekt hukuku	Pandektenrecht	Droit des pandectes	Pandect Law
Pek kötü davranış	Misshandlung	Injure grave	Serious injury
		— R —	
Rehin	Verpfändung	Gage	Pledge
Resmî dil	Staatsprache	Langue officielle	Official language
Resmî evrak (belge)	Öffentliche Urkunden	Actes (titres) authentiques	Legal documents
Resmî gazete	Gesetzblatt	Journal officiel	Official gazette
Resmî sicil (kütük)	Öffentliches Register	Registre public	Public register
Rıza	Einwilligung	Consentement	Intention, will
Rücu (dönme)	Rücktritt	Résiliation	Rescission
Rücu (dönme) hakkı	Rückgriffsrecht	Droit de recours	Right of recovery
Rüçhan (öncelik) hakkı	Vorzugsrecht	Droit de priorité	Preferential right
Rüşt (erginlik)	Mündigkeit	Majorité	Maturity
		— S —	
Saik (etken)	Motiv	Motif	Motive
Selahiyet (yetki)	Ermächtigung	Pouvoir	Power

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Satış	Verkauf	Vente	Sale
Savcılık	Staatsanwaltschaft	Ministère public	Attorney's office
Sebep (neden)	Grund	Cause	Ground, Consideration
Semen (bedel)	Preis	Prix	Price
Semere (verim)	Nutzen	Fruit	Fruits
Senet (belge)	Urkunde	Titre	Deed
Sınaî haklar	Gewerbliche Schutsechte	Droits industriels	Patent rights
Sorgu	Vernehmung	İnterrogatoire	Interrogation
Sorgu yargıcı	Untersuchungsrichter	Juge d'instruction	Coroner
Sulh yargıcı	Amtsrichter	Juge de paix	Justice of the the peace
Sübjektif kamu hakkı	Subjektiv öffentliches recht	Droit public subjectif	Subjective public right
Sükna (oturma) hakkı	Wohnrecht	Droit d'habitation	Right of habitancy
Sükut	Schweigen	Silence, réticence	Silence

—Ş—

Şahıs (kişi)	Person	Personne	Person
—/gerçek kişiler	Natürliche personen	Personnes physiques	Natural persons
—/tüzel kişiler	Juristische personen	Personnes juridiques	Legal persons
Şahit (tanık)	Zeuge	Témoin	Witness
Şahsın hukuku	Personenrecht	Droit des personnes	Law of persons
Şahsî (kişisel) dava	Persönlicher anspruch	Action personnelle	Personal action
Şahsiyet (kişilik)	Persönlichkeit	Personnalité	Personality
Şekil (biçim)	Form	Forme	Form
Şirket (ortaklık)	Gesellschaft	Société	Company
Şuf'a (önalım)/ (öncelikle alım) hakkı	Vorkaufsrecht	Droit de préemption	Right of preemption

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce

—T—

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'appéciation du juge	Discretionary power
Tapu kütüğü	Grundbuch	Registre foncier	Land register
Taraflar	Parteien	Parties	Parties
Tarihçi hukuk okulu	Historische rechtschule	Ecole historique du droit	Historical law school
Tasarruf (egenim)	Verfügung	Disposition	Disposition
Tasarruf (egenim) ehliyeti	Verfügungsfähigkeit	Pouvoir de disposition	Power of disposition
Tasarruf (egenim) işlemleri	Verfügungsgeschäfte	Actes de disposition	Acts of disposal
Tasdik (onama)	Ratifikation	Ratification	Ratification
Tasfiye (arıtım)	Liquidation	Liquidation	Winding up
Tashih (düzeltme)	Berichtigung	Réformation	Rectification, adjustment
Tayin (atama)	Bestellung	Nomination	Appointment
Tazminat (giderim)	Ersatz	İndemnité	Dammages, compensation
Tazminat davası	Schadenersatzklage	Action en dommages intérêts	Action for damages
Tediye (ödeme)	Erfüllung	Paiement	Payment
Teleoloji	Teleologie	Téléologie	Teleology
Temyiz	Revision, Berufung	Cassation	Reversal, appeal
Temyiz kudreti (ayırtım yeteneği)	Urteilsfähigkeit	Capacité de discernement	Power of judgement
Temyiz yargı organı) (Yargıtay)	Reichsgericht	Cour de Cassation	Supreme Court of Appeal

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce
Terk (bırakıp gitme)	Böswillige Verlassung	Abandon malicieux	Wilful desertion
Terkin (silinleme)	Löschung	Radiation	Cancellation
Tespit (saptama) davası	Feststellungsklage	Action en constation	Declaratory action
Tescil (kütüğe yazım)	Registrierung	İmmatriculation	Registration
Teslim	Übergabe	Tradition	Delivery
Tevdi yatırma)	Hinterlegung	Consignation	Deposit
Ticaret hukuku	Handelsrecht	Droit commercial	Commercial law
Ticaret yargı organları	Handelsgerichte	Tribunaux de commerce	Commercial courts
Tüzük	Rechtsverordnung	Réglement	Regulation
	— U —		
Unsur (öz)	Tatbestand	Élément	Element
Usul hukuku	Prozessrecht	Droit de procédure	Law of procedure
Uzlaşma	Vermittung	Conciliation	Reconciliation
	— Ü —		
Üçüncü kişi	Drittperson	Tierce personne	Third party
Üniversite	Universität	Université	University
Üst (yapı) hakkı	Baurecht	Droit de superficie	Right of superficies

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce

—V—

Vaad (sözveri)	Schuldversprechen	Promesse	Promise
Vasıflandırma	Qualifikation	Qualification	Qualification
Vasıta	Mittel	Moyen	Means
Vasi (koruman)	Vormund	Tuteur	Guardian, tutor
Vazi îl yed (eli altında tutma)	İnhaber	Détenteur	Physical possessor
Velayet (egelik)	Elterliche gewalt	Puissance paternelle	Parental right
Vesayet (korumanlık)	Vormundschaft	Tutelle	Tutorship
Yazılı hukuk	Kodifiziertes Recht	Droit écrit	Statute law
Yetki	Ermächtigung	Pouvoir	Power, authority
Yorum	Auslegung	İnterprétation	Interpretation
—/hukuki yorum	Juristische auslegung	İnterprétation juridique	Legal interpretation
—/yargısal yorum	Richterliche Auslegung	İnterprétation juridique (doctrinaire)	Judicial interpretation
Yorum hükümleri	Auslegungsvorschriften	Dispositions interprétatives	Interpretative provisio
Yorumlayıcı (yedek) hükümler	Dispositives Recht	Droit dispositif	Variable provisions
Yönetmelik (talimatname)	Verordnung	Réglement	Regulations

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türkçe	Almanca	Fransızca	İngilizce

— Z —

Zabıtlar (tutanak)	Niederschrift	Procès verbal	Records
Zamanaşımı	Verjährung	Prescription	Statute of limitations, prescriptions
Zarar	Schaden	Dommages	Loss, damages
Zilyetlik (elmenlik)	Besitz	Possession	Possession
—/bağımsız (asli)	Selbständiger Besitz	Possession originaire	Original possession
—/bağımlı (fer'i)	Unselbständiger Besitz	Possession dérivée	Derivative possesion
Zilyetlik (elmenlik) davası	Besitzschutzklage	Action possessoire	Possessory action

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ