

YARGITAY DERGİSİ

KURULUŞ : OCAK 1975

Cilt : 6

Ekim 1980

Sayı : 4

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

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan Derviş TURHAN

Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ

- Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir. Aksi halde ücret ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.
- Gerekli görüldüğünde yazılarda, öze değinmeyen dil ve yazım düzeltmeleri yapılabilir.

Derginin sayısı 75.— TL., abone bedeli 300.— TL. dir.

Abone işleri için Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

Tel : 17 15 36
18 21 90/386

YAYIN KURULU

Başkan :	Ali Rıza ÖNDER	(9 uncu Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	Mahmut CUHRUK	(9 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Mustafa GÜRSEL	(14 üncü Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Mümin KAVALLALI	(8 inci Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	A. Oğuz AKDOĞANLI	(1 inci Hukuk Dairesi Üyesi)

İ Ç İ N D E K İ L E R

	<u>Sayfa</u>
I — GENEL KONULAR	
a) — M. Sabri LİVANELİOĞLU :	1980-1981 Adalet Yılı Açış Konuşması 429 - 435
b) — Atillâ SAV :	1980-1981 Adalet Yılı Açılı- şında Yaptığı Konuşma ... 436 - 443
c) — M. Mazhar BUDAK :	1980 Yılı Adli Araverme Ne- deniyle Düzenlediği Basın Toplantısı Konuşması 444 - 453
II — CEZA HUKUKU	
a) — Prof. Dr. Öztekin TOSUN :	Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi Ve Basın Hürriye- ti İle İlişkisi (I) 454 - 466
b) — Sami SELÇUK :	Dolandırıcılık Cürmünü Hır- Hırsızlık Ve İnancı Kötüye Kullanma Cürümlerinden Ayıran Ölçütler 667 - 481
c) — Metin ERTUĞRUL :	1918 Sayılı Yasanın Uygula- nmasında Cif Değer 482 - 485
III — MEDENİ HUKUK	
a) — Zekâi ÖZDİL :	Taşınmaz Mal Edinmede İyiniyet Kuralıyla İlgili Yeni Bir Uygulama 486 - 491
b) — Muammer ŞATIROĞLU :	Babalık Davasında Maddi Ve Manevi Tazminat (I) ... 492 - 506
IV — BORÇLAR HUKUKU	
a) — A. İsmet ARSLAN :	Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Taz- minat Taleplerine Etkisi (III) 507 - 528
b) — Dr. M. Ali ERTEN :	Serbest Zaman, Tatil Veya Seyahat Zevkinden Yoksun Kalma Nedeniyle Zarar Kavramı Üzerinde Bir İnce- leme 529 - 537

V — TİCARET KANUNU

- a) — Nail SUCU : Anonim Ortaklıklarda Pay Senedinin Sahibine Sağladığı Haklar (II) 538 - 559
- b) — M. Kemal MUTLUAY : Zamanaşımına Uğramış Bononun Takip Ve Maddi Hukuktaki Yeri 560 - 566

VI — CEZA YARGILAMA HUKUKU

- a) — Cemil SAATÇİOĞLU : Sanığın Sorgusu 567 - 576
- b) — M. Naci ÜNVER : Çocuk Mahkemeleri Kurulurken 577 - 581

VII — KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

- a) — Nihat YAVUZ : Mukayeseli Hukuk Açısından Dava Açılmasının İyi Niyetli Zilyedi Hangi Andan İtibaren Kötü Niyetli Zilyed Haline Sokacağı Sorunu 582 - 599

VIII — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

- a) — Bülent AKMANLAR : Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler 600 - 603

IX — BİBLİYOGRAFYA

- a) — Ali Rıza GENİŞ : 1980 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası 604 - 609

X — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) — Ali Rıza GENİŞ : 4 Temmuz Konuşmaları
13 Temmuz Konuşması
Yeni Seçilenler
Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar
Yitirdiklerimiz
Yasalar Tüzükler Yönetmelikler
Yazarlara Açıklama
Yargıtay Yayınları 610 - 627

GENEL KONULAR

Yargıtay Birinci Başkanvekili
Sayın M. Sabri Livanelioğlu'nun
1980 - 1981 Adalet Yılı Açış Ko-
nuşması. 8 Eylül 1980

SAYIN KONUKLAR

DEĞERLİ MESLEKTAŞLARIM

1980 - 1981 Adalet Yılı'nı taze bir güç ve yeni umutlarla açıyorum. Bugün başlayan yeni Adalet Yılı'nın Ülkemize ve Yüce Ulusumuza hayırlı, uğurlu ve başarılı olmasını dilerken toplantımıza onur verdiğiniz için sizlere Yüce Yargıtay adına teşekkürlerimi sunarım.

Acı ve tatlı anılarla dolu bir yılı daha geride bıraktık. Türk Milleti adına Yargı Yetkisini kullanan Bağımsız Mahkemeler bugün büyük bir coşku ve yurt gerçeklerinin bilinci içinde çalışmaya başladılar.

Yurt gerçekleri derken, iyi niyetle alınan tüm önlem ve çabalara karşın özellikle ardı arkası kesilmeden sürüp giden şiddet eylemlerine işaret etmek istiyorum. Ulusumuzun soyluluğuna, yüceliğine, şanlı tarihine inanç ve ahlâk anlayışına ters düşen ve Milletçe büyük acılara, üzüntülere neden olan eylem ve cinayetlerin her gün biraz daha tırmanarak bilinen boyutlara ulaştığı ve giderek Ulusal Birliğimizi, Vatanın Bölünmezliğini ve Cumhuriyetimizi tehdit etmeğe başladığı acı da olsa bir gerçektir.

Ama hemen belirtiyim ki; Ulusal Egemenlik ve Bağımsızlık temeli üzerine kurulmuş bulunan, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olan Türkiye Cumhuriyeti güçlü bir devlettir. Ne yandan gelirse gelsin, hangi boyutta olursa olsun her türlü terör ve anarşiyi tümüyle yok etmeye daima muktedirdir. Bu bakımdan karamsar değiliz. Yeterki, ülkenin yönetiminde görev alan tüm sorumlular ve bütün kuruluşlar öz varlığımıza yönelik iç ve dış kökenli tehlikelerin bilinci içinde her türlü yan düşünceyi ve kısır çekişmeleri bir yana bırakarak Atatürk miliyetçiliği Atatürk ilkeleri doğrultusunda birleşsinsinler; elbirliğiyle, gönülbirliğiyle önlemler saptayıp vakit geçirmeden uygulamaya koyabilsinler. Böylece ve yansız bir yönetim ile Devlet güçlerinin ülkemizi tehdit eden terör ve anarşiyi ön-

leyeceğine ve Ulusça özlemini çektiğimiz huzur, refah ve güven ortamına ulaşılacağına yürekten inanıyoruz. Yüce ulusumuzun umut ve sabırsızlıkla beklediği hizmet de kuşkusuz budur.

Devletin temel güçlerinden biri olan Yargı gücü, çok nedenli ve olumsuz etkenlere karşın hukuka bağlılığı, kendisine özgü ağırlığı ve yansızlığı ile ulusunun ve devletin daima yanında ve hizmetindedir. Yargı organlarını oluşturan hâkim ve Cumhuriyet Savcıları yaşamlarına yönelik saldırı ve cinayetlere rağmen Adaletin Mülkün Temeli olduğuna inanarak görevlerini sürdürmektedirler. Devletin gücünü, hukukun üstünlüğünü ve Anayasal Düzeni korumada gösterdikleri duyarlılık ve titizlikten dolayı onları huzurlarınızda kutlamayı zevkli bir görev sayarım.

Giden Adalet yılı içinde aramızdan ayrılarak sonsuzluğa göçen yada kutsal yargı görevlerini hak için ulus adına yerine getirmelerinden dolayı canlarına kıyılan hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve Adalet mensuplarına ulu Tanrıdan rahmet ve kederli ailelerine dayanma gücü diler, hunharca işlenen insanlık dışı cinayetleri nefretle kınarız.

Yine giden Adalet yılı içinde yasal yaş sınırını doldurarak yada istekleriyle emekliye ayrılmış bulunan, yaşamlarının en değerli, en verimli yıllarını Hak ve Adalet yoluna harcıyan, ülkemize ve Adalete unutulmaz ve erişilmez hizmetleriyle başarının doruğuna erişen çok değerli meslektaşlarıma yeni yaşamlarında da sağlık, mutluluk ve başarılar dilerim.

Sayın Konuklar,

Değerli Meslektaşlarım.

YARGININ ÖNEMİ

Bilindiği gibi Adalet, Toplum yaşamını düzenleyen ve mutluluğun temelini oluşturan asil bir duygudur. En ilkelinden en uygarına kadar bütün toplumlar tarih boyunca hak ve adalete gereken önemi ve değeri vermiş, onu kutsal bilerek güven ve mutluluğunu onda aramıştır. Böylece Adalet dağıtımı toplumun en önde gelen hizmeti sayılmış ve zaman zaman bu görev devlet başkanları tarafından yürütülmüştür.

Şurası bir gerçektir ki; Toplum olsun, birey olsun yaşamlarını ve işlerini güvence içinde sürdürmek isterler, bu, onların en doğal haklarıdır. Kimden gelirse gelsin, hangi türden olursa olsun tüm

haksızlıklara karşı en büyük güvence ise kuşkusuz bağımsız mahkemelerdir. O halde mahkemelerin kesinlikle yansız, güvenilir, her türlü kuşku ve etkilerden uzak ve saygın olması, toplumun güven ve huzuru için şarttır. Ancak bu inanç ve güvenle yaşamlarını sürdüreceğ ve haksızlıklar karşısında «Türkiye’de hâkim var» diyebilmenin güvencesi içinde huzurlu olacaklardır. Bu bakımdan Adalet dağıtımını devletin en önde gelen ve vazgeçilemeyen görevleri arasındadır. Ulusumuzca içtenlikle benimsenen ve yüzyıllar boyu değerini yitirmeden uygulanan «Adalet Mülkün Temelidir» ilkesinin anlamı da budur. O halde toplumun huzur ve mutluluğu için Yargıya ve onun temsilcileri olan hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve Adalet Mensuplarına en üst düzeyde ilgi göstermek onları maddi ve manevi yönlerden tatmin ederek güvenilir ve saygın kişiler haline getirecek önlemleri almak devletin ve hepimizin ortak görevi olmalıdır.

Kuşkusuz tek yanlı çabalarla amaca ulaşılması düşünülemez. Hâkim ve diğer Adalet Mensuplarının da maddi ve manevi sorumluluklarının bilinci içinde görev yapmaları ve bu yolda alınacak önlem ve çabalara yardımcı olmaları da zorunludur. Zira toplum ve bireyler son merci olan mahkemeye ve onu yöneten hâkime inanmak ve güvenmek ihtiyacındadırlar. Böyle olunca hâkimin de özel ve resmi yaşantısını hizmetin özelliğine, saygınlığına ve ciddiyetine yaraşır biçimde düzenlemesi gereklidir. Hâkim ciddi, vakur, dürüst - zeki, kavrayışlı ve bilgili olmalı, konuşması, giyinmesi ve davranışlarıyla toplumun güven ve saygısını kazanmalıdır. Hangi koşullar altında olursa olsun daima yansız kalmalı kendisine gösterilen güven ve saygınlığı hiçbir nedenle yitirmemelidir. Bugün Adalet dağıtımında görev alan Hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve Adalet mensuplarının bu gerçeklerin bilinci içinde ve her türlü olumsuz etkilere karşı büyük bir özveri ile görevlerini sürdürdüklerine inanıyor ve bunu huzurlarınızda açıkça belirtmekten kıvanç duyuyorum.

İŞ VE KADRO DURUMU

Biraz önce değindiğim şiddet eylemleri ve ekonomik kökenli bunalımlar türlü kötülükleri yanında bireyleri olumsuz yönde etkilemekten geri kalmamış, nüfus artışı ve değişen yaşam koşullarıyla birlikte toplum düzenini ve güven duygularını sarsarak bir sürü uyuşmazlık ve sürtüşmelere de neden olmuştur. Bu uyuşmazlıkların büyük bir bölümü dava konusu yapılarak çözüm için yargı organlarına yansımış ve esasen çok dar bir kadro ve türlü olanaksızlıklar içinde görevlerini sürdürmeye çalışan mahkemelerin işini gi-

den yıllara oranla önemli ölçüde artırmıştır. Adli İstatistiklerde yer alan rakam ve bilgilerle sizleri bunaltmak istemem. Ancak şu kadarını belirteyimki hukuk ve ceza olmak üzere ülkemizdeki bütün mahkemeler, bir önceki yıldan kalanlarla birlikte her yıl yaklaşık Üç Milyon davaya bakmak zorundadırlar. Buna karşın Türkiye'deki hâkim kadrosunun tamamı 3641'dir. Son yıllarda yetenekli hâkim bulunamadığı ve mesleğe karşı rağbet de azaldığı için bu kadrolardan yaklaşık 500 kadarı açık kalmaktadır. 345 Hâkime de Yargıtay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Adalet Bakanlığı'nda tetkik hâkimliği ve müfettiş hâkimlik görevi verilmiştir. Böylece kürsüde çalışan ve yılda üç milyon davaya bakacak olan hâkim adedi 2800 - 3000 dolayındadır. Bu hesaba ve bazı mahkemelerin 3'er hâkimden oluşmuş bulunmasına göre mahkemelere gelen iş her mahkemenin bakabileceğinden kat kat fazladır. Halbuki Yüksek Hâkimler Kurulu'nun deneylere dayanarak kabul ettiği ilkelere göre bir Ağır Ceza Mahkemesi yılda ortalama 250, Asliye Ceza ve Asliye Hukuk Mahkemeleri 500 - 750, Sulh Hukuk ve Sulh Ceza Mahkemeleri ise 1000 - 1200 davaya bakabilirler. **Bu durumda davaların zamanında ve isabetle sonuçlandırılmasını beklemek her halde aşırı bir iyimserlik olur. Hâkimlerimizin gelen ve biriken işleri kısa sürede sonuçlandırmak amacıyla gösterdikleri tüm çabalara ve özverili çalışmalarına karşın davalar uzamakta ve Adalet dağıtımını gecikmektedir. Geciken adalet ise değerinden çok şey yitirir.** Toplumda huzursuzluklara ve yurttaşın haklı yakınmalarına neden olan bu konunun yetkili kurumlarca vakit geçirilmeden ele alınmasını ve davaların nitelikleriyle artış oranları, kentlerdeki nüfus yoğunluğu ve ekonomik bunalmalar gözönüne alınarak Adli İstatistikler üzerinde yapılacak bilimsel çalışmalarla yargı organlarının gereksinme duyduğu mahkeme ve hâkim kadrolarının tesbit ve teminini ve hâkimlik mesleğinin daha cazip hale gelmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını zorunlu görmekteyiz.

Yargıtay'ın iş durumuna gelince : Sadece 1979 yılında gelen işlere ait bilgiler vermekle yetineceğim. 1979 yılında Yargıtay'a 153.301'i hukuk, 71.886'sı ceza olmak üzere toplam 221.953 dava dosyası gelmiştir. Bir önceki yıldan kalan 18.222 dava ile birlikte 243.409'a ulaşan işten, senesi içinde 224.789'u sonuçlandırılmış geri kalan 15.192 dava 1980 yılına aktarılmıştır. Yargıtay'a bir ayda 20.000 dolayında dava geldiğine göre yeni yıla kalan 15.192 dava dosyasının yılın son ayında ve hatta son günlerinde gelen işler olduğunu ve bu nedenle Yargıtay'da bir iş birikiminden söz edilemeyeceğini kıvanç duyarak açıklamak isterim.

Sunulan bu rakamlar hukuk ve ceza daireleriyle genel kurullarda işin üstesinden gelebilmek için Yargıtay Hâkimlerinin ne denli yoğun ve dayanılması gerçekten güç bir çalışma içinde bulunduğunu açıkça vurgulamaktadır.

Bazı dairelerde işlerin biriktiği, normal çalışmalarla bu birikimin giderilemediği dönemler görülmüş ve bu durum haklı sızlanmalara neden olmuşsa da alınan önlemlerle 1979 ve 1980 yıllarında yakınlarda nedenlerinin büyük ölçüde giderilmiş olduğunu söyleyebilirim. Bu iş çokluğu içinde Yargıtay, İçtihadlarını Birleştirmek, Yasaların Ülkenin her yerinde eşit biçimde uygulanmasını sağlamak, toplumun gelişen ve değişen gereksinmelerine çare olacak nitelikte hukuki içtihatlar yaratmak gibi asıl görev ve işlevini de yerine getirmiştir.

MAHKEME BİNALARI

Yargı yetkisinin kullanılmasında görülen aksamalar ve davaların uzamasının tek nedeni kuşkusuz iş çokluğu ve hâkim kadrosunun yetersizliği değildir. Yargı organlarının daha birçok sorunları vardır. **Bunların önde gelenlerinden biri de mahkeme binalarının durumudur. Başkent Ankara da dahil olmak üzere çoğu il ve ilçedeki mahkeme binalarının bugünkü durumu gerçekten yürekler acıdır.** Çok yerde hâkimlerin çalışma odaları, duruşma salonları ve dosyaların korunması için yerleri bile yoktur. Var olanlarıda yetersiz, elverişsiz ve en alt düzeyde de olsa huzurlu ve verimli çalışma olanaklarından yoksundur. Halbuki görülen hizmet devletin başta gelen görevlerinden biri Türk Ulusu adına adalet dağıtımıdır. Mahkemelerin kendilerine özgü bir saygınlığı eski deyimle mehabeti olmalıdır. Bu saygınlık duygusunun oluşmasında kuşkusuz hâkimin çalıştığı, tarafları karşısına alıp duruşma yaptığı ve hükmünü açıkladığı salon ve binaların önemli katkısı vardır. Ülkemizde ve bütün dünyada mahkemelerin çalıştığı binalara Adalet sarayı denilmesinin nedeni de budur. Mahkeme binalarına verilecek önem ve gösterilecek özen ve o yerde çalışan hâkimin kişiliğine değil tümüyle Türk Milleti'nin yargıya karşı olan güven duygularını sağlamaya yöneliktir.

İşte mahkemelerin en azından hafife alınmasına neden olan bu gerçeğin bilinci içinde yetkili kuruluşların konuyu gereken önem ve ciddiyetle ele alıp köklü tedbirlere yer verecek biçimde işin planlamasını ve bütçe olanakları ölçüsünde hemen uygulamaya konulmasını yürekten diliyoruz.

KONUT SORUNU

Yeni yapıların artan nüfusun gereksinmelerini karşılamaktan uzak kalması nedeniyle konut, ülkemizde genel bir sorun haline gelmiştir. Bir il veya ilçeye atanan hâkim ve Cumhuriyet Savcısının gittiği yerde oturabileceği bir ev bulabilmek için nedenli zorluklarla karşılaştığını kestirmek zor değildir. Bu koşullar altında hâkim çoğu kez ailesiyle birlikte otel odalarına sığınıp aylarca beklemekte ve ev bulabilme telaşı içinde ezikliğini duya duya, sakıncalarını bile bile istemediği kişilerin aracılığına başvurmaktadır. Bu durumun yaratabileceği sakıncaların bilinci içinde 1976 yılından bu yana ve yurdumuzun en gelişmiş yörelerine öncelik tanınarak Hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve Adalet Mensupları için konut yapımına başlanmış olmasını sevinçle karşılıyoruz. **Ne varki bir-kaç yüz milyarı bulan devlet bütçesinden bu iş için ayrılan ödenek amacın gerçekleşmesine hiçbir zaman yeterli olamamıştır. Bu bakımdan konunun daha ciddi bir biçimde ele alınmasını ve sembolik olmaktan ziyade yeterli sayılacak oranda ödenek sağlanarak sorunun çözümlenmesini umutla bekliyoruz.**

ADALET PERSONELİNİN SORUNLARI

Bilindiği üzere Adalet hizmeti toplu bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu çalışmayı yapan, hizmetini bireyin ve toplumun yararına ortaya koyan insan gücüdür. Hizmeti yapan kişileri hâkim olsun, savcı olsun, hakem personeli olsun birbirinden soyutlamak, ayrı düşünmek olanaksızdır. Böyle olunca çalışan kişilerin hizmetlerinin değerlendirilmesinde farklı yaklaşımlarda bulunmak son derece üzücü ve sakıncalıdır. Yargıya ait görevlerin yerine getirilmesine özverili çalışmaları ile önemli ölçüde katkıda bulunan ve kuruluş için vazgeçilmez bir unsur olan kalem personelinin ekonomik ve toplumsal sorunlarının çözümüne yardımcı olmak hepimizin ortak görevi olmalıdır. Son derece duyarlı olduğumuz bu konuya gereken önemin verilmesini ve sorunun çalışanlar yararına en ivedi ve gerçekçi biçimde çözümlenmesini yürekten diliyoruz.

Sayın Konuklar,

Değerli Mestektaşlarım.

Hoş görünüze sığınarak ve yararlı olacağı inancı ile sorunlarımızdan bazılarını dile getirmeye çalıştım. Açıklamalarım kesinlikle bir yakınma değil, birer dilek ve uyarı niteliğindedir. Amacımız

iyinin daha iyi olması ve yargı organlarının Yüce Ulusumuza lâyük düzeye ulaşmasıdır. Bundan önceki yıllarda Yargıtay Başkanları tarafından gözler önüne serilen sorunlardan bazıları yetkili makamlarca dikkate alınmış ve olanaklar ölçüsünde çözüme kavuşturulmuştur. Bugüne dek sorunlarımızı ilgi ve duyarlılıkla karşılayıp çözüme ulaşmasını sağlayan yasama meclisleri ve yürütme organlarına şükranlarımı sunarken bu ilgi ve duyarlılığın bundan böyle de sürmesini yargı adına içtenlikle diler, hepinize sonsuz saygılar sunarım.

1980 - 1981 Adalet Yılı Açılışında
Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Sayın Atilla Sav'ın Konuşması.
8 Eylül 1980

Adalet yılının açılışı nedeniyle oluşan bir güzel meslekî gelenekten yararlanarak Türkiye Barolar Birliği'nin bazı görüşlerini sunmak istiyorum.

Geçtiğimiz adalet yılı içindeki gelişmeler önümüzdeki dönemde bu yakınmaları aşan bir siyasal ve ekonomik gelişmeyi belirlemektedir. Bu gözlem kaygı vericidir.

Geçen dönemde başta avukatlar olmak üzere yargıçlara, savcılara ve adalet görevlilerine saldırılar yapıldı. Yargının anayasal işlevini yapmasını engellemek amacıyla yapılan bu saldırıların bir bölümü silâhla yapılmıştır. Bunlarda yirmiyi aşkın değerli meslektaşımızı yitirdik. İçten dileğimiz önümüzdeki dönemde benzer olayların yinelenmemesidir.

Toplumumuzun -her kurumdan olduğu gibi- adaletten de şikâyetçi olmadığı söylenemez. Yurttaşlarımız -özellikle de biz hukukçular- güncel gelişmelerin arkasında kalmış, eskimiş yasaların yargının onuruna yaraşmayan elverişsiz yapılarda ve özensiz biçimde uygulanmasından yakınmaktayız.

«Adalet Mülkün Temelidir» özdeyişi bütün adalet yapılarında asılı duruyor. Buradaki «mülk» sözünün «Devlet» anlamında olduğunda kuşku yok. Ama Devlet'in onurunu, kişiliğini ve varlığını korumakla görevli kişilerin yargıya bu gereğe uygun olanaklar hazırladıkları söylenemez. Çoklukla adalet hizmetine elverişsiz, kiralık yapılarda çalışan mahkemeler, hizmetin içerdiği yücelik kavramına aykırı koşullar içinde bulunmaktadır. Araç-gereç-donanım yetersizliğin yanısıra yardımcı personel sıkıntısı da hizmeti büyük ölçüde aksatmaktadır.

Kabul etmek gerekir ki, toplumsal ve ekonomik bunalımlar, adaletin de işini olağandışı biçimde arttırmakta ve ağırlaştırmaktadır. Bugün ülkemizde mahkemelerde görülen dava sayısı yaklaşık 3 milyondur. Özellikle büyük kentlerde ortalama hemen her

ailenin bir davası bulunmaktadır. Bu iş çokluğu yargının işlemini güçleştiren ve ağırlaştırıcı bir durumdur. Ama tek etken değildir.

Cumhuriyetimizin kurucusu Atatürk'ün Devletimize gösterdiği erek «çağdaş uygarlık düzeyi»dir. Çağdaş uygarlık düzeyine erişmiş bütün ülkelerde «adalet sarayı bir anıttır» özdeyişine uygun yapılar da adalet görevlileri çalışmaktadır.

Ülkemizde - başkent de içinde olmak üzere - büyük kentlerimizin hiçbirinde adalet yapıları çağdaş uygarlık gereklerine uygun durumda değildir. Bu bir gerçektir. Bu gerçek, yoksullukla ya da olanaksızlıkla ilgili değildir. Adaletle göre çok daha ikincil görevler yapan kamu kuruluşları «lüks» yapılarda, geniş olanaklarla çalışmaktadır. Benzer olanaklar adaletten esirgenmektedir.

Kuşkusuz bu, temelde bir sorun'a bakış ve anlayış işidir. Devlet kavramını yücelten işlemlerin başında adalet gelir. Adalet'in gereken önemle işletilmediği hiçbir devlet, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşamaz. Bu bakımdan Atatürk'ün hukuk ve adalet için çizdiği ileri ve uygar yürüğe erişebilmek için mutlaka adalet yapılarına, adalet görevlilerine ve en geniş anlamda adalet hizmetine gereken önem verilmelidir.

Cumhuriyetimizin kuruluşunda gerçekleştirilen Hukukta ve Adalet hizmetlerindeki devrim, bir noktada kalmıştır. Toplumumuzun gelişmesine ayak uydurarak bu devrimin sürekliliği sağlanmak gerekirken bu noktada gözden uzak tutulmuştur.

Türkiye Barolar Birliğinin kuruluşundanberi desteklediği «Hukuk Reformu» ve «Adalet Reformu» ilkeleri bu anlamda ve doğrultudadır.

Türk Hukuku ve Adalet, bu ilgisizlik nedeniyle toplumsal gelişmeye ayak uyduramama durumunda bırakılmıştır.

Çağdaş uygarlığın geliştirdiği yöntemlerden, araç - gereç ve donanımdan adalet hizmetlerinde de yararlanmak zorundayız. Bilgisayar günümüzde her alana girmiştir. Bilişim (informatique) çağdaş bilimsel ve teknik gelişmenin ürünüdür.

İster Devlet olsun, ister bir işletme; yönetimde her zaman bir «karar» söz konusudur. Doğru karar, doğru bilgiye dayanır. Doğru

bilgi, verilmesi gereken kararlar için anlamlı olacak biçimde ve zamanda yönetimin çeşitli katlarına akıtılmalıdır. Yönetimi desteklemek üzere bu işleri yüklenen düzene «bilişim sistemi» denmektedir.

Ülkemizde de adaletin bilişimden yararlanması zamanı gelmiştir, geçmektedir. Hukuk kaynağı olan yüksek mahkeme içtihatlarının ve adalet sicillerinin bilişim sistemine aktarılması gerekmektedir. Böyle bir teknik ve bilimsel destek yanlış infaz ve tahliyeler gibi adli sicillerde yapılan her türlü yanlışlıkları da önleyecektir. Öteyandan, hukuk kaynaklarının en doğru biçimde yargıç, savcı ve avukatların elinin altında bulundurulması yargılamanın uzamasını ve yanlış kararları en aza indirecektir. Bir «Türk Hukuk Bilişim Kurumu»nun kurulması çalışmalarında Türkiye Barolar Birliği payına düşen görevi yapma çabasında olacaktır.

Üzerinde önemle durulması gereken bir nokta da ceza ve tutuk evlerinin durumudur. Özellikle son zamanlar cezaevlerinde olağan duruma gelen «kaçış» olayları çok kaygı vericidir. Bu durum, yargının işlerliğini ve etkinliğini zedelemektedir.

Ülkemizdeki ceza ve tutukevlerinin önemli bölümü çağdaş infaz sistemine uygun değildir. Ceza ve tutukevleri yapılması için sağlanan önemli bir yasal kaynak (ceza ve tevkifevleri harcı) gereği gibi kullanılmamaktadır. Bu alanda mutlaka etkin önlemler alınması ve girişimlerde bulunulması gerektiği görüşünü bir kez daha yinelemek isteriz.

Anayasamız, savunma hakkı açısından etkin kurallar öngörmektedir. 31. maddede yeralan «hak arama özgürlüğü» ve «savunma hakkı» kavramları 11. maddedeki tanımla «kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler» dendir. Devlet bunları sınırlayan engelleri kaldırmakla yükümlüdür. Bu hak ve özgürlüklerin özüne yasayla da olsa dokunulamaz.

Anayasal durum bu olduğu halde, yasalardaki düzeltmeler hâlâ yapılmamıştır. Düzeltme bir yana yasalardaki hükümlerin dahi tümüyle uygulanmadığı yolunda savunmanın yakınmaları vardır. Bunları bir kez daha sergilemek zorunda kaldığımız için üzgünüz. «Soruşturmadaki gizlilik» anlayışını savunma'nın özüne dokunan biçimde uygulandığı Birliğimize iletilen bilgilerden anlaşılmaktadır.

Temel kural şudur : «**Suçlamanın başladığı anda, savunma da başlar.**» Bir kimsenin hangi nedenle olursa olsun özgürlüğünün kı-

sıtlanması, gözaltına alınması hatta «sanık» olarak sorguya çekilmesi onun suçlandığını, «itham» altına alındığını belirler. O andan başlayarak savunma da bütün eşit olanaklara kavuşturulmalıdır. İlgili istediğinde avukatı yanında olmalıdır. Avukatı yanında olmadan «ikrar» da bulunan sanığın açıklaması da geçerli olmamalıdır. Özellikle «işkence» savlarının yaygınlaştığı dönemlerde, bu yöntem sorguyu ve soruşturmayı güvenli ve işler duruma getirecektir.

Gözaltına alınan kimsenin nerede olduğunun bilinmediği, öğrenilemediği, başvuruda bulunan avukata dahi bilgi verilmediği bir ortamda savunma hakkının kısıtlamasız işlediği söylenemez.

Anayasa'nın 30. maddesinde yer alan «kişi dokunulmazlığı»nın ilkesinden çok ayrık hükümlerinin kural gibi işlemekte olması kaygı vericidir. Gözaltına alınan kimsenin en geç 48 saatte yargıç önüne çıkarılması zorunludur. Bu süre sıkıyönetimde onbeş günü geçemez. Aslında bu süre çok uzundur. Ancak onbeş günlük süre ayrık hükmün de üst sınırındır. Oysa uygulamada kural biçimine dönüştüğü görülmektedir. Yani gözaltına alınan kimsenin onbeş güne kadar yargıç önüne çıkarılmadan tutulduğu ve nerede olduğunun bile yakınlarına ve avukatına söylenmediği bir ortamda, avukatın çalışmaması savunmaya çok şey kaybettirmektedir.

Bu uygulamanın yasal dayanağı yoktur. Avukat müvekkili ile her zaman görüşebilir. Görüşme savunmanın gereğidir. Bu nedenle de hak'tır. Hazırlık soruşturmasının gizliliği kuralı savunma'ya yönelik olarak düşünülemez. Suçlamayı bilmeden savunma yapılamaz. Oysa bugün uygulama bu yoldadır.

Yakalanan ya da gözaltına alınan kimse gözaltı süresinde avukatıyla görüştürülmemektedir. Ceza Yargılama Usulü Yasası'nın 144. ve Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Yasası'nın 91. maddeleri gereğince tutuklu, avukatı ile her zaman görüştürülür.

Tutuklu kişi suçluluğu hakkında inandırıcı kanıtlar ve belirtiler olan sanıktır. Hiç değilse bu noktada hakkında bir yargıç kararı vardır. Oysa yakalanan ve gözaltına alınan kişi hakkında böyle bir yargıç kararı da yoktur. Öyleyse gözaltına alınan kişinin durumu daha hafiftir. Yorum yöntemi (evveliyat kuralı) uyarınca tutukluya tanınan hakkın gözaltında bulunan kişiye tanınması evleviyetle gereklidir. Tersine tutum yasaya aykırı ve yanlış bir uygulamadır.

Bugün bu yanlış uygulamanın yaygınlığı kaygı verici boyuta ulaşmıştır. Anayasanın öngördüğü özgürlük düzeni ciddi biçimde yalalanmaktadır.

Bugün olağanüstü bir ortamın varlığı kabul olunabilir. Böyle bir ortamda da olsa savunma, görevini eksiksiz yapabilmelidir. Bugün sıkıyönetim ve kolluk güçlerince gözaltına alınanların durumları günlerce açıklanmamakta, yakınlarına bildirilmemekte ve avukatları ile görüşmelerine de izin verilmemektedir.

Savunmanın her aşamasında görev yapan avukatın karşılaştığı güçlükler savunmayı engelleme amacına yönelik olamaz. Böyle ise bu çok ağır bir yanılğı olur. Tarih böyle bir yargılamayı hiçbir zaman kabul etmeyecektir.

Savunma görevi yapan arkadaşlarımız her zaman olduğu gibi bütün güçlülere karşın büyük bir özveriyle görevlerini yürütmektedirler. Bunu şükranla karşılamak gerekir. Çünkü onların bu çabaları adaletin de «Hukuk Devleti»nin de güvencesidir.

Avukatlık Yasasının 110. maddesinin 6. bendi Türkiye Barolar Birliğine şu görevi vermektedir. «Kanunların memleket ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda dileklerde, yayımlarda bulunmak, gerekirse ön tasarılar hazırlamak.»

Yasa'nın gerekçesine göz attığımızda Türk Hukukunun gelişmesine katkıda bulunma işlevinden söz edilmektedir. Bugünkü konuşmamızda hukumuzda kaygı ile izlediğimiz bir olumsuz gelişmeye değinmek istiyoruz.

Bilindiği gibi, yasama organının ana işlevi yasa yapmaktır.

Hiçbir yasa tam ve kusursuz değildir. Toplumsal durum ve olayların çeşitliliği ve sürekli değişkenliği yasalar yapılırken geleceğe yönelik düzenlemeleri de eksik bırakabilir. Bu nedenle yasaların uygulamasında bir takım kuşkular ve durakmalar olabilecektir.

Yasayı uygulamak, bir bakıma yorumlamaktır. Bu bakımdan biz uygulamacılara önemli görevler düşmektedir. Giderek yaratıcı yorum yoluyla toplumun ve zamanın gelişmesini de dikkate alarak uygulayıcının yasalardaki boşlukları dolduracağı düşünülebilir.

Ne var ki, yine de yasalarda değişiklik yapmak, değişen koşullara uymasını sağlamak öncelikle yasama organının görevi ve yetkisidir.

Yasama organının bu görevi yaparken hukukun bir takım temel ilkelerini de gözönünde tutması zorunludur. Bu gereklerden birisi de yasa tekniğidir. Yasaların, hangi toplumsal gerekleri karşılaması istenmekte ise buna göre düzenlenmesi zorunludur.

Her yasa öncelikle bir alanı düzleme amacına yönelir.

Yasa yapılırken aynı sınıftan hukuki olaylara ilişkin bir sıra kuralın var olması gerekir. Yasalaştırma, bu kuralların yöntem ve sistem içinde düzenlemektir. Dağınık hükümlerden belli bir plâna göre düzenli bir bütün oluşturulur. Hukuk kurallarının böylece düzenlenmesi işlemine «yasa tekniği» diyoruz.

Böyle bir düzenleme rastlantılara bırakılamaz. Yasa tekniğine uygun olmayan yasa, uygulamada büyük güçlükler yaratır.

Yasa uygulanmak içindir; öğrenmek için yapılmış değildir. İnandırmaya ikna etmeye gereksinimi yoktur. Ancak uygulanamaz yasa yapmak da iş değildir.

Bugün, ülkemizde yürürlükte bulunduğu halde uygulanamıyan birçok hukuk kuralı vardır.

Uygarlık geliştikçe toplumun gereksinimleri karmaşıklaşıyor ve artıyor. Hukuk kuralları da bununla oranlı olarak artıyor ve karmaşık hale geliyor. Giderek yürürlükteki kurallar, birbirini kaldıran veya değiştiren kurallar bütününe dönüşüyor. Eğer geçmişin tasfiyesine bakılmaksızın hep yeni kurallar koyarsak iş bir karışıklığa doğru gider.

Yasa tekniği işte bu karışıklık içinde yeni gelişme yolları açma yöntemidir.

Yasa koyucunun, kötü yaptığı, ya da eceleğe gelen, iyi tasarlanıp düşünülmemiş yasalarla hukuk reformu yapılamıyacağı gibi adaletin sağlanması da güçtür.

İyi yapılmış yasa yalnız içeriğindeki kurallar bakımından değil, biçimsel yönden de yasama tekniğine uygun yasa demektir. Bu tür yasalarda uygulama, yorumlama ve yasal boşlukları doldurma işlemleri daha kolay olur. Bu da adaletin gerçekleşmesinde kolaylık, çabukluk ve bir örneklik sağlar.

Son yıllarda TBMM'den çıkan yasaların önemli bir bölümünde yasa tekniğinin savsandığını görmekteyiz.

Ülkemizdeki hızlı toplumsal, ekonomik ve kültürel değişmelerin gereklerini karşılamak üzere yapılması gereken yasalar ya zamanında çıkarılamamakta ya da çabuk çıkması için yasa tekniği açısından dağımik ve kötü biçimde çıkmaktadır.

Son yıllarda yasal gereksinmeleri karşılamak için çıkarılan bir tür «onarım» yasaları ile sık sık karşılaşılıyor. Bunlar bölük pörçük ve başka yasaları tamamlayıcı hükümlerden oluşmaktadır.

Bu sakıncalı çığırın ilk örneği 1318 sayılı Finansman Yasasıdır. Vergi alanını düzenlemek için yapılan bu yasayla dört yeni vergi oluşturulurken, altı vergi yasasında yer alan vergilerde de değişiklikler yapılmıştır. Köklü bir vergi reformu yerine bütçenin finansmanı öngörülmüştür.

Daha sonra bu sakıncalı tutum, yerleşik bir yöntem biçimine geldi.

Birbirlerinden çok değişik alanları düzenliyen yasaların birer - ikişer maddesini değiştiren hükümler bir yasada toplanıyor.

Bu yöntemin -daha doğrusu yöntemsizliğin- son örnekleri 2248, 2249, 2261 sayılı yasalardır. 2248 sayılı Yasa, yedi ayrı yasanın yirmiyedi maddesini değiştirmiştir. Bu yedi yasa arasında Hukuk Yargılama Usulü, Ceza Yargılama Usulü, Ceza İnfaz, Kaçaklığın İnlmesi, Türk Ceza ve Türk Ceza Yasasının Uygulanması Yasaları gibi birbirinden çok değişik alanları düzenliyen yasalar vardır.

Adı «Kamu Güvenliğine ve Kolluk Hizmetlerine İlişkin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Bunlara Yeni Hükümler Eklenmesi Hakkında Kanun» olan 2261 sayılı yasayla da dört ayrı yasanın hükümleri düzenlenmiştir. Bunlar arasında 2559 sayılı Polis Görev ve Yetkileri Tasası'nın yanısıra Dernekler Yasası da vardır.

Bu sakıncalı yöntemin uygulamada çıkardığı güçlüklerle bir de örnek sunmak isteriz. Aynı gün TBMM'den çıkan ve aynı gün Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe 2248 ve 2249 sayılı yasalarda yer alan iki hüküm arasındaki çelişkinin uygulamada giderilmesi gerekmektedir. Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesinin 14.4.1980 günlü

1980/2411 - 2651 sayılı kararı iki yasanın birbirlerine önceliği söz konusu edilemeyeceğinden «sanığın lehine olan» hükmün uygulanmasına karar vermek zorunda kalmıştır.

Aynı gün kabul olunan ve yürürlüğe konulan iki yasada çelişik hükümler bulunması yasama işlevi açısından eleştirilecek bir durumdur.

Öte yandan aynı yöntemle hazırlanmış yeni yasaların da TBMM. gündeminde bulunduğunu biliyoruz. Bu çalışma yönteminin terk edilmesini; TBMM'nin temel işlevi olan yasama görevini yaparken daha özenli yasalar çıkarmasını diliyoruz.

Yeni adalet döneminde bütün adalet görevlilerine başarılı bir yıl diler; yeni dönemin ulusumuza da mutluluk getirmesi yolundaki dileklerimizi sunarak hepinizi saygı ile selâmlarım.

Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanı
Sayın M. Mazhar Budak'ın 1980
Yılı Adli Araverme Nedeniyle Dü-
zenlediği Basın Toplantısında Yap-
tığı Konuşma. 19.7.1980

BASINIMIZIN DEĞERLİ TEMSİLCİLERİ

Ülke düzeyinde hâkimlerimiz ve adalet personelinin birlikte yürüttükleri 1979 - 1980 Adli Yılına başarı ile tamamlamış bulunuyoruz.

Her türlü olumsuz şartlara; araç, gereç ve ödenek yokluğuna, silahlı ve bombalı saldırılara, çeşitli tehditlere ve 4 şehit vermemize rağmen adli yılı başarı ile tamamlayan hâkimlerimiz, gösterdikleri üstün çabalar ile Devletimizin, Cumhuriyetimizin ve Demokratik Parleментар Hukuk Düzenimizin büyük güvencesi olma görevlerini yerine getirmişlerdir.

Yasalarda 20 Temmuz - 5 Eylül arası Adli Araverme olarak kabul edilmiştir. Bu yıl adli ara vermede; yasalarda belirtilen acele işler nöbetçi mahkemeler tarafından yürütülecek, çift hâkimli asliye teşkilatı bulunan yerlerde hukuk hâkimleri nöbetçi kalacaklardır. Ağır Ceza Mahkemesi bulunan merkezlerde ise; adli ara vermeden yararlanacak hâkimler ile nöbetçi kalacak mahkemeler Kurulumuzca belirlenmiş ve Adalet Komisyonu Başkanlıklarına duyurulmuştur.

Değerli Basın Mensupları;

Bildiğiniz gibi, yüksek bir yargı organı olan Yüksek Hâkimler Kuruluna yasaların verdiği yetki ve görevlerin sonucu olarak; ülke düzeyinde mahkemelerin ve hâkimlerin daha tutarlı ve etkin bir şekilde hizmet vermelerinde karşılaştıkları sorunları dile getirmeyi zorunlu bulmaktayız.

Hâkimlerimizin can ve çalışma güvenliklerinin sağlanması için Kurulumuzun Başbakanlık nezdinde yaptığı girişimler üzerine; Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca güvenlik örgütlerine genelgeler yollanarak etkin önlemler alınması sağlanmıştır. Yargı güvenliği konusunda Cumhuriyet Hükümetlerinin gösterdikleri duyarlık, hâkim-

lerimize bu olumsuz, engeli aşmalarında büyük bir destek olmuştur.

Ülkemizin içerisine itildiği bu ortamdam bir an evvel çıkarılması için, devleti oluşturan tüm kuruluşların sorumluluk duygusu içinde kendilerine düşen ödevleri eksiksiz olarak yerine getirmeleri gerekmektedir.

Anayasamızın ve yasaların kendilerine verdiği yetkiyi kullanmayan, noksan veya taraflı bir şekilde kullanan herkes, anarşiye yardım etmiş sayılır. Devletimiz, ancak ülkemizin geleceğinden sorumluluk duyan, cesur, bilinçli ve yansız görevliler eliyle bu bunalımdan kurtarılacaktır.

Övünçle belirtmeliyim ki; her türlü saldırıya karşın hâkimlerimiz, devletimizi ayakta tutmak ve hukukun üstünlüğünü hâkim kılmak için kendilerine düşen görevleri kesintisiz yerine getirmektedirler.

Hâkimlerimizin, ülkemizin içine itildiği bunalımlardan bir an önce kurtulması yolunda, demokrasiye ve Cumhuriyete olan büyük inançlarını yitirmeden, ulusundan aldıkları yargı yetkisini daha duyarlı ve etkin bir şekilde kullanacaklarından hiç kimsenin kuşkusu olmamalıdır.

ADALET SORUNLARI

Türk toplumunun yapısında meydana gelen hızlı gelişme ve bunun doğurduğu siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlar, hukuk alanında yeni düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Hukuk, toplum hareketlerini yakından izlemeli ve her yenileşmeye cevap verebilecek hale getirilmelidir. Hukukun varlığı ve vazgeçilmezliği buna bağlıdır.

Anlamını, amacını yitirerek olayların gerisinde kalan hukuk kuralları, toplumu rahatsız etmekle kalmayıp, onun hukuka ve hukuk kurallarına, daha önemlisi devlete olan güvenini yitirmesine yol açabilir.

Hukuki sorunların, hukuk kurallarına göre çok hızlı gelişmesi karşısında, yasaların ve bunu uygulayan kurumların sosyal gerçeklere uydurulması büyük önem taşımaktadır.

Ülkemizde kurallar konulurken yeterince özen gösterildiği söylenemez. Bu gereksinmeyi karşılamak için konulan bir kuralın çoğu kez beklenenin aksine sonuçlar ve yeni problemler ortaya çıkardığı görülmektedir. Halbuki,, yeni bir yasa hazırlanırken; geçmiş uygulamalar iyice değerlendirilmeli, günlük sorunlar ciddi bir şekilde saptanmalı ve gelecekteki ihtiyaçlar tutarlı bir şekilde tesbit edilmelidir.

Hukukla kalkınma arasındaki ilişkilerin iyi düzenlenmemesi olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu düzensizliğin nedenlerini toplumun sosyo - ekonomik yapısından soyutlamak, her birini bağımsız problemler olarak ele almak ve aralarındaki kurumsal ve fonksiyonel ilişkileri gözden uzak tutmak mümkün değildir.

Adaletin başarısı; ekonomik kamu düzeni içerisinde, toplumun sosyal ve ekonomik sorunlarının mevcut koşullara göre çözümleme şekline bağlıdır. Sorunlar, toplumun gereksinmesine ve sosyal adalet duygusuna uygun olarak çözümlenemediği sürece, o ülkede adaletin varlığından ve hukukun üstünlüğünden söz edilemez. Hatta adalet mülkün temelidir ilkesine işlerlik kazandırılmaz.

Hukuk reformu, insan hak ve özgürlüklerine gerçekten inanan yetenekli, bilgili ve uygulaması olan kişilerin uzun süre yılmadan araştırma ve çalışmaları ile gerçekleştirilebilir. Yargı organı bu büyük potansiyeli sinesinde taşımanın kıvancı içerisinde.

Yargı yetkisi Türk Ulusu adına bağımsız mahkemeler eliyle kullanılmaktadır. Bu yetki, devletimizin çağdaş, demokratik, insan haklarına dayalı bir hukuk devleti olması yolunda kullanılırken; hâkimlerimiz, adalet reformunun yapılması nedeniyle güçlüklerle karşı karşıya kalmaktadırlar.

Anayasamızda yargının bağımsız olması, hiç bir zaman ve mercinin yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat vermemesi ve tavsiyede dahi bulunmaması, yargının görevini sağlıklı bir şekilde sürdürmesine yetmemektedir.

Yürütme ve yasama organlarının, yargının içinde bulunduğu zorlukların aşılmasında gösterdikleri çabaları şükranla karşılamakla birlikte; toplumun hızlı gelişmesi nedeniyle adalet hizmetine yapılan katkıların yetersiz kalmakta olduğunu ifade etmemizdir.

Toplumu oluşturan bireylerin, birbirlerinin haklarına ve düzeni sağlayan yasalara karşı tutum ve davranışların nitelik ve niceliği, o toplumdaki sosyal barışın açık bir göstergesidir. Mahkemelerinde her yıl üç milyona yakın dava bulunan ülkemizde, daha da artma eğiliminde olan çekişmelerin çözümünü sadece adliyeden bekleme-yi doğru bulmuyoruz.

Üzülerek belirtmeliyim ki; hâkimlerimiz bütün uğraşlarına rağmen mahkeme kapılarındaki tıkanıklığı istenilen düzeyde gidememişlerdir. Her an değişen ekonomik ortam, geciken adaletten ard niyetli kişilerin yararlanmasına neden olmaktadır.

İçtenlikle vurguladığım bu gerçeklerle birlikte; bütçesi, personel kadrosu, araç ve gereçleri, uyguladıkları yasaları ve yargılama usulleri yasama ve yürütme organınca düzenlenen hâkimin; geciken adaletin tek sorumlusu olarak kabulü, yargının içinde bulunduğu sorunları bilmemek anlamına gelir.

Adalet hizmetinin devlet katında ve bütçesindeki yeri ve anlamı subjektif ve siyasal tercihlere göre değil, anayasa doğrultusunda yargının bütünlüğü, devamlılığı ve etkinliği amaçlanarak düzenlenmelidir.

İŞ DURUMU

Günümüzün hızla değişen koşulları içerisinde dava sayısı giderek atmaktadır. Kentleşme, nüfus artışı, iç göçler, sosyal hareketlilik ve teknolojik gelişmeler suçluluk oranlarında, suç türlerinde ve özel hukuka ilişkin davaların nitelik ve niceliklerinde zorunlu artışlar meydana getirmiştir.

1970 yılından bu yana, Adliye Mahkemelerindeki iş hacminde, anlaşmazlıkların türüne göre artış oranı % 40 ila % 400'e ulaşmış bulunmaktadır.

1979 - 1980 yılı içerisinde mahkemelerimizde bulunan dava sayısı 2.806.569 dur. Aynı süre içerisinde gelen işten 8000 fazlasıyla, 1.641.058 dava karara bağlanmıştır.

Halen 2956 hâkim kadrosu bulunmaktadır. Dördüncü beş yıllık plân döneminde ise mevcut hâkim sayısına ilâveten 1042 hâkime daha gereksinme duyulacaktır.

1979 yılında hâkim sayısında, ancak 172 artış sağlanarak, açık hâkim sayısı 314'e düşürülebilmektedir.

Ülkemizde faal olan mahkemelerimizin sayısı ise 2860 dır.

Kurulumuzca, 1977 - 1978 - 1979 seneleri iş durumları nazara alınarak yapılan inceleme sonunda; mevcut mahkemelere ilaveten 202 yeni mahkemenin daha kurulmasının gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Böylece kurulupta faaliyete geçirilemeyenlerle birlikte 301 yeni mahkemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Değerli Basın Mensupları;

Ülkemizde giderek artan iş yükü altında çalışan hâkimlerimiz, bir yılda en az 1000 davayı karara bağlamak zorundadırlar. Dünyanın hiç bir yerinde adliye ve hâkimler bu kadar kısıtlı olanaklar ile böylesine ağır ve büyük iş yükünün altında çalışmak zorunda kalmamışlardır.

Şu gerçek kabul edilmelidir: Adalet Mahkemelerine etkinlik ve hız kazandırılmasına sadece hâkimin mesaisi yetmemektedir. Adalet yardımcı olan kuruluşların da kendilerine düşen görevleri aksatmamaları gerekir.

Hâkimlerimiz, imkanları sınırlı olan devletimizin hâkimleri olmanın sorumluluğunu duyarak; kendilerine sağlanabilen olanakları en iyi şekilde değerlendirmek suretiyle, adalet hizmetini aksatmadan yürütmenin gayreti içindedirler.

Adalet, iş bölümü ve ahenkli çalışmayı gerektiren bir hizmettir. Bir davanın yargılama süresi ve verilen kararın doğruluk derecesi Cumhuriyet Savcıları, zabıta, avukatlar ile davanın taraflarının birlikte ve uyumlu çalışmasına bağlıdır.

İçtenlikle açıkladığım mahkemelerimizin durumunun ve iş hacminin değerlendirilmesini takdirlerinize bırakırken; mahkeme kapılarında adalet bekleyen vatandaşlarımız karşısında hâkimlerimizin sorumluluk payının takdirini de Büyük Ulusumuza bırakmayı uygun buluyorum.

YASALARIMIZ

Hâkimler ile Cumhuriyet Savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, gö-

revlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi ve haklarında soruşturma, yargılama, disiplin ve özlük işlerine ilişkin Hâkimler Kanunu tasarısı Yargıtay ve Yüksek Hâkimler Kurulu mensuplarının da istiraki ile, Adalet Bakanlığı Kanunlar Plânlama Araştırma Genel Müdürlüğünce, çağdaş bir yaklaşımla sürdürülen çalışmalar sonunda tamamlandığını, tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacak aşamaya geldiğini sevinçle belirtmek isterim.

Anayasamızın geçici 7. ve 8. maddelerinde yürürlüğünden itibaren 6 ay içerisinde çıkarılması öngörülen, ancak 20 yıldır beklediğimiz Hâkimler Kanununun, Yüce Parlamentomuza bir an evvel sevk edilerek kanunlaşmasının sağlanması halinde yargının hizmet binaları, araç ve gereç dışında, tüm sorunları çözüme kavuşmuş olacaktır.

Çocuk Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin 2253 sayılı Kanun 21.11.1980 günü yürürlüğe girecektir. Suçlu çocukların yaş ortalamasının gittikçe küçülme göstermesine rağmen, işledikleri suçun gerek sayısında, gerekse ağırlığında artmalar meydana gelmektedir. Çağdaş bir yargılama sistemine geçilirken; çocuk mahkemelerinin şeklen kurulması yeterli olmayacağından, yasanın öngördüğü yardımcı kuruluşların da bir an önce gerçekleştirilmesi gerekir.

Yüce meclislerde olan üst mahkemeler kanunu tasarısının da yasalaşmasını beklemekteyiz.

ADALET DAİRELERİ

Adalet hizmetinin yürütüldüğü binaların görevin niteliğine uygun bir şekilde olmaması, gerek adliye de çalışanlar, gerekse iş takip edenler için büyük bir sorun olarak devam etmektedir.

Görevin, adaletin saygınlığı ve ciddiyetiyle bağdaşmayan binalarda yürütülmesi, tüm ulusumuzca yakınma konusu edilmektedir. Ülkemizin bir çok yerlerinde dosyalarını rahatça incelemek, temsil görevini yerine getirebilmek için, gereksinme duydukları bir çalışma odasından yoksun olan hâkimler; ya duruşma salonunun bir köşesinde oturmakta yahut odalarında duruşma yapmak zorunda kalmaktadırlar. Yargılama işleri ve yönteminin ağır sorumluluk altında kaldığı bu durumun düzeltilmesi gereklidir.

Devletimiz artık vatandaşlarının hak arama ve aradığı hakka en kısa yoldan kavuşma özgürlüğü için hiç bir fedakarlıktan kaçınmamalıdır. Hizmet binalarının bir plân dahilinde ele alınmasını hukuk devletimizden beklemekteyiz. Hizmet binaları olmıyan, görevin saygınlığına uygun bir şekilde donatılmayan bir teşkilâtta, alınacak yeni hâkim kadroları ve kurulan yeni mahkemeler beklenen sonuçları veremeyeceği kuşkusuzdur. Mahkemelerin istenilen düzeyde kurulamamasının, kurulanların ise faaliyete geçirilmemesinin en önde gelen nedeni hizmet binalarının hiçbir surette kafi olmaması ve yeni bina temin edilememesidir.

Başkentimiz Ankara'da mahkemelerimizin bir kısmı iş hanına yerleşmek zorunda kalmıştır. Bu işhanının elverişsizliği görevi aksatacak aşamaya getirmiştir. Geçirdiğimiz soğuk kışa rağmen, binanın kaloriferleri yaktırılamamış, asansörleri işletilememiş, bu nedenle mahkemelerimiz adeta çalışamaz duruma gelmiştir. Hâkimlerimiz paltolarının üstüne cübbe giyerek, adalet personeli ile birlikte sağlıklarını tehlikeye koyarak görevin yürütülmesini sağlamışlardır.

Önümüzdeki kış aynı binalarda hizmetin yürütülmesinin büyük aksamalara yol açacağını ilgililerin dikkatine sunmak isterim. Yapımı hızla devam eden yeni Adliye Sarayının bir an önce inşaatının tamamlanarak hizmete konulmasını ve bu örnek davranışın ülkemizin diğer yörelerinde de başlatılmasını yürekten dilemekteyiz.

PERSONEL SORUNU

Mahkemelerde çalışan başkâtip, zabıt kâtibi, mübaşir ve müdahdemlerin çok yoğun iş hacmi ve ağır koşullar altında, adalet hizmetine çok büyük katkıda buldukları herkesçe bilinmektedir. Adalet personelinin özlük haklarının günün ekonomik koşullarına göre düzeltilmesi ve aylıklarının yarısı oranında ödenek verilmesi ile ilgili tasarının yasalaşması sorunu önemli ölçüde çözümlenecektir. Diğer kamu kesiminde çalışan personele verilmekte olan çeşitli tazminatlar, adalet personeli ile aralarındaki uçurumu gittikçe büyütmekte bu nedenle yetişmiş adliye personelinin başka kurumlara geçmelerinin önlenmesi mümkün olmamaktadır.

BakanlarKurulunun Resmi Gazete'de dün yayınlanan 8/1249 sayılı kararı ile; 1.3.1980 tarihinden geçerli olmak üzere bir kısım kamu personeline asıl yasaları çıkana kadar brüt maaşlarının belirli oranında avans olarak ödeme yapılması öngörülmüştür.

Meclislerimizde bulunan ödeneceklerin arttırılmasına ilişkin tasarıların yasalaşmasına kadar, hâkim, cumhuriyet savcısı ve bu meslekten sayılanlar ile özellikle adalet personeline de böyle bir imkânın tanınmasını, bugünkü yaşam koşulları karşısında Cumhuriyet Hükümetimizden beklemekte kendimizi haklı bulmaktayız.

Adalet personelinin mali durumlarının düzeltilmesi, hizmetlerin daha doğru ve tarafsız bir şekilde yürütülmesine büyük katkı sağlayacaktır.

KONUT SORUNU

Cumhuriyet Hükümetleri lojman sorununu benimseyerek, 1977 yılından itibaren yapımını başlatmıştır. Yurt düzeyinde Adalet Personeli için lojman yapımı konusunda Adalet Bakanlığının yürüttüğü çalışmaları takdirle izlemekteyiz. Sonuca daha kapsamlı ve hızlı bir şekilde varılması için, çabaların arttırılmasını beklemekteyiz. Tarafsızlığını ve mesleğinin onurunu her şeyin üzerinde tutmasını beklediğimiz hâkimler görev yaptığı yerlerde devletin evinde kiracı olarak oturmalıdırlar. Halen 352 lojman yapılmış ve hizmete girmiştir. 702 lojman ise bu yıl hizmete girecektir. 95 yörede arsa temin edilmiş, 38 bölgede ise lojman yapımı 1980 yılı programına alınmış bulunmaktadır. Bugünkü gereksinmeye göre adliyenin 9000 lojmana ihtiyacı vardır.

Öte yandan adliye personeli için Erdek, Yalova ve Bozcaada da yaptırılmasına karar verilen dinlenme tesislerinin hizmete konulmaları için girişimlerin hızlandırılmasını beklemekteyiz.

SONUÇ

Sorunlarımızı adli tatilin başlamasını vesile sayarak açıklarken :

Toplumumuzu daha çok barışa, daha çok özgürlüğe, daha çok insan severliğe ve daha hızlı ve etkin adalete götürmeyi amaçlamaktayız.

Anayasal sorumluluğumuzun gereği olan bu isteklerimizin azının gerçekleşmesinden dolayı duyduğumuz üzüntü, hiçbir zaman şevkimizi kırmamıştır ve kırmayacaktır.

Her insan gibi hâkimler de yanılabilirler. Verilen kararlarda şekil ve esas bakımından yanlışlıklar bulunabilir. Bir hukuk kuralının yorumlanmasında mahkemeler arasında görüş ayrılığı olabilir. Yargı kararlarının doğru olması, bu kararlarda yanılma bulunmaması, devletin temel işlerinden olan adalet dağıtım işinin başlıca ilkesidir. Demokratik bir düzen içinde olan toplumlarda temel prensip, kanun hâkimiyetidir. Hukuk ve yasalar ve bunlara dayanılarak verilen kararlar, uygulanmak ve kendisine uyulmak için vardır. Uygulanmayacak olurlarsa toplumsal işlerliğini yerine getiremezler. İnsanların bir arada uygarca yaşam sürdürebilmelerinin vazgeçilmez koşulu budur. O nedenledir ki, devleti oluşturan bütün kuruluşların ve tüm Ulusun hukuka ve yasalara saygılı olması ile, ülkenin içine itildiği bunalımlardan kurtulacağına inanıyoruz.

Değerli Hâkimler;

Özgürlük ve demokrasilerin tek ve tartışmasız koşulu adaletin varlığıdır.

Türk toplumu çağlardan beri adil bir toplum olmayı her şeyin üzerinde tutmuştur. Ulusumuzun adalete olan içten tutkusunun simgesi olan hâkime duyduğu güvenin ve saygının temelinde bu gerçek yatmaktadır. Bu güven ve saygıya lâyık olmalısınız.

Bugün devletimize Cumhuriyetimize ve Atatürk devrim ve ilkelerine her günden daha fazla sahip çıkmak ve Ulusumuzdan aldığımız yargı yetkisini daha hassas bir şekilde kullanmak zorundayız.

Bağımsızlığınız, ancak tarafsızlığınızla, dürüstlüğünüzle, güven verici tutum ve davranışınızla ve adalet duygusunu en üstün düzeyde gerçekleştirmenizle yüce anlamını bulacaktır.

Yargılama yetkisini kullanırken, sizin hakkınızda varılacak yargı, hukuk devletimizin en büyük övüncü olmalıdır. Yanlışlara karşı doğruları, zora karşı hakkı, cehalete karşı bilimi kullanarak; demokratik hukuk devletinin geleceğini güvence altına almalısınız.

Yaşadığımız toplumun değerleri ile çağdaş hukukun sentezini yaparak, insan mutluluğunu sağlamada hukukun bir araç olduğunu unutmadan, iç barışın ve kardeşlik ortamının kurulması için çalışmalısınız.

Ulusumuzu birbirine kaynaştıran, insana insan olma zevkini veren barış ve sevgiyi hâkim kılma yaklaşımları içerisinde bulunmalısınız.

Uygar bir devletin hâkimleri olarak, üstlendiğiniz sorumluluğun gereklerini Anayasamızdan ve Büyük Atatürk'ün Devrim ve İlkelerinden aldığınız güçle yerine getireceğinizden eminiz.

1980 adli araverme nedeniyle tüm Adalet mensuplarına Yüksek Hâkimler Kurulu adına içten mutluluklar diler, saygılar sunarım.

CEZA HUKUKU

TÜRK CEZA KANUNUNUN 159. MADDESİ VE BASIN HÜRRİYETİ İLE İLİŞKİSİ

(I)

Prof. Dr. Öztekin TOSUN

PLÂN : Giriş. Birinci kısım : Türk Ceza Kanununun 159/1 maddesindeki suçlar. Birinci suç : Tahkir ve tezyif suçu. § — 1. Fail § — Maddî unsur I — Önşart II — Hareket III — Korunan konular 1 — Türklük 2 — Cumhuriyet 3 — Büyük Millet Meclisi 4 — Hükümetin manevî şahsiyeti 5 — Bakanlıklar 6 — Devletin askerî kuvvetleri 7 — Devletin emniyet muhafaza kuvvetleri 8 — Adliyenin manevî şahsiyeti §—3. Manevî unsur §—4. Suçun işlenişine ilişkin sorunlar §—5. Cezalar §—6. Muhakeme I — İzin koşulu II — Suçun basın yolu ile işlenmesi durumu İkinci suç : Sövme suçu § — 1. Fail §—2. Maddî unsur 1 — Önşart II — Hareket III — Korunan konular 1 — Kanunlar 2 — Büyük Millet Meclisi kararları §—3. Manevî unsur §—4. Suçun işlenişine ilişkin sorunlar §—5. Ceza §—6. Muhakeme. İkinci kısım. Bu suçların basın hürriyeti ile ilişkileri. §—1. Maddenin ülkemizde geçirdiği aşamalar. I — Maddenin kapsamının ülkemizde devamlı genişletilmesi durumu. 1 — Kanunlara ve Meclis kararlarına sövme suçu. 2 — Büyük Millet Meclisinin meşruiyetini şüpheye düşürme suçu 3 — Maddede yer alan suçların konularının arttırılması. II — Cezaların devamlı olarak arttırılmakta bulunması. §—2. Bu suçların basın hürriyeti ile ilişkisi. §—3. Maddenin eleştiri için tehlikeli olması nedenleri. I — Ülkemizde basm hürriyetine inancın bilinçli olmaması. II — Basılı eserleri C. Savcılığına verme zorunluğunun doğurduğu sonuçlar. 1 — Savcılıklarda basın bürolarının kurulması. 2 — Bakanlıkta Basın büroları kurulması III — Savcılığın dava açmada takdir yetkisi olmaması, zorunluluk sisteminin bulunması. IV — Özel mahkemelerin yargılama yapması. V — Askerî mahkemelerin yargılama yapması §—4. Maddenin eleştiri için tehlikeli olmasını azaltacak tedbirlerin neler olması gerektiği. I — Kanunlardaki basılmış eserlerin Savcılığa teslim edilmesi hakkındaki hükümlerin kaldırılması. II — Savcıların dava açmada takdir yetkisine sahip olması. III — Basın bürolarının kaldırılması. IV — Hazırlık soruşturmasında bilirkişiye başvurma uygulamasının kaldırılması. V — Basm suçlarında yargılamanın genel mahkemelere bırakılması. VI — Basın suçlarında askerî mahkemelerin yetkili olmasının açıkça yasaklanması. VII — Bu tedbirler sayesinde basm hürriyetine inancın bilinçli kılınması.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde iki suç yer almış bulunmaktadır. Bunlardan birincisini (Devlet organlarını alenen tahkir ve tezyif etmek suçu), ikincisi de (Kanunlara ve Meclis kararlarına alenen sövme suçu) olarak aldandırabiliriz. Biz bu çalışmamızda önce ilk suçu, sonra ikinci suçu inceliyerek, çalışmamızın üçüncü kısmında bu suçların basın hürriyetini etkileyip etkilemedikleri konusu üzerinde duracağız.

Türk Ceza Kanununun 159. maddesi ilk biçiminden sonra zamanımıza kadar dört değişiklik geçirmiş ve bugünkü duruma gelmiştir. Bu değişiklikleri getiren kanunlar sırasile : 1.10.1936 tarihli 3038 sayılı kanun, 16.7.1938 tarihli 3531 sayılı kanun, 24.9.1946 tarihli 4956 sayılı kanun, 1961 tarihli ve 235 sayılı kanundur. Bunlardan sonuncusunun hazırlık çalışmaları ve Meclis tartışmaları Tutanak Dergilerine geçmemiştir.

Ceza Kanunumuz 1889 İtalyan Kanunundan alınmış olduğundan ve sonraki değişiklikler de 1930 İtalyan Ceza Kanunundan esinlendiği genellikle kabul edildiğinden bu iki kanunda bu suçun düzenlenmesinin de gözden uzak tutulmaması gerektiğini düşündük; bu yüzden çalışmamızın üç kısmını da ilgilendirebileceğini düşünerek bu metinleri de her üç kısım için ortak olan bu giriş kısmına koymayı uygun bulduk.

1889 İtalyan Kanununda bu suç iki ayrı maddede düzenlenmiş görünmektedir.

«m. 123 — Herkim, Senato veya Millet Meclisini alenen tahkir ve tezyif ederse (vilipende), bir aydan otuz aya kadar hapis (detenzione) cezası ve elli liradan 1500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

«Eğer tecavüz Senato veya Millet Meclisi huzurunda (al cospetto) olursa, hapis altı aydan üç yıla ve ağır para cezası 300 liradan üç bin liraya kadardır.»

«m. 126 — Herkim Devletin anayasal kuruluşlarını (istituzioni) alenen tahkir ve tezyif ederse, altı aya kadar hapis ve yüz liradan ikibin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.»

Görüldüğü gibi, eski İtalyan Kanunu bu suçu iki ayrı maddede düzenlerken, Devlet kuruluşları arasında bir ayırım yapmıştır. Bu ayırıma göre yasama organına yapılan hareketleri daha ağır, yasama

organı dışında kalan anayasal kuruluşlara karşı yapılan hareketleri ondan daha hafif bir biçimde cezalandırmıştır. Bizde ise, bu ikili ayırım yapılmadığından bütün korunan kurumlara yapılan hareketler aynı ağırlıkta cezalandırılmıştır.

1930 İtalyan Kanununda bizim 159. maddedeki suça karşılık gösterebileceğimiz suçlar hakkında hükümler dört maddeye dağılmış görünmektedir. İlk iki maddede asıl suçlar tanımlanmakta, daha sonraki iki maddede de ağırlatıcı nedenler belirtilmektedir.

«m. 290 — (Cumhuriyetin, Anayasal kuruluşların ve Silahlı Kuvvetlerin tahkir ve tezyifi) (30 temmuz 1957 tarihli ve 655 sayılı K. m. 1) — Herkim, Cumhuriyeti, Yasama Meclislerini veya bunlardan birini yahut Hükümeti veya Anayasa Mahkemesini veya Adliye Kuruluşunu alenen tahkir ve tezyif ederse altı aydan üç yıla kadar ağır hapis (reslusione) cezası ile cezalandırılır.

«Devletin Silâhlı Kuvvetlerini veya kurtuluş kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.»

«m. 291 — (İtalyan ulusunu tahkir ve tezyif) — Herkim İtalyan ulusunu tahkir ve tezyif ederse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.»

«m. 292 — Ağırlatıcı sebep. Silâhlı kuvvetleri tahkir ve tezyif izinli asker tarafından işlenirse cezası arttırılır.»

«m. 293 — 291 ve 292 nci maddelerdeki suçlar yabancı ülkelere vatandaş tarafından işlenirse cezası arttırılır.»

Yeni İtalyan Kanununun, 1889 kanunundan ayrıldığı tarafların sunlar olduğunu görmekteyiz :

● 1) Yasama organına yapılan hareketlerle öteki organlara yapılan hareketler arasındaki ayırım ortadan kaldırılmıştır.

● 2) İtalyan Ulusuna karşı hareketler de suç sayılmış ve cezası daha da fazla öngörülmüştür.

● 3) Cezalar daha arttırılmıştır.

Yeni İtalyan Kanunu bizimkisi ile kısaca bir karşılaştırdığımızda görünen manzara da şu olmaktadır :

● 1) Bizde de Türklüğü tahkir ve tezyif cezalandırılmıştır; ama öteki tahkir ve tezyiftten daha ağır olmamıştır.

● 2) Bizde de yasama organı ile öteki organlar bir tutulmuştur.

● 3) Bizde, ne eski ne de yeni İtalyan Kanununda öngörülmü-

yen kanunlara ve meclis kararlarına sövme hareketleri de cezalandırılmıştır.

Yeni İtalyan Kanunundaki cezalar eski kanundakinden daha ağırdır. Türk Ceza Kanunundakiler ise Yeni İtalyan Kanunundakileri de geçmiştir. Şöyle ki 1930 İtalyan Kanunundaki ceza 6 aydan 3 yıla, 1 yıldan 3 yıla kadarken, bizdeki bunun aşağı yukarı iki misli olup, bir yıldan altı yıla kadardır.

Mehaz ve 1930 İtalyan Kanununun düzenlemesine bir göz attıktan ve bunlarla Türk Ceza Kanununu en kaba çizgileriyle karşılaştırdıktan sonra, şimdi incelememizin planını verelim.

Biz bu çalışmamızda, Birinci Kısımda önce Türk Ceza Kanununun 159/1'deki suç, sonra da 159/3'deki suç üzerinde duracağız. Bu duruşumuz hem suç unsurları, hem muhakeme bakımından olacaktır. Çalışmalarımızın ikinci kısımda bu suçların ülkemizde nasıl olup da basın hürriyetini sınırladığını ortaya çıkarmağa çalışacağız. Bu uğraşımız sırasında sadece bu suç hakkındaki hükümlerden değil, fakat belki de bir çok suç hakkında uygulanan kanun hükümlerinden ileri gelen bu sınırlamayı giderme çareleri üzerinde durmak zorunda kalacağız.

Suçları incelerken, önce fail, sonra maddî unsur, manevî unsur üzerinde duracağız. Dördüncü paragrafta suçun işlenişine ilişkin sorunlara yer ayıracağız. Beşinci paragrafta ceza konusuna işleyeceğiz. Altıncı paragrafta muhakeme konusu üzerinde duracağız. Burada izne bağlı olmak, suçun basın yolu ile veya onsuz işlenmesi konularını ele alacağız. Böylece, ikinci ve son kısmı daha kolaylıkla inceleyebileceğimizi ummaktayız.

BİRİNCİ KISIM

Türk Ceza Kanununun 159/1 maddesindeki suçlar

Birinci Suç : Tahkir ve Tezyif Suçu

İnceleme konusu ilk suç kanunda şu biçimde yer almıştır :

«m. 159 — Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevî şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

«Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmiş olmasa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.

«..... Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.»

§ — 1. Fail

Bu suçun faili herkes olabilir. Sadece fail Türk vatandaşı ise, suçu yabancı ülkede işlediğinde cezası arttırılır. Bu hüküm kanunumuza 1936 daki değişiklik sırasında 3038 sayılı kanunla girmiştir; daha önce yoktu. Mehzada da olmayan bu ağırlatıcı sebebin Yeni İtalyan Ceza Kanununun 293. maddesinden alındığı anlaşılmaktadır.

§ — 2. Maddî Unsur

Suçun maddî unsuru kanunda gösterilmiş konuları alenen tahkir ve tezyif etmektedir. Önce önşart, sonra hareket ve nihayet suçun konuları üzerinde durmak yeterli olacaktır.

I — Önşart

Bu suçun önşart, hareketin (alenen) yapılmasıdır. Aleniyet terimini ceza kanunu tanımlamıştır. Bir hareketin alenen yapıldığını kabul için, 153. maddenin son fıkrasına göre, ceza kanununun uygulanmasında aşağıdaki durumlar bulunmalıdır :

- A — Suç basın aracı ile veya herhangi bir propaganda aracı ile işlenmelidir;
- B — Umumî veya umuma açık bir mahalde ve birden fazla kimsenin önünde işlenmelidir;
- C — Toplanılan yer veya toplantıya katılanların sayısı veya toplantının konusu ve amacı bakımından özel nitelikte olmayan bir toplantıda işlenmelidir.

Aleniyet unsurunun hukuksal nitelendirilmesi konusunda ufak bir tartışmaya değinebiliriz. Manzini, burada bir cezalandırılabilme objektif şartı bulunduğunu kabul etmiştir (1). Böyle kabul edilince, failin kasdının bulunması aranmamaktadır. Pratik sonuç şu ol-

(1) MANZINI, Viconzo : Trattato di diritto penale italiano, cilt VI, n. 1830

maktadır : Fail, hareketi yaparken aleniyetin bulunduğunu bilmediği durumlarda da cezalandırılacaktır; çünkü, cezalandırılabilme objektif şartlarının fail tarafından istenmesinin veya bilinmesinin önemi yoktur. Buna karşılık, Antolisei, burada herhangi bir suç unsurdan başka bir şey bulunmadığını belirtmektedir; böyle olunca failin bilmemesi durumunda suç cezalandırılmıyacaktır. Ona göre, gerekçe gösterilmeden ileri sürülen Manzini'nin düşüncesi kabul edilemez (2). Biz de ikinci fikre taraftarız. Aleniyet cezalandırılabilme objektif şartı olmayıp suçun unsurudur; maddî unsurdur. Onu (Önşart) olarak ayırmamız incelemede bir kolaylık içindir. Aslında önşartlar ile maddî unsur kuramsal olarak aynı şeylerdir.

II — Hareket

Bu suçun hareket unsuru (tahkir ve tezyif) olarak gösterilmiştir. Türkçede bu ibarenin hakarettten daha ağır olduğu ilk bakışta anlaşılmaktadır; gerçekten kanun sadece tahkir demekle yetinmemiş, bunun yanında bir de tezyif'i ekleyerek hakarettten daha ağır bir kavrama yer vermiştir. Her iki terimi kanun koyucunun yanyana kullanmasının bir rastlantı olduğu söylene bile, bu rastlantısal açıklama kanunda durdukça tahkir ve tezyifin birlikte bulunmasından dolayı, burada sadece tahkir veya sadece tezyifin suçu meydana getirmekte yetersiz olduğu, her ikisinin de birlikte bulunması gerektiği fikrinden vazgeçilememelidir. Suçların yasallığı ilkesi, sonuçta yasanın onu bizzat ortaya koyanların isteğinden ayrı bir isteği bulunduğu fikrine götürmektedir; böyle olunca da yasa koyucunun bunu bilmeden yapmasının önemi olamazdı. Kanunkoyucunun bu çeşit davranışı belki bir fiilin suç teşkil etmediği bakımından öne sürülebilir, fakat bir fiilin suç teşkil ettiğini kabulde temel olamaz. Sonuç olarak, sadece (tahkir) ile fiilin suç teşkil edebileceği kabul edilemez. Kaldı ki, bu yorum yasa koyucunun yanılması iddiası kabul edilirse yapılabilir. Yasa koyucunun burada yanılmadığı da açıktır. Gerçekten, bu madde mehzaz kanunda maddî unsur olarak (tahkir)'i almış değildir. İtalyan kanununda hakarettteki tahkir (ingiuria) sözcüğü ile açıklanmıştır (Yeni İtalyan Kanunu, m. 594). Bizim 159'daki maddî unsur ise başka bir sözcük olan (vivi-pendio) ile adlandırılmıştır.

(2) ANTOLLİSEİ, Francesco : Manuale di diritto penale, Parte speciale II, Milano, 1954, sh. 553

İtalyan yazarlar arasında en önemlilerden olanlar burada bizim yasa koyucunun (tahkir ve tezyif) biçiminde çevirdiği (vilipendio) sözcüğünün tahkirden daha ağır bir şey (qualche cosa di più) olduğunu belirtmektedir. Ona göre, bu sözcük 1930 İtalyan kanunundaki 342. maddedeki (oltraggio)'dan (bizim 268. maddedeki tecavüz ve hakarete bulunmak), 594. maddedeki (ingiuria)'dan (bizim 480. maddedeki hakaret), 595. maddedeki (diffamazione)'den (bizim 482'deki sövme) daha ağırdır. Saygısızca hareketler ve uygunsuz tutumlar ne kadar ateşli ve sert olursa olsun ağır tecavüz (offesa grave) şekline dönüşüp dejenere olmadıkça bu kavrama girmezler (1).

Tahkir ve tezyif denen kaba hakaret biçimindeki hareketler kural olarak sözcüklerle açıklanırsa da, bunların yazı ile, resimle ve hareketlerle (örneğin dil çıkarma, tükürme gibi) de yapılabilir (2).

III — Korunan Konular

Tahkir ve tezyif hareketinden korunan konular yasada sayılmıştır. Bunları teker teker ele alalım.

1 — Türklük

Mehaz İtalyan Ceza yasasında İtalyan Milleti'ni tahkir ve tezyif suçu yer almış değildir. Türk Ceza Kanununda ise nereden geldiğini bilmemekle birlikte, daha 1926 yılında bu suça rastlamaktayız. 1939 İtalyan yasakoyucu, bizden aşağı yukarı dört yıl sonra, kendi kanununa da böyle bir suçu eklemiştir. Manzini bu hükmün tasarılar da olmadığını, anlamsız bir söz karışıklığı ile kesin tasarıya ve yasaya girdiğini belirtmektedir (1).

2 — Cumhuriyet

Kanunumuzun ilk biçiminde ve 1889 İtalyan kanununda bu sözcük geçmemektedir. Yasamıza ilk girişi 1936 yılında 3038 sayılı kanunla olmuştur. Cumhuriyet sözcüğü Türkiye Cumhuriyeti anlamına gelmektedir. Böyle olunca, Osmanlı Devletine yönelik hareketler madde dışında kalmalıdır.

(1) ANTOLISEI, Francesco : a.g.e. sh. 811.

(2) ANTOLISEI, Francesco : a.g.e. sh. 553, 559.

3 — Büyük Millet Meclisi

Büyük Millet Meclisi tahkir ve tezyif suçu, 1889 İtalyan Ceza Yasasından önce İtalya'da yoktu; mehaz'a 123. madde olarak girmesinde eski ve kötü Fransız kanunları (17 mayıs 1819 K., m. 11; 25 mart 1822 K. m. 7; 29 kasım 1830 K. m. 1) kaynak olmuştur; bu kanunlar 1881'de kaldırılmıştır. Böylece Fransa'da heyetlere hakaret suçu olarak cezalandırılan hareketler, gerek 1889, gerek 1930 İtalyan yasalarında ve sonuç olarak da Türk Ceza Kanununda ayrı suçlar olarak belirtilmişlerdir (2).

Mehaz 1889 İtalyan kanunu burada Millet Meclisi ve Senato'dan ayrı ayrı söz etmişti; bizde tek Meclis varken böyle yapılmaması normaldir. Ama bugün iki meclis vardır; bu durumda Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisinin iki meclisten oluştuğu belirtildiğine göre (AY. m. 63), her iki meclisin de bu maddenin korunmasından faydalandığı kabul edilegelmektedir.

Yeni İtalyan Ceza kanunu daha da titiz davranarak (Yasama Meclislerini veya bunlardan birisini) diyerek açıklama yapmıştır. Böylece, her iki meclisi birlikte tahkir durumunda iki suç varsaymanın önüne geçilmiştir. Bizde Büyük Millet Meclisi teriminin her ikisini içine aldığından kuşku yoktur; ama tek meclisi tahkir ve tezyifin suç sayılmıyacağı da söylenemeyecektir. Burada genişletici bir yorum yapılarak iki meclise işlenen hareket suç olduğu gibi, tek birine işlenenin de suç olduğu sonucuna gidilecektir. Böyle olmakla birlikte, kanun yazma tekniği bakımından İtalyan kanunu daha üstündür, denilmelidir.

Yasa Büyük Millet Meclisi demektir; bundan anlaşılın Meclisin bütünü olduğu gibi Meclisin halen işbaşında olanıdır. Böyle olunca, bu hareketlerin varlığına rağmen aşağıdaki durumlarda inceleme konusu suçun işlendiği kabul edilememektedir (1) :

● a) Milletvekillerinin veya senatörlerin kişiliklerine yönelik tahkir ve tezyifler. Bunun nedeni, yasanın kişileri teker teker korumayıp, sadece Meclisleri korumasıdır.

● b) Parlamentodaki encümenlerin, çoğunluğun veya azınlı-

(1) MANZINI, Vincenzo : Trattato... 1961, cilt IV, sh. 553

(2) MANZINI, Vincenzo : Trattato... 1921, basısı, cilt IV, sh. 274/not 1

ğın tahkir ve tezyifi. Burada da Meclisler bütünlüğü ile hareketin konusu edilmiş değildir.

● c) Feshedilmiş parlamentolar : Yasa görev başındaki parlamentoyu korumaktadır; amaç iş gören kurumu gözden düşürüp zayıflatmamaktır. Feshedilmiş, görev süresi bitmiş parlamento için böyle bir amacın konusu kalmamıştır.

● ç) Sadece Parlamenterizmi tahkir ve tezyif : Yasa, gerçek ve işyapan bir kurumu korumaktadır; Parlamenterizm ise, bir yöntem olup, devletin bir organı değildir; yasa organı korumaktadır.

Meclisleri tahkir ve tezyif suçu karşısında yasaların tutumu değişiktir. Bazı yasalar böyle bir suçta yer vermemektedir; bunlar adı geçen eylemler karşısında hakaret suçunun işlenmesindeki işlemlerle yetinmektedirler. Böylece, siyasî heyetlere yapılan hakaret için ne yapıyorsa, onun yapılması olanağı kalmaktadır. Türk Ceza Kanununun 268. maddesindeki suç ile yetinilmektedir. Fransız 1881 düzenlemesi ile Alman Ceza kanununun tutumunun bu olduğu söylenmektedir; Norveç Ceza yasasının da (§. 130) herhangi bir salahiyetli resmî makamı tahkir ile Meclisleri tahkir arasında bir ayırım gözetmediği belirtilmiştir.

Buna karşılık, bazı yasaların (Örneğin Avusturya yasası, § - 152) bu suçta özel bir yer ayırdığı görülmektedir; Manzini, bu yasanın yaptırımlarının azlığına dikkati çekmektedir (bir haftadan bir yıla kadar hapis ve 50 Kuron'dan 4000 Kuron'a kadar para cezası).

İtalyan cezacılarından Manzini bu ikinci sistemi üstün görmektedir. Ona göre, «Böyle bir sevimsiz ve faydasız özel hüküm koyacağına, yasa, Senato'yu ve özellikle bizzat kendi kendisini tahkir ve tezyif eden Millet Meclisini hiç bir zaman tahkir ve tezyif etmediğini kanıtlayabilen vatandaş için bir ödül vermeyi öngörseydi, daha iyi ederdi.» demektedir (2). Bizce de özel hüküm koymamak daha uygun olurdu.

5 — Hükümetin manevi şahsiyeti

Mehaz kanunda (devletin anayasal kuruluşları) korunmakta, ayrıca hükümetten söz edilmemektedir; ama hükümetin bu kuruluş-

(1) MANZINI, Vincenzo : Trattato... 1921, basısı, sh. 276

lardan olduğu kabul edilmekteydi. Yeni İtalyan Ceza kanunu ise, açıkça hükümetten söz etmiştir. Türk Ceza Yasası, daha ilk biçiminde, hükümetin (şahs-ı manevisi), daha sonra manevî şahsiyeti demekle İtalyanlardan önce bu konuda açıklık getirmişti. Buradaki manevî şahsiyet terimi ile, hükümetin bir tüzel kişiliği olmadığına göre, hareketin hükümettekilerin kişiliğine değil, fakat organın bütünlüğüne yönelmesi gerektiği anlatılmak istenmektedir.

Türk yasakoyucunun Faşist İtalyan yasakoyucuya örnek olan bir başka tutumu da, ondan önce yasama organına yapılan hareket ile yürütme organına yapılan hareketi bir tutması olmuştur. Halbuki, 1889 Mevaz İtalyan kanununda, hükümete yönelik tahkir ve tezyifler daha az, Meclislere yönelikler ise daha fazla ceza gerektirmekteydiler. Türk Ceza kanununu bu ayırımı kabul etmemiş ve hükümete yönelikleri de yasama organına yönelikler gibi daha ağır cezalandırmıştır. Bizden dört yıl sonra Yeni İtalyan Yasakoyucu da aynı yoldan gitmiştir. Yasamızdaki hüküm son biçimini 3038 sayılı yasa ile almıştır.

5 — Bakanlıklar

Bakanlıkların yasamızın ilk biçiminde ayrıca gösterilmediği anlaşılmaktadır. 1889 yasası ile 1930 yasası da bu konuda açıklık taşımamaktadır.

Bizde, ilk defa 1946 yılında, hükümetin ayrılmaz bir cüz'ü olan Bakanlıklara yöneltilen tahkir ve tezyif fiillerinin suç sayılmadığı, bu durumdan faydalananların hareketlerinin önüne geçilmesi gerektiği ileri sürülerek 4956 sayılı kanunla «Bakanlıklar» da maddeye eklenmiştir (1).

6 — Devletin Askerî Kuvvetleri

Yasamız, başlarda bu kavramı «Ordu ve Donanma» olarak açıklamıştı. 3038 sayılı kanunla onun yerine «Devletin silâhlı kuvvetleri» terimi getirildi; böyle bir değişiklik 1930 İtalyan kanunundan esinlenmiş olabilir (İtalyan K. m. 290/2).

Bu noktada 1889 İtalyan yasasına dönebiliriz. Bu yasada ne ordu, ne de silâhlı kuvvetler sözü geçmemekteydi. Bu yüzden ordu-

(1) MANZINI, Vincenzo : a.g.e. 1921, c. IV, sh. 274/not 1.

(2) MANZINI, Vincenzo : a.g.e. 1921, c. IV, sh. 274/275.

ya yönelik tahkir ve tezyif hareketlerinin cezalandırılmasında tartışma çıkmıştı; bir kısım yazarlar orduya yönelik hareketlerin bu suç oluşturmadığını ileri sürmüşlerdir (1). Buna karşılık, uygulamada Ordu'nun yasada geçen (anayasal kuruluşlar = Istituzioni costituzionali) arasında olduğu 1892 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı ile kabul edilmiştir (2).

Yasamızda ordu ve donanma yerine silahlı kuvvetler terimleri getirilirken, ordu ve donanma dışında kalan silahlı kuvvetlerin de kanunun korumasından faydalanması istenmiştir (3).

1938 tarihindeki değişiklik sırasında Silahlı Kuvvetleri terimi de kaldırılmış, yerine askerî kuvvetler terimi konmuştur. Askerî kuvvetler dışında kalan silahlı kuvvetler için aşağıda göreceğimiz (emniyet muhafaza kuvvetleri) terimi yasada yer almıştır.

İtalya'da uygulamada ordunun bir kısmının tahkir ve tezyifinin bu maddeye girip girmediği üzerinde durulmuştur. Kural olarak belli kişilerin tahkir ve tezyifinin bu suç oluşturmadığı kabul edilmektedir; bu durumda heyetlere hakaret ile gidilebileceği açıklanmaktadır. Buna karşılık, silahlı kuvvetlerin belli kısımlarına yönelik hareketlerde içtihat daha oynaktır. Örneğin Jandarmaya yönelik hakaretlerde bu suçun söz konusu olduğu kabul edilmiştir (4). Bu durumlarda tahkir ve tezyifin silahlı kuvvetlerin bütününe de sırayet edip etmediğine göre bir sonuca varılması ölçüsünden hareket edilmiştir (5). Öğretide ise sadece jandarma, piyade, topçu gibi ordunun kısımlarına yönelik hareketlerin suç oluşturduğu kabul edilmemekte, bütün silahlı kuvvetlerin öngörülmesi aranmaktadır (6).

-
- (1) Hükümet gerekçesi ve Adalet Bakanlığı değişikliği için, bk. TBMM Tutanak Dergisi, 1946, cilt 1, S. Sayısı 50, sh. 1.
 - (2) Örneğin, CRIVELLARI, Giulio : Codice penale. Torino, 1894, cilt 5, sh. 244; PESSINA : Se per gli effetti dell'art. 126 l'esercito sia istituzione ecc. (Cassazione Unica, III, 1982, 473); FLORIAN; op. cit. sh. 431; NAPODANO : op. cit. sh. 214 (Son üç yazıyı nakleden, MANZINI, Vincenzo : a.g.e. 1921, cilt IV, sh. 285).
 - (3) Karar için, CRIVELLARI, Giulio : a.g.e. cilt 5, sh. 251.
 - (4) 3038 sayılı yasa tasarılarının adliye encümeni değişikliği için bk. Tutanak Dergisi, 1936, S. sayısı 250, sh. 37.
 - (5) 1961 tarihli karar için, bk. LATTANZI, Giuseppe : I codici penali. Milano, 1974, sh. 383.
 - (6) Not 4'deki eser, sh. 382.
 - (6) MANZINI, Vincenzo: a.g.e. cilt IV, 1961, sh. 544/545.

7 — Devletin Emniyeti Muhafaza Kuvvetleri

Yasanın kaynağı olan İtalyan 1889 kanununda ve 1930 İtalyan kanununda böyle bir ibare yoktur. Yeni İtalyan ceza kanununda (Silâhlı kuvvetler» terimi bulunmaktadır (1). Bizde de daha önce böyle iken, sonradan «askerî kuvvetler» deyimini kullanılınca bunların dışında kalan silâhlı kuvvetleri korumasız bırakmamak için «emniyeti muhafaza kuvvetlerini ayrıca belirtmek faydalı görülmüştür. Bu kavram silâhlı kuvvetler içinde iken, tereddütlere yer verdiği belirtilmişti (2). Böylece, gümrük, orman kolluğu ile jandarmanın ve polis in aleyhinde hareketlerin de bu suçu oluşturması güvenceye alınmıştır.

Yasa «Devletin emniyet muhafaza kuvvetleri» dediği için, belediyelerin kollukları bu madde içinde değildir.

8 — Adliyenin Manevi Şahsiyeti

Mehaz 1889 kanununda adliye açıkça maddede yer almış değildir; fakat onun «anayasal kuruluşlar» içinde olduğu kabul edildiğinden Meclisler kadar değilse de (m. 123), onlardan daha az cezayı gerektiren bir suçu oluşturmaktaydı (m. 126). Yeni İtalyan kanunu böyle genel bir deyimle değil, fakat açıkça sözünü ederek adliyeye de yer verdi; 1936 yılındaki değişiklik sırasında Türk kanunkoyucu da aynı değişikliği benimsedi; hükümet tasarısında olmayan bu sözcük adliye encümeni değiştirmesi sırasında tasarıya girerek kanunlaştı. Burada da kanunun «manevî şahsiyet» terimini kullanması, hareketin hâkimlerin kişiliklerine yönelik olması olasılığı dışarda bırakmak amacına dayanmaktadır.

1930 İtalyan yasasında İtalya'da Anayasa Mahkemesi kurulması üzerine 1957 yılında bir değişiklik yapılarak Anayasa Mahkemesi de maddeye eklenmiştir. Bizim yasamız Anayasa Mahkemesinden söz etmediği için, ona yönelik hareketlerin bu maddedeki suçu değil, fakat Ceza Kanununun daha genel olan «adli heyetlere hakaret» diyebileceğimiz suçu (m. 268) oluşturacağı kabul edilmelidir.

§ — 3. Manevi Unsur

-
- (1) Polis'in bu terime girdiği hk. karar için, bk. LATTANZI, Giuseppe : a.g.e. sh, 381,
 (2) TBMM. Zabıt Ceridesi, 1938, c. 26, S. Sayısı 220, sh.1.

Bu suçun manevi unsuru, tersine bir açıklık olmadığına göre, m. 45 gereğince, kast olmak gerekir. Bu kast tahkir ve tezyif hareketinin bilerek ve istenerek yapılmasından ibarettir. Böylece, fail, yasada korunan konulara yönelik tahkir ve tezyif hareketlerini, alenen de olduğunu bilerek, isteyerek yapmalıdır.

Suçun maddi unsurunda hareket ve netice ayırımı yapılmadığı için, hareket yapılmakla neticede gerçekleştiğinden, hareketin bilerek ve istenerek işlenmesi, neticenin de bilerek ve istenerek işlenmesi olmaktadır. Böylece kasdın neticeyi de kapsadığı, failin tahkir ve tezyifte bulunurken böyle bir konuya zarar verebileceğini bilebilecek durumda olması aranmalıdır (1).

Yukarda suçun «alenen» işlenmesi konusunda belirttiğimiz gibi, bu aleniyet bir cezalandırabilme şartı olmadığından, kasdın ona da yönelik olması gereklidir.

Sonuç olarak, genel kast ile yetinildiği, ayrıca bir özel kast aranmadığı da söylenmektedir.

(Devamı Var)

(1) ANTOLİSEI, Francesco : a.g.e. sh. 553/554

CEZA HUKUKU

DOLANDIRICILIK CÜRMÜNÜ HIRSIZLIK VE İNANCI KÖTÜYE KULLANMA CÜRÜMLERİNDEN AYIRAN ÖLÇÜTLER

Sami SELÇUK (*)

PLAN : I — Giriş. II — Hırsızlık cürmünden ayıran ölçütler : a) — Suçun maddi konusu. b) — Suç araçları. c) — Uygulamada durum. III — İnanıcı kötüye kullanma cürmünden ayıran ölçütler : a) — Elmenliğin ve sağlanan yararın kökeni. b) — Suçun oluşum anları. c) — İter criminis sürecindeki kast türleri.

KAYNAKÇA (**)

I — GİRİŞ

Üç temel suç, yani hırsızlık, dolandırıcılık ve inancı kötüye kullanma cürümleri, günlük dilde hırsızlık diye anılırlar. Romalılar, *contreatatio rei fraudulosa* deyimini bu geniş anlamda benimsemişlerdi (1). Ortak kökenli olmaları, bu üç suçun, hırsızlık ve dolaylı hırsızlık gibi ayrımlar içinde incelenmelerine (2) ve bugün Fransız öğretisinde, her üçünün de malvarlığına karşı hukukî saldırı olarak ortak bir değerlendirme başlığı altında yer almalarına yol açmıştır (3).

Gerçekten, her şeyden önce, birbirlerine çok yakın olan bu üç cürmün (4) kuramsal yapılarını iyi bilmek (5) ve ortak yönlerini saptamak gerekir.

İlkin, her üçünde de, suç öznesinin amacı, haklı olmayan yollarla, başkasının zararına zenginleşmedir (*animus lucri*) (6). Ancak, bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar, birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Hırsızlıkta çalarak, inancı kötüye kullanmada sahiplenmeye dönüştürülerek, dolandırıcılıkta hile ve *sanía* kullanılarak suç işlenilmektedir (7). Araç ayrılığına karşılık, değindiğimiz öz ve amaç birliği, her üç suçun da kimi durumlarda, sözgelimi tekerrürde, aynı türden cürüm (T. Ceza Yasası, md. 86/9) (8) ve uygulamada yüz kızartıcı suçlardan sayılmalarına yol açmıştır (9).

(*) Cumhuriyet Başsavcı Yardımcısı.

(**) Yazının sonuna bakınız. Dipnotlarında, kaynakçadaki yazarların adları yazılmakla yetinilmiştir.

Öte yandan, inancı kötüye kullanma cürümüyle hırsızlığın ortak keşişme noktaları, her ikisinin de taşınabilir bir mala karşı işlenmeleridir. Dolandırıcılıkla hırsızlık ise eyleme öncül kast (10), dolandırıcılıkla inancı kötüye kullanma suçları ise teslim konusunda keşişmektedirler.

Ne var ki, her üç suçu da birbirlerinden ayırmak, suçlar arasındaki sınırların çizilmeleri (discontinuité), suçların yasallığı temel ilkesinin zorunlu sonucudur.

II — DOLANDIRICILIK CÜRMÜNÜ HIRSIZLIK CÜRMÜNDEN AYIRAN ÖLÇÜTLER :

a) Suçun Maddî Konusu Açısından

Herşeyden önce, hırsızlık suçunun maddî konusu, yani üzerinde suç işlenecek şey, taşınabilir nesnelere ve suçun oluşması için bunların bir başkasının malvarlığına geçmeleri gerekir. Buna karşılık dolandırıcılık cürmünün maddî konusu, malvarlığına konu olabilen, bir başka deyişle, haksız yarar elde etmeye elverişli, taşınır, taşınmaz, tüketilebilen, tüketilemeyen, katı, sıvı, kamusal, özel, sanatsal tüm nesnelere içerir. Suçlunun yalnızca geniş anlamda çıkar sağlama yeterli değildir. Nitekim, Yargıtay, hizmetlerden yararlanmayı da bu haksız çıkar sağlama kavramına sokmuştur. Sözelimi, köyüne yaya gitmemek için, gebe eşini hastaneye getiremediğinden söz ederek, başhekimin verdiği taşıttan yararlanmayı (11) ve babasını ziyaret edeceğinden söz ederek şikâyetçinin arabasını çok uzak yerlerde ve afyon taşımacılığında kullanmayı (12), haksız yarar, dolayısıyla

(1) Vouin, n. 10.

(2) Angelotti, n. 37.

(3) Cousin - Houppé, agy. s. 781.

(4) Cordova, agy. n. 14.

(5) Manzini, n. 3439.

(6) Clerc, n. 53, 67; Lambert, s. 255, 501.

(7) Lambert, s. 399; Pisapia, s. 504; Vouin, loc. cit.

(8) Goyet, n. 947, 960; Vouin, loc. cit.

(9) Anayasa, md. 68; Köy Yasası, md. 33/5; 647 sayılı yasa, md. 7, 657 sayılı yasa md. 48/5. Yargıtayımız, bir kararında, yasalarda öngörülenler dışında yüz kısaltıcı suç olmadığını ve bu arada dolandırıcılığa çok yakın olan T.C. Yasasının 278. maddesindeki cürmün yüz kısaltıcı suçlar arasında yer almadığını belirtmiştir. 4. C. D. 8.11.1966 gün ve 7051-5781 S. K. Çağlayan, M. Gerçekeli, Notlu ve İçtihatlı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, Ank. 1966. s. 157.

(10) Garçon, II, md. 379, n. 14; Maggiore, parte speciale, s. 1023.

malvarlığına saldırı ve dolandırıcılık olarak kabul etmiştir. Dolandırıcılık suçunun eski hukukta «dolayısıyla hırsızlık» olarak incelenmesinin bir nedeni de işte budur (13).

b) Kullanılan Suç Araçları

Ayrıca, dolandırıcılık cürmü hırsızlık cürmünden, suç işlemekte kullanılan araçlar ve yöntemler açısından da ayrılır. Hırsızlık suçunda, suçlu taşınır nesneyi elmenin (zilyedin) bilgi ve rızası dışında elde eder ve doğrudan bir saldırıya girişir. Söz konusu olan, başkasının egemenliğindeki taşınır nesne üzerinde fizikî bir güç harcanması sonucu, suçun maddî konusunun, yer ve konum değiştirerek suçlunun egemenlik alanına girmesidir. Görülüyor ki, hırsızlıkta çalma, aşırma gibi, geniş anlamda zor kullanma ve de çokluk gizlilik söz konusudur. Daha doğrusu rızasızlık söz konusudur. Buna karşılık, dolandırıcılıkta malvarlığına doğrudan bir saldırı ve elmenin iradesine karşın aşırma değil, dolanlı araçlarla yarar sağlama söz konusudur. Mağdurun rızası, dolanlı olarak elde edildiğinden sakatlanmıştır ve hırsızlıktaki gibi araçlar fizikî güç kullanmayla sınırlı değil, sınırsız olan tüm dolan türleridir. Özetle, hırsız çalar, aşırır (soustraction, sottrazione), dolandırıcı elde eder (obtient) (14).

Görülüyor ki, hırsızlık alanından dolandırıcılık alanına girmek demek, kaba ve hoyratça işlenen bir suçtan, ince bir ustalık ve kurnazlıkla işlenip kotarılan bir suç çevrimine geçmek demektir (15)

Hırsızlıkta elmenliğin, dolandırıcılıkta mülkiyetin çiğnendiği görüşü ise doğru değildir. Dolandırıcılıkta da elmenlik çiğnenir ve elmen malike karşı sorumludur. O yüzden suçlunun eylemi açısın-

(11) 6. C. D. 10.7.1962, 3359 - 3576, Akdoğan, s. 229.

(12) 6. C. D. 28.2.1964, 988/1008. Özütürk, s. 299.

(13) De Marsico, n. 141; Foschini, s. 6; Hélie, n. 630; Mancini, n. 39 (s. 62); Manzini, n. 3384 (s. 572); Puglia, s. 91 - 92.

(14) Antolisei, parte speciale, n. 58 (s. 261); Carrara, n. 2337; Clerc, n. 67; De Marsico, loc. cit.; Garraud, n. 2379, 2615; Foschini, s. 39; Goedseels, 2858, 2894; Goyet, n. 947; Lambert, s. 255, 399, 501; Launais, n. 460; Maggioro, s. 993, 994; Manzini, loc. cit.; Répertoire, n. 18; Sabatini, n. 559; Vouin, n. 10.

(15) Gautier, Graven'de aktarma, s. 1.

(16) Manzini, loc. cit.

(17) Antolisei, n. 53; Cordova, n. 15; Dönmezer, n. 282; Ayrıntılı bilgi: Garçon, II, md. 379, n. 334 vd.; Garraud, n. 2375; Goedseels, n. 2752; Hélie, n.670; Şeysoy, n. 37 - 39; Saltelli, n. 1260.

dan iki suç arasındaki ayırım, hırsızlıkta aşırma, öbüründe yanılta-
rak aktarmadır (16).

Bu konuda elektrik sayacı üzerinde dolanlı eylemlerle etkiler
yaparak daha az elektrik parası ödemenin dolandırıcılık olup olma-
dığı tartışılmıştır. Ancak, bir çok yasalar bu konuda özel hükümler
getirerek ve örneğin İtalyan Ceza Yasası 624. maddesinde açıkça
elektrik enerjisinin taşınır mal olduğunu hükme bağlayarak yasal ve
yargısal alanda konuyu çözüme bağlamışlardır. Yargıtayımızın, eyle-
mi hırsızlık olarak nitelendiren kararları ise bu konuda kararlılık
göstermektedir (17).

Kuşkusuz, dolanlı araçlar kullanarak hırsızlıkla dolandırıcılığı
ayırarak her zaman kolay değildir. İtalyan Ceza Yasasının 625/2.
maddesinde öngörülen bu tür hırsızlıkta, kullanılacak araçların ge-
niş anlamda maddî ve gayrimaddî oldukları, sayılamayacakları be-
lirtilmiştir. Mağdurun dikkatini başka yere çekerek, az değerli bir
nesneyi daha değerli bir benzeriyle değiştirerek yapılan hırsızlıklar
lar buna sokulmuştur (18). Bu tür hırsızlıkta, dolanlı eylem, bili-
nen rızasızlığı aşmaya yöneliktir. Rızayı elde etmeye değil. Bir baş-
ka deyişle mağdurun nesneyi vermeye rızası olmadığından, maddî
konu olan nesne dolanlı eylemlerle ve çoğu zaman gizlice elde edil-
mektedir. Dolandırıcılıkta ise, dolan, nesneyi elde etmek ya da çı-
kar sağlamak için, mağdurun rızasını elde etmeye yönelmiştir. Bas-
kı bu rızayı elde etmek için irade üzerine yöneltmiştir (19).

Türk Ceza Yasasının 493/4. madde ve bendinde öngörülen,
kendine resmî görevli süsü vererek hırsızlık da bu türden bir suç-
tur. Yasa koyucu, bu niteliği takınarak, sözgelimi polis giysisi gi-
yerek, sağlanan kolaylıktan yararlanmayı ağırlaştırıcı neden say-
mıştır. Burada kanımızca, hırsızlık (md. 491) ile resmî görevlilik
sanını kullanma (md. 252) suçlarının birleştikleri bir tür karma
(muhtelit) suç söz konusudur ve bu durum ağırlaştırılmış nitelikli
hırsızlık sayılmıştır. Ancak, bu nitelik, bir nesnenin teslimi ya da
çıkarmın sağlanması için rızayı elde etmeye yönelikse elbette eylem
dolandırıcılık olacaktır (20).

(18) Manzini, n. 3243/III.c.

(19) Foschini, s. 5.

(20) Dönmezer, n. 329; Erem, II. s. 1242; Manzini, s. 228; Santoro, n. 2913;
Şensoy, n. 396.

c) Uygulamada Durum :

Yargıtayımızın kararları, genellikle yukarıdaki düşünceleri doğrular niteliktedir. Yüksek mahkeme, birçok kararlarında, görevli (memur) olmadığı halde ya da görevinden ayrıldığı halde haksız çıkar sağlamaya dönük eylemlerin tümünü dolandırıcılık olarak nitelendirmiştir (21). Çünkü, bu eylemlerde T.C. Yasasının 252. maddesinde öngörülen bir resmî görev yapmaya kalkışma değil, bu görevi dolan olarak kullanmak yoluyla çıkar sağlama söz konusudur ve bu dolanla sakat rızayı elde etmeye yöneliktir.

Buna karşılık, dolanın hırsızlığa ortam ve kolaylık sağlamak için kullanıldığı durumlarda bu suç söz konusu olacaktır. Sözgelimi, sivil polis olduğunu ve karakola götürceğini söyleyerek, mağdurun üzerine arayan ve bu suretle parasını çalan sanığa T. Ceza Yasasının 493/4. madde ve bendinin (22), orman bölge şefi olduğunu söyleyerek ve arabasını durdurup sigara arıyormuş gibi yaparak sanığın parasını alan sanığa aynı yasanın 492/7. madde ve bendinin (23) uygulanacağını, belediyenin yetkili görevlisiymişçesine davranışlarla sayaçlara bakmak için sandalye isteyip, mağdurların içeri girmelerinden yararlanarak rızaları dışında saatleri alma (24) ve ilçeye yeni atanan hekim olduğunu söyleyerek ve oluşan güven ortamından yararlanarak gizlice eşya almanın (25) hırsızlık olduğuna karar verilmiştir.

Askerî Yargıtay da bir kararında, askerî bölgeden çalı kestiği için tüm eşyaları ve parasıyla birlikte kendisini askerî mercilere teslim edeceğini, tutulacak tutanaktan sonra bunların geri verileceğini söyleyerek, para ve eşyalarını bir torbaya koydurup aldıktan sonra, kendisiyle birlikte gelen mağduru yanından uzaklaştırmak amacıyla unuttuğu kavalını ve tepedeki sivil kişiyi getirmesi için yeniden mağduru geri gönderip bundan yararlanarak torbadaki parayı alıp kaçan sanığın eyleminin dolandırıcılık değil, hırsızlık olduğuna karar vermiştir (26). Gerçekten burada sanık, kimi inandırıcı

(21) 4. C. D. 18.4.1946, 4245/5069, Özütürk, II, s. 871; 5 C. D. 22.9.1949, 2676/4063, İbid. s. 872; 6. C. D. 14.10.1963, 5307/5280, Esin, s. 282; 6. C. D. 7.4.1964, 1847/1812, İbid., s. 283; 6. C. D. 29.12.1970, 7338/7326, İbid. s. 304; 5. C. D. 23.10.1979, 2845/2833 (yayımlanmamıştır).

(22) 6. C. D. 18.5.1965, 7362/7256 (Yayımlanmamıştır).

(23) C. G. K. 17.1.1977, 550/5. Burada eylem T.C. Yasasının 493/4. maddesine sokulmamıştır. Konumuzun dışında olduğundan sorunun tartışmasına girmiyoruz.

dolanlı eylemlerle içinde para bulunan torbayı almıştır, ama bu torba mağdurun gözetimindedir. Dolanlı eylemler bunun tam bir teslimini sağlamamışlardır ve paranın sanığa verilmesi konusundaki rızayı sağlayamadığından, son bir dolanlı davranışla yanından uzaklaştırdığı sanığın yokluğundan yararlanmak ve bu biçimde rızasızlığı aşmaya, özetle hırsızlığı kolaylaştırmaya yönelmişlerdir. Yine, teslim rıza gösterilmeyeceğini bildiği nesneyi almak için, onarımcı olduğu dolanma başvurarak içeri giren sanığın o nesneyi alması eyleminin hırsızlık, dolanın ise bu hırsızlığı kolaylaştırıcı nitelikte bir davranış olduğu ileri sürülmüştür (27).

Bununla birlikte dolandırıcılıkla hırsızlığı birbirlerinden ayırmanın her olayda her zaman kolay olmadığı, Fransız Yargıtayının fiilen elde tutma ve nesnenin ufak çapta dolanlarla teslimini hırsızlık saydığı ve böylece, hırsızlıkla dolandırıcılık arasında cezasız kalmaya elverişli boşlukları kapatarak, hırsızlığı dolandırıcılığa yaklaştırdığı, Fransız Ceza Yasasında sınırlandırılan donanlı eylemlerin (md. 405) neredeyse yalın yalamı da içerecek biçimde genişletildiği, vekâlet yetkisini aşmanın bile bu kavrama sokulduğu (29 Aralık 1929 ve 12 Temmuz 1966 tarihli kararlar), bilerek iki suç arasında boşluk koyan yasakoyucunun iradesi ve dolayısıyla suçların yasallığı ilkesinin zorlandığı, böylece pretoryen bir ceza hukuku yaratıldığı ileri sürülmüş, irade üzerine baskıyla nesnenin teslimini hırsızlığa sokan 25 Ocak 1973, 4 Mayıs 1973, 26 Haziran 1974 tarihli Fransız Yargıtayının kararları eleştirilmiştir (28).

Öğretide, dolandırıcılık suçunun sözkonusu olabilmesi için, rızayı elde etmeye yönelik dolanın, rızâ işlemde bulunabilme yeteneği ve sezginliği olan bir mağdurun iradesi üzerinde etkili olması koşulu ileri sürülmüştür. Kanımızca bu görüş yerindedir. Çünkü, akıl hastası ya da küçükken, dolanlı eylemlerle de olsa bir çıkar sağlamak, eğer bu dolanlı eylemler olmasaydı aynı sonuç alınacak idiyse, bir nesneyi gizlice almaktan farksızdır. Nitekim, İtalyan Yargıtayının görüşü de bu doğrultudadır (29). Bu konuda Yargıtayımızın görüşleri ise çelişiktir. «Gel kumar oynayalım diyerek küçük mağdurun elindeki parayı almanın hırsızlık olduğuna» (30) karar veren Yargıtay, «saydıktan sonra geri vereceğim» diye-

(24) 6. C. D. 18.5.1965, 2987/3003 (yayımlanmamıştır).

(25) C. K. K. 14.6.1976, 275/287 (Yayımlanmamıştır).

(26) Askerî Yargıtay Drl. Krl. 8.10.1976 ,69/58, Lüleci, s. 1436 -2.

(27) Logoz, s. 158.

rek küçükten para alma (31), «kendine ait olduğu yalanıyla küçüğün saflığından yararlanarak öküzleri» (32) ve «yedi yaşındaki çocuğa bırakılan yünleri satmayacağını söyleyerek, onu yanıltmak suretiyle» alıp götürme (33) eylemlerinin dolandırıcılık olduğuna karar vermiştir.

İki kişinin ortaklığıyla işlenen ve düşen cüzdani arayacakları bahanesiyle mağdurun üzerine ararken parasını ustalıklı alma yöntemi olan zarfçılık (manitacılık, mantarcılık) eylemini önceleri dolandırıcılık olarak nitelendiren (34) Yargıtay, rızâ teslim olmadığından, daha sonraki kararlarında haklı olarak T.C. Yasasının 492/7. madde ve bendinde öngörülen yankesicilik yoluyla hırsızlığa sokmuştur (35).

Yine, Yüksek Mahkeme, mağdurun dalgınlığından yararlanarak bir şey almanın (36) kuyumcuya verdiği içi mecediye dolu mendille, içi altın dolu aynı renk ve nitelikteki mendili değiştirmenin (37) hırsızlık olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtayımız, bozdurulmak üzere verilen beşyüzer liralık para karşılığı alınan yüzer liralıklardan ikişer tanesini mağdurun ustalıklı alma eylemini önceleri dolandırıcılık diye nitelendirirken (38), daha sonraki kararlarında benzeri eylemlerde, dolanlı eylemle rızâ bir teslim değil, ustalıklı ve gizlice alma söz konusu bulunmadığından, bunu hırsızlık olarak benimsemiştir (39). Çünkü, burada, dolanlı eylemler, sakatlanmış rızâyı sağlamaya değil, bu rızasızlığı gizlice aşmaya yöneliktirler. Olay mağdurların bilgisi dışında oluşmaktadır (40).

Bu duraksamaların bugün bile sona erdiği söylenemez. Yukarıda elektrik, gaz gibi enerjilerden dolanlı yollarla yararlanmanın önceleri dolandırıcılık olarak, sonraları hırsızlık diye nitelendirildiğini belirtmiştik. Buna karşılık, Fransız Yargıtayı ve

(28) Bozuat, s. 823; Chavanne, n. 24; Cousin - Houpe, s. 778 vd.

(29) Manzini, s. 554.

(30) 6. C. D. 25.9.1962, 4212/4322, Esin, s. 278

(31) C. K. K. 8.6.1942, 149, Özütürk, s. 316; 2. C. D., 18.2.1949, 1424/1334, İbid, s. 314.

(32) 6. C. D. 25.9.1973, 6891/7307, Karateke - Kutlay, s. 126.

(33) 6. C. D. 26.1.1976, 435/478, Akdağ, s. 790.

(34) 4. C. D. 5.4.1937, 749/732, C. G. K. 9.1.1939, 83/2, Alicanoğlu, s. 521.

(35) 4. C. D. 13.3.1956, 11780/3077; 6. C. D. 17.2.1960, 4324/1602; C. K. K. 12.2.1962, 6/6, Akdoğan, s. 182, 183; 6. C. D. 20.2.1968, 835/917, Şanal, s. 607; 4. C. D. 22.11.1951, 8812/3573, Perinçek, s. 912.

Aix - en - Provence Üst Mahkemesi, parkmetre veya taksifonlardan dolanlı eylemlerle (sözgelimi, içine değersiz yuvarlakçılar atarak) yararlanmada, dolandırıcılık suçunun var olduğu görüşünü benimsemişlerdir (41).

Elmenliğin aktarılması söz konusu olmadığı için Fransız Yargıtayı, teslim aldığı malın parasını ödemededen mağazadan sıvışan müşterinin eylemini hırsızlık diye nitelendirmiştir (42). Türk Yargıtayının görüşü de bu yöndedir (43). Buna karşılık İtalyan Yargıtayı, çalma ya da aşırma (sottrazione) kavramı, başkasının buyruğundaki nesneyi fiziksel olarak rızasız alıp götürme anlamına geldiği için, bu eylemde hırsızlık niteliğini görmemiştir (44). Foschini ise, eylemi hırsızlık ve inancı kötüye kullanma açısından irdeleyerek, olayda yalnızca elmenlik değil, mülkiyet de aktarıldığı için, bu suçların oluşmayacağı, ancak kastın iter criminis'te, en azından zarardan önce gerçekleştiğini, ciddi görünüşlü birinin teslim aldığı nesnenin karşılığını verir gibi yaparak, kalabalıktan yararlanmak suretiyle para ödemededen gitmesinde, parayı hemen ödeyeceği vaadinin ve dolanının, sanığın davranışı nedeniyle gerçekte satıcının düşüncesi arasındaki iletişim eksikliği bulunduğunu, yanlışlığa düşürmenin gerçekleştiğini, dolandırıcılığın ilk ve son davranışla bütünleşip dolan kastıyla birlikte suçun oluştuğunu, tersi durumda, yaşamın dinamiklerinin, soyut formüllerle ceza hukukunun hapsedileceğini söylemektedir (45). Kanımızca burada, sanığın ceza hukuku anlamında, yani özerk bir biçimde elmenliği söz konusu değildir. Kasaya ödeyinceye değin, dükkân sahibinin ya da çalışanların gözetimindedir. Kalabalığın sağladığı fırsat ve dükkân sahibinin gafletinden yararlanarak sanık rızasızlığı aşmıştır. Eylem bu nedenlerle hırsızlıktır. Yargıtayımızın görüşü yerindedir.

(36) 6. C. D. 30.6.1963, 4945/4963, Esin, s. 282;

(37) 6. C. D. 5.4.1965, 1562/1447, Güner, s. 356.

(38) 6. C. D. 19.3.1965. 1965, 1723/1617, Özüttürk, md. 503, n. 5.

(39) 6. C. D. 25.11.1966, 6047/6194, Çağlayan, s. 940; 6. C. D. 24.12.1966, 6821/6769, Esin, s. 294; 6. C. D. 10.4.1969, 2206/2045, Akdağ, 797; 6. C. D. 22.2.1973, 1314/1492. Karateke, s. 275.

(40) Foschini, s. 5; Manzini, n. 3243/III. c.

(41) Yargıtay, 10.12.1970; Aix Üst M. 13.9.1972, Cousin - Houppé, s. 783, 794.

(42) 10.2.1954, 22.12.1958, 4.11.1964, İbid., s. 782.

(43) C. G. K. 7.2.1977, 577/47, (Yayımlanmamıştır.)

(44) 25.4.1952, Foschini, s. 39.

(45) Foschini, s. 39 - 44.

II — DOLANDIRICILIK CÜRMÜNÜ İNANCI KÖTÜYE KULLANMA CÜRMÜNDEN AYIRAN ÖLÇÜTLER

Dolandırıcılık cürmüne en yakın suçlardan biri de kuşkusuz inancı kötüye kullanma suçudur. Her ikisinde de teslim ve rıza, bunların ortak yönlerini oluşturmaktadır (46). Ancak, her iki suç arasındaki ayırmaları vurgulayacak ölçütler bulunmaktadır.

a) Elmenliğin Ve Sağlanan Yararın Kökeni Açısından

İlkin nesne üzerindeki elmenliğin ya da çıkar sağlamanın kökeni her iki suçta birbirlerinden ayrıdır (47). İnancı kötüye kullanma cürmünde belli amaçlarla yapılmış, yöntemlere uygun, aldatılmamış rızai ve yasal bir teslim söz konusudur. Bir başka deyişle, belli amaçlarla ve inançlı bir işleme dayanılarak, nesne üzerinde ikinci derecede elmenlik (fer'i zilyetlik) elde edilmektedir. Buna karşılık dolandırıcılıkla, yarar sağlama dolanla sakatlanmış, özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır. O nedenle yarar sağlamanın kökeni, inancı kötüye kullanma suçundan ayrımlı olarak, hukuka aykırıdır. Özetle, dolandırıcılıkta tradens'in geçersiz bir rızası inancı kötüye kullanmada geçerli bir rızası söz konusudur. Çünkü, ilkinde accipiens dolan kullanmıştır, ikincisinde kullanmamış, iradeler özgürce uyuştuklarından, nesne rızaen verilmiştir (48).

Bu durum, kaynak yasa tasarısının 1887 tarihli Bakanlık gerekçesinde, iyi niyeti saptıran hile ve sanialarla rızanın fesada uğratılarak çıkar sağlanması söz konusu ise dolandırıcılık, malikin özgür iradesiyle ve geri verilmesi koşuluyla teslim olunan nesnenin kendi ya da başkası yararına harcanılması ya da sahiplenilmesi söz konusu ise inancı kötüye kullanma suçunun oluşacağı biçiminde belirtilmiştir (49). İnancı kötüye kullanma suçundan elmenliğin yasal ve haklı bir irade uyuşmasının, dolandırıcılıkta ise yarar sağlamanın haksız, yasa dışı ve geçersiz bir rızanın ürünü oldukları, 17.2.1917, 9.12.1935, 8.2.1937 ve 10.10.1966 tarihli İtalyan Yargıtayının kararlarında açıkça belirtilmiştir (50).

Yargıtayımız da, bir çok kararlarında, iki suç arasındaki bu ayrılığı vurgulamıştır. «Bozdurulmak üzere rızaen verilen parayı

(46) Angelotti, n. 39 (s. 63); Chavanne, n. 24; Goyet, n. 960; Vouin, n. 10.

(47) Angelotti, loc. cit.

(48) Chavanne, loc. cit.; Crivellari, s. 222; Garçon, md. 379, n. 14; Launais, n. 490; Goedseels, n. 2894; Maino, n. 1918; Répertoire, n. 19; Santoro, n. 2 2953.

sonradan geri vermemenin» (51) «verilen altınlara kulp takarken değiştirirken yerine penez vermenin» (52) dolandırıcılık değil, inancı kötüye kullanma suçlarını oluşturdukları belirtilmiştir. Çünkü, bütün bu suçlarda, teslim hile ve saniya kullanılarak oluşmamıştır. Aralarındaki anlaşma gereğince hayvan satın alımında kullanılmak üzere verilen parayı harcıyıp geri vermeme eyleminde de durum aynıdır (53). Buna karşılık, Ticaret ve Sanayi Odası Başkanının, mağdurun bilgisizliğinden yararlanarak, tescil için harç pulu parası adı altında alınmaması gereken parayı alıp kişisel çıkar sağlaması (54) ve kooperatifin taşıma işlerini taahhüt eden mağdura, ruhsat ve ehliyet belgelerinin yolda trafik polisince alındığını söyleyip sahte plaka göstererek, kendilerini mağdurun taşıma işlerini yürüten A'nın gönderdiği ileri sürerek ve bu suretle fasulyeleri kamyonu yükleyip kaçan sanıkların eylemlerinin (55) inancı kötüye kullanma değil, dolandırıcılık olduğu belirtilmiştir. Sanığın, öbür çobanların sürülerine karışan koyunları sahiplerine vereceğini söyleyerek alma sırasında çobanları yanıltıp haksız bir yarar sağlamayı amaçladığını gösterir inandırıcı kanıtlar açıklanmadan, inancı kötüye kullanma yerine sanığın dolandırıcılıkla cezalandırılmasını uygun bulmayan (56) Yargıtayımız, teslim ve çıkar sağlama açısından var olan iki suç arasındaki ayrılığa, 22.5.1979 gün ve 3666/3857 sayılı kararıyla açıkça değinmiştir : «Sanığın gerek işçi ödentileri gönderen daireye ve gerekse bu ödentilerin toplandığı bankaya karşı hile ve saniya delâlet eden ve onların hulûs ve saffetinden yararlanmayla aldatmaya yönelik herhangi bir hareketinin bulunmamasına, genel -iş sendikası şube başkanı olan sanığın sendika tüzük hükümlerine aykırı davranarak gördüğü hizmet ve şanıdan yararlanıp görevinin gereği kendisine gösterilen güveni kötüye kullanmak suretiyle merkez emrine havalesi gereken paraları kişisel çıkarında kullanmasından ibaret eyleminin dolandırıcılık değil, hizmet nedeniyle inancı kötüye kullanma suçunu oluşturacağı» belirtilmiştir (57).

Askerî Yargıtay da, kendine hamamcı süsü vererek, erat hamamına gelen erlerin hulûs ve saffetlerinden yararlanıp, geri vermek üzere aldığı para ve eşyalarını alıp kaçan sanık erin eylemini

(49) Giurati, n. 137 (s. 349); Manzini, s. 532.

(50) Manzini, s. 720; Santoro, n. 2953.

(51) 4. C. D. 6.2.1951, 724/724. Özü Türk. md. 510, n. 79.

(52) 4. C. D. 1.4.1952, 3226/3298, İbid, md. 510, n. 47.

(53) 6. C. D. 28.2.1973, 1929/1916, Esin, s. 342.

(54) C. G. K. 25.9.1978, 227/296 (Yayımlanmamıştır).

inancı kötüye kullanma suçu değil, haklı olarak dolandırıcılık diye nitelendirmiştir (58).

b) Suçların Oluşma Alanları Açısından :

İkinci derecede elmenlik kurulması ile suçun oluşması; ve çıkar sağlama ile suçun oluşması anları arasında eşanlılığın bulunup bulunmaması açısından da birbirlerinden ayrılırlar.

Gerçekten dolandırıcılık suçunda hile ve saniayla çıkar sağlandığı anda suç oluşur (59). İnancı kötüye kullanma suçunda nesnenin teslim alındığı anda henüz oluşmuş bir suç yoktur. Esasen bu suçta, teslim sonucu oluşan ikinci derecede elmenlik, ileride oluşacak suçun bir tür dekoru, gerekli ve zorunlu önkoşuludur. Malikin inancının kötüye kullanılarak, nesne sahiplenildiği ya da harcama ve benzeri davranışlar gibi ancak malikin yapabileceği işlemlerde bulunduğu anda suç oluşacaktır. Böyle, dolandırıcılıkta, yasa koyucu, bu suçun en çarpıcı ögesi olan dolanlı eylemi; inancı kötüye kullanma suçunda ise, aradaki inançlı işleme karşı çıkıp bu inancı kötüye kullanarak, ikinci derecede elmenlik konusu nesne üzerindeki hukukî ilişkiyi saptırarak kendine inanan mağdurun inancını kötüye kullanmak suretiyle dürüst davranmamayı (60) ve bir bakıma malik olmayanın malik olma olanağındaki kolaylığı (61) cezalandırmaktadır. Görülüyor ki, yasa, dolandırıcılıkta, kendine ya da başkasına çıkar sağlama yolundaki suç öncesi amacı gözetmekle malvarlığı ilişkilerinin kurulup oluşturulmasındaki dürüstlüğü; inancı kötüye kullanmada ise, nesnenin tesliminden sonraki amacı gözeterek aynı ilişkilerin gelişim sürecindeki dürüstlüğü ön planda tutmuştur (62). Özetle, inancı kötüye kullanmada, geleceğin sanığı, geleceğin mağdurundan, bir sözleşme gereği aldığı nesneyi, deyim yerindeyse vekâlet yetkilerini aşarak sahiplenme işlemlerine girişmek; dolandırıcılıkta ise, çıkar sağlandığı anın sanığı, o anın mağdurundan dolanlı eylemlerde bulunmak suretiyle suç işlemektedirler (63). Bu durum, İtalyan Yargıtayının 30 Mayıs 1921 tarihli kararıyla vurgulanmıştır (64).

(55) C. G. K. 27.12.1976, 534/550 ve 10.11.1978, 6772/6772/6873 (Yayımlanmamıştır).

(56) 6. C. D. 17.11.1978, 7107, 6913 (Yayımlanmamıştır).

(57) 6. C. D. (Yayımlanmamıştır).

(58) Drl. Krl. 10.6.1966, 60/30, Lüleci, s. 1435.

(59) C. G. K. 31.1.1966, 18/14, Esin, s. 292.

(60) Bulutoğlu, 12; Cordova, n. 14; De Marsico, n. 141; Goyet, n. 947; Maggiore, P. Speciale, s. 994; Manzini, s. 532; Santaniello, s. 581; Vouin, n. 10.

c) İter Criminis Sürecindeki Kast Türleri Açısından :

Bir başka ölçü de, iter criminis sürecindeki kastın yeri açısından her iki suçun birbirlerinden ayrıldıklarıdır. Kuramsal açıdan kolay görünen bu ayrılığın, uygulamada kastın oluşumunu saptamanın güçlüğü nedeniyle zorluk çıkaracağı belirtilmiştir (65). Çoğu İtalyan cezacılarınca ve kimi yargı kararlarında bu ölçüte başvurulduğu görülmektedir.

«Bu başlangıçta kast», «sonradan oluşan kast» (66) ölçütüne göre, dolandırıcılıkta çıkar sağlama eylemine öncül kast, yani birincisinin; inancı kötüye kullanma suçunda teslim eylemine ardıl kast, yani ikincisinin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür (67).

İtalyan Yargıtayı, 17 Kasım 1905, 19 Ekim 1908, 17 Nisan 1914, 13 Ocak 1930, 7 Şubat 1936 tarihli kararlarında bu ölçüte yer vermiştir. Özellikle 13 Ocak 1930 tarihli kararında geri verilmeyen bisikleti kiralama sırasında kast varsa (kuşkusuz dolanlı eylemler de kullanılmışsa) suçun dolandırıcılık olduğunu belirtmiştir (68).

Yargıtayımızın da söz konusu ölçüte, eylem öncesi kast adı altında zaman zaman başvurduğu görülmektedir. Bir kararda «sanıkların hileleri yalnız alış veriş sırasındaki hareketlerine münhasır kalmayıp, bunlara ek olarak ve ayrıca satış konusu kumaşlara da ilişkin mütekaddim hile ve sanialarının bulunması ve alış ile satış fiyatları arasındaki ölçüsüz farkın, sanıkların önceden ve tahsisen dolandırıcılık kastıyla hareket ettiklerini gösterir.» (69) denilmiştir. Yine bir çok kararlarında Yüksek Mahkeme «önceden dolandırma kastı» (70) ya da «başlangıçtan beri dolandırıcılık kastının» (71) veyahut da «başlangıçta dolandırma kastının» (72) varlığını aramıştır.

(61) Antolisei, P. Speciale, s. 244, 261.

(62) Angelotti, s. 64; Manzini, s. 720.

(63) Lambert, s. 254 - 255, 501.

(64) Manzini, loc cit.

(65) Erem, Dolandırıcılık, s. 5.

(66) Alacakaptan, s. 157; Antolisei, P. Generale, n. 122; Battaglini, s. 143 - 144; Erem, I. s. 465; Ferri, s. 439; Florian, n. 360; Maggiore, I, P. Generale, s. 239; Pannain, I, n. 187; Vannini, s. 50 vd.

(67) Tolomei, Angelotti'den aktarma, s. 64; Bulutoğlu, n. 12; Carrara, n. 2337; Cordova, n. 15; Crivellari, s. 222; Erem, II, s. 1165; Giuroti, n. 137 (s. 348).

(68) Manzini, s. 533.

Bununla birlikte, bu ölçütün her zaman sağlıklı sonuçlar vermediği, özellikle inancı kötüye kullanma suçunda, kastın teslimden sonra oluştuğu kuralının her zaman geçerli olmadığı ileri sürülmüş tür. Gerçekten, bu ikinci derecede elmenliğin kurulmasından önce de olabilir. Yeter ki, elmenlik, dolanlı eylemlerle oluşturulmuş olmasın. O yüzden, çamaşırları bilerek saymadan teslim alıp eksik geri verme eyleminde, doğru saymamağı elmenliği elde etmek için bir dolan saymayan İtalyan Yargıtayı, eylemi dolandırıcılık değil, inancı kötüye kullanda olarak nitelendirmiştir (73). Ancak, yanılığın teslim, dolanlı eylemlerin kışkırtılması sonucu ise, bir başka deyişle, yanılığın teslimle dolan arasında bir nedensellik bağı varsa, suçun dolandırıcılık olacağı belirtilmiştir (74).

Şunu da belirtelim ki, dolanlı davranış nesneyi ya da haksız çıkarı elde etmeye yönelik olmalıdır (75). Eğer, geçerli ve yasal ikinci derecede elmenlik kurulduktan, yani teslimden sonra, suçlu ister nesneye sahiplenmek için, ister onu gizlemek için olsun; özetle, geri vermek yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla hile ve saniaya başvurmuşsa yine eylem elbette inancı kötüye kullanma olacaktır (76). Nitekim, İtalyan Yargıtayının 17 Mayıs 1905, 18 Haziran 1905, 30 Kasım 1916, 26 Şubat 1919 tarihli kararları bu doğrultudadır (76).

Bununla birlikte, yukarıda da değindiğimiz gibi, dolandırıcılık cürmüyle inancı kötüye kullanma cürmünü birbirlerinden ayırmamanın, uygulama alanında kuramsal alandan daha güç bulunduğunu kabul etmek yerinde olur (77). Çünkü, uygulamada, kuramsal alandaki saydamlık, yerini çoğu kez eylem karmaşıklığına bırakmaktadır.

(69) 6. C. D. 30.11.1967, 4146/6476 (Yayımlanmamıştır), C. G. K. 7.7.1969, 545. 335. Akdağ, s. 832; 10.11.1978, 6772/6873 (Yayımlanmamıştır).

(70) 6. C. D. 8.11.1978, 6988/6688, 27.4.1979, 3072/3048 (Yayımlanmamışlardır).

(71) 6. C. D. 22.12.1978, 7619/8071, 18.12.1979, 8238/8491 (Yayımlanmamışlardır).

(72) 6. C. D. 11.10.1979, 6580/6472 (Yayımlanmamıştır).

(73) Manzini, n. 3425 (s. 750)

(74) Manzini, n. 3458 (s. 779) n. 3461 (s.784) : Yukarıda değindiğimiz C. G. K.'-nin 25.9.1978 gün ve 227/296 sayılı kararı buna örnektir. (Dipnotu No. 54)

(75) Angelotti, n. (s. 64).

(76) Manzini, n. 3381 (s. 533)'teki 1 numaralı dip notu.

(77) Giurati, n. 137 (s. 349).

KAYNAKÇA

I — ÖĞRETİ (Doktrin) :

a) **Türkçe** : Alacakaptan, U. Suçun unsurları, Ank. 1975; Bulutoğlu, K. Emniyeti suistimal cürümleri, İst. 1955; Dönmezer, S. Kişilere ve mala karşı cürümler, İst., 1977; Erem, F. Ümanist doktrin açısından Türk ceza hukuku, Ank., 1968; Erem, F. Türk Ceza Hukuku, Özel hükümler, II, Ank., 1968; Erem, F. Dolandırıcılık, Ank. 1956; Maino, Ceza kanununun şerhi, İst. 1928. C. IV; Şensoy, N. Basit hırsızlık ve çeşitli mevsuf hırsızlıklar. İst. 1963.

b) **İtalyanca** : Angelotti, D. Le Appropriazioni indebite, Napoli, 1930; Antolisei, F. Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 1947; Antolisei, F. Manuale di diritto penale, Parte speciale, I, Milano, 1972; Battaglini, G. Diritto penale (Teorie generali), Bologna, 1937; Carrara, F. F. Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale, V. IV. Firenze, 1923; Cordova, A. Truffa, Nuovo digesto Italiano, XII, 1940; Crivellari, G. (G. Suman), Il codice penale, V. VIII. Torino, 1898; De Marsico, A. Delitti contro il patrimonio, Napoli, 1951; Ferri, E. Principii di diritto criminale, Torino, 1928; Florian, E. Parte generale del diritto, Milano, 1934; Foschini, G. Reati e pene, Milano, 1960; Giurati, G. Delitti contro la proprietà, Milano, 1913; Maggiore, G. Principi di diritto penale, V. I. Parte generale, Bologne, 1932; Maggiore, G. Diritto penale, V. II, Parte speciale, Bologna, 1948; Mancini, F. La Truffa, nel codice penale Italiano; Torino, 1930; Manzini, V. Trattato di diritto penale italiano, V. IX, Torino, 1938; Pannain, R. Manuale di diritto penale, Parte generale I, Torino, 1950; Pisapia, G. D. Istituzioni di diritto penale, Padova, 1965; Puglia, F. Dei delitti contro la proprietà, Enciclopedia del diritto penale italiano (in Pessina), V. X, Milano, 1908; Sabatini, G. Istituzioni di diritto penale, Parte speciale, V. II, Catania, 1947; Saltelli, C. - Romano - di Falco, E - Commento teorico - pratico del nuovo codice penale, V. II, Torino, 1931; Santeniello, G. Manuale di diritto penale, Milano, 1967; Santoro A. Manuale di diritto penale, T.V. Torino, 1968; Vannini, O. Quid iuris? V. X. (in tema di dolo), Milano, 1953.

c) **Fransızca** : Bouzat, P. Vol, Détection purement matérielle, Revue de Science criminelle et de droit comparé, 1977, 4, s. 823; Chavanne, A -

Fayard, M.C. Escroquerie, J.C. 1973-78; Clerc, F. Cours élémentaire sur le code pénal Suisse, Partie spéciale, T. I. Lausanne, 1943; Cousin - Houppé, M.S. Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens (vol, abus de confiance, escroquerie), Revue de science criminelle et de droit comparé, 1977, 4, s. 779-794; Garçon, E. Code pénal annoté, T. II, Paris, 1952, T. III, Paris, 1959; Garraud, R. Traité de droit pénal Français, 1935, T. VI.; Goedseele, M.C. Commentaire du droit belge, Bruxelles; T. II, 1948; Goyet, F. (M. Rousselet - P. Arpaillange - J. Patin), Droit pénal spécial, Paris, 1972; Graven, J. L'Escroquerie en droit pénal suisse, Basel, 1947; Hélie, F. (J. Brouchet - F. Brouchet), Pratique criminelle des cours et tribunaux, Paris, II, 1954

Lambert, L. Cours de droit pénal special, Lyon, 1950; Launais, H. -de la Villequerin Y - Accarias, L. Droit pénal financier, Paris, 1947; Logoz, P. Commentaire du code pénal suisse, Partie spéciale, I, Neuchâtel, 1955; Répertoire (Laloz), T. I, 1953; Vouin, R. Droit pénal spécial, T. I., Paris, 1968.

II — İÇTİHAT : Akdağ, S. Türk ceza kanunu şerhi, Ank. 1976; Akdoğan, K. - Köseoğlu, C. Devlet ve şahıs mallarına karşı işlenen cürümlerle sahtecilik suçları, Ank. 1963; Alicanoğlu, M. Tarihçeli, izahlı, notlu Türk C. Kanunu, 1952; Çağlayan, M. Gerekçeli, notlu ve içtihatlı T.C. Kanunu, Ank. 1970; Esin, K. Devlet ve şahıs mallarına karşı işlenen suçlar, Ank. 1974, Güner, Ş. T.C. Kanunu ve ilgili Yargıtay kararları, Ank. 1976; Karateke, O.N. - Kutlay, A. 1973 yılı Ceza genel kurulu ve ceza daireleri kararları, Ank. 1974; Lüleci, T. - Özbakan, H. T.C. Kanunu ile ilgili içtihatlar, (Askerî Yargıtay), Ank. 1971 - 78; Perinçek, S. - Özden, C. T.C. Kanunu ve buna ait seçilmiş Temyiz Mahkemesi kararları, İst. 1959; Şanal, S - Aydınöz, S. Notlu ve İchtihatlı T. Ceza Kanunu, İst. 1979; Odyakmaz, N. Uygulamalı Türk Ceza Yasası, İst. 1980; Öztürk, N. TCK. Şerhi ve Tatbikatı, Ank. 1966.

1918 SAYILI YASANIN UYGULANMASINDA CİF DEĞER

Metin ERTUĞRUL (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Tarif ve kapsamı. 3 — Uygulamada durum.
4 — Sonuç.

1 — GİRİŞ

1918 Sayılı Yasanın 25 ve 27. maddelerinin uygulanmasında CİF değerinin tesbiti ayrı bir önem kazanmaktadır. Belirtilen maddelere giren bir suç işleyen kişiye 1918 Sayılı Yasaya göre ceza verebilmek için öncelikle CİF değerinin tesbiti gerekmektedir. Zira kişiye verilecek para cezasının tayininde diğer unsurlarla birlikte CİF değerinin tesbiti de zorunludur. Uygulamada evvelce alınan İçtihadı birleştirme kararına rağmen değişik sonuçlar doğurması bakımından son zamanlarda bu konuda verilen Yargıtay Kararları tereddüt doğurduğundan, CİF değerinin tesbit usulü inceleme konusu edilmiştir.

2 — TARİF VE KAPSAMI

CİF kelimesi İngilizce (Cost, Insurance And Freight) kelimelerinin baş harflerinden alınarak meydana getirilmiştir. Manası ise, yabancı çıkışlı kaçak eşya, alet ve taşıma araçlarının ihraç edildiği yerlerdeki satış kıymeti ile nakliye ücreti ve sigorta masrafları toplamı sonucu elde edilen kıymetin karşılığıdır. Ele geçen yabancı çıkışlı kaçak malların CİF değerinin tesbiti sırasında bu hususlar nazara alınacaktır.

3 — UYGULAMADA DURUM

Kaçakçılık konusunda bu derece önemli olan CİF kıymetinin tesbiti esasında ilgili idareye ait bir husustur. 1918 Sayılı Yasanın 24.

(*) Bilecik Ceza Hâkimi.

maddesi de bu hususu doğrulamaktadır. Ancak belirtilen 24. maddenin 2. fıkrası 152 Sayılı Kanunla kaldırılmış olduğundan aradaki boşluğun doldurulması, aşağıda belirtilen tevhibi içtihat kararı gereğince yapılmaktadır :

● a — Kaçakçılık davalarına ilgili idare müdahil olup, davada taraf sıfatını aldıktan sonra idarenin bildireceği CİF değer kabulü tereddüt doğurmuştur. Bu tereddütü gidermek için Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca 6.5.1968 gün 15/9 sayılı karar alınmıştır. Bu karara göre kaçakçılık suçlarında idareye CİF değer tesbit ve takdir yetkisi veren 1918 Sayılı Yasanın 24. maddesinin 2. fıkrası 152 Sayılı Yasa ile kaldırılmış olmasına göre bir itiraz olsun veya olmasın, genel usul hükümleri çevresinde CİF değeri tarafsız mercilere veya uzman bilirkişilere resen tesbit ve takdir ettirmekle mahkemeler zorunludur. Bu değer uygulamalarda esas alınacaktır.

Görüldüğü üzere belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararında hiç bir tefrik yapılmaksızın tüm kaçakçılık suçlarında CİF değer tesbit şekli hükme bağlanmıştır. Bu İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince tekil kaçakçılıklarında da, özellikle sigara kağıdı ve yabancı sigara kaçakçılığında da CİF değer tesbitinde aynı işleme başvurulacaktır.

● b — Nitekim Bilecik Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilen ve yabancı sigara kağıdı kaçakçılığına dair olan 27.12.1977 gün 91/134 sayılı karar Yargıtay 7. CD. nin 23.2.1978 gün 1140/1236 sayılı ilâmi ile mahkûmiyet hükmü onanarak kesinleşmiştir.

Bilahare Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 27.9.1978 gün 1210 sayı ile aynı dairenden karar düzeltilmesi istenmesi üzerine aynı mahkûmiyet hükmü Yargıtay 7. CD. nin 28.9.1978 gün 5836/5698 sayılı kararı ile Tekel Genel Müdürlüğü'nün 18.4.1974 günlü genelgesinden bahisle kaldırılarak evvelce Bilecik Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilip onanmak suretiyle kesinleşen hüküm bozulmuştur. Müteakiben bu bozmaya karşı Bilecik Asliye Ceza Mahkemesi'nin 24.10.1978 gün 93/99 sayılı kararı ile eski kararda ısrar edilmiştir.

Bu arada ilk verilen mahkûmiyet hükmünün onanarak kesinleşmesi üzerine infaza başlanan hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı da Bilecik C. Savcılığı'nın isteği ile tehir edilmiştir.

● c — Yukarıda belirtilen direnme kararı Yargıtay C.G.K. nun 12.2.1979 gün 7 - 485/67 sayılı kararı ile Tekel Genel Müdürlüğü'nün aynı genelgesinden bahisle bozulmuştur.

Görüldüğü üzere hiç bir istisna tanımayan ve bağlayıcı nitelikte olan İçtihadı Birleştirme Kararına rağmen Tekel Genel Müdürlüğü'nün genelgesi ve buna göre yapılan uygulama değişik sonuçlar doğurmuştur.

● d — Tekel Genel Müdürlüğü'nün 18.12.1974 gün 2575 sayılı genelgesinde açıkça (1918 sayılı Yasanın 60/A. maddesi gereğince Tekel konusuna giren kaçak maddelerin CİF değerleri saptanmış ve bu değerlerin kaçak maddeler için görevlilere ödenecek ikramiyelerin tesbitinde nazara alınacağı) belirtilmiştir. Genelgenin yayınlanmasından üç sene gibi uzun süre sonra işlenen bir Tekel kaçakçılığı suçunda üstelik görevlilere verilecek ikramiyelerin tesbitinde nazara alınacağı da belirtilmesine rağmen aynı genelgeye göre para cezasının tayini yasaya ters düşmektedir.

Yukarıda sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararının tek el kaçakçılığında bağlayıcı olmadığı bir an için düşünülse bile, Tekel Genel Müdürlüğü'nün ikramiyelerle ilgili genelgesinin CİF değerini tesbitinde nazara alınacağı ve bağlayıcı olduğu hususunda ise hiç bir hüküm yoktur.

Zira belirtilen genelge 1918 sayılı yasanın 60/A. maddesine dayanılarak davada taraf olan idarece çıkarılmıştır. Bu madde ise kaçağın ele geçirilmesinde yardımcı bulunan görevlilere verilecek tazminatı göstermiştir.

Sigara kağıdının veya yabancı menşeli sigaranın tek ithalatçısının Tekel Genel Müdürlüğü olduğu ve bu nedenle CİF değerini genel müdürlükçe bilinebileceği, özel kişilerin sigara kağıdı veya sigara ithal yetkisi bulunmadığı bu nedenle de bunlar arasından bir kişi seçilmesi olanağı kalmadığı ileri sürülse bile, konusu tamamen başka olan genelgenin ceza uygulamasında nazara alınması mümkün değildir. Sigara kağıdının veya yabancı sigaranın tek ithalatçısının Tekel Genel Müdürlüğü olduğu kabul edilse bile bu takdirde suç tarihindeki CİF değerini ne olduğu aynı genel müdürlükten yeniden sorulması gerekmektedir. Oysa ki, yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında ileri sürüldüğü gibi suç tarihinden üç sene önce çıkarılan bir genelgenin uygulama konusu başka olan bir da-

vada paranın bugünkü değeri de nazara alınarak sonradan ceza uygulamasında gözönünde alınması kabul edilir nitelikte değildir.

4 — SONUÇ

İzah edildiği üzere 1918 sayılı yasanın 60/A. maddesine dayanılarak yayınlanan ve kaçağın ele geçirilmesinde yardımcı olan görevlilere verilecek ikramiyeyi belirleyen genelgenin ceza uygulamasında nazara alınması, kabul edilir nitelikte değildir. Davada taraf olan idarenin başka konuda yayınladığı genelgede gösterdiği CİF değerinin mahkemelerin yetkisini kısıtlar nitelikte olduğu ve uygulamada tereddüt doğurduğu açıktır. Bu durumda belirtilen İçtihatı Birleştirme Kararının yabancı çıkışlı sigara kağıdı veya sigara kaçakçılıklarına da aynen uygulanmasının hukuka daha uygun düşeceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- 1 — Adil Sanal - Hakkı Egeseli - Edip Şimşek. Gümrük Ve Tekel Kaçakçılığı Mevzuatı.
- 2 — Tekel Genel Müdürlüğü'nün Genelgeleri.
- 3 — Özel İçtihat Dosyası.

KISALTMALAR

- Y.C.D. : Yargıtay Ceza Dairesi
 Y.C.G.K. : Yargıtay Ceza Genel Kurulu.
 CİF : Yabancı çıkışlı kaçak malların ihraç edildiği yerdeki satış kıymeti, nakliye ücreti ve sigorta masrafı toplamı karşılığı.
 1918 s.K. : Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun.
 1177 s.K. : Tütün Ve Tütün Tekeli Kanunu.

MEDENİ HUKUK

TAŞINMAZ MAL EDİNMEDE İYİNİYET KURALIYLA İLGİLİ YENİ BİR UYGULAMA

Zekâi ÖZDİL (*)

PLAN : 1 — Konuya giriş. 2 — «Niyet» nedir? 3 — İyiniyet asıldır. 4 — MK. nun 931. maddesine dayanacak olan davaların ön koşulu. 5 — Davada yer almayan kişi kötü niyetli olmakla mahkûm edilemez. 6 — İcra ihalesinden iktisap ile satış sözleşmesi arasındaki farklar ve hukuki sonuçları. 7 — Hâkime düşen görev. 8 — Sonuç.

- Yazının kaynağı, Yargıtay 1. HD. nin 28.3.1980 gün ve 2163/4016 sayılı kararıdır.

KONUVA GİRİŞ

Çok sayıda dava dosyasından anlıyoruz ki; yasa ve ahlâk dışı çeşitli tertiplerle taşınmaz mallar, hak sahibi olmayan kişiler tarafından edinildikten sonra satılıyor. Çoğu kez son alıcının da iş ve elbirliği içinde bulunduğu görülüyor. Taşınmazı «çalmak» amacı güden bu kişiler, taşınmaz, bir yada bir kaç el değiştirdikten sonra MK. nun 931 inci maddesinden yararlanacaklarını düşünüyorlar.

HUKUKİ DURUM

Dünyanın demokratik her ülkesinde (mülkiyet) en (kutsal) bir haktır. Yurdumuzda da yasa koyucu, konunun büyük önem ve ağırlığına uygun bir düzenleme getirmiş, taşınmaz malların devlet kütüklerinde sicillerinin tutulmasını, kadastro ve tapulamalarının yapılmasını üstlenmiş, sicillerinin aleni, iktisapların resmi şekle bağlı olmasını (MK. 633, 634, 634, 910) öngörmüş, tapu siciline güvenerek işlem yapabilmeyi Devletin garantisi altına almış ve hatta güvençten doğacak zararları Devletin ödemesini taahhüt etmiştir (MK. 917). Kişiyeye o kadar çok güvence vermek istemiştir ki; mülkiyetin resmi şekilde ve hukuken geçerli bir nedene dayanılarak iktisap edilmesi kuralına 931. madde ile bir ayrıcalık getirmiş, sicildeki «kayda inanarak» taşınmaza sahip olan kişilerin doğan haklarını ko-

(*) Yargıtay 1. HD. Üyesi.

rumuş ve sicile güven duygusunun zedelenmemesine büyük özen göstermiştir.

Ancak; anılan maddeye göre; tapu siciline dayanarak taşınmaz malı iktisap eden kimsenin (iyi niyetli) olması, satıcı üzerindeki tapu kaydının her hangi bir nedenle geçerli olmadığını kesinlikle bilmemesi, tertiplerle ve hukuken dayanaksız işlemlerle uzaktan yakından hiçbir ilgisi olmaması, başkalarının kötü niyetlerini paylaşmaması ve hatta içinde yaşadığı iş ve sosyal koşulların böyle bir kötülüğü bilmesine olanak vermemesi zorunludur. Bu konuda hiç bir kuşku olmamalıdır. Eğer son alıcının durumu, hayatın olağan akışı «bilmesini» gerektiriyorsa, onun iyi niyetli sayılması mümkün değildir.

NİYET NEDİR?

«Niyet» eski deyimle «deruni» bir olaydır. Subjektif bir haldir. Elle tutulmaz, gözle görülmez. Fakat niyetin dışa yansıyan görüntüleri olur. İyi ya da kötü niyetin varlığı, alıcının, satıcının veya her ikisinin ortak davranışlarıyla ortaya çıkar. Satış sözleşmesi sırasında satıcıya düşen ve ondan beklenen bazı görevler vardır. Tapu sicilinin, satın almak istediği taşınmaza ve satıcıya ait olup olmadığı gibi esaslı konularda gerekli dikkat ve ihtimamı esirgememelidir. Aksi halde iyi niyet savunması geçerli olmaz.

İYİ NİYETLE İKTİSABIN KURALI

Ancak, sicildeki kayda dayanarak, güvenerek satın alan kişiden beklenen görev sınırsız değildir. Sicilin dayanağı olan tüm belgeleri, kaydın geldilerini, önceki maliklerin durumlarını, kuruluşa kadar inip taşınmazın sicildeki tarihini inceleme zorunluğunu, külfetini alıcılara yüklemek yasanın amacına, hayatın gerçeklerine ters düşer. Hiç kimse taşınmaz mal edinmeye cesaret gösteremez. Ne zaman, neden, nasıl ve kimler tarafından ileri sürülecek sebeplerle tapusunun iptali olanağı bulunan bir taşınmazı kimse satın almak istemez. Böyle bir endişe ve güvensizliğe yasa koyucu asla izin vermez. Sosyal ve ekonomik yaşamı işlemez hale getirmez.

Dairemizin 6.5.1955 gün ve 3054/2650 sayılı ilâmında ve Dr. Suat Bertan tarafından çevirisi yapılan Hanberger' in eserinde, «sicilin doğru ve tam olarak tutulduğuna güvenmenin esas olduğu, sicili in-

celeyen kişinin, tescilin hukuki nedenine uyup uymadığını, hukuki sebebin geçerli olup olmadığını ve kayıtların öncesini incelemekle sorumlu ve yükümlü bulunmadığı» belirlenmiştir.

Yukarda açıklandığı gibi alıcının görevi, ondan beklenen dikkat, iyi niyet kuralının çerçevesi ile sınırlıdır.

Böylece Medeni Yasamız sicil üzerinden işlem yapan alıcının, satıcının, gerçek hak sahibinin haklarını düzenli bir şekilde bağdaştırıp koruyuculuğu altına almıştır.

İYİ NİYET ASILDIR

Medeni Yasamızın 3. maddesinde vurgulandığı gibi «bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan, onun vücududur.»

Taşınmazı tapu siciline dayanarak satın alan kimse, aksi kanıtlanmadığı sürece iyi niyetlidir. Yasal ayrıcalıklar dışında, «Müddei iddiasını isbata mecburdur» MK. Md. 6.

O halde, MK. nun 931. maddesine dayanacak olan davaların ön koşulu ne olmalıdır?

Kötü niyetle iktisap iddiası, son alıcıdan geriye doğru eski maliklere kadar uzandığı hallerde bile, üzerinde halen tapu kaydı bulunan kişilerin hasım gösterilmesi, şimdiye kadarki uygulamalarda yeterli sayılmıştır. Bu uygulamanın son derece sakıncalı ve adaleti incitecek nitelikte olduğu, 1. Hukuk Dairesi'nin 28.3.1980 gün ve 2163/4016 sayılı ilâmında yansıyan görüşlerle ortaya konmuştur.

Şöyleki, dava konusu taşınmazın malikinin ölümü üzerine tapu sicilinde intikal sahte veraset ilâmına dayanılarak yapılmış, sonra ikinci ele bağışlanmış, ikinci el üçüncü ele satmış, bu arada taşınmaz kadastro görüp ifrazlara tâbi tutulmuş, parsellerden biri, üçüncü elin borcundan dolayı cebri ihale yolu ile dördüncü ele, satışlar yolu ile 5,6 ve 7. ellere kadar ulaşmıştır. İlk elden son ellere geçiş süreci bazı eller için 10, bazı eller için 20 yılı aşmıştır.

Davacı, sahte veraset ilâmını iptal ettirdikten ve gerçek mirasçı olduğunu kanıtladıktan sonra, ilk intikalin geçersizliğini, alıp sa-

tan kişilerin tamamının kötü niyetli olduğunu ileri sürerek ve en son el durumunda bulunan tapu kayıt maliklerini hasım tutmak suretiyle tapuların iptalini ve adına tescilini istemiştir.

Mahkemece, tanıkların (Bu taşınmazı satın almaya gelenlere ihtilâflı olduğunu söylüyorduk) yolundaki sözlerine ve karine olarak nitelendirilen bazı olaylara dayanılarak, 22 yıllık zaman dilimi içinde taşınmazı alıp satan tüm kişilerin ve davalıların kötü niyetli oldukları kabul edilmiş ve davalılara ait tapuların iptaline karar verilmiştir.

Bu hüküm karar düzeltme yolu ile bozulmuş ve uygulamaya yeni bir yön verilmek istenmiştir. Şöyle ki :

Davada yer almayan kişi kötü niyetli olmakla mahkûm edilemez :

1944 yılından 1966 yılına kadar dava konusu taşınmazı alıp satan bunca kişinin kötü niyetli olduğu ileri sürüldüğüne göre, halen üstlerinde tapu kaydı ve taşınmazla mülkiyet ilişkisi olmasa bile bu kişilerin davalı safında bulunmaları, başka bir anlatımla husumetin bu kişilere de yöneltilmesi zorunludur. Çünkü bu kişiler «kötü niyetli olmakla» itham edilmişlerdir. İnsan onurunu inciten böyle bir iddiadan dolayı onların mahkûm edilebilmeleri için savunmalarının alınması, gösterecekleri delillerin incelenmesi, davacı tanıklarının bu kişilerin yüzlerine karşı dinlenilmesi, onlara soru sormak, taanda bulunmak hakkının tanınması hukukun en kesin ve hiç vazgeçilme-yecek olan, kutsal savunma hakkına ilişkin kuraldır. O halde davada yer almayan ve savunma hakları kullandırılmayan kişileri kötü niyetli olmakla suçlamak, öncelikle hukuka aykırıdır. Davacıların iddialarının kapsamına göre, davalı safına alınması gereken kişilerin bu kuraldan hareketle saptanması ve bunların hasım tutulmasından doğacak usulî külfet, maddi ve hukuki sorumlulukları, kötü niyet iddiasında bulunan davacıların göze almaları, aksi halde «ön koşulu» yerine getirilmeyen davanın reddedilmesi gerekir.

Kötü niyetli olmakla suçlanan eski ve yeni malikler böylece davalı safına alınınca; yasaya uygun biçimde doğru sonuca ulaşmanın yolu açılmış demektir. Böylece satın alanlar zincirinde kimlerin iyi, kimlerin kötü niyetle taşınmazı iktisap ettiğini, başından sonuna kadar iyi niyetin mi, kötü niyetin mi sürüp gittiğini, ya da bu konularda kesilmeler olup olmadığını, her iki tarafın göstereceği her tür-

lü delili dinleyerek saptamak, değerlendirme yapabilmek kolaylaşacaktır.

Böylece ortaya konan ilk kural, ikinci kuralı da beraberinde getirmektedir.

İyi niyetle iktisapta bulunan kişiden ve sonrakilerden satın alanlarla, daha önce satın alanları birbirinden kesinlikle ayırma zorunluğu vardır. Olayda; icra ihalesine kadar satın alanlarla icra ihalesinden sonra satın alanların hukuki durumları çok farklıdır. İcra ihalesinden satın alan kişileri kötü niyetli saymaya yasal olanak yoktur. Çünkü bu kişiler taşınmazı tapu siciline dayanarak değil, icra ihalesindeki usul ve yasalara göre iktisap etmişlerdir. İcra ihalesi bir kamu tasarrufudur. Onun içindir ki, M.K. nun 633. maddesine göre, cebri icra yolu ile mülkiyet, tapuya tescilden önce, alıcıya geçer. Taşınmazı, maliki olan kişi değil bir kamu mercii satışa çıkarır. Yani taşınmazın maliki ile alıcısı karşı karşıya gelip iradelerini birleştirmiş değillerdir. Birlikte tapu dairesine gidip satış sözleşmesi yapmazlar. İcra ihalesi feshedilinceye kadar, alıcıya geçen mülkiyet hakkı sağlığını korur. İhalenin feshine ancak İcra Tetkik Mercii Hâkimi karar verebilir. Cebri icra satışlarının feshi de cebri icra hukukuna göre olur. Fesih için genel mahkemede dava açılmaz. Alım - satım sözleşmelerinde ise, hukuki durum çok değişiktir. Burada, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen yasal kurallar işler. Satıcı ve alıcı ya da vekilleri Tapu Dairesine giderler. Sicili görüp incelerler. İradelelerini yazılı şekilde belirleyip bir sözleşme yaparlar. İcra ihalesi Tapu dairesinde yapılmaz. Çünkü adi bir satım akti değildir. Sözleşmedeki resmi şekile uyma zorunluğu icra ihalesine uygulanamaz.

Bu iki hukuki müesseseyi böylece birbirinden ayırınca, 931. maddenin sadece sicile dayanarak sözleşme suretiyle yapılan akitler için söz konusu olacağı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Burada icra ihalesinin «muvazaalı» olabileceği belki hatıra gelebilir. Böyle bir iddia, yasaya ve ahlâka aykırılığı kapsadığı için BK. nun 226. ve İİK. nun 134. maddeleri gereğince ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürülebilir.

Olayımızda, icra ihalesinden iktisap eden kişinin satışından sonra taşınmaz yine satış yolu ile bir kaç el daha değiştirmiştir.

Görülüyor ki, icra ihalesine kadar satın alan kişilerin kötü niyetli oldukları kanıtlanırsa bile, icra ihalesinden satın alan kişinin

kötü niyetli sayılmasına öncelikle «ihale hukuku» engel olmaktadır. Kötü niyet iddiası bu aşamada eriyip bitmiştir. Kilitlenip kalmıştır. Tapu sicilinin tarih sahifesi artık geriye doğru kapanmıştır. El değiştirmeler zinciri burada kopmuş, ikiye bölünmüştür. İkinci parçanın başında icra ihalesine ait halka vardır. Bu halkayı izleyen diğer halkaları da bu başlık (iyi niyetli) duruma getirmiştir. Hatta bu halkalar, ilk intikalin geçersiz olduğunu bildikleri kanıtlanırsa dahi, açıklanan nedenden ötürü iktisaplarına dokunulamaz.

HÂKİME DÜŞEN GÖREV

Örnek bu davada icra ihalesi, kötü niyet zincirini koparmıştır. Her iptal davasında böylesine güçlü bir koparıcı hukuki neden bulunmayabilir. Bu takdirde hâkime düşen görev, her tedavül basamağındaki alıcıların 931. madde karşısındaki durumlarını birer birer dikkatle incelemek ve ilk basamaktan son basamağa kadar tüm iktisap edenlerin kötü niyetli, iş ve elbirliği içinde oldukları meydana çıkıyorsa iptal davasını kabul etmek, şayet son kayıt malikinden evvelki basamaklardan birinde iyi niyetle iktisap saptanıyorsa, davayı reddetmekten ibarettir.

SONUÇ

Bu naçiz yazımızla Hukukçu arkadaşlarımızın takdir ve eleştirilerine sunmak istediğimiz Daire kararında özetle iki kural uygulama alanına getirilmek istenmiştir.

● MK. nun 931. maddesine dayanılarak açılan tapu iptali davalarında, sadece üzerlerinde tapu kaydı bulunan son maliklerin değil, eğer daha önceki maliklerinde kötü niyetli oldukları iddia ediliyorsa, onların davada yer almaları, davalı safında bulunmaları gerekir.

● Taşınmazın el değiştirmeler zincirindeki halkalarda bulunan alıcılardan birinin iyi niyetli olduğu saptanırsa, ondan sonra gelen halkalardaki davalıları kötü niyetli saymak mümkün değildir.

● İcra ihalesinden iktisapta bulunan kişinin 931. maddenin koruyuculuğu altında olduğunu kabul etmek zorunluğu vardır.

BABALIK DAVASINDA MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

(I)

Muammer ŞATIROĞLU (*)

PLAN : I — Giriş. II — Genel olarak zarar ve tazminat : A — Zarar : 1 — Kavram ve Tanımı. 2 — Zarar Türleri : a — Maddî - manevî zarar. b — Olumlu (müsbet) - Olumsuz (menfi) zarar. c — Doğrudan doğruya - Dolayısıyla zarar. d — Somut (müşahhas) - Soyut (mücerret) zarar. e — Kişiyeye ilişkin - şey'e ilişkin zarar. B — Tazminat (Ödence - Giderim). 1 — Kavram ve tanım. 2 — Tazminat türleri : a — Maddî tazminat. b — Manevî tazminat. 3 — Tazminat şekilleri : a — Nakdî (para ile) tazminat. b — Aynî (mal ile) tazminat. III — Babalık Davasında Tazminat. A — Kavram. B — Konusu ve Amaçları. C — Hukukî Niteliği. 1 — Haksız eylem (suç) kuramı. 2 — Babalık olasılığı (ihtimali) kuramı, «Windscheid» kuramı. 3 — İrade kuramı (Grimmerthal kuramı) 4 — Çocuk meydana getirme kuramı. 5 — Hısımlık (nesep) veya Babalık ilişkisi kuramı. D — Gelişimi : 1 — Karşılaştırmalı hukukta. 2 — Türk Hukukunda. 3 — Son eğitim ve görüşler. E — Davanın Tarafları. 1 — Davacı. a — Ana. b — Mirasçılar. 2 — Davalı. a — Baba. b — Mirasçılar. F — Yargılama Usulü: 1 — Yetkilî mahkeme. a — Taraflar yurt içinde olması halinde. aa — Davacının ikametgâhı mahkemesi. bb — Davalının ikametgâhı mahkemesi. b — Ana ve çocuğun ikametgâh yurt dışında olması halinde. aa — Davalının ikametgâhı yurt içinde ise, davaya bakacak olan yetkili mahkeme, davalının ikametgâhı mahkemesidir. bb — Davalının ikametgâhı Yurt dışında ise, davaya bakacak yetkili mahkeme, davalının Türkiye'de nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesidir. c — Yabancı uyrukluların durumu. 2 — Görevli mahkeme. G — Süre. 1 — Genel açıklama ve diğer ülkelerde süre. 2 — Doğumdan önce. 3 — Doğumdan sonra. a — Sürenin niteliği ve kapsamı. b — Sürenin hesaplanması. c — Sürenin uzatılması ve ek süre. H — Kanıtlama Yükü. 1 — Davacı yönünden (Babalık karinesi). a — Davalının ana ile cinsî ilişkide bulunması. b — Cinsî ilişkinin ihtibal yani kritik dönem içinde olması. 2 — Davalı yönünden (Babalık karinesinin çürütülmesi). a — Babalığın olanaksız olması. b — Ciddî şüphelerin bulunması. c — Ananın ifsetsiz olması. d — Ananın evli bulunması. 3 — Çürüten karinenin yeniden güç kazanması. IV — Maddî Tazminat. A — Genel açıklama. B — Hukukî niteliği C — Koşulları. D — Kapsamı (içeriği). 1 — Doğum giderleri. 2 — Bakım giderleri. 3 — Öteki giderler. E — Haksız Eylem Unsurlarının Tazminat İstemi İle İlişkisi. V — Manevî Tazminat. A — Genel açıklama. B — Koşulları. 1 — Genel koşullar. 2 — Özel koşullar. a — Evlenme vaadi. b — Cinsî ilişkinin suç olması. c — Nüfuzun kötüye kullanılma. d — Ananın küçük olması. d — Ananın küçük olması. C — Tazminat Hesaplanması. VI — Sonuç.

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hâkimi.

I — GİRİŞ

Babalık davasında maddi ve manevi tazminat alından anlaşılacağı üzere babalık davasına sıkı sıkıya bağlı, iç içe bir konudur. Çoğu kez konuyu açıklamada ve anlatımda doğrudan babalık davasının kurallarına yer verilmiştir.

Girişte önce zarar ve tazminat hakkında kısa bir açıklamada bulunup, sonra babalık davasında tazminatın konusu, amaçları gelişimi, tarafları, yargılama usulü, kanıtlama yükü, maddi ve manevi tazminatın hukuki niteliği, koşulları, kapsamı ve tazminatın hesaplaması olarak incelenecektir.

II — GENEL OLARAK ZARAR VE TAZMİNATLAR

A — ZARAR

1 — Kavram ve Tanımı :

Zarar, dar ve geniş olarak iki anlamda kullanılmaktadır (1). Dar anlamda zarar, bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Geniş anlamda zarar, bir kimseye ait hukukten korunan maddi ve manevi değerlerine isteği dışında zarar verici eylemin önceki ve sonraki durumları arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır (2). Sayın Prof. Gürsoy, bu tanımda maddi ve manevi sözcükleri kullanmadan «Bir mal varlığının zararı meydana getiren olaydan evvelki haliyle sonraki hali arasındaki fark» olarak tanımlanmaktadır (3).

2 — Zarar Türleri

Öğretide, zarar genel olarak şu şekilde türlere ayrılmaktadır (4).

-
- (1) Tandoğan H. age. s. 63, Saymen - Elbir age. s. 456, Velidedeoğlu : Umu mi bakımdan zarar ve tazminat Mardin'e armağan 1943 s. 743 - İmre s. 9, Karahasan s. 16-17 (age.), Kaneti age. s. 31,
 - (2) 1 nolu dip notdaki yazarlar ve eserleri.
 - (3) Gürsoy age.s. 293.
 - (4) Gürsoy age. s. 294 ve sonrası, Tandoğan age. s. 69, Karahasan age. s. 17, Saymen - Elbir age. s. 457, Olgaç age. s. 271.

a) Maddi - Manevi Zarar

Maddi zarar, bir kimsenin mal varlığında meydana gelen para ile değerlendirilebilen zarardır. Örneğin arabanın çalınması veya hasarı v.s.

Manevi zarar, manevi varlığımızda uğradığımız bir saldırı sonucu olarak duyduğumuz derin acı, elem, keder ve üzüntüdür. Örneğin, nişanın bozulmasından duyulan üzüntü, hakaret, tehdit gibi hallerden meydana gelen zarar yani kişilik haklarına yapılan saldırının meydana getirdiği manevi sarsıntı ve çöküntüdür.

b) Olumlu (Müsbet) - Olumsuz (Menfi) Zarar

Bu ayırım genel olarak sözleşmeden doğan zararlar için yapılmaktadır. Olumlu zarar sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarardır. Diğer bir deyişle borcun ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesinden doğan zarardır. Olumsuz zarar, bir kimsenin geçerli olduğuna inanılan bir sözleşmenin, herhangi bir nedenle, geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen zarardır. Örneğin, hatalı yapılan aktin feshedilmesi karşısında uğranılan özellikle Bk. 26, 39/1 maddelerine ilişkin zarardır (5).

c) Doğrudan Doğruya - Dolayısıyla Zarar

Doğrudan doğruya zarar, haksız eylemin ilk ve en yakın sonucu olan zarardır. Otonun hasarı, bedeninin yaralanması gibi. Burada zarar ile kusur arasında tam bir illiyet bağı vardır.

Dolayısıyla zarar, haksız eylemin ilk sonucu meydana gelen zarara bağlı bulunan ve ondan doğan zarardır. Örneğin, otonun hasarı nedeniyle çalışılmamış olmaktan ileri gelen zarar, tamirde tamicinin cismani bir zarara uğraması gibi (6).

d) Somut (Müşahhas) - Soyut (Mücerret) Zarar

Somut zarar, zarara uğrayan eşyanın doğrudan doğruya ve aynı türden eşya ile anlatımıdır. Örneğin, arabanın ön kapısının hasara uğraması halinde meydana gelen zararı anlatır.

(5) Gürsoy age. s. 292, Tandoğan age. s. 71-426 - 427, Karahasan age. s. s. 22-23, Saymen - Elbir age. s. 462.

(6) Gürsoy age. s. 269, Tandoğan age. s. 70, Saymen - Elbir age. s. 463 Von Tuhr s. 83, Yrd. 4. HD. 17.7.1942 T. 1890 E. /2049 K.

Soyut zarar, zarara uğrayan şeyin piyasa, borsa, objektif değeridir. Zarara uğrayan malın mâliki ile özel ilişkisi gözönünde bulundurulamaz. Örneğin, Atatürk tarafında hediye edilen saat mâlikinin yanında değeri çok yüksek olduğu halde bu saatin hasara uğraması ile değerlendirilen zarar, o saatin piyasa değerini karşılayan zarardır.

e) Kişiy e İlişkin - Şey'e İlişkin Zarar

Kişiy e ilişkin zarar beden tamlığının ihlali veya adam ölmesi halinde uğranılan zarardır.

Şey'e ilişkin zarar ise eşyanın yok edilmesi hasara veya tahribe uğraması ile meydana gelen zararları içerir (7).

Zararın başka türleri de vardır. Burada öğretildeki baskın görüş olan ayrımı kısaca belirttik.

B — TAZMİNAT

1) Kavram Ve Tanımı

Bir zarar meydana gelince gerek ahlâken ve gerek hukuken bunu yapan veya bundan dolayı sorumlu olan kimse bu zararı yerine getirmekle yükümlüdür. Haksız eylem ilişkisinden doğan edim ve haksız eylem sorumluluğunun müeyyidesi (yaptırımı) tazminattır. Bu özellik haksız eylemi, suçtan ayıran bir farktır. Kişinin uğramış olduğu zararların yerine getirilmesi kurallarını kapsamaktadır. Buna göre tazminat : Kişinin yasaya aykırı bir eylemden dolayı uğradığı maddi ve manevi varlığında meydana gelen eksilmeyi doldurmak için sorumlu olan kişi tarafından yapılan edime (ödenmeye) tazminat veya giderim, denir (8).

2) Tazminat Türleri :

(7) Gürsoy age. s. 296, Tandoğan age. s. 69, Karahasan age. 23

(8) Gürsoy age. s. 360 - 361, Saymen - Albir age. s. 490 - 491, Karahasan age. s. 23 - 24.

a — Maddi Tazminat

Maddi tazminat, kişinin mal varlığında isteği dışında meydana gelen eksilmenin karşılanması için zararları, sorumlu olanın yerine getirmekle yükümlü bulunduğu edimi (ödencesidir)

b — Manevi Tazminat

Manevi tazminat, kişinin mal varlığı dışında hukuksal değerlere yapılan saldırılar ile meydana gelen eksilmenin giderilmesidir. Bundan amaç, çekilen acıları dindirmek, bozulan ruhsal düzeni dengelemek, kırılan yaşam arzusunu tazelemektir (9).

3 — Tazminat Şekilleri

a — Nakdi (para ile) Tazminat

Nakdi tazminat, mal varlığında meydana gelen eksilmenin para ile değerlendirilmesi, ödenmesidir. Zarar değeri ile paranın değeri birbirine eşit olmalıdır. Bu giderim şekli daha kolaydır. Zarar gören bunu dilediği şekilde kullanabilir. Nakdi tazminat sermaye veya irat şeklinde olabilir.

b — Aynî (Mal İle) Tazminat

Aynî tazminat, zararın paradan başka ödeme şeklidir. Başka bir anlatımla zarara uğrayan şeyin eski hale getirilmesidir. Zararla sorumlu olan kişinin yaptığı zararın nev'i ve miktarını aynen ödemesidir. Bu tür giderim özellikle misli eşyalarda yapılabilir. Örneğin, zarara uğrayan bir kitabın aynen iadesidir. Misli olmayan eşyaların aynen tazmini olarak dışıdır. Örneğin, bir tablonun yanması ile, bir göz veya bir organın sakanlanmasında eserin ve organın aynen yerine getirilmesi olanak dışıdır (10).

III — BABALIK DAVASINDA TAZMİNAT

A — KAVRAM

Babalık davasında tazminat, babalık davasından doğmaktadır. O halde önce «Babalık davası nedir?» sorusuna yanıt aramamız ge-

(9) Karahasan age. s. 24.

(10) Karahasan age. s. 24, Saymen - Elbir age. s. 491 Tandoğan age. s. 253.

rekir. Babalık davası ise baba, ana ve çocuk arasında nesep bağından oluşur.

Nesep (Soydanlık, hısımlık bağı), geniş anlamda aile kurumu içinde kişilerin akrabalık bağlantısını içerir. Ana, baba, çocuk arasındaki hısımlık ilişkisi dar anlamda nesep bağıdır.

Nesep, yasalarda sahih (düzgün) ve gayri sahih (düzgün olmayan) diye ikiye ayrılır. Düzgün nesep, evlilik içinde doğan çocuğun ana ve babaya bağlantısıdır. Evlilik dışı çocukların nesebi ise düzgün olmayan neseptir (11).

Evlilik dışı doğan çocuğun anasına nisbeti, ilişkisi, hukukta kural, doğuran kadındır (MK. 290/1). Doğum genellikle bilinir ve kolaylıkla saptanabilir. Buna karşılık evlilik dışı çocuğun babasını saptamak, tayin etmek daima kolay olmadığı gibi çocuğun baba ile hukuki ilişkisini tesbit etmek de hayli güçtür. Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, evlilik dışı doğan çocuğun baba ile hiçbir hukuki ilişkisi olmamalıdır. Başka bir görüş, evlilik dışı çocukla baba arasında sadece malî ilişkiler olmalıdır. Bunlardan ayrı bir görüş de, evlilik dışı çocukla baba arasında aile aile ve miras ilişkileri bulunmalıdır.

Evlilik dışı çocukların hukuki durumlarının düzenlenmesinde yukarıda belirtilen görüşlere göre, meşru ailenin korunması yönünden evliliğin saygınlığı, ailenin devletin temel yapısını meydana getirmesi sebebiyle, meşru ailenin yararı herşeyden üstün tutularak, evlilik dışı çocukların hukuk dışı çocukların hukuk dışında tutulması görüşü etkili olduğu gibi, diğer bir eğilim ise çocuğun korunması yönünden çocuğa, kendi iradesi dışında ana, babasının kusurunu ve günahını ödetmek haksız ve insani olmayan amacını güder.

Evlilik dışı çocuğun toplum ve hukuk içinde aile düzeninden yoksun etmek sonu belirsiz birçok tehlikelere bırakmak ve itmek olur (12). Bu durumdaki çocuklar, sayıları hergün biraz daha artması nedeniyle aynı zamanda topluma büyük ve güç sosyal bir sorun olmaktadır. İşte hukuk düzeni bu tür çocukların baba ile hısımlık bağını düzenleyerek, düzgün nesepli çocuklar düzeyine getirmek istemektedir. Yasal düzenlemede babalığın saptanması, tanıma, Af

(11) 2. HD. 29.1.1976 T. 483 E, 654 K., Başaklar agm. s. 64, Akıntürk age. s. 251, Tekinay age. s. 369, Saymen - Elbir age. s. 406.

Yasası ile tanıma veya hâkim kararı ile yapılmakta, baba ile çocuğun ilişkisi düzeltilmektedir (12a).

Babalığın hükümle belli olması, babalık davasının konusunu teşkil eder. Yasamız iki türlü babalık davasını öngörür (MK. 297). Şahsi neticeli babalık davası ve malî sonuçlu babalık davasıdır. Konumuz, malî sonuçlar doğuran (MK. 304 - 305) maddi ve manevi tazminat davasıdır (12b).

B — KONUSU VE AMAÇLARI

Tazminat hakkı, yasadan doğmakta ve yalnız anaya tanınan dava hakkıdır (13). Anne, çocuğa ve çocuk namına maddi ve manevi tazminat isteyemez. Ancak nafaka isteyebilir. Çocuğunda kendisinin maddi ve manevi tazminat hakkı ve davası yoktur (14).

MK. 304 - 305 md. göre ananın tazminat istem hakları babalık davasının bir kısmını teşkil eder. Bu dava hakkında da babalık davasına ilişkin (MK. 295, 296, 297, 299, 301, 302, 303 md.) kurallar uygulanır (15).

(12) Tour §. 34 s. 221, Velidedeoğlu age. s. 311,

(12a) 2. HD. 31.10.1978 T. 6759 E. 7556 K. : Gerek 554 sayılı gerekse önceki ve sonraki kanunların tümünün amacı «zina mahsulü çocukların» babalarına kanunen nisbetlerini (bağlantılarını) önleyen Medeni Kanununun 310/2. maddesindeki hükmü ortadan kaldırmaktır. Başka bir anlatımla, bütün bu kanunların gayesi, baba yönünden nesepsiz çocuk bırakmamaktır. Onun için tescil amaç değil araçtır. Bu bakımdan çocuğun babaya nisbetinin (bağlantısının) kabulünü gerektiren öteki şartlar varsa, sırf şekil eksikliği yönünden tescil iptal etmek, bu kanunlarla güdülen maksada ters düşer. Onun için tescil ile ilgili istemin davacıların miras bırakanına tebliğ edilmemiş olması başlı başına iptal sebebi sayılamaz.....

(12b)) 2. HD. 9.3.1978 T. 1723 E. 1843 K. Babalık davası iki yönlüdür. Biri babalığa hüküm öteki ise bunun sonucu olarak tazminat ve nafaka takdirine ilişkindir. Bu iki istek birbirinden tamamen ayrıdır. Ne var ki, babalık sabit olmasa tazminat ve nafaka söz konusu olamaz. Duruşma sırasında çocuğun ölmesi sebebiyle babalığa karar verilmesinden vazgeçilmiş olması, tazminat isteklerinin reddini gerektirmez.....

(13) HGK. 29.1.1964 T. 2/623 - E. 92 K., 2. HD. 29.1.1973 T. 345 E. 395 K.

(14) 2. HD. 20.4.1976 T. 2112 E. 3465 K. Evlilik dışı doğan çocuk babalığına hüküm verilen kişiden manevî tazminat isteyemez. Kanunla bunu mümkün kılan bir hüküm yoktur. Bunun için davanın reddedilmesinde gösterilen sebeplerle isabetsizlik yoktur.

(15) Hegnauer age. s. 220 N. 5.

Davanın hukuki nedeni, evlilik dışı gebeliktir. Sosyal yardım düşüncesiyle ananın yararlarının daha etkili bir şekilde korunması amacına yöneliktir. Evlilik dışı çocuğun onun babası olduğu iddia olunan kimsenin sublünden geldiğinin sabit olmasıdır. Manevi tazminat davasında ise, bundan başka bazı özel koşulların varlığını gerektirir. Bu unsurların oluşması halinde bir miktar paranın ödenmesine yöneliktir. Bizde yasa babalık davası uygulamasında tazminata hükmedilebilmesi için M.K. 310 Md. koşullarının varlığı gerektiği, MK. 304 - 306 Md. ki «babalık davası sabit olduğu takdirde» ibaresinin buna delâlet ettiği yolunda meydana gelen yanlış kanıyı Yargıtay 2. HD. nin kökleşen kararı ile kesin hallederek babalık davasının iki türünün bir yandan maddi tazminat ve diğer yandan babalığa hüküm ve manevi tazminatı birbirinden kati surette ayırmıştır (16).

Öğretide tüm yazarlar aynı görüştedir (17).

C — HUKUKİ NİTELİĞİ :

Babalık davasında tazminat hakkında çeşitli kuramlar (nazariyeler) vardır. Hukuki niteliği tartışmalara neden olmuştur. Buna göre,

(16) 2. HD. 8.5.1939 T. 1157 E. 1557 K. Olgaç age. 1349 Medeni Kanununun 305. maddesi mucibince manevi tazminata ve 310. maddesi mucibince babalığa hüküm için babanın münasebeti cinsiyeden evvel anaya evlenme vaadetmiş olması veya münasebeti cinsiyenin bir cürüm veya nüfuzu suistimal teşkil eylemesi şart olup münasebeti cinsiye zamanında evli olan kimsenin babalığına hüküm ve kanunen cevaz yok ise de, Mezkûr Kanununun 304 ve 306 nci maddelerinde babalık davası sabit olduğu yani çocuğun davalının sulbünden geldiği tahakkuk ettiği takdirde ana için maddi ve çocuk için nafaka hükmedileceği sureti mutlakada tasrih kılınmıştır. Şu hale göre lüzum itibariyle dava iki kısmı muhtevi olmak üzere mütâlâa edilmek muktazi olup bunlardan biri ana için maddi tazminat ile çocuk için nafaka ve diğeri manevi tazminat ile babalığın bütün negatıyıcı ile tayini hususlardan ibarettir ki, İsviçreli müelliflerin dahi şerh ve izahları veçhile ana için maddi tazminat ile çocuk için nafakanın lüzumunda yalnız çocuğun davalının sulbünden gelmiş olmasının sübutu ve manevi tazminatla babalığa hükümde ise kanunda tasrih edilen ahvallerden birinin tahakkuku şarttır. Filhakika aczi mutlak içinde bir hayatın vücuda gelmesine sebebiyet verenlerin onu muhafaza ve idame ile mükellef olmaları adaletin icabatındandır. Bu itibarla verilen hüküm doğrudur.

(17) Tekinay age. s. 524, Akıntürk age. ss. 342, Başaklar agm. s. 105 - 106, Artus agm. s. 605, Velidedeoğlu age. s. 387.

1 — Haksız Eylem (Suç) Kuramı

Eski Alman Hukuku, adi babalık davasını bir haksız eylem davası görerek, Borçlar Hukukuna dahil etmekteydi. Bu görüş kuramsal bakımdan yetersiz olmasına rağmen haksız eylem olarak evlilik dışı cinsi ilişki, ilkâh veya bunun sonucu olan evlilik dışı doğumu kabul ediyordu. Uygulama yönünden işe de yarıyordu. Çünkü tam surette tazminat hakkı veriyor, ananın başkaları ile de cinsi ilişkide bulunduğu def'ini ortadan kaldırılıyor. Hatta birçok kişilerin sorumluluğuna olanak sağlıyordu (18). Bu kurama göre, babanın biyolojik çocuğa karşı olan yükümlülüğü haksız eylemden doğan bir ödevdir. Baba, ana ile cinsi ilişkide bulunmak suretiyle haksız bir eylemde bulunmuştur. Genel hükümlere göre bunun sonuçlarını gidermek, tamir etmek zorunluluğundadır.

Babalık davasında ayrıca bir haksız eylem var ise bu davadan ayrı olarak, haksız eylem davası daima mümkündür. Irza geçme, tehdit, hile, aldatıcı beyanat ile cinsi ilişkinin temini hâlelerinde durum böyledir. Babalık davasına olanak tanımayan eski Fransız yasasında haksız fiil davasının özellikle önemi vardır. 1912 yılından sonra yeni hükümler karşısında da önemini yitirmemiştir (19). Federal mahkeme, uygulamada babalık davasının kanton hukukundaki düzenleme şekline bakmaksızın, haksız eylem davasını eski İsviçre Borçlar Yasası (O.R. Md. 50 - 55) daima tanımıştır (19a). Yeni hukukta da zarar gören anaya bu yol yine açık kalmıştır.

Bu görüş şöyle eleştirilmektedir. Evlilik dışı ilişkide bulunmak (bu eylem ayrıca suç teşkil etmediği takdirde) başlıbaşına haksız eylemlerde aranan hukuka aykırılık unsuru yoktur. Ayrıca cinsi ilişkide yalnız erkeği haksız eylemi yapan göstermekte yerinde değildir. Genellikle bu ilişki her iki tarafın arzusu ile yapılacağına göre eğer haksız eylem kabul edilecekse kadını zarar gören, mağdur değil, müşterek fail görmek gerekecektir. Rıza göstermek ise, haksız eylemi ortadan kaldırır. Kaldı ki, bu görüş çocuğun nafaka istemini açıklamaktan uzaktır. Çünkü cinsi ilişki gününde henüz çocuk yoktur. Yok olan varlığa karşı haksız eylemin işlenmesi söz konusu olamaz (20).

(18) Egger 214.

(19) Egger(e atfen Rouast. N. 887.

(19a) FMK. 14 120. 525, 24 II823, 271. 165, Weip, ZSR 15, 32, Mohr 55.

(20) Egger age. s. 215, Artus agm. s. 598, 599, Saymen - Elbir age. s. 427.

İsviçre, Türk, Alman yasaları bu görüşleri kabul etmemiştir. Öğretide de bu görüşü savunan Türk Hukuk düşünürlerine rastlayamadım. Kanımca bu kuram konuyu nitelemekten uzaktır.

2 — Babalık Olasılığı (İhtimali) Kuramı «Windscheid Kuramı»

Alman Hukukçusu Windscheid tarafından ileri sürülen bu görüş, haksız eylem kuramına çok yaklaşılmaktadır. Buna göre sırf cinsi ilişki o anki baba olarak görmemize yetmez. Bunun yanında kadının başka kimselerle cinsi ilişkide de bulunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, ananın başka erkeklerle cinsi ilişkide bulunduğu kanıtlanmaması lâzımdır. Bu halde çocuğun, ana ile cinsi ilişkide bulunan erkekten olduğu büyük bir olasılık içindedir. Bu olasılık var oldukça babanın haksız eylemde bulunduğunu ve bunu tanzim etmesi gerektiği kabul edilmelidir, savını güder.

Birinci görüşe yapılan eleştiriler bu görüşte de geçerli olup, üstelik bu görüş sırf bir olasılık üzerine kişiyi tazminata yükümlü kılmak kuramı daha zayıf düşürmekte ve savunmasız bırakmaktadır (21).

3 — İrade Kuramı (Grimmerthal Kuramı)

Bu görüşü de Alman Hukukçularından Grimmerthal şöyle açıklamaktadır : Babanın malî yükümlülüğü onun iradesine bağlıdır. Her cinsi ilişkinin temeli iradeye dayanır. Erkek, bu eylemi iradesiyle yani isteyerek yapmakla, ağır bir kusur işlemiştir. Bu onu, eyleminin sonuçlarından sorumlu kılar. Evlilik dışı cinsi ilişkide bulunan erkek, bu eylemin tehlike ve rizikosunu bilmekte ve bilecek durumdadır. Bunları peşinen kabul etmektedir. Kendini teslim eden kadının gebe kalacağını veya doğacak çocuğa bakmak zorunda kalacağını hiç değilse tasavvur eder. Buna rağmen cinsi ilişkide bulunması erkeğin ağır bir kusurudur. Hukuki bakımdan erkeğin iradesinin oynadığı role bakıldığı takdirde, erkek ile kadın ve doğacak arasında akit benzeri (Şibih akid) ilişkisi vardır, denilebilir (22).

(21) Saymen - Elbir 427, Artus agm. s. 599.

(22) Saymen - Elbir age. s. 427 ve dipnotu 100.

Bu görüşte doyurucu değildir. Her evlilik dışı cinsi ilişkide bulunan kimselerin, yaşam denemelerine göre, böyle bir irade sahibi oldukları da söylenemez. Olsa dahi burada ağır kusur görmek, diğer kusurları aramadan, yalnız bu kusur unsuru ile sonuca varmak yerinde olamaz. Henüz cenin halinde bulunmayan çocuk ile ötekiler arasında, Şibih akid ilişkisinin meydana geldiği de düşünülemez.

4 — Çocuk Meydana Getirme Kuramı

Bu görüşün taraftarlarına göre, baba sırf çocuğun doğumuna neden olmakla, ona, parasal ödüncede bulunmak yükümlülüğüne girmiştir. Bu yükümlülük ne hısımlık bağına ve ne de kişisel ilişkiye bağlıdır. Sadece bu eylem, yükümlülüğü meydana getirmek için yeterlidir.

Bu kuramda, eylem ile hısımlık ilişkisini birbirinden ayırmayı amaçlamaktadır. Fakat, bu iki hususun birbirinden ayrılması güçtür, ayrılamaz. Ayrıca diğer görüşteki eleştirilerde de olduğu gibi, henüz var olmayan çocuğa karşı yükümlülük altına girmek söz konusu olamaz (23).

5 — Hısımlık (Nesep) Veya Babalık İlişkisi Kuramı

Bu kuram, biyolojik babanın parasal ödeme yükümlülüğünün kaynağını baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisinde kabul eder. Nasıl babanın evlilik içi çocuğuna bakmak yükümlülüğü varsa evlilik dışı çocuğuna da bakmak yükümlülüğü vardır. İkisinde de bir ayrıklık gösterilemez. Yükümlülük aynıdır. Bu hısımlık bağıdır. Babanın her iki çocuğa karşı görevleri aynıdır. Fakat, gerçek düzenlemede evlilik içi çocukla evlilik dışı çocuk arasında hukuki durum yönünden ayrıcalığın olması yapaydır. Yasa koyucu toplumdaki ah-lâki ve dini kuralların oluşturduğu ve etkilediği evlenme ve aile kurumlarını korumak düşüncesiyle, bu yöne gitmektedir. Evlilik ve aile değer yargılarında, zayıflama ve çöküntüyü engellemek ve bu kurumları korumak amacını güder. Günümüzde bu amaç gittikçe evlilik dışı çocuğun yararına ve evlenme, aile kurumları aleyhinde bir zayıflama göstermekte olup, pek çok yeni yasa düzenlemeleri evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuk arasındaki ayrıcalığı kaldırmaktadır (24).

(23) Saymen - Elbir age, s. 428

(24) Aksoy age. s. 2 dipnot 3 bkz. fazla bilgi için.

Bu görüş gerçeğe en uygun gelenidir. Babalık davası ve ona dayanan tazminat davası, niteliği itibariyle esasını (kaynağını) nesep ilişkisinin teşkil ettiği aile hukukuna ait bir davadır. Bu dava ile babanın, ahlâk ve hukuk düzenine göre yükümlü ve sorumlu olduğu görevleri, yerine getirme zorunluluğu vardır. Bunun kabulü için babalığın tesbiti şarttır (25). Ananın tazminata ait talep hakkının, hukuki dayanağı yalnız çocuk meydana getirmek olayı (eylemi) değildir. Bunu biyolojik ana, baba arasındaki ahlâki bağlılıkta aramak gerekmektedir. Hegnauer (202 N5) ise «baba olduğu iddia olunan kimsenin evlilik dışı ilişkisinden ileri gelen gebelikte, doğmuş olan çocuktur» der. Maddî tazminat hakları karı - koca arasındaki bakım hakkına paraleldir. Ölü doğum halinde dahi ayrı bir dava olarak dermeyan edilebilir. Bunun için MK. 304 md. öngörüldüğü tazminat yükümlülüğü, temyiz kudretinden (Ayırtım gücüne) sahip olmayanlar hakkında da mevcuttur.

Bu görüş özellikle Alman Hukuk Öğretisinde Medeni Kanun gerekçesinde kabul edilmekle, aynı görüşü kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu benimsemiştir. Buna kanıt olarak da Medeni Kanun, tazminat davasını aile hukuku kurumu olarak babalık davası içinde düzenlemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu görüşü kabul eden kararında, «Tabii çocuğun babasından nafaka istemesi baba ve çocuk arasında tabii nesep bağına dayanır.» der (26). Başaklar aksi görüşte (27) Yargıtayımız yukarıda 16 numaralı dipnotda belirtilen ve açıklanan kararı da bu görüşü benimser niteliktedir. MK. 304 - 305 maddeleri de «Babalık sabit olduğu takdirde» şeklindeki beyan (babalık ile çocuk arasındaki hısımlık - nesep - bağı gerçekleştiği takdirde) demek istemektedir. Nakdi babalık davasının niteliği ve esas kökü nesep bağının olduğunu göstermektedir. Yargıtayın adı geçen kararında» Ana için maddî tazminat ile çocuk için nafakanın lüzumuna yalnız çocuğunun davalının sulbünden gelmesinin sübutu şarttır. «Fihakika acz

(25) Egger age. s. 215.

(26) Artus age. s. 600 ve dipnotu ATF. RO. cilt 14, s. 117.

(27) Başaklar agm. s. 67 de Babalık davalarında konu maddî tazminat ve nafakaya ilişkin istekleri bir alacak davası, babalığa bütün neticeleri ile hükmedilmesi isteği ise ahvali şahsiye davası niteliğindedir» demektedir. Ve 2 HD. 29.1.1973 T. 345 E. 395 K. dayanak göstermektedir. Adı geçen karar davanın hukuki niteliğini değil, babalık davasının türlerini açıklamada olduğu kanısında olduğumdan başakların görüşüne katılmıyorum.

içinde bir hayatın vücuda gelmesine sebebiyet verenlerin, onu koruma ve idame ile yükümlü olmaları hakkaniyet gereğidir» (27a).

D — GELİŞİMİ

Babalık davasına paralel olarak, evlilik dışı çocukların durumu da zaman içinde hukukî kurumların oluşması ile yeni düzenlemeler değişik ülkelerde değişik zamanlarda farklılıklar göstererek, bugünkü düzeye yükselmişse de birkaç düzenleme dışında evlilik içi çocuğa tamamen eşit bir düzeye erişememiştir.

1 — Karşılaştırmalı Hukukta

İslâm hukukunda nesebi belli olmayan, bir kimsenin sulbünden geldiği bilinmeyen, bir kişi hakkında, nesebi gizli bir çocuğu, yaşı onun babası olmaya uygun olan bir erkeğin, «Bu benim çocuğumdur» ikrarında bulunması ile nesep sabit olur. Böyle bir çocuk evlilik içi çocuktan farksızdır (Mısır Medeni Kanunu md. 350). Evli erkek çocuğunu «benim değildir» diye reddedemez. Yine İslâm Hukukunda babalık davası ile nesep düzeltme olanağı tanınmamıştır. Başka bir anlatımla, bir kimsenin nesebi ya sahih olur veya meşhul kalır. İslâm hukukunda zina ürünü çocuk tanınamaz. Bu şekilde doğan bir çocuk, nesebi sahih bir çocuk durumuna sokulamaz. Ancak bu çocukların doğuş nedeni belirtilmeden nesebi bilinmeyen kabul edilerek tanınması mümkündür. Bu da ikrarla veya ölümden sonra mirasçılarının ikrarı ile gerçekleşebilir.

Yine İslâm hukukunda nikâh ister sahih, ister fasit olsun, nikâhtan itibaren altı ay geçtikten sonra ve boşanmadan itibaren iki sene bitmeden önce, doğan çocuğun babası kocasıdır. Bu hüküm, Medeni Kanununun 241. nci maddesine paralel olarak sadece süreler değişiktir. Bu düzenlemeler, İslâm'da babalık davasına olanak bırakmamıştır, babalık davası olmadığı için de, anaya evlilik dışı çocuktan dolayı maddi ve manevi tazminat hakkı tanınmamıştır (28).

Eski İskandinav hukukunda (İzlanda, Norveç, İsveç, Danimarka) ve Cermen hukukunda tanınmış evlilik dışı çocuklar, (Norveç ve Cermen hukukunda esir anadan olmamak koşuluyla) diğer çocuklarla tamamen eşit idiler.

(27a) Artus agm. s. 600.

(28) Necip Ali Küçüka. age. s. 76 ve devamı, fazla bilgi için bkz.

Fransa'da ise ihtilâl öncesine kadar, İskandinav hukukuna benzemekte idi. Sonradan evlilik dışı çocuğun bütün sonuçları ile tanınmasına olanak verilmekle beraber, babalık davasını, haksız eylemler davası dışında yasaklıyordu. (Fransız Medenî Kanunu md. 340). Bu uygulama İsviçre'nin bazı kantonlarına da geçmiştir. Eski İsviçre hukukunda çocuklar babalığın saptanabilmesi halinde babanın kişisel durumuna bağlanabilirdi. Öteden beri nişanlılardan olma çocuklar buna sahiptiler. Bu durum daha da genelleşerek, iffetli anaların çocuklarına da tanındı. Bunların dışında babalık sisteminde, büyük (kodifikasyonların) kanunlaştırmalarının baskısı altında bu durum gerileme göstererek analık sistemine geçilmiştir. Sonradan, büyük hukukçuların çabaları ile, tanıma uğruna çalışmalar devam etmiş, İsviçre'de gelişme bugünkü düzeye erişmiştir.

Sovyet Rusya'da ve bazı sosyalist ülkelerde, baba tarafından tanınan veya babalığına hükmedilen çocuk, evlilik içi çocukların bütün haklarına sahip olur, ana, baba ve çocuğun karşılıklı hakları kan hısımlığına dayanır (S.S.C.B. Ev. Ai. K. md. 25).

2 — Türk Hukukunda

Medeni kanunumuz kaynak kanunda olduğu gibi, hısımlık ve evlilik dışı çocukların durumu çok az ayrılıklar gösterir. Yasa, ailenin ve çocuğun yararlarını dengeli tutmağa ve korumaya çalışarak, ortayol bir çözüm şekli kabul etmiştir. Bir taraftan malî sonuçlar doğuran babalık davası ile çocuğun ve ananın yararını, tanıma ve bütün sonuçları ile babalığa hüküm ile de çocuğun kişisel yararlarını korumuş, öte yandan evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocukların tanınamayacağını (MK. 292) ve cinsî ilişki zamanında evli baba hakkında babalık sabit olsa bile, babalığa hükmedilemeyeceğini (MK. 310/2) belirterek, aileyi ve düzgün nesepli çocukların yararlarını korumaktadır. Ayrıca, miras hukukunda tanınan ve babalık davası ile baba yönünden hısımlık bağı kurulan evlilik dışı çocuğa, 1/2 miras payı tanımakla, hem aileyi hem de evlilik içi çocukların yararlarını, dengelemeye çalışmıştır. Yine, TCK. nun da 445 ... 447 maddeleri ile nesep cürümlerini düzenlemekle normal aileyi ve evlilik dışı çocukları koruma yoluna gitmiştir (29).

(29) Fazla bilgi için Egger. age. s. 187 ve sonrası, Aksoy. age. s. 52 ve sonrası, Velidedeoğlu. age. s. 356 - 361

3 — Son Eğilim Ve Görüşler

Medeni Kanun Öntasarısı

Medeni Kanun Öntasarısı, evlilik dışı çocukların durumunu, 8. bölümde genel kurallar (289 - 290), tanıma ve soydanlık davası (291 - 307. madde), para ödeneği için babalık davası (308...314. madde), olarak düzenmiştir. Bizi ilgilendiren, para ödeneği için babalık davasıdır.

Tasarıda, evlilik dışı çocukları daha düzenli duruma getirilmiş ve çocuklar yönünden gelişmeler sağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren maddi ve manevi tazminat, PARA ÖDENİMİ İÇİN BABALIK DAVASI adı ile ayrı bir dava olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, babalık davasına serpiştirilen kurallar da, davacı ve davalı kenar başlığı altında toplanmıştır, birkaç madde tek madde altında toplanmıştır. Önemli bir değişiklik, babalık davasının her iki türünde de, bir senelik hak düşürücü süresi beş (5) yıla çıkarmakla çocuk ve ana yararına, çağın gelişimine uygun olarak bir düzenleme getirilmiştir (Medeni Kanun Öntasarısı madde 296 - 309). Yine tasarının, 310. maddesinde maddi tazminattaki doğumdan önce dört, doğumdan sonra dört hafta olan bakım giderlerini, doğumdan önce ve sonra en az 3'er aydan toplam 6 aya çıkararak günün ekonomik koşullarına uydurulmuştur. Tasarının 311. maddesinde anneye tanınan manevi tazminatın yürürlükteki maddeden tek farkı, mahkemeye doğrudan doğruya, kendiliğinden manevi tazminata hükmedilme olanağının tanınmasıdır.

Babalık davasında konumuz dışında bulunan diğer maddelerde de çağın görüşüne uygun düzenlemeler getirilmektedir.

(Devamı var)

BORÇLAR HUKUKU

CEZA HUKUKU KURALLARININ HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN TAZMİNAT TALEPLERİNE ETKİSİ (*)

(III)

A. İsmet ARSLAN (**)

IV — CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK DAVASINA ETKİSİ

1 — Genel Olarak

Devletin tüm yasaları özellikle ceza yasaları da yargılamada hukuk hâkimi bağlar. Ceza hâkimlerinin hukukta, hukuk hâkimlerinin cezada uygulanmasını engeleyici kesin bir ayırım yoktur. Örneğin : Telif hakkı, ihtira hakkı yasası ve diğer yasalar gibi, birbirine sıkı sıkıya bağlı ceza ve adi hukuk hükümlerini içeren çeşitli yasaların yürürlükte olması bu görüşü açıklıkla doğrulamaktadır (223) Haksız fiiller çok defa gerek ceza hukuku, gerekse cezai hükümler taşıyan sair özel konular anlamında bir suç teşkil eder ve (224) bu eylemi işleyen cezalandırılır. Bir eylem ceza yasasına göre suç, borçlar yasasına göre haksız fiil (eylem) olduğunda ortaya şu sorun çıkmaktadır. Hukuk hâkimi haksız eyleme dayanılan bir tazminat davasında karar verirken, ceza hukukundaki hükümlerle ve ceza hâkiminin kararıyla ne biçim, şekil ve oranda ve hangi alanlarda bağlıdır?. Bu sorunlar kendisini özellikle ceza davasında tazminat talep edilmemiş, edilmiş olsa da hukuk mahkemesine gönderilmiş olduğu takdirde kendini gösterir (225). Zira ceza mahkemesi tazminat miktarını saptamışsa bunu borçlar yasasına göre hükme bağlamıştır, o zamanda kalkıp o konuda bir defa da hukuk mahkemesinden istemde bulunulamayacaktır (226). Öğretide bazı yazarlar hukuk hâkiminin ancak ceza hâkiminden tazminat istenilip de hükmedilme-

(*) Cilt : 6, Sayı : 3, Temmuz - 1980'den devam.

(**) Yargıtay 4. HD. Üyesi

(223) Oser Schöenenberger - age. N. 2., Sh : 492.

(224) Doğanay - age. Sh : 22.

(225) Bkz. Sh : 23 vd.

diği, özellikle ceza hâkiminin kararında sadece zarar miktarının tayini ile ilgili bir kısım olması durumunda ceza kararıyla bağlı olmayacağını savunmaktadırlar (227).

Kural olarak çeşitli yargılama organlarının gördüğü işler farklı olduğu için birinin verdiği kararının, diğerinin verdiği kararda, birinin yaptığı yargılamanın diğerinin yaptığı yargılama ile ilk nazarda ilişkisi yoktur denilebilir. Yalnız bu kuralın ayrıcalıkları da vardır. Yani çeşitli yargılama organlarının verdiği karar ve yaptığı yargılama, birbirini etkileyebilir. Bu konuyu şu şekilde bölümlere ayırarak incelemekte yarar görülmüştür.

2) Uyuşmazlığın Ceza Mahkemesinde Yargılanmakta Olmasının Hukuk Mahkemesine Etkisi :

Kural olarak, bir uyuşmazlığın bir yargılama organında incelenmekte iken, bu durum öteki yargılama organlarını ilgilendirmeyecektir. Çünkü, aynı uyuşmazlığın birden fazla yargılama organında görülmesi kabul edilemez. Yalnız bir eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi yanında, tazminatı da gerektirir durumları da vardır. Örneğin, müessir fiili halinde, mağdurun sanık aleyhinde, uğradığı zararın tazmini için hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir, aynı eylemden dolayı sanık hakkında ceza mahkemesinde müessir fiilden dolayı ceza davası yürüeyebilir. Burada aynı eyleme ilişkin olarak, hem suç, hem de haksız fiil vardır. Her iki yargılama organının eylemin yapılıp yapılmadığı açısından aynı sonuca kavuşması zorunludur. Bir yargılama organı eylem işlenmiştir, diğeri işlenmemiştir sonucuna kavuşursa, yargılamada çelişkiler adalete güvensizlik getirir. Çelişkilerin önlenmesi adalet ilkelerinin gereğidir. Mantığa aykırı bir durumda ortaya çıkacaktır. Kaldı ki, hukukta belki öteki bilimler gibi, mantığa uygun sonuçlara kişileri götürmekte-

(226) Tosun - age. Sh : 259 «Borçlar yasasının 53. maddesinde ceza mahkemesi kararının «zararın miktarını tayin» hususunda hukuk hâkimini bağlamadığını hükme bağlamıştır. Ceza mahkemesi zarar miktarını tayin etmemiş ise, zaten böyle bir açıklama olmadan, hukuk mahkemesi onu saptamakta bağımsız olmaktadır. Ceza mahkemesi zarar miktarını tayin etmiş ise, şahsi hak isteğinde bulunulmuş demektir; böyle bir istek karşısında ceza mahkemesi karar vermiş ise, bunu borçlar yasası hükümlerine ve sorumluluk ilkelerine dayanarak verecektir, o zamanda kalkıp o konuda bir defada hukuk mahkemesinden zarar istenmeyecektir.»

dir (228). İtalya'da bir eyleme ilişkin ceza muhakemesi başlamış ise, hukuk mahkemesini durduracağı kabul edilmiştir (229). Buna gerekçe olarak, ceza muhakemesinde devletin yardımından faydalanılacak, delil araştırması, gerçeğin ortaya çıkarılması ceza hâkiminin geniş doğrudan doğruya hareket etme kabiliyetine sahip olması gerekçe olarak gösterilmiştir (230). Uygulamada aynı zamanda suç ve haksız fiil teşkil eden bir eylem için kamu davasından (ceza davasından) ayrı ve bağımsız olarak hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasının, hukuk mahkemesi tarafından ceza mahkemesinin neticesini beklemeden yargılamasını sürdürüp uyuşmazlığı çözümlenememesinin mümkün olup olmayacağı veya ceza mahkemesinde açılan bir davanın, hukuk mahkemesinde açılacak olan tazminat davasının görülmesi için bir ön mesele teşkil edip etmeyeceği konusunda; diğer bir anlatımla da, bir eylem hem suç, hem de medeni haksız fiil olduğundan, medeni yargılamanın duracağı, suç yargılamasının sonucunu bekleyeceği konusunda yasalarımızda bir açıklık yoktur. Bu alanda uygulamada da istikrarsızlık görülmektedir. Yargıtayın bu husustaki görüşlerinde çelişki vardır. Yüksek mahkeme bazı kararlarında (231) «hukuk mahkemesinde talep olunan kişisel hakla ilgili ceza davasının da rüyet olduğunun anlaşılması halinde ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmesi muhtemel bulunduğundan ve bu kabil mahkûmiyet kararları, hukuk mahkemesini tahdit edeceğinden, tazminat davasının ceza davası neticesine taliki lâzım gelir.» denilmektedir (232) Yargıtay, hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinde görülmekte olan, ceza davasının neticesini beklemek zorunda olduğunu ifade ederken, bazı kararlarında da (233) hukuk mahkemesinin ceza davasının neticesini beklemek zorunluluğunda olmadığı içtihadında bulunmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararlar kartonundan aldığımız bir kararında da (234) «olayda sahtecilik suçundan ötürü, davalı hakkında kamu davası açıldığı, tarafların iddia ve savunmalarından açıkça anlaşılmakta bulunduğuna göre, ceza mahkemesinde derdest davanın sonucu araştırılmaksızın, davacının bilirkişi inceleme yaptırma olanağı sağlamadığından

(228) Tosun - age. Sh : 225.

(229) Tosun - age. Sh : 255 (İtalyan ceza muhakemesi usulü kanunu md. 3).

(230) Tosun - age. Sh : 255.

(231) Ömerbaş - Çetintaş - Temyiz mahkemesi hukuk genel kurulunun emsal kararları, C. 2, Ank. 1955. HGK : 10.4.1957 T., 4-33/K.27.

(232) Tandoğan - age. Sh : 355 Dip not : 39.

(233) Tandoğan - age. Sh : 355 Dip not : 40 4. HD. 31.3.1938.

(234) Yarg. 4. HD. 12.11.1973 T., E. 973/100887, K. 973/9212

söz edilerek, davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.» denilerek, ceza davasının sonucunu beklemek gerektiği önerilmiştir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.10.1958 gün, 6256 esas, 3277 karar sayılı ilamına göre «Borçlar Kanununun 53. maddesi gereğince ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı hukuk hâkimini takyit eder. Davalı aleyhine ceza mahkemesinde açılan amme davası henüz intaç edilmediği ve derdest bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu cihazlar gözönünde tutularak, ceza davasının neticesinin beklenmesi gerekir.» olduğu bildirilmiştir (235). Hukuk Genel Kurulu'nun 10.4.1959 gün, 4 - 33 esas, 27 karar sayılı ilâmında da, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin doğrultusunda «hukuk mahkemesinde talep olunan şahsi halka alakalı ceza davasının da rüyet olunduğunun anlaşılması halinde, ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmesi muhtemel bulunduğundan ve bu kabil mahkûmiyet kararları, hukuk mahkemesini takyit edeceğinden, tazminat davasının ceza davası neticesine taliki lâzım gelir.» denilmiştir (236). Von Tuhr, hukuk mahkemesinin ceza davası neticesine intizar zorunluluğunda olmadığını «kantonlar 41. maddenin derpiş ettiği zarar ve ziyan hakkını mukaddem bir ceza kararına, ceza davası açılmasına talik edemez. FM. 275 s. 148» diyerek vurgulamıştır (237).

Oser - Schöenberger ise «53. madde hükmünden kanton kanunlarınınca, 41 ve sonraki maddelere dayanılan hakların, daha önce ceza davası açmak hakkının tesbitine bağlı tutulmayacağı ve haksız eylemden doğan bir alacağın takibinin aynı esasa dayanan ceza davasının açılmasına tabi bulunduğu yollu hükmün, muteber olmadığı neticesi çıkmaktadır.» demek suretiyle Von Tuhr doğrultusunda görüşünü belirtmiştir (238). Muhsin Tuğsavul'da hukuk hâkiminin ceza davasının neticesini beklemek zorunda olduğu görüşündedir (239). Tosun ise, ceza hâkiminin son kararının hukuk hâkiminin bağlayıcı olduğu kabul edilen durumlarda, medeni yargılamanın durmasını mantığa uygun düşeceğini ileri sürmektedir (240). Tunçomağ ve Kılıçoğlu ise aynı fiil hakkında açılmış olan ceza davasının sonucunu beklemek, onu ön mesele olarak kabul etmek zorunluğunun hukuk

(235) Karahasan - age. Sh : 729.

(236) Karahasan - age. Sh : 729.

(237) Von Tuhr - age. Sh : 48, N. 23.

(238) Oser - Schöenberger - age. No. 2, Sh : 493.

(239) Tuğsavul Muhsin - Haksız fiil zamanaşımı, Sh : 379.

(240)

hâkimine yüklenemeyeceğini savunmaktadır (241). Kişisel görüşümüz, sayın Tosun'un doğrultusundadır. Gerçekten de mahkûmiyet kararlarının hukuk hâkimini kesinlikle bağladığı yönler de vardır, bağlamadığı yönler de vardır. Bu durum BK. 53. maddesi hükmü ve uygulama ile doğrulanan kuşkusuz olmayan bir gerçektir. Hukukta güvenlilik, itimat kararlarının istikrarlılığı bir noktada amme intizamı ile ilgilidir. Hukuka, adelete güven ve itimat duygusu kararların istikrarlı olması, bir mahkemeden verilen bir kararın, diğer bir mahkemeden tamamen çelişik bir kabul ve biçim çıkması bir noktada toplum yararını ve toplum vicdanının zedelenmesine yol acar, kamu düzenini sarsar. Madem ki, ceza mahkemesinin bazı kararlarının hukuk hâkimini bağlamayacağı kabul edilmiştir, o halde bu bağlayıcılık alanında da hukuk hâkiminin ceza yargılaması sonucunu beklemiş gerekir. Kaldı ki, bu durum mantığa da en uygun düşen bir çözüm şekli olacaktır.

3) Ceza Mahkemesi Kesin Hükmünün Hukuk Davasına Etkisi :

Ceza hukuku ile medeni hukuk ve ceza yargılama usulü ile hukuk yargılama usulü arasındaki yukarıda açıkladığımız ayrıcalıklar nedeniyle, ceza kesin hükmünün, hukuk yargıcını bağlamayacağı genel olarak söylenebilir. Fakat bu kural kesin ve mutlak değildir. Yalnız bir takım ayrıcalıklar ile birlikte yoruma tabi bir durum getirmektedir. Yalnız kusurun takdiri ve zararın miktarını belirleme yönünden hukuk hâkiminin bağımsız oluşunun mutlak olduğunu özellikle belirtmek yerinde olacaktır. 53. maddede yasa koyucu beraat kararları yönünden de kesin bir bağımsızlığı önerir görünmekte ise de, beraat kararları karşısında hukuk hâkiminin ceza kararları karşısında kesin bağılılığı yoktur. Öğretide ve aşağıda değineceğimiz uygulama alanında hukuk hâkimine ceza mahkemesinin beraat kararları karşısında nisbi bir bağımlılık tanımış olduğunu görürüz (242). İtalyan ceza usulü yasasının bu alanda madde metinleri aynen şu şekildedir :

Madde — 27 : «Hükmü veya müteakıp maddede gösterilen kararı müteakıp suçluya veya medeni hukuk bakımından sorumlu kişiye karşı başlatılan veya devam edilen tazminata veya iadeye ilişkin medeni ve idari yargılamada söz konusu hüküm veya karar fiilin mevcut olduğu, fiilin hukuka aykırı

(241) Kılıçoğlu - age. Sh : 205 - Tunçomağ - Mahkeme kararları kroniği. İ.H.F.H. 1962 S. 3-4, C. XXVIII Sh : 844.

(242) Kılıçoğlu - age. Sh : 296

olduğu veya mahkûmun sorumluluğu konularında kesin hüküm niteliğini taşırlar... Hukuk hâkimi veya idare mahkemesi hâkimi ceza hükmünden veya karardan sonra gerçekleşmiş olan zararları da nazara alabilir...»

Madde — 28 : «Yukarıdaki maddede gösterilen haller dışında yargılama sonucu verilmiş olan ve kesinleşen mahkûmiyet ve beraat hükümleri... medeni kanunun ihtilâflı hakkın ispatına sınırlar koyması hali hariç kabulü ceza mahkemesinin konusunu teşkil eden maddi fiillerin tesbitine bağlı bir hakla ilgili ihtilâflara dair hukuk veya idare mahkemelerinde de kesin hüküm otoritesine sahiptir...»

Görüldüğü şekilde İtalyan ceza usulü yasasında ise, ceza yasasının, hukuk hâkimine, medeni yargıya etkisinin koşulları, alanı kesin çizgilerle sınırlandırmış olduğunu görmekteyiz. Kanaatimizce, temenni olunur ki, bizim yasamızda da bu açıklığa yer verilmesi, uygulamadan doğan ve beliren tüm sorunları kapsayan bir 53. madde düzenlenmesidir.

Konuya «ceza mahkemesi kararlarının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı hususunu verilen kararın «beraat» veya «mahkûmiyet» kararı olması ayırımına tutmak suretiyle incelenmesi, konunun daha rahat ve kolay dağıtılmadan, toplayıcı bir şekilde sistemli anlaşılmasını sağlayacaktır, düşüncesindeyim. Genellikle öğretilerde ve yazarların incelemelerinde de bu ayırım yolu üstün görülmüştür (243).

1 — Ceza Mahkemesi Kararının, Hukuk Mahkemesinde «Kesin Hüküm» Ve «Kesin Delil» Sayılıp Sayılmayacağı : (Bağlayıcılık Şartları : «Kesin Delil», «Kesin Hüküm»)

Hukukumuzda maddi anlamda kesin hükmü düzenleyen tek hüküm, HUMK. nun 237. maddesidir (244). Kazai kararlara tanınan kanuna hakikat vasfından dolayı, aynı taraflar arasında, aynı dava konusu hakkında ve aynı dava nedenine dayanılarak yeni bir dava açılmaz : açılırsa bu dava dinlenemez. Buna maddi anlamda kesin hüküm deriz. «şekli anlamlı kesinlik» ise o karara karşı artık normal yasal yollara «temyiz, karar tashihi» başvurulamayacağı anlaşılır.

(243) Oser Schönerberger - age. Sh : 494, N. 7 - Doğanay - Age. Sh : 28 Kılıçoğlu - age. Sh : 199 - Bağatur - age. Sh : 583 - Tunçomağ - age. Sh : 518. Tandoğan - age. Sh : 352 - Müderrisoğlu - age. Sh : 109

(244) Bkz. ayrıca : Danıştay K.M. 95, I; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi K.M. 63, I; Uyuşmazlık Mahkemesi K.M. 13/1, Kuru Baki - Hukuk Muhakemeleri Usulü. 3. B., Ank. 1974 Sh : 784 S. 51

Bu durum muhtelif kanunlarda da yer almıştır (245). Yasa (md. 237), kesin hüküm için «kazieyi muhkeme» terimini kullanmaktadır. Kesin hüküm kişiler ve devlet için hukuki durumlarda, kararlılığı, yargı erkine güven ve saygıyı sağlar. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bütün bir gelecek sona erdirmesini temin eder (246). Kesin hüküm taraflar arasında uyuşmazlığı bir daha ortaya atılmayacak şekilde çözümlenmekten ibarettir (247).

Kesin hüküm hukuki güvenlik ve barışa hizmet eden bir kurumdur (248). Kesin hükmü, hukuki güvenliğe dayandıran düşünceler vardır (249). Ceza kesin hükmü karşısında hukuk hâkimine bağımsız bir serbestçe hareket etme imkânını sağlayan ve aynı zamanda huku usulu yargılaması yarasının kesin hüküm müessesesine dayanılarak yapılacak «kesin hüküm» (250) «itirazı»nın gözönünde tutulamayacağını da içine alır (251). Ceza kesin hükümleri karşısında hukuk hâkiminin serbestiyesi kuralını içeren BK. nun 53. maddesi doğrultusunda HUMK. nun 315. maddesi düzenlenmiştir. Anılan madde «sahtelik nedeniyle açılan senet iptali davasında, ciheti cezaiyece ademi mesuliyete ve beraate dair verilecek karar, hukuk mahkemesince senedin iptali hakkında karara haiz değildir.» demek suretiyle senetlerin sahteliğiyle ilgili konularda ceza mahkemesince verilen beraat kararlarının hukuk hâkimini bağlamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.

HUMK. nun 314. maddesine göre, bir senedin sahteliği hukuk mahkemesinde dava edilip te bu dava reddedilmiş ise, artık bu se-

- (245) Hukuk Yargılamaları Yasasında yer alan. 62, 314, 427, 443, 445 ve 539. maddeler, Medeni Yasada, 360 ve 922. maddeler, Türk Ticaret Yasasında yer alanlar : 34, 61, 64, 150, 383, 761, 1213 ve 1469. İcra İflas Yasasında yer alanlar : 40, 249, 322 ve 363. Tapulama Yasasında yer alanlar : 61 ve 67. maddeler,
- (246) Kuru - age. Sh : 781, 784. Çemberci - age. Sh : 14, 15
- (247) Yargıtay İçt. Bir. K., 23.10.1972 T., E.2, K. 12. R.G. 18.12.1972 gün ve 14395 s.
- (248) Yurtcan Erdener - Kesin hükmün ceza mahkemesini önleme yetkisi. İst. 1973 Sh : 11.
- (249) Erem - age. Sh : 528 - Kunter - age. Sh : 195 - Taner - age. Sh : 100 Gürdoğan - Medeni usul hukukunda kesin hüküm itirazı. Ank. 960 Sh : 6
- (250) Bu hüküm aynı veya başka yargı kolundaki bir mahkeme tarafından verilmiş olabileceği gibi, bir hakem kararı da olabilir. Kuru - age. Sh : 805 s. 51
- (251) Gürdoğan - age. Sh : 805 - Tunçomağ - Mahkeme kararları kroniği İst. H.F.M. 1962, C. 28, S. 1, Sh : 270.

nedin sahteliği ceza mahkemesince dahi tartışma konusu yapılamaz. Buna karşılık hukuk mahkemesi senedin sahteliğine hükmederse, bu karar ceza hâkimini bağlamaz (Bkz. TCK. 339 - 349), Ceza hâkimi beraat kararı verebilir (252). Bir ilâmın kesin hüküm sayılması ile, kesin delil sayılmasının esas ve usul hukuku açısından farklılığı açıktır. Kesin delil konusu, HUMK. nun 295. maddesinde düzenlenerek kapsamı ve hukuki biçimi belirlenmiştir. Bu hükme göre, «mahkeme ilâmları ile kâtibi adilerce re'sen tanzim olunan senetler sahteliği ve selâhiyettar memurların selahiyetleri dahilinde usulüne tevfiakan tanzim ve tasdik ettikleri vesia-kalar hilâfı ispat oluncaya kadar delili kati teşkil ederler» madde metninde yer alan mahkme ilâmlarıyla, hem ceza hem de hukuk mahkemelerinin «kesinleşen» ilâmları kastedildiği açıktır. Kesin delil, birolayın, bir hukuki ilişkisinin veya bir hukuki durumun nasıl gerçekleştiğinin tesbitinde kullanılan, onu reddedilemez biçimde belirleyen araştırmadır (253). İlk dava sonunda verilmiş olan hüküm - aynı taraflar için - aynı davada «kesin hüküme» bağlanmış olan husus (HUMK. nun 237/1. m) hakkında «kesin delil» teşkil eder. Konuyu somut bir biçimde ele alırsak, yargıtay içtihatı birleştirme kararınran söz edilmesi gerekmektedir. 6570 sayılı «Gayrimenkul Kiraları» ile ilgili özel kanunun 2 ve 3. maddeleri hükümlerinin, Anayasa Mahkemesi'nce 26 Mart 1963 gün ve 3/67 sayılı bir kararla iptal edilmesinden sonra, mu-sakkaf gayrimenkul kiraları tamamen serbest bir hale gelmiş ve o tarihten sonraki kiraların ne şekilde takdir edileceği hususunda 18.11.1974 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme ile tesbit edilmiştir. Bu tevhide içtihat kararına dayanarak, kiracı ve kirala-yan ilgili sulh hukuk mahkemesine başvurarak «kira tesbiti» davası açıp, yargılama sonunda «kira bedelinin takdir ve tesbiti» ne ilişkin bir kesin ilâmı aldığıında, bu ilâm daha sonra, «kira bedelinin tah-sili» konusuna ve hukuki nedenini taşıyan eda davasında «kesin delil» teşkil edecektir. Nitekim, 7.7.1965 gün ve 5/5 sayılı İçtihadı Bir-leştirme Kararında da açıklandığı üzere, açılacak olan, «tesbit dava-sı»nın bir öncüsü durumundadır (254).

İlâmın Usulün 295. maddesi uyarınca kesindelil sayılması, Borçlar Yasasının 53. maddesiyle kıymetlendirilince, ancak bu ve genellikle olaylar yönündendir (255). Yani ceza hâkiminin bir takım

(252) Postacıoğlu İlhan - Medeni usul hukuku dersleri B. 5. İst. 970 Sh : 590
Kuru - age. Sh : 397

(253) Müderrisoğlu - age. Sh : 112

(254) Doğanay - age. Sh : 26

olayların belli bir biçimde gerçekleştiğini kesinlikle tesbit etmesi durumu, bizi kesin delil karşısında bırakacaktır. Tosun ise bu konu ve sorunun kendi deyimleriyle yargı «kesin hüküm» kavramı ile çözümlenmeye gidilmesinin doğru olmayacağını, ancak yargılama birliği ilkesi yönünden ele alınması gerektiğini savunmaktadır (256). Yargılama birliği, yargılama organlarının tek bir devletten kuvvet aldıklarını, bu devlet adına uyuşmazlıkları çözümlediklerini, bu bakımdan birinin yaptığı iş ile, ötekini yaptığı işin birbirinden üstün olmadığını kabul etmektedir (257). Mahkemeler birbirinin kararlarına saygılı olacaklardır. Yargılama birliği ilkesine göre, mahkemeler mutlak bağımsızlık içinde çalışmaları zorunludur (258). Tosun, yargı «kesin hüküm» kavramı ile sorunun çözümlenmeyeceğini savunurken, şu nedene dayanmaktadır. «Yargı durmuna bir son kararın erişmesi için yani ilişkin olduğu uyuşmazlığın bir daha ele alınamaması için üç koşul gerektiğini, bunların konunun, sebebin ve tarafların aynı olması olduğunu, bir uyuşmazlığın hukuk mahkemesinde çözümlenmesi sırasında, taraflar (a) ve (b) olabileceği, ceza mahkemesinde ise tarafların savcı ve b) şeklinde teşekkül ettiğini ve tarafların aynı olmadığını, ceza mahkemesinde ise tarafların bu nedenle aynı kimseler olamayacağını, bir hukuk mahkemesinde karar verilirken dava konusunun tazminat olduğunu, ceza mahkemesinde ise cezalandırmak olduğunu, bu nedenle konunun aynı görünümde bulunmadığını ayrıca, hukuk mahkemesinde dava nedeninin haksız fiil olduğu halde, ceza mahkemesinde ise, suç olduğunu, bununla da hukuki nedenin aynı olamayacağını o halde yargı «kesin hüküm» bulunması için gerekli üç koşulun aynı olması durumunu incelediğimiz sorun bakımından söz konusu bulunmadığını yargı «kesin hüküm» ile bu işi çözümlenmenin sıhhatli bir sonuca kavuşulmayacağına sorunu yargılama ilkesi bakımından eel almanın zorunlu olduğunu» ileri sürmektedir (259).

Tosun'un, düşüncesi özetlendiğinde : Bağımsız mahkemeler arasında görülen uyuşmazlık devletten kuvvet alınarak görüldüğüne, birinin yaptığı işin diğerine üstün olmamasına göre, olay bir mahkemece incelenmiş ve tesbit edilmiş olduğundan, buna dayanmak zorunluğudur. Tunçomağ'da bağılayıcılık konusunda, kesin

(255) Müderrisoğlu - age. Sh : 112

(256) Tosun - age. Sh : 248.

(257) Tosun - age. Sh : 248

(258) Tosun - age. Sh : 257,

(259) Tosun - age. Sh : 248, 249

hükme dayanmayı doğru bulmamakta, olayın mahkemece incelenmiş ve tesbit edilmiş olmasını dayanmayı daha uygun bulmaktadır (259).

Kişisel kanaatimiz şudur : Ceza hâkimi ve hukuk hâkiminin faili sorumlu görmek için dayanacakları ve gözetecekleri hukuki kurallar ve anlayışlar ayrıdır. Belilleri tesbit ve takdirleri yönünden de dayandıkları noktalar ve hukuki görüş açıları değişiktir. Bu konuya değişik açıdan bakış ve ayrıcalıkların zorunlu kıldığı sonuç, ceza hâkiminin hükmü hukuk hâkimine kesin hüküm teşkil etmeyeceğini ortaya koymaktadır. Konuyu kesin delil ve yargılama birliği kavramlarından gidilerek açıklamak ve bunlara dayanarak sorunu çözümlenmek gerekir, kanaatindeyiz. Ayrıca konuya münhasıran mutlak kesin hüküm açısından bakmayacağımızı BK. nun 53. maddesi bize önermektedir. Zira ceza hâkiminin hükmünü, hukuk hâkimine kesin hüküm olarak kabul ettirmek zorunluluğunda bıraktığımızda BK. nun 53. maddesi anlamı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Yani çekilşi kendiliğinden belirlenmiş olacaktır. Örneğin, onun değil, başka birinin işlediğinin anlaşıldığını belirleyen veya bir takım olayların belli bir biçimde sübut bulunduğunu tesbit eden beraat kararları hukuk hâkimini bağlayacaktır. Çünkü, bu sonuca kavuşan hâkim, millet adına yargılama yapmağa yetkili, bağımsız hâkimdir. Hâkimler arasında bir farklılık yoktur. Öyse ise hukuk hâkimi için bir kesin hüküm değil, fakat bir kesin delil mevcuttur. Öyle ise bu bağlama kesin hüküm açısından olmayıp, kesin delil yönünden olması hukuki bir zorunluğun sonucudur, denilebilir. Yalnız şu ayrıcalık unutulmamalıdır. Ceza hâkimi tazminata da hükmetmiş ise, bu hüküm, hukuk hâkimine karşı kesin hükmün bütün sonuçlarını doğuracaktır (260). Zira ceza hâkimi tazminata da hükmederken hukuk hâkiminin bağlı olduğu hukuk kurallarına göre ve onun gibi hükmetmet zorunluğundadır (261). Haksız fiil nedeniyle açılan fazlaya ilişkin istem saklı tutulan bir «kısmî tazminat» (262) davası sonunda, tahsile ilişkin olarak verilmiş olan hüküm, kalan kısım için sonradan açılacak olan davada «kesin hü-

(259) Tunçomağ - age. Sh : 326

(260) Yarg. 4. Hukuk Dairesi Kararlar Kartonundan. Yarg. 4.HD. 972/14907 E., 1974/1031 K. 1.3.1974 T. «Haksız eylemi işleyenlere karşı açılan ceza davasında ileri sürülen tazminat dileğinin bu yollu reddi sonunda verilen karar sonradan hukuk mahkemesi için usulün 237. maddesinde açıklanan kesin hüküm niteliğindedir.»

(261) Bkz. Sh : 26

(262) Doğanay - age. Sh : 27

küm» teşkil etmeyecektir. Ancak ceza kesin hükmünce haksız fiil failinin (sanığın) kusurlu olduğunu belirleyen bölümü, saklı tutulan bölüm için açılan davada, kesin delil teşkil edecektir, yani haksız fiil faili, ikinci tazminat davasında, olayda kendisine atfedilecek, isnat edilecek hiçbir kusur olmadığını ileri süremez, kusur yokluğunu iddia edemez. Ancak kusur derecesi ve oranına itiraz hakkı vardır. Davaya bakan mahkeme bu şekilde belirlenen bir savunmaya itibar etmeyecektir (263). Zira haksız fiil faili artık belirlenmiş, diğer bir anlatımla hükmen tesbit edilmiştir. Ceza ve hukuk mahkemesinin ortaklaşa yargılama görevi olayın ne şekilde vukuageldiğini tesbit ile olaya uygulanacak hukuki yönü tesbit eder. HUMK. nun 295. maddesi hükmüne göre, «kesin delil» sayılması hali Borçlar Yasasının 53. maddesi bakımından genellikle (maddi vakıa) nın cezayan ve tesbit edilmiş olması bakımındandır.

4) Hukuk Hâkimi İçin Bağlayıcı Hususlar :

Bir eylem suç teşkil ettiği için sanık cezalandırılmış ise, aynı eylemin haksız fiil teşkil edip etmediğini araştırırken hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin var gördüğü eylemi yok diyebilir mi? (264). Diğer bir anlatımla ceza mahkemesi mahkûmiyet kararını, fiil ve bunun haksız mahiyette olduğunu tesbit etmesi halinde hukuk hâkimini bağlayacak mıdır? Kendisine karşı olaylardan dolayı tazminat davası açılmış olan kimse, bir ceza ilâmı ile mahkûm edilmiş olursa, hukuk yargıcı bunu gözönünde tutmayabilir mi?

BK. m. 53/2. cümlesi (İsviçre BK. 53 md. in 2. fıkrası) «ceza mahkemesi mahkûmiyet kararının, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayini hususunda olsa dahi, hukuk hâkimini bağlamayacağı» kuralını koymuştur. Fakat genel olarak mahkûmiyet kararı hukuk hâkimini bağlamalıdır (265). Aksini kabul etmek mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ters düşen bir durum olursa da, böyle çelişik bir sonuçta mantığa aykırı düşecektir (266). Uygulamada (267) ve öğretide (268) hukuk hâkiminin aynı konuda daha önce verilmiş ceza mahkemesi kararı ile bağlı olduğu görüşü baskındır. Bu konuca kavuşulmada gerekce olarak, BK. nun 53. maddesinde, hukuk hâkimi-

(263) Doğanay - age. Sh : 27. Yarg. HGK. 16.2.1972 gün, E. 9/295, K. 974/90

(264) Tosun - age. Sh : 258

(265) Bağatur - age. Sh : 581

(266) Tosun - age. Sh : 258

nin beraat kararı ile bağlı olmadığı hükme bağlandığını, karşıt kavramdan gidildiğinde mahkûmiyet kararıyla bağlı olduğu anlamına erişileceğini göstermektedir (269). Diğer bir gerekçe olarak HUMK. nun 295. maddesine dayanılmaktadır. Bu maddeye göre «mahkeme ilâmları sahteliği ispat olunana kadar delil-i kati teşkil eder» ceza mahkemesi kararı da bu maddede belirtilen mahkeme ilâmı olduğundan, hukuk hâkimi bunu kabul etmek zorunluğundadır.

Dikkat edilirse anılan yargıtay kararı (270) mutlak olarak ceza mahkemesi kararının medeni yargıyı bağlayacağını önermemektedir. Aksine ceza mahkemesinin bir vakıanın tesbit edilmesi haline bağlı tutmaktadır. Kusurun takdiri veya zararın takdiri açısından hiçbir önermesi görülmemektedir. Aşağıda görüleceği üzere (271) ceza mahkemesinin vakıanın tesbitine ilişkin kararının hukuk hâkimini bağlayacağı hususu kökleşmiş bir fikir olarak oluşmuştur. Müşevvik ve Fer'an methaldar sıfatlarının tesbitinde hukuk hâkimi ceza hukukundaki esaslarla bağlı değildir (276).

Netice olarak diyebiliriz ki, ortada bir mahkûmiyet kararı bulunsa da, hukuk hâkimi kusur temyiz kudreti ve zararın miktarını tayin sorunlarını kendi takdiri ve özel hukuk açısından ve ona bağlı olarak çözmeye yetkili ve bağımsız mevkidedir (272). Madde : 53, ceza ve hukuk mahkemelerinde farklı hükümleri intaç edebilen önemli noktaları anlatmaktadır. Fakat yasa koyucunun amacı özellikle anılan maddenin özü ve ruhi yapısı, hukuki esprisi bu saymanın mutlak ve sınırlandırıcı olmadığını göstermektedir. Diğer bir anlatımla bu maddede sayılmayan noktalarda hukuk hâkiminin, ceza hükmüne

(267) Yarg. 4. HD. karar kartonundan, alınan Yarg. 4. HD. 25.3.1958 T., 4096 E., 2105 K., sayılı ilamında, «ceza mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararı kesinleştiği takdirde, ilişkin olduğu vakıa hakkında vakıa hakkında bütün devlet makamlarını bu arada, aynı vakıa üzerine tazminat kararı vermesi gereken hukuk hâkimini bağlayan bir muhkem kaziye teşkil eder. BK. nun 54. maddesinin yazılışından bu cihet açıkça anlaşılacaktır. Bu durum karşısında ceza mahkemesinin kararını şu veya bu şekilde incelemeye selâhiyeti yoktur. Esasen bugünkü adli teşkilât bakımından mahal mahkemelerinin kararlarını kaide olarak yalnız temyiz inceleyebiliriz.»

(268) Arsebük Esat - Borçlar Hukuku. Ank. 1950 Sh : 568

(269) Tosun - age. Sh : 258

(270) Bkz. Sh : 68 dipnot 267

(271) Bkz. Sh : 71

(272) Von Tuhr - age. Sh : 412

bağlı olacağı sonucu çıkarılmayacaktır (273). Yalnız bunların dışında kalan hallerde örneğin fiilin hukuka aykırılığı veya davalı tarafından işlenip işlenmediği konusunda mahkûmiyet kararı hukuk hâkimini bağlayacaktır. Hukuk hâkimi bu alanda bağımsız değildir. Mahkûmiyet kararlarında bağımsızlık ilkesi sadece kusurun takdiri ve zararın miktarını tayine dayandırılmış ve sınırlandırılmıştır. Mahkûmiyet kararının bağlayıcı olmamasının kapsamı, beraat kararına oranla daha dar ve sınırlıdır (274). Gerçekten de mahkûmiyet kararları bu iki halin dışına taşırılamaz. Aksi bir tutum bir kimsenin bir fiili işlemiş olduğu için, cezasını çekmesi diğer taraftan bu fiili işlememiş olduğu kabul edilerek tazminatla sorumlu tutulması gibi, hukuken çelişkili bir sonucun doğumuna yol açar, bu da adaletin saygınlığını ve otoritesini sarsar (275).

Kunter'de ceza yargısının olayın belirlenmesi bakımından, ceza dışı yargılama makamlarını (örneğin hukuk mahkemesini) bağlayacağını, bu bağlayışın hukuki sorun olmaktan çok, sadece olay belirlenmesi bakımından bir otorite (276) kabul edildiğini ifade etmektedir (277). BK. nun 53. maddesinde «bundan başka ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez» şeklinde açık ve seçik sözlerine

(273) Becker - age. Sh : 323, N. 2, md. 53

(274) Tandoğan - age. Sh : 352

(275) Kılıçoğlu - age. Sh : 201 - Belgesay. age. Sh : 62

(276) Becker - Art No, Nr. 6, Schamann Sh : 33 - 34, B G E 25 2 823 Tandoğan Sh : 274 dipnot 34

(276) Kunter - age. Sh : 189-190 N. 148 «yargılanacak uyuşmazlığın, yargıdan sonra, yargılanmış uyuşmazlık olmasının özelliklerine yabancı dillerde «yargılanmış şeyin otoritesi» anlamına gelen deyimler kullanılmaktadır. Dilimizde son yüzyıl içinde «Kaziye-i muhkeme», «muhkeme kaziye» denilmiştir. Son zamanlarda «kesin hüküm veya «kesin karar» denilmekte ise de bunlar uygun değildir. «yargı dediğimizden» uyuşmazlığın yargılanmış olmasının otoritesi ne de «yargının otoritesi» diyoruz. Yargının otoritesi bakımından, uyuşmazlığı dolayısıyla veya doğrudan doğruya çözülmesi arasında fark yoktur. Uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen beraat, mahkûmiyet gibi kararlar ile dolayısıyla çözen örneğin, ilk soruşturma sırasında verilen düşme veya sanığın cezai mucip suç işlediği zehabını vereceü kafi sebep görülmemesine dayanan son soruşturmanın açılması kararı arasında otorite bakımından fark yoktur. Ancak istisna olarak şüphenin geri döndüğünün kabul edilmesi ve yargılanmış olan uyuşmazlığın tekrar yargılanacak uyuşmazlık halini alması mümkündür. Örneğin, yeni delil ve olaylar bulunduğu zaman aynı dava yeni baştan olması dahi tekrar açılabilir.»

(277) Kunter - age. Sh : 195 N. 150

karşı, Yargıtay'ın mahkûmiyet kararlarının mutlak şekilde bağlayıcı olacağını gösteren bazı yanlış kararları da görülmektedir (278).

● A — Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kesin hükmünün, hukuk hâkimini bağlayan yönleri : Hukuk hâkimini ceza yargısının (kesin hükmünün) bağlanması yönünden öğretilerde ve uygulamada hiçbir kuşkuya yer vermeden istikrar bulmuş noktaları; maddi bulgu ve olayların var olup olmadığı, özellikle isnat olunan fiilin vuku bulup bulmadığı, failin hüviyetinin ve yaşının tesbiti yönlerini kapsar (279). Yani bu hukuki alan ve yönlerde ceza mahkemesinin kararı (ceza yargısı) «ceza kesin hükmü» hukuk hâkimi kayıtsız bağlı kalacaktır. Bu alanda hukuk hâkiminin bağımsızlığı söz konusu değildir. Hukuk hâkiminin sahip olduğu bağımsızlık ilkesinin tek ve mutlak ayrıcalığı bu noktalarda toplanmaktadır. Becker «medeni hukuk yönünden ceza hâkimi tarafından, ceza hükmünde yapılan fiili tedbitlerin, hukuk davasında da nazarı itibare alınmasına bir engel yoktur, esasen hukuk hâkimi hukuk yargılama usulünde kendisine tanınan yetki çerçevesi içinde buna mezundur» demek suretiyle görüşünü belirlemiştir (280).

Von Tuhr'da «ceza mahkemesi mahkûmiyet kararının, fiili ve bunun haksız mahiyette olduğunu tesbit etmesi halinde hukuk hâkimini takyit eder.» sözleriyle belirlemiştir (281).

O. Oser ve W. Schöenberger'de «ceza ilâmının hüküm fıkrasının mütemmi cüzi olan bir olay hakkında ceza ilâmına dayanıldığı takdirde, hukuk yargıcı o olayı sabit saymaya zorunludur, elverişli ceza ilâmı alanında, hükmü yerine getirecek mahiyette bir ilâm olsun. Hukuk yargıcının bu bağlılığı tıpkı ceza davasında şahsi hak

-
- (278) Yarg. 3. HD. 17.10.1958 T. E. 6256/K.5277, AD. 1961 S. 11-12 Sh : 1173
Yarg. 3. HD. 5. 6.1959 T. E. 3754/3235, AD. 1962 S. 1, Sh : 70
Yarg. 3. HD. 17. 2.1961 T. E. 1665/K.1275, AD. 1961 S. 11-12 Sh : 1178
Yarg. 3. HD. 27. 1.1961 T. E. 1951/K. 658, AD. 1961 S. 11-12 Sh : 1177
Bu kararlar tarihlerine göre eskidir. Aşağıda görüleceği üzere yargıtayımız sonradan BK. 53. maddenin anlamına uygun doğrultuda içtihatlar getirmiştir.
- (279) «ceza mahkemesinde yanlışlıkla failden başka bir kimsenin mahkûm edilmeşi olması halinde, cezada kesinleşen mahkûmiyet kararı kaldırılmadıkça asıl fail hakkında hukuk mahkemesinde dava açılmayacaktır.»
Yarg. 3. HD. 4.10.1951 T., E. 12905/K. 5859 İçtihatlar külliyatı 4. N. 2079
- (280) Becker - age. md. 53, N. 4, Sh : 323
- (281) Von Tuhr - age. Sh : 412

talebi üzerine tazminata hükmeden ceza yargıcının bağlı oluşu (yani ceza yargıcının bir vakıayı cezaya mahkûm etmek üzere sabit sayması halinde, aynı vakıayı şahsi hakka - tazminata - hükmetmek içinde sabit sayılmağa mecbur oluşu) gibidir. Nitekim ceza mahkûmiyetine esas olan olayın sabit görülmesi (suçlu adam öldürme veya başkasının malını zararlandırma suçların işlememiştir) halinde hukuk yargıcı da aynı olayı sabit sayacaktır.» denilmektedir (282). Bu eserin atıfta bulunarak izahına çalıştığı Rossel (S. 105 F) de aynı düşüncede olup, Haberstich ise daha geniş yorumuyla «ceza kararının bir sonucu da suçun medeni hukuk bakımından meydana getirdiği sorumluluğun gerekli kıldığı mahkûmiyettir.» demektedir (283). Ceza yargılaması sırasında olayın kanıtlanması için, başka usul ve kanıt vasıtalarının kullanılması, hukuk yargıcının durumunu değiştirmeyecektir. Zira olayı sabit ve kabul etmek bakımından cezada daha sıkı davranılır (284).

Yalnız Umar (285) ve Doğanay (286) başka bir görüş açısından aynı sonuca kavuşmaktadırlar. Demek ki, bizim hukukumuzda, ceza mahkemesinin kararı, «fiilin varlığı», onun fail tarafından işlenmiş olduğu, fiilin haksızlığı» bakımından hukuk hâkimini bağlayıcıdır. Hukuk yargılamasında bu konuların yeniden yargılanmasını önleyi-

(282) Oser - Schönerberger - age. Sh : 494-495 N. 7

(283) » » » » »

(284) Oser - Schönerberger - age. Sh : 495, N. 7

Tunçomağ - age. Sh : 518

Tandoğan - age. Sh : 56

Bağatur - age. Sh : 579

Tuğsavul Muhsin - age. Sh : 379

Saymen, Erbil - age. Sh : 385

Fevzioğlu - age. Sh : 313 (Fevzioğlu Necmettin - Borçlar Hukuk Umumi Esasları

Becker - age. Sh : 523

Tosun - age. Sh : 259

Oktay Çubukgil - «Ceza Mahkemesince kusurluluğun tayini için yaptırılan bilirkişi tetkikatı sonunda verilen mahkûmiyet hükmüne rağmen Hukuk Hâkiminin oranıyla ilgili yeniden bilirkişi tetkikatı yaptırılıp yaptırılmayacağı hususu mübayan içtihatların telifi sonunda açıklığa kavuşacaktır. A.B.D. 1972 S : 6, Sh : 491.

Olgaç - age. Sh : 425

Arsebük - age. Sh : 568

Von Thr - age. Sh : 412

(285) Umar, Bilge - Temyiz mahkemesi içtihatlarına göre ceza muhakemesinin, hukuk muhakemesine tesiri. İ.B.D. 1950 S. 11-12 Sh : 388

cidir. Yasa bir fiile haksız fiil vasfının verilmesi için bir suç niteliğinde görüyorsa, ceza hâkiminin suç olarak nitelendirdiği eylemi, hukuk hâkimi tartışamaz. Örneğin, BK. nun 244. maddesinin 2. fıkrasına göre bağışmadan suçu için, bağışlananın bağışlayana veya yakınlarına ağır bir cürüm işlemesi lâzımdır. İşte bu fiilin cürüm ve cürmün ağır olup olmadığına ilişkin ceza hâkiminin kararı hukuk hâkimini bağlayacaktır (287). Yargıtay 9. HD. nin 17.6.1966 gün, 1916 esas, 5416 karar, 4. HD. nin 24.12.1965 gün 1964/10321 esas, 7791 karar, yine aynı dairenin 21.9.1967 tarih, 6657 karar, 20.4.1965 tarih 963/12561 essa, 1968 karar ve 19.4.1965 tarih, 1964/5159 esas, 2061 karar (288) HGK.nun 22.9.1965 gün 4/172 esas, 319 karar sayılı ve yine 1.2.1967 tarih, 4/184 esas, 27 karar sayılı ilâmlarına göre (289), bir olayın meydana geldiğine ilişkin ceza mahkemesinin ceza mahkemesinin kararı hukuk hâkimini bağlayacaktır.

Yargıtay 4. HD.nin karar kartonundan alman 29.9.1967 gün ve 1966/3263 esas, 8540 karar numaralı içtihadı da aynı sonucu teyit etmektedir. Hazayı yapan şoförün saatte 70 km. süratle gittiği ve yolun tozlu ve görüş açısının daralmış bulunduğu ceza ilâmı ile sabit olduğuna göre, bu durum hukuk hâkimini bağlayacaktır (290). Ceza mahkemesinin davacının manevi tazminat isteği konusunda olumlu veya olumsuz verdiği karar hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinin davacının manevi tazminat isteği konusunda verdiği

(285) «Umar başka bir görüş açısından ceza hâkiminin maddi olayları belirleyen kararının hukuk hâkimini bağlaması, hukuk yargılamaları usulü yasaının delil sistemini yıkmak anlamına gelir. Yalnız HUMK. 240 madesi uyarınca, yasanın öngördüğü durumlar ayırık olmak üzere, hukuk hâkimi delilleri serbestce ve bağımsız olarak kıymetlendirip, takdir etme yetkisine sahip olmasını ve maddi olayların belirlenmesi yönünden ceza mahkemesi kararlarında yasada belirtilen ayırık durumlar yanında yer aldığına ilişkin bir hüküm olmadığı gözönünde tutularak, ceza mahkemesinin maddi olayları tesbit eden kararı hukuk hakimini bağlayacaktır. Umar, Bilge - age. Sh : 386, 388

(286) Doğanay - age. Sh : 29 «Doğanay da ceza mahkemesinde, maddi olaylar failin kim olduğu, isnad olunan fiilin işleniş şekli yönünden kesin olarak belirlendiği durumlarında hukuk hâkimin davalıya spat mkânı vermesinin abes olacağını, hem de ceza mahkemesi kararını değersiz hale sokacağını, HUMK. 295. maddesine aykırı hareket edilmiş olunacağını zira, yasa nazarında ceza mahkemesi kararının kesin delil niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

(287) Saymen - Elbir - age. Sh : 385

(288) Olguç - age. Sh : 426 Nr. 3

(289) Karahasan - age. Sh : 272, 810

(290) Yarg. 9. HD. 13.2.1969 T., 1126 E., 1515 K. Karahasan - age. Sh : 809

bu karar, hukuk hâkimini bağlayıp aynı konunun yeniden incelenmesine usulün 237. maddesi hükmü engeldir (291). Kesinleşen ceza ilâmındaki zimmet tutarı 15.583,40 TL. olarak kesinleşmiştir. Bu miktar davalı yönünden kazanılmış bir haktır. Hukuk hâkimini bağlar (292). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nde aynı şekilde karar vererek «şayet ceza mahkemesi kararında saptanan eylem para konusundaki haksız eyleme ilişkin olupta bu kararda açığın miktarı gösterilmiş ise bu da vafia olarak hukuk hâkimini bağlar» denilmektedir (293). BK. nun 54. maddesi uyarınca hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kesinleşen hükümlülük kararında, sabit görülen olaylarla bağlıdır. Hukuk mahkemesinde davalı, ortak olayın başka bir biçimde gerçekleşmiş bulunduğunu ileri sürerek, kanıt getiremez. Getirse dahi kanıtları hukuk hâkimi dinlememesi gerekir. Zira ceza mahkemesinde olayın oluşan biçimi, hukuk mahkemesinde toplanan delillere göre, başka bir biçimde oluştuğunun kabulü mümkün olamaz (294).

Bu konuda Ötek ise, ceza mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün hukuk hâkimini bağlamasını geniş bir yoruma tabi tutmaktadır. Yazara göre, ceza mahkûmiyet hükmü karşısında hukuk hâkimi zarar vereni kusur ve tazminatla yükümlü görmüyorum deyemeyecektir (295). Kanaatimizce bu görüşü katıtlamak için makûl bir hukuki neden gösterilmektedir. Bunun tipik örneği M. Kanununun 65. maddesinde kendini gösterir. Yargıtay 3. HD. nin 13.1.1961 tarih 623 esas, 275 karar numaralı ilâmında da bu yön açıkça doğrulanmıştır (296). Davalı davacı kadının hulus ve saffetinden istifade edip, kandırarak kocasını cezai takibattan kurtarmak için, 700 TL. para vereceğini bildirerek, dolandırdığı, dolandırıcılık suçundan ceza mahkemesince mahkûm edildikten sonra, davacı kadın 700 IL. nın kendisini kandıran davalıdan tahsilini istemiştir. Yargıtay Borçlar Yassası'nın 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararları hukuk hâkimini bağlarsa da bu yöndeki kesin hüküm fiilin sübutuna ilişkin olup, aynı yasanın 65. maddesi uyarınca kişisel hak talebine etkili değildir. Çünkü anılan maddede haksız, yahut ah-

(291) Yarg. 4. HD. 4.2.1966 T., 965/1638 E., 1263 K. Karahasan - age. Sh : 813

(292) Yarg. TD. 6.7.1965 T., 964/1870 E., 2279 K. Karahasan - age. Sh : 815

(293) Yarg. 4. HD. 16.1.1976 T., 1975/1130., 976/486 K. Yarg. Karar Kartonu.

(294) Yar. 4. HD. 14.3.1972 T. 1971/14343 E., 2194 K. Çubukgil Oktay - age. Sh : 491 S. 6, Yarg. 4. HD. 9.1.1973 T., 1972/4940 E., 1973/189 K., Müderrisoğlu age. Sh : 123, 124

(295) Ötek Esat - Ceza mahkemesinde beraat - JURİSDİKTİO, 1957 Sh : 725 vd.

(296) Kazancı Sadi - İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi C. 1, Sh : 183

lâka (adaba) aykırı bir maksat istihsali için verilen bir şeyin geri alınamayacağı açıklıkla belirtilmiştir. Bu nedenle 700 TL. nin tahsiline karar verilemez, denmiştir. Karar BK. nun 65. maddesinin getirdiği özel durum açısından haklıdır. Yine de, fiilin sübutuna ve hukuka aykırı olduğunun tesbitine ilişkin ceza kararının hukuk hâkimini bağlayacağı kabul edilmekte, sadece 65. maddedeki amaç açısından verileni geri alınamayacağı bildirilmektedir (297).

Yargıtay bir kararında (298) maddi olayların olumlu olarak saptanmasına ilişkin kararların hukuk hâkimini bağlayacağını, ceza mahkemesinin kesinleşen ilâmında davalının meşru savunma sınırları içerisinde kalarak davacıyı öldürmeye teşebbüs ettiği saptanmış böylece ceza mahkemesi olayı ve bunun ne yolda gerçekleştiğini doğru bir deyimle «maddi olayı» kesinlikle saptayan ilâmı taraflar yönünden kesin bir hüküm niteliğini taşıyacağından, artık hukuk mahkemesince bu olayın aksi iddia ve ispat edilemeyeceğini, hukuk hâkiminin ceza hâkimi - mevcut delilleri hatalı takdir ettiğinden - söz ederek, tamamen aksi bir konuya ulaşmasının anılan ilke ile uzlaşmayacağını, meşru savunmanın varlığı halinde saldıranın kişiliğine ve mallarına yapılan zararın haksız olamayacağını ve tazminatla yükümlü tutulamayacağını bildirmiştir. Gönensay, Yargıtay'ın bu görüşüne aykırı düşünce içindedir. Gönensay'a göre, bir kimse meşru savunma halinde olduğu düşüncesiyle işlemiş olduğu suçtan dolayı ceza mahkemesinde beraat etmede, hukuk hâkiminin meşru savunmayı sabit görmeyerek aynı kimseyi tazminata mahkûm etmelidir (199). Gönensay Samim'in anlatılan hukuka aykırılık kavramı açısından izah edeceğimiz gerekçe ile Gönensay'ın görüşüne katılmamaktayız (300).

Aftan önce kesinleşen mahkûmiyet hükmünün suç tarihi ve suçun nevi ve mahiyeti itibarıyla, affın kapsamında bulunması ancak hükmedilen cezanın ortadan kaldırılmasını gerektirir. Bu durumda, hukuk mahkemesinin sonradan ceza kısmı afla ortadan kalkan mahkûmiyet ilâmının olayı tesbit eden kısmıyla bağlı olacaktır (301). Bu kararda mahkûmiyet kararı kesinleşmiş, sanık sonradan çıkan

- (297) » » » » » » » »
 (298) Yar. 4. HD. 15.3.1976 T., 1975/6678 E., 1976/2634 K. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi karar kartonundan
 (299) Gönensay Samim - Borçlar Hukuku C. I., İst. 1948 Sh : 207
 (300) Bkz. Sh : 80, 81
 (301) Y. HGK. 5.2.1969 T., E. 966/4-975 - 975/93 K. Hukuk Genel Kurulu karar kartonundan.

af kanunu ile, asliye ceza mahkemesine yargılamanın iadesine başvurması üzerine af nedeniyle kamu davası ortadan kaldırılmıştır.

Sulh ceza mahkemesinde, davalının kiracılık durumu kabuledilerek böyle bir hakkın verdiği yetki ile davacıların tarlasına su bırakılması suç niteliğinde görülmemiş beraatine karar verilmiştir. BK. nun 53. maddesine göre hâkim kusur olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde «kiracılık sıfatını (durumu) tesbit eden «delil niteliğini taşımaktadır ve hukuk hâkimini bu yön bağlar (302). Görülüyor ki, Yargıtayımız ceza hâkiminin kararlarına hukuk hâkiminin bağlanma nedenlerini bazı durumlarda kesin delil veya kesin hüküm açılarından gitmek suretiyle de açıklamaya çalışmaktadır. Yalnız kökleşmiş bir görüşü belirlenmemiştir. Bu yön-deki kanaatimizi yukarıda anlatmıştık (303). Yalnız Tunçomağ aksi görüştedir (304). Davacının geçiş üstünlüğü bulunan araç karşısında yanlış davranışı ile haksız bir tutum içine girdiği esasen ceza davası sırasında, TCK. nun 51. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması suretiyle ağır tahrikte bulunduğu kabul edilmiştir. Davalının böyle bir durum ve tutumuyla beliren ağır tahrik yönüne ilişkin ceza mahkemesi kararı, hukuk hâkimini bağlayacaktır (305).

Yargıtayımız «tahrik» veya «ağır tahrik» yönünden ceza mahkemesinde oluşan «maddi olayı» hukuk hâkiminin kabul etmek zorunluluğunda bulunduğunu ifade etmektedir. Yalnız tahrik veya ağır tahrikin ağırlığı derecesi, oranı hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Hukuk hâkimi bu durumlarda tazminat miktarını belirlerken BK. nin 44. maddesi kapsamı içinde kalarak sonuca kavuşması gerekmektedir. Hukuk hâkimi BK. nun 44. maddesine göre cezadan bir miktar, adalete uygun indirimde bulunacaktır. Cezadan bir miktar indirim yaparken, bunun miktarı, hem ceza davasında olsun hem de kendi yargılama alanıyla toplanan olsun, tümünü Usulün 240. maddesine dayanarak, serbestce tahlil ve münakaşa ederek tesbit edecektir. Yoksa, TCK. nun 51. maddesinde, cezanın indirilmesi gereken yasaca belirlenen oranlarla bağlı kalması da düşünülemeyecektir (TCK. 513).

(302) YHGK. 29.4.1964 T., E. 157/D-4 K. 33. Hukuk Genel Kurulu karar kartonu

(303) Bkz. Sh : 66

(304) Tunçomağ - age. Sh : 518

(305) Yarg. 4. HD. 6.12.1974 T., 973/6169 E., 974/16584 K. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi karar kartonundan.

Davalı ağır ceza mahkemesinde yapılan duruşma sonunda, sabit olduğu üzere, kendisi tarafından imzaalnan bononun altındaki imzayı inkâr etmiştir. Ceza mahkemesinin bu yoldaki kararı tarafları bağlar (306).

Ceza mahkemesinin müsadere kararı, hukuk hâkimini bağlar. Çünkü, ceza mahkemesinin müsadereye ait kararı BK. nun 53. maddesi hükmünün şumülü dışında kalan ve bu itibarla müsadere edilen malların mülkiyeti bakımından, hukuk hâkimini bağlayan bir karardır. (307).

Yangının elektrik kontağından çıktığı ve sobadan çıkmadığı konusundaki maddi olaylar tesbit edilmiştir. Ceza mahkemesinde tesbit edilen bu maddi olaylar hukuk hâkimini bağlar (308).

Ceza mahkemeleri, davacının aracını yolun üzerinde ışık işaretlerini yakmadan bıraktığı olayını benimsemiştir. Bu benimseme, bu olay bakımından hukuk hâkimini bağlar (309). Yine aynı şekilde ceza hâkimliğince tesbit edilen maddi olaylardan, araçların farlarının yanıp yanmadığı, frenlerinin tutup tutmadığı hususları da maddi bulgu ve olaylara ilişkin olduğundan hukuk hâkimini bağlayacaktır (310). Yargıtayımızın yukarıda özetini yaptığımız kararlarından,

- (306) Yarg. 4. HD. 40.9.1975 T., 974/1141 E., 975/10360 K. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi karar kartonundan.
- (307) Yarg. 4. HD. 23.3.1957 T., E. 1736 K. 2226. Olgaç - Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu 2. B. İst. 1969 C. 1. Sh : 498 N. 46
- (308) Yarg. 4. HD. 9.7.1968 T., K. 5947 E. 8520 - Yarg. 4. HD. karar kartonundan.
- (309) Yarg. 4. HD. 1976/8126 K. 1974/731 E. Yargıtay 4. HD. karar kartonundan.
- (310) Yarg. 4. HD. 9.1.1973 T., 4940/189 K. Resmi Kararlar Dergisi 973/4-5 Sh : 180, 181.
- (311) Yarg. Hukuk Genel Kurulu. 1.2.1967 T. E. 184, K. 27 - Doğanay - age. Sh : dipnot 5.
Y.H.G.K. 22.5.1963 T., 3/4 E., 13 - Hukuk Genel Kurul karar kartonu.
Y.H.G.K. 20.3.1968 T., E. 9/678., K. 157 » » » » »
Y.H.G.K. 22.5.1963 T., E. 3/14, K. 13 » » » » »
Y.H.G.K. 1.2.1967 T. 4/184 E., K. 27 » » » » »
Yarg. 4. HD. 9.7.1968 T., E. 8520., K. 5947 - Yarg. 4. HD. karar kartonu.
Yarg. 4. HD. 24.6.1968., E. 7655., 5357. » » » » »
Yarg. 4. HD. 13.4.1973 T., E. 972/8863., K. 973/4550 » » »
Yarg. 4. HD. 27.2.1967 T., E. 775., K. 1713 » » »
Yarg. 4. HD. 16.1.1976 T., E. 975/1130., K. 976/486 » » »
Yarg. 4. HD. 14.3.1972 T., E. 971/11464 K. 972/2198 » » »
Yarg. 4. HD. 13.4.1973 T., E. 1973/5079., K. 1973/4629, Olanoğlu İ. Teoman

özellik arzedenleri bildirilmiş bulunuyoruz. Aynı konuda kökleşmiş emsal kararları mevcuttur. Bunların özetini yapmakta yarar görülmemiştir (311).

Aynı zamanda suç ve haksız fiil teşkil eden eylemler yönünden Türk Ceza Yasası'nda daha uzun süreli ceza zamanaşımı mevcut olabilir. Yasa koyucu, BK. nun 125. maddesindeki genel zamanaşımı süresinden ayrılarak haksız eylemler için BK. 60 ile zamanaşımı sürelerini kabul etmiştir. Anılan maddeye göre «mutazarrır olan tarafın zarar ve failine ıttıla tarihinden itibaren bir sene her halde

Yanlızoğlu Siddık, Tümer H. Avni - Açıklamalı - İçtihatlı Sosyal Sigortalar mevzuatı - 1. C. 1974 Ank. Sh : 658 N. 581

Yarg. 4. HD. 12.11.1973 T., 972/10580 K. 973/9224 » » »

Yarg. 9. HD. 6. 12.1971 T., 18005/23991 K. » » » »

Yarg. 11. HD. 7.12.1973 T., E. 973/4848., K. 973/4899 - Doğanay - age. Sh : 28 dp. 13

Yarg. 11. HD. 6.12.1974 T., E. 973/6231., K. 974/16596 - Yarg. 11. HD. Karar kartonundan

Yarg. 11. HD. 27.2.1967 T., E. 966/775., 967/1713 » » »

Yrg. 11. HD. 8.3.1974 T., 974/697 E., 974/1174 K. » » »

Yarg. 4. HD. 22.9.1965 T., E. 172, K. 319 - Kazancı Sadi - age. S. 58, Y. 5, Sh : 4054

Yarg. 9. HD. 17.6.1966 T., E. 1916 K. 5416 - Kazancı Sadi - age. S. 58 Eylül. 966 Sh : 4781 - 4782

(311) ...maddi olguların ceza hâkimince tesbiti ve hükme bağlanışının hukuk hâkimini bağlayıcı görüşünü teyit eden ilginç bir davanın özetinin buradayapılmasında yarar görülmüştür «Türk Eğitim Tic. Büro İşçileri Sendikası tarafından, davalılar noter ve Türk Büro İşçi Sendikası aleyhine Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine ikame edilen davada, noterin tasdik etmiş olduğu sendika üyelerinin istifa belgelerinin geçersiz olduğunun tesbiti «tesbit davası» şeklinde istenmiştir. Bu davada noter Ankere Ağır Ceza Mahkemesi'nde T.C.K. 240. maddesi uyarınca mahkûm olmuş, Ceza Mahkemesi kararında da, her sendika üyesinin istediği zaman üyesi bulunduğu kuruluştan çekilmesinin noter önünde tek tek ayrı ayrı, kimliğin saptanması ve kişinin imzasının onaylanması ile olacağı 274 sayılı Sendikalar Yasasının 1317 sayılı yasa ile değişik 6. maddesinin amir hükmü olduğu halde, sanık noterin elden getirilene istifa dilekçelerini, dilekçe sahiplerinin (üyelerin) notere gelmişcesine muameleye konulmasından dolayı yasaya aykırı işlem yapıldığından ve bunun tesbitiyle TCK. 240. maddesi uyarınca mahkûm olmuştur.

(311) ...Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi kesinleşen ağır ceza dava dosyasına göre, imzaların huzurda atılmadığı sabit olduğu ve bu nedenle mahkûmiyet hükmünün tesis edildiği kesin olarak anlaşıldığına, ağır ceza mahkemesinin hükmü Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce onanmış olmasına, bunun sonucu olarak işçilerin istifasının biçimsel ve yasal yönlerden ge-

zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene «geçmesiyle tazminat davası dinlenemeyecektir. BK. 60/2'ye göre, haksız eylem suç niteliğinde olması şartıyla, o suç için ceza yasasının öngördüğü dava zamanaşımı süresi BK. nun m. 60'daki sürelerden daha uzun bulunuyor ise, tazminat davasında, ceza yasasındaki dava zamanaşımı uygulanması gerekecektir. Burada daha uzun süreli ceza davasının zamanaşımının uygulanmasına gidilmiştir (312), (312-a).

(Devamı var)

rekli koşulları taşımadığı kesin hükümle sübut bulmasına, bu şekildeki kesin ceza hükmünün hukuk hâkimini bağlayacağı gerekçesine dayanılarak, işlemin Noterlik Kanununun 92 ve Sendikalar Yasasının 6/1. maddesine uygun olarak noterlikçe düzenlenmediğinin hükmen tesbitine karar verilmiştir. Yargıtay 4. HD. işbu kararı 978/4501 E. 978/6806 K. numarası ile 16.2.1978 tarihinde şu şekilde bozmuştur. «noterin tasdik etmiş olduğu istifa belgelerinin geçersizliği ağır ceza mahkemesinin ilâmı ile TCK. 240. maddesihükmünce noterin mahkûm olduğu ve Yargıtay Ceza Dairesince onandığı ve kesinleştiği anlaşıldığına göre, bu davada tesbiti istenilen «**maddi olgu**» kesin bir ceza ilâmıyla tesbit edilmiş olduğuna göre bu yoldaki isteğin, ayrı bir tesbit davasına konu edilmesine gerek yoktur. Çünkü, eda ve tesbit davalarında hukuki yarar dava şartlarındandır. Mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir. Noter hakkındaki tesbit davasında, davacının hukuki yararı da yoktur.» Yargıtay 4. HD. karar kartonundan.

(312) Karahasan - age. Sh : 735

(312-a) Tuncer Sıtkı - Haksız Fiilde Ceza Müruru Zamanı. AD. 1953, s. 12. Sh : 1423 - geniş bilgi yönünden.

SERBEST ZAMAN, TATİL VEYA SEYAHAT ZEVKİNDEN YOKSUN KALMA NEDENİYLE ZARAR KAVRAMI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Dr. M. Ali ERTEN (*)

PLAN : Giriş. I — Yıllık izin hakkının mameleki bir değer arzemesi.
II — Yıllık izin hakkının engellenmesinin ve kaybının mameleki bir zarar oluşturması.

GİRİŞ

Son zamanlarda, dünya yüzünde turizm gelişmesinin doğal bir sonucu olarak kişilerin yıl içinde yorucu çalışmalarının sonucunda elde ettikleri, hak kazandıkları yıllık izinleri süresi içindeki «serbest zaman»larında (Freizeit) kendilerini tatmin edebilmeleri ve daha iyi dinlenebilmeleri amacıyla, buldukları yerde kalmamayı üstün tuttıkları ve maddi olanaklarının elverdiği ölçüde seyahata çıkmayı plânladıkları genellikle karşılaşılan durumlardır. Bu amaçla seyahat acentalarına ve hatta tatillerini geçirmek istedikleri merkezlerdeki konaklama yerlerine başvurarak, bunlarla bir takım ön anlaşmalara girdikleri de bir gerçektir.

İşte incelemek istediğimiz sorun da kendini bu noktada ortaya çıkarmaktadır. Evvelden yıllık iznini kendi zevkine uygun bir şekilde geçirerek dinlenmeyi plânlamış bir kişi, kendi kusuru dışında bir engelle karşılaşması nedeniyle «serbest zaman zevki»nden (Freizeitgenuss) veya «seyahat zevki»nden (Reise-genuss) mahrum kalırsa, acaba onun, hukuksal yönden, kaybolan veya boşa geçirilen tatil günlerinden dolayı bir talep hakkı doğacak mıdır? Daha başka bir deyişle kısmen veya tamamen engellenmiş bir «tatil zevki»nden (Urlaubsfreude) dolayı bir talep hakkı doğacak mıdır? Bu husus tazminat hukukuna yabancı bir kavramdır (1).

Üzerinde durmak istediğimiz sorunu bir kaç örnek vererek daha iyi aydınlatılabilmek mümkündür :

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Asistanı.

(1) NJW 1974, 150

(A) özel arabası ile yıllık izin hakkını geçirmek üzere seyahate çıkacaktır. Seyahate çıkmadan bir akşam evvel (B)'nin kullandığı kamyon arabasına çarpıyor ve zarar veriyor. Olayda (A)'nın kusuru yoktur. Ortada cismani zarar da yoktur. Arabanın tamir edilmesi dolayısıyla, (A) tatiline kararlaştırdığı tarihten ancak bir hafta sonra çıkabiliyor. İznini başka bir tarihe kaydırabilme olanağı ise yoktur. Bu nedenle evvelden plânlanmış olduğu gibi üç haftalık değil, ancak iki haftalık bir tatil yapabiliyor (2).

(A) İspanya'da bir tatil evi kir alıyor. Annesi, babası ve 2 çocuğu ile birlikte kiraladığı eve gittiğinde görüyor ki, ev prospektüste belirtilmiş olan özelliklere uygun değil. Ailesi hemen geri dönüyor. Kendi ise 2 çocuğu ile birlikte, 10 gün müddetle başka bir otelde kalıyor (3).

Yukarıda verilmiş olan her iki örnekte de görüldüğü üzere, evelden bir takım plânlar yapılarak arzu edilmiş olan tatil, ortaya çıkan engeller yüzünden tam olarak gerçekleştirilememiştir.

Acaba bu örneklerdeki kişilerin, bu şekilde kaybolan veya istenildiği gibi geçirilememiş tatil günlerinden dolayı tazminat istemeye hakları var mıdır?

Bu gibi durumlarda hareket noktası, TBK. mad. 41.'dir. (BGB § 249/II). Fakat önümüzdeki sorunda, kaybolan tatil günlerinin bir daha geri getirilebilmesi olanağı yoktur. Mamelekteki azalmayı ifade eden maddî zarar, başka bir deyişle zarar verici olaydan evvelki mamelekin durumu ile, zarar verici olaydan sonraki durumu arasındaki fark, «aynen» veya «nakden» olmak üzere iki şekilde telâfi edilir (TBK. Mad. 41), (BGB § 249, § 251). Yukarıda da belirttiğimiz gibi yıllık izin günlerinin bir daha geri getirilebilmesi olanağının olmaması, uğranılan zararın «aynen» tazmini yolunu kapatmaktadır.

Dolayısıyla yıllık izin günleri boşa geçmiş olan kişinin bu kaybindan doğan zararının, aynen tazmini yerine, nakden tazmini (TBK. Mad. 41, BGB § 251) gözönünde tutulmalıdır. Fakat bu sefer de karşımıza, ortada gerçekten bir zararın olup olmadığı sorunu çıkmaktadır. Sırf yıllık izin günlerinin engellenmesi, boşa geçirilmesi olayı, acaba gerçekten bir zarar ortaya çıkarmış mıdır? Çünkü, hangi hal-

(2) NJW 1969, 1150

(3) NJW 1974, 561

lerde bir zarardan söz edilebileceği bizzat kanunda gösterilmiştir (Mamelekî zarar, cismani zarar vb.). Yıllık izin günlerinin kaybolması halinde ise, kişinin uğradığını iddia edeceği zarar bunlardan hiç birinin kapsamına girmemektedir.

Şayet yıllık izin günlerinin kaybolması durumu, birinci örnekteki gibi bir engel nedeniyle ortaya çıkıp da, olayda da bir cismanî zarar söz konusu olursa, o zaman en azından, kaybolan izin günleri için yapılmış harcamalara eşit bir tazminata TBK. Mad. 46'ya (BGB § 823, § 847) dayanarak olanak tanınabilir. Çünkü hakkaniyete uygun bir zararın saptanmasında TBK. Mad. 47'ye göre (BGB § 847), tekrar sıhhate kavuşma olanaklarından ve uğranılan acı ve ızdıraplardan dolayı kayıplar da gözönünde tutulmaktadır. Fakat bunlar bilindiği üzere, manevi tazminat kavramının kapsamına girmektedirler.

Fakat bu şekilde, yukarıda verilmiş örneklerdeki gibi, sırf maddî zarar gören kişinin, kendi kusuru dışında yıllık izin günlerinin kaybından dolayı hiç bir talepte bulunamamasının, ne derece hakkaniyete aykırı olduğu ise ortadadır. Dolayısıyla tatil zevkinden (Urlaubsfreude), serbest zaman zevkinden (Freizeitgenuss), seyahat zevkinden (Reisegenuss) mahrum kalınması nedeniyle, böyle bir talep hakkının gerçekleştirilebilmesi yolunda, soruna bir çözüm bulunması uygun olacaktır. Bu çözüm, özellikle, Alman doktrin ve uygulaması yönünden, yıllık izin hakkının, mamelekî bir değer arzedip etmemesine bağlıdır.

Yıllık izin hakkı, eğer mamelekî bir değer olarak kabul edilecek olursa, bunun sonucunda, bu günlerin kaybolması da doğal olarak mamelekî bir zarar oluşturacağından, zarara uğrayanın bu yönünde bir talep hakkı ortaya çıkacaktır.

I) YILLIK İZİN HAKKININ MAMELEKÎ BİR DEĞER ARZETMESİ

Yıllık izin hakkının mamelekî bir değer olarak karşımıza çıkabilmesi, herşeyden önce, bu hakkın «ticarîleşmiş» (kommerzialisiert) bir hak olarak kabul edilip edilmemesine bağlıdır (4).

(4) Mammey, NJW 1969, 1152

Alman uygulamasında yıllık izin hakkı genellikle, diğer serbest zamanların aksine, kapsamlı bir şekilde «ticarileştirilmiş» (kommerzialisiert) olarak kabul edilmektedir (5).

Muhakkak ki, yıllık izin hakkı, iş hukuku yönünden genel bir kanı olarak, geçmişte görülmüş hizmetlerin mutlak bir ivazı olarak kabul edilemez. Bu hak daha ziyade, işverenin sosyal yardım yükümlülüğünden doğan, çalışanın çalışma gücünü tekrar elde etmesi ve sıhhatini kazanması amacına yönelik bir haktır (6).

Çalışan kişi, çalışması ile tatil olarak, sadece bir «serbest zaman» (Freizeit) elde eder. Tatil, temel ilke olarak, bir kimseye para ile hakkını ödemek değildir. Dolayısıyla tatilde ödenen ücret de, hiç bir zaman bir yıl boyunca yapılmış olan bir işin ivazı (karşı edimi) olarak görülemez. Söz konusu olan bu ücret, daha ziyade sosyal yardım yükümlülüğünün bir sonucudur (7).

Fakat yıllık izin hakkının iş hukuku yönünden bu şekilde açıklanması üzerinde durulmakta olan konu yönünden fazla önemli bir rol oynamaz. Çünkü, «zararın sonuçları özel hukuk kuralları çerçevesinde hesaplandığı durumlarda, iş hukukuna dayanan açıklamalar tek başına esas alınamaz.» (8).

Yıllık izin hakkının ticarileşmiş olması ve mamelekî bir değer olarak kabul olunması şu noktalarda kendini gösterir :

-
- (5) Mammey, NJW 1969, 1150; NJW 1956, 1234; NJW 1970, 474; OLG Frankfurt NJW 1967, 1372; Aksi görüş NJW 1974, 150.
- (6) HEUCK - NIPPERDY : «Arbeitsrecht», 7. Aufl., Sh. 432; NIKISCH : «Arbeitsrecht», 3. Aufl., Sh. 531; NJW 1974, 150, Düsseldorf Üst Mahkemesi (OLG) bir kararında, izin hakkının mamelekî bir değer olmadığı ve sırf bunun engellenmesinin de mamelekî bir zarar niteliği gösteremeyeceğini belirtmiştir. Karara göre, bu gibi durumlarda, mamelekî bir zarardan söz edilebilmesi için, herşeyden önce, evvelden planlanmış olan tatilin engellenmesinin, ilgili kişinin mamelekî durumunda herhangi bir şekilde olumsuz bir azalmaya neden olması gerekir. Her tatil ise, malî bir harcamayı gerektirmektedir. Dolayısıyla bu tür harcamalar mamelekî durumda bir eksilmeye neden olacağından, bu eksilme oranında zarar talep edilebilir. Eğer evvelden bu tip harcamada bulunulmamış ise, o takdirde, artık boşa geçen veya evvelden plânlanmış şekilden değişik geçen izin günlerinin ticarî olduğundan söz etmek olanağı çok azdır - Tıpkı diğer serbest zamanların kaybı halinde kabul edildiği gibi NJW 68, 221) -
- (7) NIKISSH : age., Sh. 542
- (8) MAMMEY : NJW 1969, 1152

● 1) Ücretle ilgili kurallar, aynı zamanda yıllık izinde alınan ücret yönünden de uygulanmaktadır. Aynı şekilde yıllık izin hakkı kurallarını kapsayan bazı yasalar ve çok sayıda toplu sözleşme işçiyeye, belirli çalışma süresini tamamlamamış olsa dahi, çalıştığı yerde geçirdiği her ay için, yıllık izin hakkının belirli bir oranında, kısmi izin hakkı tanımaktadır. İşte bütün bunlar da göstermektedir ki, yıllık izin hakkı, İş Hukuk yönünden olmasa dahi, özellikle ekonomik açıdan, görülmüş olan yıllık hizmetin bir ivazı niteliğindedir. Dolayısıyla yıllık izin günleri, mamelekî bir değer olarak görülmek gerekir (9).

● 2) Yıllık izin hakkının doğal bir sonucu olarak elde edilen «serbest zaman» (Freizeit) ile arzu edilmiş olan, tatmin duygusu ve dinlenme keyfiyetidir (10) ki, buna «serbest zaman zevki» (Freizeitgenuss) denebilir. Bu ise, sırf manevi bir nitelik taşımaz (11). Bu arzu edilmiş olan tatmin duygusu ve dinlenme keyfiyeti, diğer bir deyişle «serbest zaman zevki» (Freizeitgenuss), diğer serbest zamanların aksine, objektif ölçülerde genellikle, bir takım zorunlu muamelekî harcamalar yoluyla, yani para karşılığında satın alınabilir. Örneğin; dinlenmek için bir deniz seyahatine çıkılmasının plânlanmış olduğu durumda, kişinin rezervasyon yaptırması gibi (12). Bundan da yıllık izin hakkından doğan «serbest zaman zevki» nin «Freizeitgenuss), gerçek bir «mamelekî kazanç» (Vermögensvorteil) oluşturduğu gerçeği ortaya çıkar (13). Dolayısıyla da «serbest zaman zevki» nin (Freizeitgenuss), belirli bir çerçevede «ticarileşmiş» kommerzialisiert) olduğunun kabulü zorunludur (14).

II) YILLIK İZİN HAKKININ ENGELLENMESİNİN VE KAYBININ MAMELEKİ BİR ZARAR OLUŞTURMASI

Mamelekî zarar, bir kimsenin mamelekinde meydana gelen ve para ile ölçülen kayıplardır (15). Bunun sınırının saptanmasında ise, fark teorisine dayanılmaktadır. (Differenzhypothese). Dolayısıyla da,

(9) MAMMEY : NJW 69, 1152, Aksi görüş NJW 74, 150

(10) HEDRICH : Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden? NJW 67, 1737

(11) NJW 56, 1234

(12) HELDRICH : NJW 67, 1737; NJW 56, 1234

(13) HELDRICH : NJW 67, 1737

(14) NJW 56, 1234; NJW 69, 1150; NJW 67, 1372 NJW 74, 561; NJW 70, 747; NJW 73, 470; NJW 73, 1083

zarar verici olay meydana gelmeseydi, mamelek ne durumda olacak idiye, bunun, zarar meydana geldikten sonraki mamelekin durumu ile arasındaki fark, mamelekî zarardır (16). Ekonomik hayatta para ile ölçülebilen bütün değerler, mamelekin bir cüz'ü olarak kabul edilirler (17). Meydana gelen zararın tazmini ise, mamelekin zarar verici olayın meydana gelmesinden önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki farkı kapatmaktadır. Zarar veren, zarar görenin mamelekinini, tazmini gerektiren olay meydana gelmeden önceki duruma getirmelidir.

Zararın tazmini talebinin cins ve kapsamının sınırları üzerinde, uzun zamandanberi tartışılmaktadır (18).

Yukarıdaki açıklamalarda, yıllık izin hakkının, yasalar açısından olmasa bile, ekonomik açıdan mamelekî bir değer olarak kabul edilebileceğini ve bugünkü Alman uygulamasının da bu yönde geliştiğini belirlemeye çalışmıştık (19).

Yıllık izin, özellikle ekonomik açıdan, görülmüş olan hizmetin bir ivazı niteliğindedir ve bu ilkeye göre de izin günleri, objektif ölçülerle saptanan mamelekî bir değerdir. Alman mahkemeleri de kararlarını esas olarak, izin günlerinden faydalanma olanağının kaybına dayandırdıklarından ortada mamelekî bir zararın varlığının kabulü ve uğranıldığı ileri sürülen bu zararın tazmini talebinin geçerliliği mantıkidir (20).

Alman hukuku yönünden bugün için geçerli olan görüşe göre de (21), yıllık iznin mamelekî bir değer arzetmesi, sözü edilen izin günlerinin engellenmesi ve plânlandığı gibi kullanılamaması halinde

-
- (15) PALAND : BGB, bearbeitet von Danckelmann, Degenhart, Heinrichs, Keidel, Lauterbach, Putzo, Thomas, 30. Aufl., München 1971, Vorbem. V. § 249, 1, 2, Sh. 203
- (16) BGH 27, 183; 40, 347; 43, 381; 45, 218; NJW 70, 1411
- (17) SOERGEL - SCHMIDT : BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl., Bd. I, Stuttgart 1970, § 249 - §253, Anm. 85; LARENZ : Vers : R. 63, 312
- (18) MAMMEY : NJW 69, 1151; LARENZ : Schuldrecht All. Teil, 8. Aufl., 1967, § 14 b, Sh. 155 - yenisine bkz.
- (19) PALAND : § 249, 2, b, dd, Sh. 204
- (20) MAMMEY : NJW 69, 1152
- (21) Aksi görüşteki bazı yazarlar, serbest zamanın sadece kaybının mamelekî bir zarar oluşturamayacağını, bu yöndeki bir tazminat talebine ancak iş gücünün kullanılabilmesi olanağının bir gerekçe olarak kabul edilebileceği kanısındadırlar. bkz., Celle DAR 64, 191; Bag, NJW 68, 221

ortaya mamelekî zir zarar çıkaracaktır (22). İzin günlerinin kaybı mamelekî bir zarar olarak kabul edildiğine göre, acaba bu zararın hesaplanmasında hangi ölçüler gözönünde tutulacaktır? Ve yine, acaba zararın tazmini yönünden BK. muzun hangi maddelerine dayanılacaktır?

Şimdi bu iki soruyu inceleyelim :

● 1) Bu sorulardan ilki yönünden, önümüzde büyük bir problem yoktur. Geçerli olan fikre göre kaybedilmiş izin günlerinden dolayı ortaya çıkan zarar miktarının hesabında, zarara uğrayanın, kendisine ilâve ücretsiz izin alması halinde yapacağı masraflar ve yoksun kalacağı ücret miktarı gözönünde tutulmalıdır. Fakat MAMMEY'in fikrinde (23) bu tür bir hesap tarzına gidilmesi pratik değildir. Çünkü bir çok durumda, zarar gören için ilâve ücretsiz izin alınması hiç bir şekilde mümkün olmayabilir. Eğer zarar gören, ücretsiz izin alabilirse, bu takdirde, kendisinin - rakamla belirli - açık bir zararı söz konusudur. Yani ilâve izin günlerinden dolayı kaçırılmış iş ücreti söz konusudur. «İş gücü - izin - iş» kavramları arasındaki bu sıkı ilişkiden dolayı, genel olarak günlük iş kazancının, bu tür zararın hesaplanmasında gözönünde tutulması gereklidir (24). Çünkü zarara uğrayan, söz konusu olan bu kazancı, yararsız, boşa geçirilen tatil zamanına eş zaman zarfında elde edebilecekti. Bu iş kazancı, zarara uğrayan yönünden, tıpkı onun ücretsiz izin yapmış olması durumunda elinden kaçıracağı iş kazancı ile eş değerdedir (25).

● 2) İkinci soru yönünden ise, önümüze bazı problemler çıkmaktadır. Acaba ileri sürülen tazminat talebine dayanak olarak hangi maddeler söz konusu olacaktır?

Herşeyden önce şunu belirtmekte yarar vardır. «İzin günlerinin kaybı» (Verlorene Urlaubstage), aslında gerçek bir doğrudan doğruya zarardan daha başka bir nitelik göstermektedir (26). Bu nedenle

(22) NJW 67, 1373; Brem, Vers. R. 69, 929; NJW 70, 474; Heldrich tarafından genişletilerek ileri sürülen sigortacının, örneğin kamyonu sigorta edenin, ileride kaza dolayısıyla engellenmiş boş zaman zevkini dahi tazmin edeceği yollu sonuçlar, kaçırılmış tatilin değerinin ister istemez mamelekî bir zarar olduğunu ortaya çıkarır. bkz., NJW 67, 1737

(23) NJW 69,1153

(24) MAMMEY : NJW 69, 1153; NJW 70, 474

(25) NJW 70, 474

(26) MAMMEY : NJW 69, 1151

zarar verenin, yani izin günlerinin kaybına sebep olanın, bu zararı tazmin yükümlülüğü, dogmatik hukukta belirlenmiş ve sınırlanmış olan zararın cins ve kapsamından tamamiyle bağımsızdır.

Ekonomik açıdan ise, yıllık izin hakkı, mamelekî bir değer olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu hakkın engellenmesi veya istenildiği şekilde kullanılamaması, mamalekî bir zarar meydana getirmektedir (27). Frankfurt yüksek mahkemesi ise bir kararında (28) daha değişik bir yol izlemiş ve § 253 BGB'yi genişleterek sözleşmenin ihlâli durumuna da uygulamıştır (29). Kanunda belirtilen durumlarda para olarak istenen ve mamelekî bir nitelik arzermeyen zararlar yönünden söz konusu olan § 253 BGB, izin günlerinin kaybının, mamelekî bir zarar olarak kabul edildiği durumlarda kesinlikle uygulanamaz (30). B u gibi durumlarda zarar gören gayrimaddi değil, maddi bir zarara uğramıştır (31). MAMMEY'e göre (32), eğer tatil genellikle kabul edildiği gibi, iş gücünün ve sıhhatin tekrar elde edilmesine hizmet ediyorsa, bu takdirde kaybedilen izin günlerinden doğacak tazminat yükümlülüğü sorunu dayanağını kişiye yönelmiş haksız fiil kavramında bulabilir (BGB § 842); TBK. Md. 46) (33). Dolayısıyla, kişiye yönelmiş bir haksız fiilden doğan zararın tazmini yükümlülüğü, sonuç olarak, zarar görenin kazanç veya kaybına neden olan fiilden doğan zararlara da şâmil olur. Çalışan insanların hakkı olan izin günlerinin kaybı ise, kendini, izine hak kazanmış olanın kazancının bir zararı olarak gösterir (34).

Fakat üzerinde durduğumuz bu sorun yönünden, kişiye yönelmiş haksız fiil kavramına dayanmak ve kanunda hükme bağlanmış bulunla ilgili kuralın (TBK. Md. 46, BGB § 842) uygulamasını kabul etmek, bir takım problemleri de peşinden getirmektedir.

(27) HELDRICH : NJW 67, 1738

(28) GLG Frankfurt : NJW 69, 1150

(29) § 253'ün kenar başlığı manevi zarar, manevi tazminattır. Madde ise şöyledir : Mamelekî zarar niteliği taşımayan bir zarardan dolayı, tazminat ancak kanunda belirtilen durumlarda istenebilir.

(30) MAMMEY : NJW 69, 1152

(31) NJW 70, 474; NJW 56, 1234

(32) NJW 69, 1152

(33) § 842 BGB'nin kenar başlığı «Tazminat yükümlülüğünün kapsamı» adını taşımaktadır. İlgili madde ise «kişiye yönelmiş haksız fiillerden doğacak tazminat yükümlülüğünü» hükme bağlamaktadır.

(34) MAMMEY : NJW 69, 1152

Eğer sorumluluğu doğuran olay - haksız fiiller sınırı içerisinde - kişisel zarar doğurmuş ise, BK. Md. 46 (BGB § 842) nın uygulanmasında bir sakınca yoktur. Kaçırılmış, gerçekten mahrum kalınmış izin günlerinin tazminini haklı kılabilir. Fakat buna karşılık, sorumluluğu doğuran olay ile sadece maddî zarar meydana gelmişse, durum ne olacaktır? Bu takdirde BK. Md. 46 (BGB § 842) yı uygulamak çok güçtür. Çünkü adı geçen madde «kişiye yönelmiş haksız fiil» kuralını koymaktadır. MAMMEY'in fikrince ise, bu şekilde bir ayırımı gitmek (35), yani sadece maddi zarar mı var? yoksa cismani zarar da var mı? ayırımına gitmek âdil bir sonuç ortaya çıkaramaz. Yazara göre şu şekilde bir çözüm yoluna gitmek mümkündür : Bu gibi durumlarda yani «bir şeye, örneğin bir arabaya verilmiş zarar (36) şu sonuçları kendinde toplar : Zarar gören bundan dolayı izninin tamamını veya bir kısmını kaybetmiş ise, bu takdirde, o, zarar verenin sorumlu olduğu fiilin, geniş anlamda kendi cismanî bütünlüğüne yönelmiş bir davranış olduğunu isbat edecektir ki, kanda ifadesini bulan kişiye yönelmiş haksız fiil kuralı BK. Md. 46, BGB § 842 uygulanabilsin (37). Dolayısıyla kişiye yönelmiş haksız fiil kuralı (BK. Md. 46, BGB §842) hukuki niteliği gözönünde tutularak, bu gibi durumlarda, yani iznin engellenmesi durumlarında uygulanabilme kaabiliyetinin olması gerekir (38).

(35) MAMMEY : NJW 69, 1153

(36) bkz., en baştaki örnek

(37) Uygulamada § 842 BGB'nin isim, şeref, kadınlara tecavüz edilmesi halinde tatbik edilebileceği kabul edilmiştir. - MAMMEY : NJW 69, 1153

(38) HAMMEY : NJW 69, 1153

ANONİM ORTAKALIKLARDA PAY SENEDİNİN
SAHİBİNE SAĞLADIĞI HAKLAR (*)

(II)

Nail SUCU (**)

B) YÖNETSEL HAKLAR

1. Yönetim hakkı : Anonim ortaklıkların yönetimi, yönetim kurullarınca yerine getirilir (TTK. m. 317). Paydaşın yönetimde etkinliği yönetim kurulu üyelerinin seçim ve azlinde genel kurullarda kullanacağı oylarla veya azınlık ve bireysel hakların kullanılmasıyla gerçekleşebilir.

2. Temsil yetkisi : Ortaklığın temsil yetkisi de yönetim kurulu-
luna ait olup (TTK. m. 317) yukarıda belirtildiği gibi paydaş yöneti-
ciler için kullanacağı oylarla dolaylı biçimde etkili olabilecektir.

Yargıtay'da «şirketi idare ve temsil edecek organlar; genel kurul, yönetim kurulu ve denetçilerden ibarettir..... anonim şirket hissedarları, yönetim kurulu başkan ve müdürünü denetçiye şikâyet etmek..... hakkına sahip iseler de iç ve dış münasebetlerinde şirketi temsil yetkisini haiz değildirler. Bu nedenle şirket hakkındaki kararı (iflas kararı) temyiz yetkileri de yoktur» (30) diye verdiği hükümle paydaşın ortaklığı içte ve dışta temsil edemeyeceğini belirtmiştir.

3. Denetim hakkı : Bu hak da aslında denetleme organına ait olmakla birlikte paydaş özel ve genel denetçi seçiminde ve azlinde oy kullanmak (TTK. m. 347, 348, 350) genel kurul kararları aleyhinde iptal davası açmak (TTK. m. 381), özel izinle ortaklık defterlerini incelemek (TTK. m. 363), kâr zarar hesabı, bilânço ve yönetim kurulu ve denetçi raporlarını toplantıdan önce (TTK. m. 362) inceleyip bilgi edinerek bilinçli oy kullanmak, sorumlular hakkında dava açmak suretiyle dolaylı biçimde denetlemiştir olur.

(*) Cilt : 6, Sayı : 3, Temmuz - 1980'den devam.

(**) Yargıtay Tetkik Hâkimi - Özetleme ve Tasnif Kurulu Üyesi.

(30) İDD, 2.7.1968, E. 3615 K. 6990, 3 Res. Kar. Der. 123 Ansay, agm, s. 126

4. Genel kurul toplantısına katılma hakkı : Toplantılara katılma hakkı doğal olarak görüşmelere katılma, söz söyleme, sual sorma önerge verme ve oy kullanma hakkını kapsar. Her pay en az bir oy hakkı verdiği için, 7129 s. Bankalar K. m. 14 ayrık olmak üzere ana sözleşmeye, kurula katılmak için belli tutarda pay senedine sahip olmak veya belli bir süre senet sahibi olmak koşulu konamaz.

Ticaret Yasası bu hakkı oy kullanma hakkıyla birlikte düzenlemiş olmakla bu kurallar toplantıya katılma hakkında da uygulanacak demektir.

Paydaş genel kurula katılma hakkını kendisi veya temsilci aracılığıyla kullanabilir. Ortaklık pay defterinde ismi kayıtlı pay sahibi, kimliğini kanıtlayarak toplantıya katılır. Hamiline yazı pay senetlerinde ise senetlerin toplantıdan bir hafta önce ortaklığa verilmesi gereklidir (TTK. m. 360/3). Üzerinde rehin hakkı bulunan senetlerde toplantıya katılma hakkı senet sahibine, intifa hakkı bulunan senetlerde ise katılma ve oy hakkı intifa sahibine aittir. İştirak ve müşterek mülkiyete konu senetlerde, onların iştirak halindeki veya müşterek sahipleri bu haklarını seçecekleri temsilci aracılığıyla kullanırlar (TTK. m. 373/2, 400/1).

5 — Oy hakkı : Ticaret Yasası'nın 385. maddesinde, paydaşın oy hakkı onun ortaklık yönetimini etkileyebilmekteki önemi nedeniyle kazanılmış hak olarak belirtilmiştir.

Pay sahibine tanınan bu haktan vazgeçilemez, sınırlandırılmaz ve kullanılmasının koşullandırılması veya zorlaştırılması ana sözleşme ile de geçerlik kazanamaz.

Ticaret Yasası'nın 373. maddesi uyarınca pay senedi en az bir oy hakkı verir. Bundan da anlaşılmalıdır ki, oy hakkı pay sahibine değil senede bağlanmıştır. O halde oy hakkı olmayan senet düşünülemez. Yasaca ortağın sahip olacağı oy tutarı sınırlandırılmadığından, paydaş edildiği pay senedi sayısınca oy hakkına sahiptir. Ancak her pay senedi en az bir oy hakkı verdiği göre fazla oy hakkı veren imtiyazlı senetler çıkarılabilir.

a. Oy hakkının kullanılması : Her pay senedi en az bir oy hakkı verdiği göre doğal olarak bu hakkın kullanılması da pay sahibine aittir ve TTK. m. 360/2'de de bu doğal sonuç (..... pay sahibi umumi heyet toplantısında bu hakkını bizzat kullanabileceği

gibi.....) diye tekrarlanmıştır. Yine doğaldır ki, medeni hakları kullanma ehliyeti olmayan ya da kısıtlı olanlar yasaca yetkili kılınan kimseler aracılığıyla kullanırlar.

Oy hakkı yukarıda anılan hükümde de açıkca belirtildiği gibi temsil yoluyla kullanılabilir. Nama yazılı pay senetlerinde bu temsil yetkisi yazılı olmalıdır (TTK. m. 360/3). Hamile pay senetlerinde senedin zilyedi olduğunu kanıtlayan kimse oy hakkını kullanma yetkisine sahiptir (TTK. m. 360/3). Rehin veya tevdi edilmiş yahut ariyet olarak bir kimseye bırakılmış hamiline yazılı pay senetlerinde oy hakkı senet sahibinindir ancak temsil yetkisi ayrı bir senede yazılmışsa temsile yetkili zilyet senet sahibi yerine ve onun yararına oy hakkını kullanabilir (TTK. m. 360/3).

Pay üzerinde intifa hakkı kurulmuşsa oy kullanma hakkı intifa sahibine aittir. Ne var ki, senet sahibinin yararları gözönünde tutulmalıdır (TTK. m. 360/4).

Birden çok kimseler pay senedine sahipse oylarını seçecekleri temsilci aracılığıyla kullanmalıdırlar (TTK. m. 373/2, 400/1).

b. Oy hakkının iradi sınırlanması : Pay sahibi oyunu dilediği yönde kullanabilir.

Oy hakkı, sahibinin yapacağı sözleşmelerde iradi olarak sınırlandırabilir.

Moroğlu'na göre, oy sözleşmeleri genelde, buyurucu hükümlere, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı ve geçersiz sayılamaz, ancak özeldir, buyurucu kurallara, kamu düzenine, ahlâka veya kişilik haklarına aykırılık ya da olanaksızlık nedeniyle geçersiz olabilirler. Bu sözleşmelerin geçerliği ana sözleşmede hüküm bulunmasına bağlı değildir ve ana sözleşme ile önlenemeyeceği gibi ortaklığın onayına da bağlanamaz ve oy kullanımına ilişkin yüklenimler ana sözleşmede yer alamaz. Yazar oy sözleşmelerini :

●● 1. Tarafların yükümlülükleri yönünden :

- a. Bir taraflı oy sözleşmeleri,
- b. Karşılıklı (iki taraflı) oy sözleşmeleri,
- c. Konsorsiyumlar.

- 2. Sözleşme taraflarının sıfatları yönünden :
 - a. Pay sahipleri arasında yapılan oy sözleşmeleri,
 - b. Pay sahipleriyle üçüncü kişiler arasında yapılan oy sözleşmeleri.
 - c. Pay sahipleriyle ortaklık ya da yönetim kurulu veya yavru ortaklı arasında yapılan oy sözleşmeleri.
- 3. Oy sözleşmelerinin yalın olup olmamaları yönünden :
 - a. Yalın oy sözleşmeleri,
 - b. Karmaşık ya da bağlantılı oy sözleşmeleri.
- 4. Oy kullanma yükleniminin bir defalık veya sürekli olması yönünden :
 - a. Sürekli olmayan (bir defalık) oy sözleşmeleri,
 - b. Sürekli oy sözleşmeleri diye gruplara ayırır (31).

Arsılanlı, paydaşın birden çok payı varsa bunların şahsileştığını, o nedenle her oyun aynı yönde olması gerektiğini aksi halde bir icaba hem hayır hem evet gibi bir durum ortaya çıkacağını öne sürer (32).

Teoman ise, dernek ve kooperatifler gibi kişi birliklerinin aksine oyun pay sahibine değil paya bağlandığını, sermaye ortaklığı sayılan anonim ortaklığın nitelikleri de gözönüne alınarak paydaşa değişik yönde oy kullanma olanağının sağlanması gerektiğini, birden çok oya sahip paydaşın bunlardan bir kısmını belli yönde kullanmak üzere anlaşma yapabileceğini ve bunda onun yararının da olabileceğini, diğer yandan senet üzerinde intifa hakkına sahip kimsenin aynı zamanda paydaş olması halinde kendi oyunu dilediği gibi kullanacakken intifa haklı pay senedine ait oyu senet sahibinin yararına kullanmak zorunda olduğunu savunur (33). Ne var ki, paydaş intifa hakkı sahibi olarak da oy kullandığında değişik sıfatla ve aynı zamanda TTK. m. 360/4 uyarınca zorunlu olarak senet sahibinin yararına kullanmaktadır.

(31) Moroğlu, age. s. 37-40-48

(32) Arslanlı, age. C. II, s. 47, 48

(33) Teoman, agm. s. 4

Tekinalp, birden fazla oy sahibinin aynı zamanda olumlu ve olumsuz oy vermesine, kimseye zarar vermemesi ve haklı bir amacı olması halinde örneğin pay sahibinin bir kısım oylar için sözleşme yapması ya da tüzel kişinin çeşitli nedenlerle oylarını çeşitli temsilcilere temsil ettirmesi halinde olanak tanınması görüşündedir (34).

Biz de oy sözleşmelerinin geçerli kabul edildiğinde bu sonucu da kabul etmenin gerektiği kanısındayız.

c. Oy hakkından yoksunluk : Her pay en az bir oy hakkı verirse de bazı hallerde bu hakkın kullanılması yasaklanmıştır. TTK. m. 374 uyarınca paydaşlar kendisi veya karı ve kacası, alt soy ve üst soyu ile ortaklık arasındaki kişisel bir işe veya davaya ilişkin görüşmelerde oy veremez. Yine aynı hüküm uyarınca ortaklık işlerinin görülmesine herhangi biçimde katılmış olanlar yönetim kurulu üyelerinin ibrası görüşmelerinde oy kullanamazlar.

Ortaklık, kendi pay senetlerini devraldığında bu senetler için oy kullanamaz (TTK. m. 329).

6 — Bilgi alma hakkı : Paydaşın ortaklık yönetiminde etkin olabilmesi, temel haklarından olan oy hakkını bilinçli olarak kullanabilmesi, sorumlular hakkında dava açabilmesi bir yerde, ortaklık hakkında sahip olacağı bilgi ile sınırlı olacaktır. Kamuyu aydınlatma ilkesinin benimsenmesi yolunun seçildiği bu dönemlerde paydaşın ortak olduğu kuruluş hakkında başkalarından daha çok bilgi sahibi olması onun en doğal hakkı sayılmalıdır. Bu nedenle de bilgi alma hakkı ortaklığın iş ve işlemlerini diğer işletmelerle ilişkilerini kapsamalıdır (35).

Ne var ki, bu hakkın kullanılmasında paydaşın yararlarıyla ortaklığın yararları bazı hallerde çatışabilir. Bu çatışmada ortaklığın yararlarının seçilmesi nedeniyle ortağın bilgi alma hakkı nisbî kazanılmış hak olarak nitelendirilmektedir.

Ancak bu seçim de yapılırken Tekinalp'in de belirttiği gibi gerçekten ortaklığın mı yoksa bir kısım pay sahiplerinin mi yararının korunduğu Medeni Yasanın 2. maddesinde anlamını bulan dürüstlük kuralları içinde özenle araştırılmalıdır (36).

(34) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age, C. I, s. 477

(35) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age, C. I, s. 479

(36) TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), age, C. I, s. 480

Ortaklık yararının yönetim kurulunca kanıtlanması gerekir. Paydaşın yasayla tanınmış olan bu bilgi alma hakkı kaldırılamayacağı gibi sınırlandırılmaz. Doğal olarak daha genişletilmesine yasaca engel yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi bilgi alma hakkı, paydaşın ortaklıktan doğan bağımsız bir hakkıdır (37).

Paydaşın edinebileceği bilgileri iki ayrı grupta toplayabiliriz. Birinci grup bilgiler yasaca sayılmış olup, edinilmesi herhangi bir organın iznine bağlı olmayanlardır : Ortaklık yönetim kurulu tarafından düzenlenen bilanço (TTK. m. 325) yıllık raporu, kâr dağıtımına ilişkin öneriyi (TTK. m. 327) kâr ve zarar hesabını, denetçilerce hazırlanacak raporu (TTK. m. 362), ana sözleşmenin olanaklı kıldığı belgeleri paydaş izne gerek olmadan inceleyebilir, şüpheli gördükleri konularda denetçilerden gerekli açıklamayı isteyebilir (TTK. m. 363/1).

İkinci grubu ise paydaşın izinle elde edebileceği bilgiler oluşturur. Paydaş ortaklığın ticari defterlerini ve yazışmalarını genel kurul veya yönetim kurulunun izni ile inceleyebilir (TTK. m. 363). Bu halde de organın yetkisi MK. m. 2 ile sınırlı olmalıdır. Ancak ortak bu yolda öğrendiği, ortaklığa ait ticari sırları bu sıfatını kaybettiğinden sonra da saklamak zorundadır (TTK. m. 363).

7 — ÇIKARLARIN KORUNMASINA VE YARARLARIN SAVUNULMASINA İLİŞKİN HAKLAR

A — BİREYSEL HAKLAR : Hakların kullanılış biçimine göre yapılan sınıflandırmada belirttiğimiz bireysel haklar genel anlamda paydaşın b sıfatla sahip olduğu ve tek başına kullanabildiği haklardır. Anılan bu haklardan burada yalnızca iptal davası açma hakkı, Yönetim kurulu üyeleri ve denetçilere karşı dava açma hakkı ve denetçilere başvurma hakkına değinilecektir.

a — İPTAL DAVASI AÇMA HAKKI

aa — Genel olarak : Paydaşa ortaklığa karşı çıkarlarını koruma olanağı veren hakların en önemlilerinden biri de genel kurul kararlarının iptalini isteyebilme hakkıdır.

İptal davasının açılabilmesinin ilk koşulu, iptali istenebilecek bir genel kurul kararının varlığıdır. O halde ortada biçimsel olarak da olsa bir karar yoksa bunun iptali istenemez, ancak kararın yokluğunun saptanması istenebilir. Örneğin toplantı ve karar yeter sayıları hiç olmadan ortaya çıkan bir genel kurul kararının varlığından söz edilemez.

Öğretide azınlık kararlarının da iptalinin istenebileceği ileri sürülmüşse de (38) yasanın 381. maddesinde açıkça genel kurul kararından söz edilmiş olmasını ve azınlık haklarının verilmiş amacını gözönüne alarak bu görüşe katılamıyoruz.

bb — İptal nedenleri : Ticaret Yasasının 381. maddesi uyarınca yasaya ana sözleşmeye ve nesnel iyiniyet kurallarına aykırı genel kurul kararlarının iptali ortaklarca istenebilir :

1 — Yasaya aykırılık : Burada üzerinde önemle durulacak nokta maddenin, yasanın tüm kurallarını kapsayıp kapsamadığı, kurallar arasında bir ayırım yapmanın gerekip gerekmediğidir. Çünkü böyle bir ayırımın uygulamada bazı sonuçları olacak, yokluk ve butlan herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceği ve mahkeme doğrudan doğruya gözönüne alınacağı halde feshedilebilirlik belli süre içinde belli kişilerce iptal davası biçiminde öne sürülebilecektir.

Hırş, Borçlar Yasasının, yasaya aykırılığı hükme bağlayan 19 ve 20. maddelerinin Ticaret Yasasının 381. maddesi ile değişikliğe uğradığını, yasaya aykırı kararların doğrudan doğruya batıl olmadığını, iptalinin istenebileceğini, hâkimin hükmüne kadar batıl olan evlenmenin, hukuksal sonuç doğurması gibi yasaya aykırı genel kurul kararının da aynı işleme bağlanması gerektiğini ileri sürmektedir (39).

İkinci görüşte ise yasaya aykırılık ikiye ayrılarak anonim ortaklıklardaki yarar durumu nedeniyle yasaya aykırılığın bazı hallerde iptale yol açacağı öne sürülmektedir.

Nitekim İmregün, TTK. m. 381'de yasaya aykırı tüm genel kurul kararlarının iptal davası ile yaptırıma bağlanmasının ve BK. m.

(38) Moroğlu, age. s. 12-13 dn. 31

(39) Hırş, age. s. 298

19,2 O'de öngörülen mutlak butlan yaptırımından ayrılmanın yerinde olmadığına değinerek yasa değişikliği ile genel kurul kararlarının «batıl» ve »iptal edilebilir» kararlar olmak üzere ikiye ayrılması gerektiğini, bu sağlanıncaya kadar kamu düzenine, ahlâk ve adaba, anonim ortaklıkların bünye ve niteliklerine uymayan kararların butlanı gerektiği görüşündedir (40).

Domaniç, bir kısım yasa hükümlerine uymamanın iptale değil genel kurulu toplantıya çağıran kimselerle, ilgili görülebilecek diğer kimselerin sorumluluğuna yol açacağına, diğer bir kısım hükümlere uymamanın ise genel kurul kararlarının hükümsüz sayılmasını gerektireceğine, bu iki grup arasında yer alan buyurucu kurallara uyulmadığında da iptal davası açılabileceğine işaretlerle uyulmadığında sadece sorumluluğa yol açıp kararın hükümsüzlüğünü gerektirmeyen yasa hükümlerinin emredici ve yorumlayıcı olmasına karşı uyulmadığında hükümsüzlüğü gerektiren kuralların tümünün buyurucu nitelikte olduğunu, ne var ki, her buyurucu kurala uymamanın da hükümsüzlüğü doğurmayacağını, iptale yol açabileceğini belirtir (41).

Poroy, sistemimizin eksik düzenleme ile genel kurul kararlarının sadece iptal edilebileceği halleri ele aldığını, yokluk ve butlan hallerinin genel hükümlere bıraktığını, TTK. m. 381'deki yasaya aykırılığın yokluk ve butlan halleri dışındaki hükümlere aykırılık olduğunu öne sürer (42).

Moroğlu, Ticaret Yasasının, genel kurul kararlarının feshedilebilirliğinin yanında butlanı ayrıca düzenlemediğini ancak, MK. m. 5 ve TTK. m. 1 aracılığıyla BK. m. 19 - 20'nin ticaret hukuku alanına giren hukuksal işlemlere ve bir hukuksal işlem olan genel kurul kararlarına da uygulanacağına, TTK. m. 381'de kural olarak feshedilebilirliğin benimsendiğine işaretlerle öğretide olduğu gibi, buyurucu hükümlerin doğrudan doğruya kamu yararına ilişkin ve kişilerin iradesini gözönüne almadan bir davranışı buyuran mutlak buyurucu hükümler ve doğrudan doğruya kamusal değil özel çıkarları koruyan nisbî buyurucu kurallar olarak ikiye ayrıldığını ve mutlak buyurucu kurallara aykırı kararların yok veya batıl olduğunu, nisbî buyurucu kurallara aykırılığın yaptırımının ise kararın feshi olduğunu ileri sürer ve TTK. m. 381'deki yasaya aykırılığın yalnız ticaret hukuku kurallarına değil, özel ve kamu hukuku ve örf ve âdet

(40) İmregün, age. s. 125

(41) Domaniç, age. s. 641 - 642

(42) POROY/(Tekinalp/Çamoğlu), age. s. 377 - 383

(43) Moroğlu, age. s. 18 - 20, 42, III

kurallarına, genel hukuk ilkelerine aykırılığı da kapsadığını belirtir (43).

Von Steiger'e göre, buyurucu kurallara, kamu düzenine, ahlâk ve adaba aykırı kararlar mutlak butlanla batıldır (44).

Yargıtay II. Hukuk Dairesinin de «kararın oluşması için yasanın öngördüğü öge ve koşulların hiçbiri olmadığında o kararın yok sayılacağını, karar içeriği ve esasa ilişkin ögeleri yönünden BK. m. 19 ve 20'de yazılı olduğu gibi kamu düzenine, yasanın kat'i biçimde buyurduğu hukuk kurallarına veya adaba ve ahlâka aykırı ya da konusu olanaksızsa mutlak butlanla sakat olduğunu, bu tür kararların başlangıçtan beri hükümsüz olmaları nedeniyle sonradan geçerlik kazanamayacaklarını, butlanla ilgisi olan herkesin bunların batıl olduğunun saptanmasını, TTK. m. 381'deki öngörülen dava açma koşullarına ve hak düşürücü süreye bağlı kalmaksızın isteyebileceğini, karar içeriğiyle yasanın buyurucu değil yorumlayıcı kurallarına aykırı ya da yasada yazılı biçim koşulu eksik olarak yerine getirilmişse onun iptal edilebileceğini, TTK. m. 381'deki «kanuna aykırı umumi heyet kararından» bu tür kararların amaçlandığını, yokluk ya da mutlak butlanla sakat olan kararların bu madde kapsamına girmediğini» belirttiği 6/7/1978 tarihli kararıyla anonim ortaklığın mahiyetiyle ilgili buyurucu kurallara aykırılık halinde yokluk yaptırımını uygulama yolunu seçtiği gözlenmektedir (45).

Bizde anonim ortaklığın ekonomik hayattaki rolünü, toplumsal yararlarının yanında zararlarını da birlikte getirmesini, Medeni Yasa ile Ticaret Yasası arasındaki tamamlayıcılık niteliğini gözönüne alarak son görüşe katılıyoruz.

2 — Ana sözleşmeye aykırılık : Tarafların yasa diyebileceğimiz ana sözleşme hükümlerine aykırılık da kararın iptali için bir nedendir. Burada zedelenen tarafların yararı olup kamu düzenini doğrudan doğruya etkilemediğinden sözleşmeye aykırılık yalın bir iptal nedeni olarak ortaya çıkmaktadır.

3 — Nesnel iyiniyet kurallarına aykırılık : Bundan amaç Medeni Yasanın 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarıdır. Bu halde karar yasa ve sözleşme hükümlerine uygun olsa bile nesnel iyiniyet kurallarına aykırı ise iptal olanağı var demektir.

İmregün «afaki iyiniyet esaslarına aykırılığın yetmediği, pay-

(44) Von Steiger, age. s. 238

(45) II. HD. 6.7.1978, E. 1978/3158, K. 1978/3661, D. Arşivi

daşların bu sifattan doğan haklarını açık bir biçimde zararlandırması gerektiği» görüşündedir (46).

Moroğlu'na göre, TTK. m. 381'deki amaçlanan MK. nun 2/2 maddede ve fıkrasının genel kurul kararları yönünden anlamı, çoğunluğu oluşturan pay sahiplerince alınan ve konusu, saik ve maksadı açısından genel niteliğiyle azınlığın, çoğunluğun bencil çıkarları veya sadece kasdı uğruna açıkça zararlandırılması niteliğini taşıyan kararların feshedilebileceğidir (47).

Yargıtay, sırf bazı pay sahiplerini zarara sokma amacının (48), bir evvelki yıl kâr edildiği halde kâr dağıtılmamışken, olağan dışı zarar halinde kâr dağıtılması yoluna gidilmesinin (49) nesnel iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, gündemde bulunmayan bir husus hakkında verilen genel kurul kararının iptal edilebileceği (50), esas sermayeyi aşan değer fazlası olmadan kâr dağıtılması kararının sermayenin geri verilmesi niteliğinde olmakla iptali gerektiği (51), ana sözleşmede çıkarma hakkında hüküm yoksa paydaşın ortaklıktan çıkarılmasının iptal edilebilir kararlardan olduğu (52), TTK. m. 381'de daha çok ortakların yararlarını koruyan hukuk kurallarının ihlâlinin söz konusu olduğunu, karar yorumlayıcı kurallara aykırı ise ya da yasada yazılı biçim koşulları eksik olarak yerine getirilmişse iptal edilebilir kararlardan olup bütün pay sahiplerinin katılımı ve hiç birinin itirazda bulunmaması koşuluyla çağrıya ilişkin merasime uyulmadan toplanabileceği görüşündedir (53).

Fransız Temyiz Mahkemesi de, genel kurul çoğunluğunun, karşı çıkanların yararlarına aykırı kararını, ancak onların zararı istenmiş olmak koşuluyla hakkın kötüye kullanılması olarak kabul eder (54).

(46) İmregiın, age. s. 120. Von Steiger, age. s. 238

(47) Moroğlu, age. s. 115

(48) TD. 6.1.1966, E. 965/2583, K. 966/57, (Drl. Türk, H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 353

(49) TD. 3.4.1967, E. 965/1343, K. 967/1352, (Drl. Türk, H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 554

50) HGK. 15.3.1967, 9666/400, K. 967/154, Ank. Bar. Der. 505 (967)

(51) TD. 3.4.1967, E. 965/1343, K. 967/1352 (Drl. Türk, H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 55

(52) TD. 16/1/1968, E. 966/4479, K. 968/243 (Drl. Türk, H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 72

(53) II. HD. 6.7.1978, E. 978/3158, K. 978/3661, D. arşivi

(54) Belgesay, agm. s. 555 - 557

Ticaret Yasası 381. maddesi ile paydaşa genel kurul kararının iptalini isteyebilme hakkını tanımıştır. Bu nedenle oy hakkında yoksun paydaş da iptal davası açabilir (55).

Yargıtay'ın da «genel kurul toplantısına katılan pay sahibinin iptal davası açabilmesinin, karara muhafefini tutanağa geçirtmesine bağlı olduğuna, kendisinin oy hakkında yoksun bulunmasının durumu değiştirmeyeceğine» ilişkin kararından aynı görüşte olduğu gözlenmektedir (56). Ancak dava açacak kişinin gerek karar ve gerekse dava açıldığı tarihte paydaş sıfatını taşıması gerekir. Hukuksal yararının varlığını kanıtlamak zorunda değilse de dava açması hakkın kötüye kullanılması anlamını taşımamalıdır (57).

Yasa hükmüne göre iptal davası açabilme olanağı yönünden pay sahipleri üç gruba ayrılır :

● 1. Toplantıda hazır bulunan pay sahipleri : Bunların dava açabilmesi için karara, karşı oy vermeleri ve durumu tutanağa geçirtmiş olmaları veya haksız yere oylarını kullanmalarına engel olunmalıdır. Maddede karşı oydan bahsedildiğine göre çekimser oy kullananlar bundan yoksun kalacaklardır. Ancak oy bir irade açıklaması olduğuna göre, iradeyi bozucu hallerin varlığında karşı oy kullanmayanlar da bu oylarını genel hükümlere göre iptal ettirmek koşuluyla dava açma hakkına sahip olmalıdırlar (58). Doğal olarak çekimser oy kullananlardan muhalefeti tutanağa geçirtme zorunluğu aranamaz. Çünkü o anda olumlu ya da olumsuz oy verme yönünde irade oluşmamıştır.

Domaniç, toplantıya katılanların, çağrı yöntemine uyulmadığı ve gündemin gereği gibi duyurulmadığı nedenine dayanarak dava açabilmeleri için, bunların toplantıda ileri sürülmesi ve tutanağa geçirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürer (59).

Poroy, gündemin gereği gibi duyurulmadığını ya da bildirilmediğini öne süren pay sahibinin, toplantıya katılsın katılmasın, mu-

(55) Moroğlu, age. s. 120

(56) TD. 3.6.1967, E. 965/2410, K. 967/2379 (DrI. Türk. H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 553

(57) Von Steiger, age. s.238

(58) İmregün, age. s. 135, Moroğlu, age. s. 122

(59) Domaniç, age. s. 647

halefet şerhini tutanağa geçirtmeksizin iptal davası açabileceğini, haksız olarak toplantıya alınmayan ya da haksız olarak toplantıdan çıkarılan pay sahiplerinin, toplantıya katılmayanlar gibi aynı haklara sahip olmaları gerektiğini öne sürer (60).

● 2. Toplantıya katılmayan pay sahipleri : Ticaret Kanunu'nun 381. maddesinde, toplantıya çağrının usulünce yapılmadığını, gündemin gereği gibi duyurulup bildirilmediğini ileri sürerek paydaşın iptal davası açabileceği belirtilmiştir.

İmregün, toplantıya katılan paydaş zaten karşı oy kullanıp itirazını da tutanağa geçirterek iptal davası açma hakkına sahip olduğuna göre, maddede yukarıda sayılan hallerin, toplantıya katılmayan paydaş için olduğunun kabulü gerektiği görüşündedir (61).

● 3. Toplantıya katılma koşulu aranmaksızın tüm pay sahipleri : Toplantıya katılmaya yetkili olmayan kimsenin karara katılması halinde her paydaşın, kararın iptalini istemey hakkı vardır. İmregün, maddede toplantıya katılma yetkisinin olmaması belirtildiğine göre katılma hakkı olup da oy hakkından yoksun kimselerin karara katılması halinde bu maddenin uygulanamayacağını bu durumda TTK. m. 374'e aykırılık nedeniyle yasaya aykırı karar olarak iptalinin gerektiğini belirtir (62).

İptal davası ortaklığa karşı açılır.

● 4. Dava açma süresi : İptal davası, kararın alındığı tarihten başlayarak 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde açılmalıdır. Yargıtay da «İptal davasının, en geç karar ayın kaçıncı günü verilmişse üçüncü ayın buna karşılık olan günü açılması gerektiğini» hükme bağlamıştır (63).

Paydaş bu davayı açmak için bir teminat vermek zorunda değildir. Ancak ortaklığın istemi ile mahkemece uygun görülürse teminat istenebilir (TTK. m. 381/son).

(60) POROY (Tekinalp/Çamoğlu), age. C. I, s. 368

(61) İmregün, age. s. 135-136

(62) İmregün, age. s. 138

(63) TD. 3.6.1967, E. 965/2410, K. 967/2379 (Dr. Türk, H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 553

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.6.1978 ve 22.2.1979 günlü kararlarıyla «Mahkemece istenen teminat davacı paydaş tarafından yatırılmadığından davanın reddine» ilişkin ilk mahkeme kararını onamıştır (64).

Yine aynı daire 1.4.1978 günlü kararıyla «..toplantıda hazır bulunan ortağın karşı oy kullanması ve durumu tutanağa geçirtmesi gerektiğine» işaretle «paydaş tarafından açılan iptal davasının reddine» ilişkin mahkeme kararının «sonucu itibarıyla onanmasına» karar vermiştir (65). Anılan daire 27.2.1978 günlü kararıyla da üç aylık hak düşürücü süre sonunda açılan davanın reddine ilişkin kararı «hak düşürücü sürenin mahkemece doğrudan doğruya gözönüne alınacağı, bu süre geçtikten sonra hakkın özünün ortadan kalacağı» gerekçesiyle onamıştır (66).

İptal davasının açılması, kararın geçerliliğini etkilemez. Ancak mahkeme yönetim kurulu ve denetçilerin görüşünü aldıktan sonra yürütmenin geriye bırakılmasına karar verebilir (TTK. m. 382).

b — YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KARŞI DAVA AÇMA HAKKI : Paydaşın iptal davasından başka, yararlarını savunmasına ilişkin haklar arasında yönetim kurulu üyelerine karşı açabileceği dava hakkını da saymak gerekir. Nitekim TTK. m. 340'da, 336 ve 337. maddeler uyarınca yönetim kurulu üyelerine yükletilen sorumluluk hakkında 309. maddenin uygulanacağı öngörülmüş olmakla TTK. m. 336'da sayılan hallerde pay sahipleri zararı ve zararı doğuran kimseyi öğrendikleri tarihten başlayarak iki yıl içinde, eylem cezayı gerektiriyor ve ceza yasası uyarınca daha uzun zaman aşımına bağlı ise o zaman aşımı süresi içinde yönetim kurulu üyelerine karşı ödence davası açabilir. Ancak bu davada hükmolunacak ödençe ortaklığa verilir.

c — DENETÇİLERE KARŞI DAVA AÇMA HAKKI :

Denetçiler, yasa ve sözleşmelerin kendilerine yüklediği görev ve yetkilerini hiç veya gereği gibi yapmadıklarında doğan zarar nedeniyle kusurlu olmaları halinde paydaşlara karşı da dayanışmalı olarak sorumludurlar.

(64) 11. HD. 15.6.1978, E. 978/3210, K. 978/3231 ve 22.2.1979, E. 979/235, K. 979/854, D. arşiv.

(65) II. HD. 18.4.1978, E. 978/1956, K. 978/2051, D. arşiv

(66) II. HD. 27.2.1978, E. 978/732, K. 978/858, D arşiv

TTK. m. 359'da denetçilerin sorumluluğu hakkında 309. maddeye yollama yapılmış olmakla paydaş zararı ve sorumlusunu öğrendiği günden başlayarak iki yıl içinde, eylem cezaı gerektiriyor ve ceza yasası uyarınca daha uzun zamanaşımına bağlı ise o zamanaşım süresi içinde denetçilere karşı ödence davası açabilir.

Burada denetçiler için kusurun varlığı asıldır, sorumluluktan kurtulmak için kusursuz olduklarını kanıtlamak zorundadırlar.

Dava sonucu hükmolunacak ödence ortaklığa verilir.

d — DENETÇİLERE BAŞVURMA HAKKI : TTK. m. 356/I uyarınca her paydaşa ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ya da müdürleri hakkında denetçilere başvurma hakkı tanınmıştır. Bu başvuruları inceleme zorunda olan denetçiler şikâyet konusunun gerçekliği halinde durumu yıllık raporlarına yazarlar. Esas sermayenin onda birine sahip paydaş ya da paydaşların başvurusu haline ise olumlu azınlık hakları içinde değerlendirilmiştir.

B — AZINLIK - (AZLIK) HAKLARI

a — Genel olarak azınlık hakları : Yapıları nedeniyle anonim ortaklıklar çoğunluk sistemine göre yönetilirler. Genel kurulda pay sahipleri çoğunluğunun oyları sonucu oluşan karar sistem uyarınca toplantıya katılsın katılmasın, oy kullansın kullanmasın tüm pay sahiplerini bağlayacak demektir (TTK. m. 379). Ancak bunun mutlak olarak kabulü çoğunluk sisteminin yararları yanında zararlarını da getirir. İşte burada bir denge sağlamak için yasa koyucu bazı konularda mutlak çoğunluk oluşmasına karşın azınlığa bazı haklar tanımış, böylece çoğunluğun yetkilerini o alanda sınırlandırmıştır. Bu anılan haklar pay sahibi veya sahiplerine sadece pay sahibi veya sahipleri oldukları için değil sermayenin belirli bir oranını temsil eden paylar grubuna sahip olduğu veya oldukları için tanınan haklardır. Diğer bir deyişle sermayenin azınlık olmasına karşın belirli bir oranını oluşturan paylar grubuna tanınan haklardır. O halde bir tek pay sahibi de bu orana sahipse anılan hakkı kullanabilir. Bu hakları da aa — Olumsuz azınlık hakları bb — Olumlu azınlık hakları diye ikiye ayırmak gerekir.

Öğretide kararın niteliği ve önemi nedeniyle yasaca ve bazı hal-lerde ana sözleşme ile anonim ortaklığın mahiyet ve bünyesine ve

yasaya aykırı olmamak üzere toplantı ve karar yeter sayılarının artırılması hali ne artırılmış çoğunluk hali ve olumsuz azınlık hakları denmektedir (67).

Kanımızca bu halde ortada sadece artırılmış (veya özellikli) çoğunluk hali vardır. Örneğin kuruluş genel kurulunun bilirkişi atamasına ilişkin TTK. m. 293'de aranan akçeli sermayenin en az üçte ikisini temsil eden pay sahiplerinin bulunmasına ilişkin üçte ikilik oranda hangi pay sahibini salt çoğunluğu aşan ve azınlık içinde kalan pay sahibi olduğu belirlenemez. İlk pay sahibinden üçte ikilik oran oluşuncaya kadar o yönde toplanan ve oy kullanan her pay sahibi bu çoğunluğun içindedir. Bu nedenle salt çoğunlukta tek bir oyla fazlalık sınır oluşturup bundan sonrakiler azınlığı oluşturduğuna göre o sınırdan üçte ikilik bir oranı buluncaya kadar katılanlar azınlık olmakla bunların hakları azınlık haklarıdır ve toplantının veya kararın oluşmasında olumsuz etkileri vardır diye düşünülemez. Yukarıda belirtildiği gibi bu da salt çoğunluk gibi bir çoğunluk olup, özellik taşımaktadır diğer bir deyişle özellikli çoğunluktur, oran artırılmıştır, üçe ikiye kadar olan çoğunluk kalanı ise azınlıktır.

Bu nedenle de biz bu grubu olumsuz azınlık hakları dışında sadece artırılmış (veya özellikli) çoğunluk hali olarak kabul ediyoruz.

aa — Olumsuz azınlık hakları : Kurucuların ve yönetim kurulu üyelerinin sulh ve ibraları ancak genel kurulun onamasıyla tamamlanır. Ancak sermayenin onda birini temsil eden pay sahipleri karşı iseler sulh ve ibra genel kurulca onaylanamaz. Sulh ve ibranın onaylanması için salt çoğunluk yeterli olduğu halde, sermayenin onda birini temsil edenlerin karşı olmalarıyla karar alınamaktadır ve olumsuz azınlık hakkı burada ortaya çıkmakta, salt çoğunluğun dışında kalanlar karşı oylarıyla kararın oluşmasını engelleyebilmektedir.

Olumsuz azınlık haklarına uymamanın sonuçları : Bir genel kurul toplantısında alınan bir kararın anılan haklara uyulmamışsa yaptırım, kararın iptalidir (TTK. m. 361. 381).

bb — Olumlu azınlık hakları : Belirli oranda bir azınlık grubu oyları ile ortaklık adına olumlu istemde bulunabilir.

1 — Genel kurul, yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılmasına karar verdiğinde sermayenin onda birini temsil eden pay sahipleri dava açılması yönünde oy kullanmışlarsa, ortaklık dava açmak zorundadır. Davayı, azınlık grubu ayrı vekil atamamışsa, ortaklık adına denetçiler açar ve davanın açılmasını isteyen pay sahipleri hisse senetlerini dava sonuna kadar muteber bir bankaya yatırmak zorundadırlar (TTK. m. 341).

Denetçiler hakkında da aynı yol izlenir.

2 — Bilanço hakkındaki görüşmelerin ertelenmesi istemi : Sermayenin onda birini temsil eden azınlık, bilanço görüşmelerinin bir ay sonraya bırakılmasını genel kurulda, gerekçe göstermeden, isteyebilir, bu halde erteleme zorunludur (TTK. m. 377). Görüşmelerin ikinci kez ertelenmesini isteyebilmek için, bilançonun itiraza uğrayan noktaları hakkında yönetim kurulunca gerekli açıklama yapılmamış olmalıdır. O halde burada da bir azınlık hakkı ortaya çıkmaktadır.

3 — Özel denetçi atanması istemi : TTK. m. 348'deki koşullar içinde, toplantı tarihinden en az altı ay öncesinden beri ortaklık sermayesinin onda birine sahip azınlık grubu, genel kurulda özel denetçi atanmasını isteyipte istem reddedilmişse, anılan maddedeki belli koşulları yerine getirerek mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilirler.

4 — Denetçilere şikâyet hakkı : TTK. m. 356/2 uyarınca, ortaklık sermayesinin onda birini temsil eden azınlık grubu, yönetim kurulu üyeleri veya ortaklık müdürlerine karşı şikâyette bulunurlarsa, hisse senetlerini muteber bir bankaya rehin olarak yatırmaları koşuluyla, denetçiler şikâyet konusunu araştırıp sonucunu, mutlaka düşünceleriyle birlikte yıllık raporlarına geçirmek ve «zaruri ve müstacel hal varsa» genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma zorundadırlar.

Öğretide haklı olarak, paydaşa tek başına da denetçilere başvurma hakkının tanınmış olması ve iddia gerçekleştiğinde denetçi raporuna geçirilme zorunluğunun bulunması, «zaruri ve müstacel hallerde» genel kurulu toplantıya çağırmanın zaten denetçilerin görevine girmesi ve azınlığında genel kurulu toplantıya çağırma hakkına sahip olması karşısında, azınlığa TTK. m. 356/2'de tanınan bu hakkın pratik değeri olmadığı savunulmuştur (68).

5 — Genel kurulun toplantıya çağırılması ve gündeme madde eklenmesi istemi : Ortaklık sermayesinin onda birine sahip azınlık grubu gerekçeyi içeren yazılı istemle, yönetim kurulunun genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmasını veya toplanması kararlaştırılan genel kurulda gündeme madde eklenmesini isteyebilir. Yönetim kurulu istemi olumlu karşılamazsa, denetçilere başvurulur. Onların olumsuz tutumları halinde, azınlık grubu, aynı orandaki pay senetlerini muteber bir bankaya yatırarak, mahkemeden, toplantıya çağırarak ve gündeme madde ekletmek için, yetki verilmesini isteyebilirler (TTK. m. 366). Yine aynı madde uyarınca, anılan bu hakkın kullanılması için ana sözleşme ile onda birden daha düşük bir oran kabul edilebilir.

İşte yukarıda kısaca açıklanan hallerde görüldüğü gibi azınlık grubunun bu hakları, kararları engeleyici veya belirli bir sonuca ulaştırıcı hak olarak ortaya çıkmaktadır ve bunlar aynı zamanda yasa da öngörülen hallerdir. Bazı yazarlar, bu yasal hallerin dışında sözleşme ile, yasanın buyurucu kurallarına aykırı olmayan azınlık haklarının tanınabileceği görüşündedirler (69).

Olumlu azınlık haklarına uyulmamasının sonuçları : Bu haklara uymayan yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler, görevlerini yapmamış olacaklarından, sorumlu olurlar (TTK. m. 336, 359).

C — MÜKTESEP HAKLAR : Ortak, anonim ortaklığa girmekle çoğunluk kararıyla bağlı olmayı, bir yerde, kabul etmiş sayılır. Yine yasa uyarınca ana sözleşmede tersine bir hüküm yoksa, genel kurul, belli koşullar içinde, ana sözleşmeni nbütün hükümlerini değiştirebilmekte (TT. m. 385) ve anonim ortaklığın bünyesi de bunu gerektirmektedir.

Ancak ilkenin hiç ödünsüz uygulanması, yararlarının yanında, zararlarını da getirecek demektir. Bu nedenle, ortakların bazı haklarının, çoğunluk karşısında korunması, çoğunluk kararına bağlı olmayan bir haklar grubunun oluşturulması zorunluğu doğmaktadır ki, bu grup haklara müktesep hak demektedir.

Müktesep hak TTK. m. 385'de düzenlenmiştir. Anılan hükümde, ana sözleşmede tersine hüküm yoksa ve paydaşın pay sahipliği

(68) İmregün, age. s. 254, POROY (Tekinalp/Çamoğlu), age. C. I, s. 399

(69) Domaniç, age. s. 868, İmregün, age. s. 248

nedeniyle sahip olduğu müktesep haklarda da rızaları dışında olmamak koşuluyla, yasal diğer gereklere de uyularak, genel kurulun ana sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebileceği açıklanmıştır. O halde maddede, değiştirilecek ana sözleşme hükümlerinden söz edilip ortağın o sıfatla sahip olduğu müktesep haklarda değişiklik için rıza koşulu arandığına göre, bu hakkın sözleşme ile verilen bir hak olduğu, hak ile paydaşlık arasında, zorunlu bir bağlılık bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, aynı hüküm müktesep hakların, yasa ve ana sözleşme hükümleri uyarınca genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına bağlı olmayan ya da genel kurul toplantısına katılma hakkından doğan haklar olduğunu da açıklamıştır. Ancak burada, Arslanlı'nın da haklı olarak belirttiği gibi yasanın buyurucu biçimde ortağa verdiği ve genel kurul ile yönetim kurulunun yetkisi dışında tuttuğu haklar değil, bu hakların kullanılmasını önleme hali amaçlanmış olmalıdır (70). Çünkü mutlak buyurucu kuralara aykırı olarak yapılan değişiklik zaten hükümsüzdür, yasa koyucu da «abesle iştigal» etmez.

Arslanlı, ana sözleşme ile tanınan özel yararlarla (TTK. m. 279/4, 5), intifa haklarının (TTK. m. 402) alacak niteliğini taşıması ve hak sahiplerine kişi olarak tanınması, kâr payı ve hazırlık dönemi faizinin de alacak niteliğini kazandıktan sonra ortaklık sıfatıyla bağlantısız hale geldiğinden, özel tür paylara tanınan imtiyaz hakları, bunları zedeleyici genel kurul kararlarının özel tür pay sahipleri kurulunun onayına bağlı olup böylece genel kurulun tasarruf yetkisi olmaması nedeniyle müktesep hak olmadığını öne sürer (71).

Yine anılan hüküm «hususiyetle» diyerek bir bölüm müktesep hakları da saymaktadır. Ancak bu sayılanlar da mutlak anlamda müktesep hak değildir, anonim ortaklıkların bünyesi de bunu gerektirir.

Önce belirtildiği gibi, çoğunluk yararı ile ortağın yararının çatıştığı yerde bir sınır çizilebilir için, o halde ölçü ne olmalıdır?

Arslanlı'ya göre, bir hakkı, müktesep duruma getiren başlıca neden, onun çoğunluğun yararı karşısında daha üstün değer taşımasıdır. Karşılaşılan yararları değerlendirmek de içinde bulunulan hal ve koşullara göre olacaktır. Bu yönde iki ilkedden yararlanılabilir :

(70) Arslanlı, age. s. 246

(71) Arslanlı, age. s. 243 - 244

a — Eşitlik ilkesi : Her paydaşa, kendi grubunda aynı koşullar içinde aynı işlem yapılmalı.

b — İyiniyet kurulları : Çoğunluk kararları yalnızca, yasa ve ana sözleşme hükümlerine değil, nesnel iyiniyet kurallarına da uymalıdır (72).

TTK. m. 385'de sayılan müktesep haklar bütün olarak kaldırılamazsa da içerikleri kısıtlanabilir. Örneğin, oy hakkı paydaştan alınamazsa da, koşullarına uygun biçimde, çok oylu paylar çıkarılarak oyun etkisi kısıtlanmış olur. Yargıtay da, «ortak sıfatına bağlı kazanılmış hakların bunların tamamına veya özüne dokunulmaması şartıyla - ortaklık yararına sınırlandırılabilceğini» hükme bağlanmıştır (73).

İmregün, TTK. m. 385'de sayılan müktesep haklar aslında yasa ile tanınmış olup pay sahibinin rızasıyla da vazgeçilemeyecek haklardan olmakla, müktesep hak olamayacağını ve bir hakkın müktesep olup olmadığı, yanlış olarak da olsa, hakkın içeriğine göre belirlendiğinden, hakkın kazanılış biçimini değil içeriğini esas alan «hakkın kötüye kullanılması» ve «nesnel iyiniyet» teorilerinin, müktesep hak teorisinin yerini alması gerektiğini öne sürer (74).

Tekinalp'e göre, müktesep haklar, ortak yararlar zarar vermedikleri ölçüde geçerlidir ve hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralları bir sınır oluşturur görüşündedir (75).

D — SONUÇ :

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi :

a — Ticaret Kanunu'muzda, kazançtan belli bir oranda kâr payı dağıtımını yapılması zorunluğuna ilişkin açık bir hüküm yoktur. Öğretide TT. m. 466'da yer alan ve ödenmiş sermayenin % 5'ini oluşturan «ilk temettü» nün dağıtılmasının zorunlu olduğu öne sürülmüşse de (76), küçük tasarruf sahiplerinin ortaklığa katılmalarını özendirme ve sermaye piyasasının gelişmesini sağlamada yapı-

(72) Arslanlı, age. s. 248

(73) TD. 6.1.1966, E. 965/2583, K. 966/57 (Dr. Türk, H.S.), Batider, 1968, C. IV, s. 353

(74) İmregün, age. s. 261-262

(75) TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), age. C. I, s. 467

(76) Tekinalp, Ünal, age. s. 277-278

çağı etkiler nedeniyle, kazançtan belli bir oranın pay sahiplerine dağıtılması zorunluğu getirilmeli (77) ve bu arada yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarına ilişkin TTK. m. 472'de belirlenen, pay sahiplerine ayrılacak en az kâr payı % 4 oranı ile 466. maddede anılan yine pay sahipleri için ayrılacak % 5 oranları arasındaki farklılık giderilmelidir.

b — Paydaş bilerek haksız yere aldığı kâr payını geri vermek zorunda ve yönetim kurulu üyeleriyle denetçiler bu hususta hukuksal sorumluluk altında iseler de (TTK. m. 336, 473) yöneticilerin, ortaklığın para ve malları, bilanço, tutanak, rapor ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçlara ilişkin etkin cezasal yaptırımlar getirilmeli, böylece kamunun güveni artırılarak ortaklığa katılma özendirilmeli, kuşkular giderilmelidir (78).

c — Ticaret Kanunu'nun, «şirketin kuruluşuna veya idare muamelelerine müteallik suiistimalin vuku bulduğu veya kanun yahut esas mukavele hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edildiği» iddiasının incelenmesi için azınlığın özel denetçi atanmasını istiyebilmesini anılan eylemlerin son iki yıl içinde yapılması koşuluna bağlayan 348. maddesi değiştirilerek bu süre, TTK. m. 309'daki, ortaklığı zarara uğratan kimseler hakkında açılacak ödençe davası zamanaşımı olan 2 ve 5 yıllık sürelere uygun hale getirilmeli, böylece belirlenen sürede dava açma hakkına sahip olan paydaşa, kanıt toplayabilme ve buna göre dava açıp açmama konusunda daha bilinçli hareket etme olanağı tanınmalıdır (79).

d — Ticaret Kanunu'nun bilgi alma hakkına ilişkin 362. maddesi pay sahibinin incelenmesine hazır bulundurulacak; kâr ve zarar hesabı, bilanço, yıllık rapor ve kazanç dağıtımına ilişkin önerilerle, denetçi raporlarını saymakta, 363. maddede ise, paydaşın şüpheli gördüğü noktalarda denetçilerin dikkatini çekeceği ve açıklama istiyebileceği, «ticari defter ve muhabetatı» izinle inceliyebileceği belirtilmektedir. Normal düzeydeki bir paydaş için, çoğun zaman bir rakamlar yığını olan bu belgelerin ona verebileceği bilgi, haklarını yerinde ve zamanında kullanabilmesi için, yeterli olmayacaktır. Bu nedenlerle anılan bilgi alma hakkının sınırları, ortaklığın ekonomik ve parasal durumunu, çalışmalarını paydaşın ayrıntılı ve doğru olarak öğrenmesini, böylece oyunu ve diğer haklarını bilinçli olarak kullanmasını sağlayacak bir biçimde saptanmalıdır.

(Bitti)

(77) İmregün, age, s. 234, dn. 38

(78) Yarayalçın, age, s. 89

(79) İmregün, age, s. 253, dn. 69

B İ B L İ Y O G R A F Y A**I — GENEL YAPITLAR :**

- Ansay, Tuğrul : Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1975
- Arslanlı, Halil : Anonim Şirketler, C. I, İstanbul 1959
Anonim Şirketler, C. II, İstanbul 1960
- Domanıç, Hayri : Anonim Şirketler, İstanbul 1978
- Hirş, E. E. : Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1948
- İmregün, Oğuz : Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu, Ersin : Ortaklıklar Hukuku - Adi Ortaklık - Ticaret
Ortaklıkları ve Kooperatifler - Birleşme Nev'i
Değiştirme, C. I, İstanbul 1975
C. II, İstanbul 1976
- Von Steiger, F (Çev. Tahir
Çağa) : İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul
1968

II — MONOGRAFİLER :

- Birsel, Mahmut T. : Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı
Konusunda Anonim Şirket ile Pay Sahibi
Arasındaki Menfaat Çatışması, Ankara 1971
- Öçal, Akar : Anonim Şirketlerle İlgili Federal Mahkeme
Kararları, (1960 - 1970), Ankara 1961
- Karayalçın, Yaşar : Bilânço Hukuku, Ankara 1979
- Moroğlu, Erdoğan : Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Ortak-
lıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü,
Ankara 1967
Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy
Sözleşmeleri, İstanbul 1978
- Tekinalp, Ünal : Anonim Ortaklığının Bilânçosu ve Yedek Akçe-
leri - Kamuoyu Aydınlatma İlkesi ile İstanbul
1970

III — MAKALELER :

- Belgesay, Mustafa Reşit : Anonim Şirketlerde Kârın İhtiyata Alınması ve Hakkın Suiistimali,
(Batider, 1962 C. I, sa. 4, s. 555-557)
- Teoman, Ömer : Anonim Ortaklıklar Genel Kurulunda Birden Fazla Paya Sahip Olan Ortaklar Bir Öneri Konusunda Aynı Zamanda Olumlu ve Olumsuz Oy Kullanabilir mi?
(İkt. Mal, Temmuz 1971, C. XV//, s. 4)

K I S A L T M A L A R

- age. : Adı geçen eser
- age. : Adı geçen makale
- Ank. Barö Der. : Ankara Barosu Dergisi
- Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
- BK. : Borçlar Kanunu
- C. : Cilt
- Çev. : Çeviren
- D. Arşiv : Daire Arşivinden
- dn. : Dip not
- Drl. : Derleyen
- E. : Esas
- HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
- GHK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
- İİD. : Yargıtay İcra İflas Dairesi
- İkt. Mal. : İktisat Maliye Dergisi
- K. : Karar
- m. : Madde
- MK. : Medeni Kanun
- Res. Kar. Der. : Resmi Kararlar Dergisi
- s. : Sayfa
- sa. : Sayı
- TD. : Yargıtay Ticaret Dairesi
- TTK. : Türk Ticaret Kanunu
- vd. : Ve devamı

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN TAKİP VE MADDİ HUKUKTAKİ YERİ

M. Kemal MUTLUAY (*)

PLAN: 1 — Giriş. 2 — Takip Hukukunda zamanaşımına uğramış bononun yeri : a) — Alacaklı elinde bono varken hangi çeşit haciz yoluna gidebilir? b) — Bono tutarı hangi şartlarla kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile tahsil edilebilir? c) — Zamanaşımının takibe etkisi. 3 — Maddi Hukukta zamanaşımına uğramış bononun yeri : a) — Genel olarak bono ve temel borç ilişkisi. b) — Zamanaşımına uğramış bononun, temel borç ilişkisindeki yeri. 4 — Sonuç.

1 — GİRİŞ

Türkiye’de en çok kullanılan ticari senet, bono’dur. Ancak, buna rağmen Türk Ticaret Kanunu’nda bonoya ait sadece dört madde vardır (TTK. md. 688, 689, 690, 691). «Bono, muayyen şekil şartlarına tabi ve muayyen bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü havi ve kıymetli evrak vasfını haiz bir borç senedidir» (1). Bir senedin bono sayılabilmesi için TTK. md. 688’de belirtilen unsurları bünyesinde taşıması şarttır.

Zamanaşımına uğramış bir bononun takip hukukunda ve maddi hukuktaki yeri ayrı ayrıdır. Bunun için, uygulamaya genel ölçüde yer verilmiş olup, bu hususla ilgili Yargıtay kararları birlikte incelenmiştir.

2 — TAKİP HUKUKUNDA ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN YERİ :

a) Alacaklı elinde bono varken hangi çeşit haciz yoluna gidebilir?

Para alacağı bir bonoya dayanmakta ise, alacaklı borçlu aleyhine ya kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna (İİK. md. 167 - 176

(*) Çayralan C. Savcısı.

(1) DOMANIÇ, H. : Kıymetli Evrak Hukuku, 2. baskı İstanbul 1975, s. 339

ya da genel haciz yoluna (İİK. md. 46-144) başvurulabilir. Ticaret hayatının çabukluk ihtiyacı ve bu senetlerin (bonoların) kolayca tedavül edebilmesi dolayısıyla İİK. bu senetlerin (bonoların) takibi için özel bir yol kabul etmiştir» (2). Yoksa alacağı bir bonoya bağlı olan alacaklının kambiyo senetlerine mahsus olan özel haciz yoluna gidileceği hakkında İİK. umuz da âmir bir hüküm yoktur. Bu husus sadece bir yetki meselesidir. Yani alacaklı dilerse alacağı bir bonoya dayanmakta ise bile genel haciz yoluna gidebilir (*).

b) Bono tutarı hangi şartlarla kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile tahsil edilebilir?

Bononun, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip edilebilmesi için aşağıda belirteceğimiz iki unsurun bulunması lâzımdır :

aa — Senedin, bono sayılması lâzımdır. Yani TTK. md. 688'de sayılan unsurların senet metninde bulunması lâzımdır. Örneğin tanzim tarihi olmayan bono, kambiyo senedi vasfında değildir. Bu yüzden tanzim tarihi olmayan bono, kambiyo senetlerine mahsus olan haciz yoluyla takip edilemez.

bb — Bononun yukarıda belirtilen unsurları, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe gidildiği vakit, muhafazaya devam etmesi lâzımdır.

c) Zamanaşımının takibe tesiri :

Bonolar, kambiyo senetlerinin bir çeşididir. Kambiyo senetleri de, ispat hukuku bakımından bir adi senettir. Ancak, kambiyo senetleri TTK. nun dördüncü faslında düzenlenmiştir. Yani her senet kendisini düzenleyen kanun hükmüne tabidir.

Bono genel haciz yoluyla takip edilmesi halinde adi senet hükmüne tabi olmaz. Yine bono, TTK. un 688-691 maddeleri hükmüne tabidir . Yani bono genel haciz yoluyla takip edilse bile TTK. md. 690, 661'de belirtilen zamanaşımı süresine tabidir.

(2) GÜRDOĞAN, B. : İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970 s. 47

Bononun zamanaşımı süresi içerisinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna başvurulmalıdır. Yani «zamanaşımı süresi içinde bono dolayısıyla borçlu olanlar aleyhine icra yoluna başvurulabilir. Bonoyu tanzim eden aleyhine özel icra yoluna müracaat edebilmek için vadede müracaat veya protestonun tanzim edilmiş bulunması şart değildir» (3).

Hamil : Ciranta ve lehtar ve onların lehine aval verenler aleyhindeki müracaat hakkı protesto tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımına tabidir (TTK. md. 690, 661/II, 665).

Bonoyu ödeyen cirantanın kendisinden önceki müracaat borçlularına karşı müracaat hakkı altı aylık zamanaşımı süresine tabidir (TTK. md. 690, 661/III, 665).

Bu yukarıda belirttiğimiz husus Yargıtay içtihatları ile teyid edilmiştir (**). Daha açık bir deyişle örneğin, adi senetlerin tabi olduğu BK. md. 125'de öngördüğü on senelik zamanaşımı süresi hükmüne tabi değildir.

Bono ister genel haciz yoluyla, isterse kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe konulsun, her iki halde de bono üç senelik zamanaşımı süresine tabidir. Yani bono üç senelik zamanaşımı süresi gerçekleştikten sonra, takip hukuku bakımından alacaklı alacağını boçludan alamıyacaktır.

(*) «Bonoya istinaden adi haciz yolu ile takip yapılması : Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip alacaklı lehine kabul edilmiş, hususi bir takip şeklidir. Alacaklının bu hakkını kullanmayarak adi haciz yolu ile takipte bulunmasını önleyici bir hüküm yoktur. Bu cihet gözetilmeksizin takibin iptaline karar verilmesi icra yasasına ve dosya muhtevasına aykırıdır (İ.İ.D. 8.6.1971 G. 6643 E. 6495 K.)

ÖĞÜTÇÜ, A, T - ÇİTOĞLU, A : Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1977 s. 805 Cilt : 2

(3) KARAYALÇIN, Y. : Ticari Senetler, 4. baskı, Ankara 1970, s. 324.

(**) **Zamanaşımı** : «Takip dayanağı yapılan senetler T.T.K. 688 md. sinde yazılı bono niteliğindedir. Bonolarla takibe ait özel yol seçilmeyip, genel haciz yoluyla takip yapılabilirse de, takibin şekli, bononun vasfını değiştirmeyeceğini ve zamanaşımı yönünden T.T.K. 661 md. sinin uygulanması gerektiği düşünülmeden ve senetlerin vadelerine göre takip talebine 3 senelik zamanaşımının doldurduğu gözetilmeden itirazın kaldırılması isabetsiz olduğundan İ.İ.K. nun 366 ve H.U.M.K. 428 md. leri uyarınca bozulmasına 17.10.1978 günde oybirliğiyle karar verildi.» (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 17.10.1978 gün ve 7621/8267 sayılı kararı. Yayınlanmamıştır.)

Zamanaşımına uğramış bir bono takibe konursa, borçlu zamanaşımı def'inde bulunabilir. Bono ister genel haciz yoluyla ister kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe konmuş olsun, borçlunun zamanaşımı def'i her iki halde de İcra Tetkik Merciiince incelenecektir. «Borçlunun bu itirazı senet metninden anlaşılacağından, bu itirazın alacaklıdan sadır ve imzası tasdikli bir belge ile ispatı yahut alacaklının ikrarı şart değildir» (4).

Alacaklı zamanaşımının kesildiğini, Türk Ticaret Kanunu'nun 162. maddesinde belirtilen sebeplere dayanarak ileri sürebilir.

Borçlu, takip sırasında zamanaşımı def'inde bulunacaksa, bu def'i bir borca itirazdır. Bu sebeple bu def'ini dilekçe ile tetkik merciiince ileri sürmesi gerekir. Bu def'in ileri sürülmesi, satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz (İİK. md. 169).

3 — MADDİ HUKUKTA ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONONUN YERİ

a) Genel olarak bono ve temel borç ilişkisi :

Bono, bir para alacağını temsil eder. Bir bono tanzimi ile bu ilişkinin altında temel borç ilişkisi vardır. «Doktrinde hakim görüşe göre, kambyo senetlerinde hakların yarışması vardır» (5). Uygulamada bono ve temel borç ilişkisinin varlığı Yargıtay kararları ile açıkça belirtilmiştir (***) .

Alacaklı, alacağını bononun zamanaşımına uğramış olması sebebiyle alamazsa, bu takdirde temel alacağa dayanarak alacağını genel mahkemede talep edebilir. Temel borç ilişkisine dayalı olarak alacaklının hakkı sadece borçluya karşı ileri sürülen nisbi bir haktır.

(4) DOMANIÇ, H. : age. s. 778

(5) ÖZTAN, F. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976, s. 174, SUNGUR-BEY, İ. : Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957, s. 89.

(***) : «Dava dilekçesinde davalı ile aralarında (para alıp vermesinden dolayı) bononun tanzim edildiği ileri sürülmüş ve netice bölümünde de (mevcut borcun ve alacağın tespiti ile alacağın tahsili) istenmiştir. Özellikle bononun zamanaşımına uğradığından söz edilmesi, esas borç ilişkisine dayanılmak istendiğini göstermektedir.

TTK. ile benimsenen kambyo hukuku sisteminde bononun temelinde esas borç ilişkisinin varlığı kabul edilmiştir. Kesideci ve lehtar arasında temeldeki ilişkinin kambyo senedine dönüştürülmesi yolunda yaptıkları

Bononun temel alacağa dayanarak tanzim edilmesi kuraldır. Ancak bu kuralın tek istisnası hatır bonosudur. Hatır bonosu şu iki gayeden birini sağlamak için tanzim edilebilir: 1 — Taraf-lardan birinin itibarını sağlamak (Bu bono tanzim edilirken tedavül gayesi yoktur), 2 — Taraflardan birinin nakit kredi temini için düzenlenir (Bu bono tanzim edilirken tedavül gayesi vardır). «Hatır senetleri mutlak anlamda bedelsizdir. Yani senedin temel alacağı mevcut değildir, hiç doğmamıştır ve doğması ihtimali de yoktur» (6).

b) Zamanaşımına uğramış bononun, temel borç ilişkisindeki yeri :

«Bir kambiyo senedinin düzenlenmiş olduğu hallerde, taraflar arasında kaideden iki ayrı borç münasebeti meydana gelir» (7). «Demek oluyor ki, kambiyo ilişkisi diye adlandırılan bu ikinci ilişkinin altında, esas itibarıyla bir asıl borç ilişkisi vardır» (8). Her iki münasebetten dolayı ayrı ayrı talep hakkı vardır. «Her iki talep hakkının da amacı birdir ve borçlu ancak bir defa ödemek zorundadır» (9).

ek bağit, önceki alacak ve borçluluğun biçimsel açıdan yeni bir görünümüne bürünmesi amacına yöneliktir. Yoksa, temeldeki borç ilişkisini sona erdirmez ve yeniden ortaya çıkarmaz. Çünkü BK. nun 114. maddesi gereğince, mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunmak, kural olarak tecdidi tazammun etmez. Böyle olunca, TTK. nun 577. md. sindeki ana kural dışında kalan ve senede dayanma olanağı bulunmayan istisna hallerde alacaklı kambiyo senedini bir tarafa bırakarak esas borç ilişkisini ileri sürebileceği gibi hem senede hem de temel borç ilişkisine de dayanmağa hakkı vardır. Gerçekten TTK. nun 557. md. sinde kıymetli evrakta yerleşen hakkın senetten ayrı olarak dermeyeran edilemeyeceğine ilişkin hüküm, senedin geçerliliğini koruduğu ve ona dayanma olanağı bulunduğu sürece temel borç ilişkisinin dava konusu yapılamayacağı anlamındadır. Çünkü bu durumda davalı senedin ibrazını istemek hakkına sahiptir. Hukuki ilişkiye dayanma olanağı bulunduğu hallerde zamanaşımı süresinin de buna göre hesap edilmesi gerekeceğinden mahkemece bononun düzenlenmesine yol açan hukuki ilişkinin saptanması ve HUMK. nun 76. md. si gereğince onunla ilgili zamanaşımının uygulanması icap ederken yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.» (Yargıtay II. Hukuk Diresi, E : 78/2055, K : 78/2164. YKD. 1979, Cilt : 5, Sayı: 1, s. 82)

- (6) İNAN, N. : Türk Hukukunda Hatır Senetleri, Özellikle Hatır Bonosu, Ankara 1969, s. 55
 (7) ÖZTAN, F. : age. s. 172
 (8) ÖZTAN, F. : age. s. 172
 (9) ÖZTAN, F. : age. s. 174

Kambiyo borcu; ifa, takas gibi hallerde ortadan kalktığından asıl borç ilişkisi de ortadan kalkar. Ancak kambiyo borcunun zamanaşımı ile son bulması halinde bunun asıl borç ilişkisine etkisi olup olmaması doktrinde ve uygulamada üzerinde çok durulan bir problemdir.

Alacaklı, bononun üç senelik zamanaşımına uğraması halinde, borçlu zamanaşımı def'inde bulunursa ne kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla ne de genel haciz yoluyla alacağını alamaz. Buna karşılık, alacaklının temel borç ilişkisine dayanarak genel mahkemelerde açacağı alacak davasında (****), bu zamanaşımına uğramış bono yazılı bir beyyine başlangıcıdır. Şu nedenlerle bu bono yazılı beyyine başlangıcıdır: a) — Yazılı bir belgedir, b) — Bu yazılı belge, aleyhine kullanılacak kimse tarafından imzalanmıştır, c) — Bu belge, meseleyi çözmekle beraber, yol göstericidir, asıl alacak ilişkisinin varlığını muhtemel göstermektedir (10).

Görevli mahkeme ise, temel alacağın bedeline göre tesbit edilecektir. (HUMK. md. 8). Bu durumda alacaklının asıl borç ilişkisinden doğan bu ilişkinin tabi olduğu zamanaşımı süresine tabidir. Böylece alacaklı, alacağının varlığını alacak davasında ispat edecek ve borçludan bu alacağını alacaktır.

4 — SONUÇ

Alacaklı, bonoya müsnet olan alacağının tahsili için, bu bonoyu isterse kambiyo senetlerine mahsus olan haciz yoluyla, isterse ge-

(****) **Alacak davası:** Alacak davası bir eda davasıdır. Alacak davasında, davacı (alacaklı), davalının (borçlunun) bir şey vermeye veya bir şey yapmaya mahkûm edilmesini genel mahkemeden talep etmesidir. Alacak davasının açılması için de, alacaklının (davacının) hukuki menfaati bulunması lâzımdır. Alacaklı, bononun dayandığı temel alacak muaccel alacak davasının, davacı lehine hüküm verilmesinde, bu hüküm şu iki hususu bünyesinde taşır:

a) — Alacağın tesbiti,

b) — Bu alacağın, davacıya (alacaklıya) verilmesini belirten bir emir.

Alacaklı lehine hüküm, ilâmlı icra ile icra olunur (İİK. md. 24-41).

Buna karşılık alacaklının, alacak davasının esasdan reddedilmesi halinde iddia edilen hak veya hukuki menfaatin mevcut olmadığı tesbit edilmiş olunur.

(10) **Yazılı beyyine başlangıcı:** Daha geniş bilgi için bak. KURU, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. baskı, Ankara 1974, s. 414-416, ÜSTÜNDAĞ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: 1, 2. baskı İstanbul 1977, s. 568-570.

nel haciz yoluyla takibe koyabilir. Eğer bono kambiyo senetlerine mahsus yolla takibe konacaksa TTK. md. 688'de belirtilen unsurları bünyesinde taşımali ve ayrıca vadesi gelmiş olmalıdır.

Bir bono zamanaşımına uğramışsa, bu bononun dayandığı temel borç ilişkisine dayanarak alacak davası açılabilir. Bu takdirde alacak olduğu için de, hukuki menfaat mevcuttur.

Zamanaşımına uğramış olan bono, temel borç ilişkisi bakımından yazılı beyine başlangıcıdır. Bu temel alacak tabii olduğu yasanın öngördüğü zamanaşımı süresine bağlıdır. Bu alacak davası, genel mahkemede açılacaktır.

KAYNAKÇA :

- DOMANIÇ, H. : Kıymetli Evrak Hukuku, 2 Baskı, İstanbul 1075
 GÜRDOAN, B. : İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970
 İNAN, N. : Türk Hukukunda Hatır Senetleri, Özellikle Hatır Bonosu, Ankara 1969
 KARAYALÇIN, Y. : Ticarit Senetler, 4 baskı Ankara 1970
 KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. baskı, Ankara 1974
 ÖĞÜÇTÜ - ÇİTOĞLU : Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1977, Cilt : 2
 ÖZTAN, F. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976
 SUNGURBEY, İ. : Borç İrrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957
 ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, Cilt : 1, 2. baskı, İstanbul 1977

KISALTMALAR :

- HUMK. : Adı geçen eser
 age. : Bakınız
 bak : Borçlar Kanunu
 BK. : Huku Usulü Muhakemeleri Kanunu
 İİK. : İcra ve İflas Kanunu
 md. : Madde
 TTK. : Türk Ticaret Kanunu
 s. : Sahife
 YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

CEZA YARGILAMA HUKUKU

SANIĞIN SORGUSU

Cemil SAATÇIOĞLU (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Sanığın sorgusu. 3 — Hazırlık kovuşturması safhasında sanığın sorgusu. 4 — Sanığın sorgu tarzı. 5 — İlk soruşturma da sanığın sorgusu. 6 — Son soruşturma safhasında sanığın sorguya çekilmesi.

GİRİŞ

Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (1).

Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz.

Kimseye eziyet ve işkence yapılmaz (2).

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirli bulunan koşullara ancak kaçmaya ve delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadiyle veya bunlar gibi tutuklanmayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararı ile tutuklanabilir (3).

Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci huzuruna çıkarılamaz (4).

Kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz (5).

(*) Yargıtay 2. CD. Tetkik Hâkimi.

- (1) T.C. Anayasası Madde : 10
(2) » » » : 14
(3) » » » : 30
(4) » » » : 32
(5) » » » : 33

Kimse kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (6).

Ceza sorumluluğu şahsidir (7).

Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Bütün mahkemele-
rin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır (8).

Sanık hakkında ceza davası açılan kimsedir diye Türk Hukuk Lügatı tarafından tarif edilmekte ise de, bu tarifi noksan olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü sanık hakkında kovuşturma yapılan kişidir. Kamu davası açılın açılmasın suç isnadında bulunan her kişi sanıktır. Buna göre sanığın sorgusunun yapılması safahata göre değişiklik arzeder. Bu nedenle hazırlık ilk soruşturma ve son soruşturma safahatına göre sanığın sorguya çekilmesi hususunu incelemek gerekir. Bu incelemeyi yapmadan önce Anayasa'nın yukarıda belirtilen maddelerinin kural olarak gözönünde bulundurulması ve genel olarak durumun belirtilmesinde zaruret vardır.

SANIĞIN SORGUSU :

Sanık ceza mahkemesinin ilişkisinin sujerelerindedir. Bu sujelik üç bakımdandır.

- 1) Sanık yargılanacak uyuşmazlığın taraflarındandır.
- 2) Sanık ferdi müdafaa makamını işgal eder.
- 3) Sanık fazla olarak koruma tedbiri ve delil sujesidir (9).

Yakalanan kimsenin sorguya çekilmesi başlığını taşıyan CMUK. nın 128. maddesi yakalanan şahıs bırakılmazsa lüzumsuz veya muhik olmayan bir gecikmeye vermiyecek surette sulh hâkimi huzuruna sevk olunur. Kuralını benimsemiştir.

Sanığın sorgusu münhasıran ıspat vasıtası değildir. Aynı za-

(6) T.C. Anayasası Madde : 33/4

(7) » » » : 33/5

(8) » » » : 135 ve CYUK. 32

(9) Ceza Muhakemesi Hukuku - Prof. Nurullah KUNTER - 1974 Sh. 293 - 294.

manda savunma vasıtasıdır. Yine aynı zamanda ispat vasıtasıdır. Suçun hususiyetlerini bilhassa suçun sahibini açıklar (10).

Sanığın isiçvabından maksat sırf suçun delilini elde etmek, ortaya bir suçlu çıkartmak değildir. Belki aynı zamanda tahtızanda bulunan bir ferdi bu şüpheden kurtaracak, kendisini cemiyete saf ve temiz bir halde iade edecek vesaiti ihsar etmektir (11).

Sorgu savunma aracı olduğundan sanık için bir haktır.

Cerraramın belirttiği gibi sorgudan önce sanık üzerine atılan suçun söylemesi şarttır. CMUK. nun gerekçesinde belirtildiği gibi sanığa anlamayacağı sualleri sormak, şaşırtıcı sualleri sormak doğru değildir. CMUK. nun 135. maddesinin 1. fıkrasına göre sanığa cevap verip vermeyeceği sorulacaktır. Yalnız sükutundan çıkan sonuçları bildirmek doğru olur. Örneğin : suçu sen mi işledin veya bunu sen mi yaptın tarzındaki soruya sükunla karşılık vermek kabul olarak nitelendirilebilir. Aksi takdirde sakıta söz atfolunmaz. Ancak, hini-hacette sükut ikrardır (12).

Sanığın iç varlığını araştırma yolu ile doğruyu söyleyip söylemediğini denetlemek doğru değildir. Buna manevi keşif denir. Bu hareketler irade dışı hareketlerdir. CMUK. nun gerekçesinde belirtildiği gibi istiçvapta tam bir serbesti şarttır.

Üzerinde durulması gereken bir hususta sanığın sorgusunun kimin tarafından yapılacağıdır. Uygulamada güvenlik kuvvetleri C. Savcısı tarafından da sanık sorguya çekilmektedir. Üzülerek belirtelim ki, sanığın buradaki beyanları delil olarak nazara alınıp değerlendirilmektedir. Sayın Prof. Dr. Faruk Erem'in belirttiği gibi hâkimin dışında hatta savcının önündeki ikrar delil sayılamaz. Uygulamada zabitanın tanzim ettiği tutanakların mahkûmiyet hükümlerinde ikrara delil olarak gösterilmesi usul hükümlerine aykırıdır.

Ceza alimlerinin fikirlerine göre sorgu ancak suçun hangi şartta işlenmiş olduğuna ve hangi ahvalin buna inzımam eylediğine taallûk edebilir, fakat hâkim doğrudan doğruya suçta temas eder

(10) Ceza Usulü Hukuku - Prof. Faruk Erem - 1970 Sh. 156

(11) » » » - » » » - » » 162

(12) Mecelle Genel Hükümler

şekilde sorgu yapmamalıdır. Zira bu müttehime hemen kendini müdafaa eder yollu cevap vermesini telkin ve ilham eder (13).

Görüldüğü gibi doktrinde alimlerin üzerinde durdukları önemli konulardan birisi sanığın sorgusunun hâkim tarafından yapılmasıdır. Ve yine sorgu yapılırken sanığın serbest irade mahsulü beyanda bulunmasını sağlaması ve sorguya çekilme tarzıdır. Çünkü üzerine suç atılan zanlının suçlu olup olmadığına ve adaletin tecelisinde sorgunun tarzı önemlidir.

Uygulamada hâkim tarafından sorgu yapılırken hâkimin yanında kimin bulunması gerektiği hususu önemlidir. Aşağıda bu husus geniş olarak inceleneceğinden kısaca değinilmesi gereken bir husus geniş olarak inceleneceğinden kısaca değinilmesi gereken bir hususu belirteceğiz. Sanık hâkim huzuruna güvenlik kuvvetleri tarafından getirilmektedir. Güvenlik kuvvetinin sanık sorguya çekilirken sanığın yanında bulundurulması salim ve sıhhatli bir savunma alınmadığını gösterir. Sanığın iradesi üzerinde manevi baskı hasıl eder. Bu nedenle bu konu üzerinde önemle durulması gerekir.

Üzerinde önemle durulması gereken diğer bir hususta Anayasa'nın benimsediği tabii hâkim kuralıdır. Sanık bağlı bulunduğu tabii hâkim dışında baskı bir hâkime çıkarılmamalıdır. Suçun işlendiği ve yetkili bulunan hâkim tabii hâkimdir. Hâkimin olmadığından bahisle bir sanığı bir yerden alıp diğer bir yere götürüp sorgusunun yaptırılması Anayasa kuralına ve usul hükümlerine aykırıdır. Bu konuya değinmemizin nedeni uygulamada bu hususa çok defa başvurulmuş olmasıdır.

HAZIRLIK KOVUŞTURMASI SAFHASINDA SANIĞIN SORGUSU :

● A) CMUK. nda hazırlık safhasında güvenlik kuvvetleri ve C. Savcısı tarafından sanığın sorguya çekileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen güvenlik kuvvetleri ve C. Savcısı tarafından sanık sorguya çekilmektedir. Doktrinde bu şekildeki bir ikrarın delil olarak kabul edilmemesi gerektiğine değinildiği halde uygulamada bir çok mahkemeler güvenlik kuvvetleri veya C. Savcısı tarafından sanığın suçunun ikrar etmesinin delil olarak kabul

etmekte ve hüküm buna dayanılarak verilmektedir. Yargıtay dahi bu safhada sanığın suçu ikrar edip mahkemenin hükmünü buna dayandırması olumlu karşılamaktadır. C. Savcısı, jandarma veya polis huzurunda suçunu kabul eden bir kişinin hâkim huzurunda da kabul etmemesinin nedenini izah etmek mümkün değildir. Bu itibarla hâkim huzurunda yapılmayan bir ikrarın samimi olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu husus üzerinde ciddiyetle durulup uygulamadaki bu hatanın giderilmesi temenniye şayandır. **İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir dosyasında rastladığımız sanığın sor-gu tarzına değinmek istiyoruz. Bu da sanığa yapılan telkindir. Sanık günlerce bir odaya konulup devamlı olarak teyple suçu nasıl ve ne şekilde işlendiği empoze edilmektedir. Bunun sonucu sanık bir papağan gibi teypte belirtilen hususu tekrar etmektedir. Atasözümüzde belirtildiği gibi bir kişiye 40 gün delisin deyince deli olur gibi bunu görünce Sayın İçişleri Bakanının bir olayı anlatırken yeni delil usulü ile tesbit ettiğimizden değimini hatırladım.**

Eğer Güvenlik Kuvvetleri ve C. Savcısının sanığı sorguya çekme yetkisi olsaydı 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunundaki «Cumhuriyet Müdemmimisi sorguya çektikten sonra.....» diye bir hükme lüzum olmazdı (14).

● B) Hazırlık kovuşturması safhasında sanığın sorguya çekecek yetkili merci sulh hâkimidir. Yakalanan kimsenin sorguya çekilmesi başlığını taşıyan CMUK. nun 128. maddesi yakalanan şahıs bırakılmazsa lüzumsuz veya muhik olmayan bir gecikmeye meydan vermeyecek surette sulh hâkimi huzuruna celp olunur. Hâkim tarafından da nihayet ertesi günü sorguya çekilir hükmü mevcut iken ileri gidilmiyerek geri gidilmiş 334 sayılı Anayasa'nın hakların korunması ile ilgili hükümler başlığı taşıyan kural ile yakalanan ve tutuklanan kimse tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç 48 saat ve devlet güvenlik mahkemeleri görev ve yetkilerine giren suçlar ile yasanın açıkca belli ettiği hallerde yasalarda gösterilen sürelerde hâkim önüne çıkarılır. Bu süre 15 günü geçemez hükmü getirilmiştir (15).

Burada önemli olan husus sanığın sorgusunun zamanında yapılması ve bunun serbest iradeye dayanmasıdır. Maddede tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç den-

(14) 3005 sayılı Yasa Madde : 4/4

(15) Anayasa Madde : 30/4

mektedir. Bu sürenin ne kadar olacağına takdirin sanığı yakalayan kişinin insiyatifine kalmıştır. Bu husus ise suistimale müsaittir. Bu nedenle sanığın gözetim altında kalması gereken sürenin gözetim altında kalma şeklinin bir kurala bağlanması güvenlik kuvvetlerinin maddi ve manevi baskısından uzak tutulması gerektir.

CMUK. nun 128. ve 129. maddelerine göre sanığı sorguya çekme yetkisi sulh hâkimininidir. Sulh hâkimi sorguyu yaparken sanığın baskı altında tutulmaması gerekir. Bu nedenle sorguya çekilirken hâkimin yanında kimin bulunması gerektiği hususu önemlidir. Kanımızca tutanak kâtibi dışında kimsenin bulunmaması gereklidir. Halbuki uygulamada sanığı hâkim huzuruna getiren güvenlik mensubu sanığın yanında bulunmaktadır. Bu ise manevi baskı olduğundan alınacak savunmanın sıhhatına hâleldar getirir.

Sulh hâkimi beyanı tesbit ederken bunun bir tutanakla saptanması gerekir. CMUK. nu hâkim ile hazır bulunan zabıt kâtibi tarafından tutanağın imzalanacağına dair hüküm koymuştur (16).

CMUK. ndaki sanığın daveti hakkındaki hükümler incelendiğinden sanığın tam bir serbesti içinde beyanda bulunma şeklinin benimsendiğini görmekteyiz. CMUK. nun 132. maddesi sanığın daveti ile celp edileceği hususunu belirtmiş davetiye ile gelmediği takdirde ihsar diğer bir deyimle zorla getirileceğinin yazılacağını açıklamaktadır. Bu kurala istisna olarak hakkında tutuklama müzekkeresi kesilmesi için kafi sebepler bulunan sanığın zorla getirilebileceği kabul edilmektedir (17).

İhsar olunan ve yakalanan sanığın hâkim tarafından hemen mümkün olmaz ise yasalarda belirtilen süre içerisinde sorguya çekilmesi gerekir. Bu süre Usul Yasasında 24 saat içinde şeklinde açıklanmıştır.

SANIĞIN SORGU TARZI :

Sanığın önce hüviyetinin tesbit edilmesi sonra üzerine atılan suç anlatılıp nasıl nerede ne şekilde tarzındaki sualler sorulmak suretiyle sorgusunun tesbiti gerekir (18).

(16) CYUK. Md. 181 ve Yargıtay CGK. nun 22.1.1979 gün ve 979/15 S.K.

(17) CYUK. Madde : 133

(18) CYUK. Madde : 135 ve Yargıtay 4. CD. 21.6.1964 gün ve 610 S. Kararı

İLK SORUŞTURMADA SANIĞIN SORGUSU :

Sanık ilk soruşturmadan önce sorguya çekilse bile ilk soruşturma sırasında yeniden sorguya çekilecektir. Bu husus CMUK. nun 185. maddesinin amir hükmüdür.

Sanığın sorgusu yapılmadan ilk soruşturma sonuçlandırılmaz. İlk soruşturmada sanığın hangi safhada sorgusunun yapılacağı hususunda yasamızda bir hüküm yoktur. Bu nedenle soruşturma kararı açıldıktan önce mi yoksa sonra mı sanık dinlenmelidir, hususu üzerinde durmak gerekir. İlk soruşturma gizlidir. Deliller toplanırken sanık hazır bulunamaz. Aynı zamanda sanığın talepnameyi reddetme yetkisi de bulunmaktadır. Bu nedenle sanık hakkında bütün itham delilleri toplandıktan sonra sanığın sorguya çekilmesi daha uygundur (19).

Soruşturma gizli yapıldığına göre vusuki temin için her soruşturma işleminin bir tutanak ile saptanması tutanağın sorgu hâkimi zabıt kâtibi ve alakadarlarca imzalanması gerektiğine dair Usulün 181. maddesi hükmü isabetli olarak konulmuştur.

Mehaz kanunun gerekçesinde «ilk tahkikatın açılması talebi hukuki amme davasının açılması talebini de mutazammın bulunmasından ve hukuki amme davasının açılması hakkında da maznunun dinlenmesi lâzım olduğundan hazırlık tahkikatı sırasında dinlenmiş olması ilk tahkikata da dinlenmesi zait kılmaz» denilmektedir (20).

Son soruşturma açılıp mahkemelerce hüküm kurulduktan sonra Yargıtay'da yapılan incelemede, sanığın ilk soruşturmada sorguya çekilmemesi halinde bunun biz bozma sebebi olarak kabul edildiği Yargıtay'ın bütün dairelerince benimsenmiştir.

SON SORUŞTURMADA SANIĞIN SORGUYA ÇEKİLMESİ :

CMUK. nun 208. maddesi son soruşturma kararı ilk soruşturma yapılmayan işlerde C. Savcısının iddianamesinin sanığa tebliğ edileceği hükmüne amirdir. Maddeden murad sanık sorguya çekilmeden üzerine atılan suçun ne olduğunu ve delillerin neden ibaret

(19) Ceza Usul Hukuku - Prof. Faruk Erem : 1970 Sahife : 239

(20) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu M. Muhtar Çağlayan - 1960 Sahife : 360

olduğunu bilmesidir. Yasa ayrıca tutuklu bulunan sanıklar için bir hak koymuştur. Usulün 209. maddesinde sanığın duruşmada kendisini müdafaa için bir taleple bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmeye davet olunacağını kabul etmiştir. Uygulamada bazı mahkemelerde buna riayet edilmediği gibi bazıları da bir formalitenin yerine getirilmesi şeklinde telakki edilmektedir. Yasanın amacının iyi kavranması gerekli önemin verilmesi hususunun gözönünde bulundurulması lâzımdır.

Sanığın duruşmada sorguya çekilmesinin incelenmeden önce sanığın mahkemeye gelmemesi halinde duruşma yapıp yapılamayacağı kuralı üzerinde durmak gerekir.

CMUK. nun 223. maddesi uyarınca mahkemeye gelmeyen sanık hakkında yapılamaz. Bu nedenle duruşmanın yapıp delillerin toplanıp hüküm kurulabilmesi için sanığın evvel emirde duruşmada bulunması şarttır. Burada sanığın duruşmada hazır bulunmadığı takdirde istinabe yolu ile sorgusunun yapıp yapılamayacağı hakkındaki hükümleri incelememiz gerekir. Bu husus içinde üzerinde durulması gereken hüküm CMUK. nun 226. maddesidir. Usülde en çok değişikliğe uğrayan bu madde sorgunun salim ve sıhhatli yapılmasından ziyade Türkiye’de sanığın getirilmesindeki güçlükler ve koşullara göre değiştirilmiştir. Madde 3006 sayılı Yasa ile hazır bulundurmak mecburiyetinden varestede tutabilir.

Bu takdirde maznun ilk tahkikat sırasında sorguya çekilmemiş ise, davaya esas olan vakalar üzerine istinabe suretiyle sorguya çekilir tarzında iken 1696 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle sanık veya vekaletnamesinde sarahat bulunması halinde müdafii isterse mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunma mecburiyetinde varestede tutabilir.

Ağır cezalı suçların maadasında sanık daha önce sulh ceza veya sorgu hâkimi tarafından sorguya çekilmemiş ise davaya esas olan olaylar üzerine istinabe suretiyle sorguya çekilir tarzında tetvin edilmiştir. Maddede sanık veya vekilinin denmek suretiyle müdafiiye yetki tanımış ağır cezalı suçlar için ayrı bir koşul getirilmiştir. Buna göre suç ağır cezalı ise, sulh ceza veya sorgu hâkimi tarafından sorguya çekilse bile davaya esas olan olaylar üzerine istinabe suretiyle sorguya çekilebileceğidir. Maddenin yapılan değişiklikle eklenen 4. fıkrasında duruşmadan varestede tutulmasını talep etmese bile davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında baş-

ka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığı ile yaptırılabilir, hükümdür. Bu madde uygulamada ayrı ayrı şekilde tefsir edilmiştir. Şayet sanık aynı suçtan tutuklu ise istinabe yolu ile savunmasının alınması mümkün değildir. Maddenin mefhumu mualifinde bu görüşü çıkartmak gerekir. Yargıtay «Sanık Örfi İdare Mahkemesince tutuklanmış 1402 sayılı Yasanın 15. maddesi uyarınca Sıkıyönetim Komutanlığı dosyayı Ağır Cezaya iade etmiş olmasına suçun ağır cezalı bulunmasına göre CMUK. nun 226. maddesine göre sanığın duruşmada hazır bulundurulması gerekirken gıyabında hüküm kurulması isabetsizdir.» hükmünü koymuştur (21).

Yargıtay bir kararında usulü yönünden bozmaya uyulmasından sonra bu suçtan başka cezaevinde tutuklu bulunan sanığın getirtilip yüzüne karşı duruşma yapılması gerekli iken talimatla ifadesinin alınmasının yolsuz olduğuna değinmiştir (22).

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin görüşünün aksine Yargıtay Ceza Genel Kurulu herne kadar sanık tutuklu ise de, tutuklu bulunan bir sanığın CMUK. nun 226. maddesinden yararlanamayacağı, duruşmada varestede tutulmasını istemeyeceği ve mahkemenin tutuklu bulunan sanığı duruşmada her zaman hazır bulunma zorunluğunda olduğu hususunda usul yasında bir hüküm mevcut olmadığı kararlaştırılmıştır (23).

Genel Kurulun bu görüşü hukuki olmaktan ziyade uygulamadaki güçlükler sanığın getirilmemesi imkânları nazarı itibare alınarak kabul edilmiştir. Ancak 1412 sayılı Yasanın 226. maddesi 2248 sayılı Yasanın 4. maddesi ile değiştirilmiş daha doğrusu maddeye bir fıkra eklenmiştir. Adı geçen fıkraya göre hastalık veya disiplin önlemi nedeni ile yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahaneye veya tutuk evine nakledilmiş olan tutuklunun sorgusunun yapılmış olması ve duruşmanın esaslı muamelelerinin yapılmaması şartı ile hazır bulundurulmasına gerekli görülmeyen oturumlar için celp edilememesine mahkemece karar verilebilir. Maddeye göre :

- 1) Sanığın sorgusunun yapılmış olması,

(21) Yargıtay 1. CD. nin 14.2.1973 gün ve 1972/517 Esas, 1973/544 Sayılı Kararı

(22) Yargıtay 1. CD. nin 27.2.1973 gün ve 1973/708 Sayılı Kararı,

(23) Yargıtay CGK. nun 19.6.1978 gün ve 1978/149 Esas, 1978/255 Sayılı Kararı.

● 2) Esaslı işlemlerin yapılmaması gerekir. Üzerinde durulması gereken husus esaslı işlemlerin neler olduğudur. Bu husus içinde uygulamada istikrar olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

Sanığın son soruşturma safhasında sorguya çekilmesine dair hüküm CMUK. nun 236. maddesinde yer almıştır. Maddeye göre duruşmada sanığın sorguya çekilmesi gerekir. Bunun içinde önce sanığın hüviyeti ve kişiliğinin tesbiti gerekir. Bundan sonra son soruşturma kararı veya iddianame okunur sanık sorguya çekilecektir (24).

Son soruşturmada iddianame veya son soruşturma kararı varsa görevsizlik kararı sanığa okunmadan hüküm tesis edilmesi CMUK. nun 135 ve 263. maddelerine aykırıdır (25).

Duruşma safhasında sanığın hüviyetinin alınmaması yasaya aykırı olduğu gibi sanığın sorgusu yapılmadan duruşmanın bitirilemeyeceği de takarrur etmiş içtihadlar cümlesindedir.

Hukukumuzda sanığın savunmasının alınması gerektiğine o kadar önem verilmiştir ki, evvelce sorgusu yapılan ve tutuklu bulunan sanık cezaevinden kaçtığı takdirde sanığın gıyabında duruşma yapıp hüküm verilmesinin mümkün olmadığı ve bunun CMUK. nun 226. maddesine aykırı bulunduğu içtihadlarla belirlenmiştir (26).

-
- (24) Yargıtay 1. CD. nin 19.11.1977 gün ve Esas 1977/3530, Karar 1977/3435 Sayılı İlâmı,
 (25) Yargıtay 4. CD. nin 22. 1.1970 gün ve 1848/602 sayılı Kararı,
 Yargıtay 6. CD. nin 23.12.1961 gün ve 4118/4193 sayılı Kararı,
 Yargıtay 1. CD. nin 29. 1.1970 gün ve 1970/335 sayılı Kararı,
 Yargıtay 2. CD. nin 18. 9.1979 gün ve 1979/5756 sayılı Kararı,
 (26) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 10.6.1931 gün ve 29/4 sayılı Kararı,
 Yargıtay CGK. nun 9.12.1968 gün ve 395 sayılı Kararı.

ÇOCUK MAHKEMELERİ KURULURKEN

M. Naci ÜNVER (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Yasanın getirdikleri. 3 — Yasanın getirmediikleri. 4 — Sonuç.

GİRİŞ

Çocuk mahkemelerinin kuruluşu ve yargılama yöntemleri yasa tasarısı yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmesi koşuluyla Meclislerde benimsenerek yasalaşmıştır. Dördü geçici olmak üzere toplam ellibir maddeden oluşan yasa 21 Kasım 1979 günlü Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunmaktadır. Buna göre ülkemizde çocuk mahkemelerinin 21 Kasım 1980 gününde yaşama geçmesi gerekmektedir (7.11.1979 tarih ve 2253 s. Yasa).

Yıllardır çocuklara özgü çağdaş bir yargı sisteminin özlemi çekilen ülkemizde bu olayın önemi yadsınamaz. Ancak bu konuda geç kaldığımızı da vurgulamak isteriz şöyle ki ; Dünyada ilk çocuk mahkemesi 1889 yılında kurulmuş ve bir çok batı ülkesi soruna içinde bulunduğumuz yüzyılın başlarında çözüm getirebilmiştir (1). Hatta kimi Asya Ülkelerinde bile yıllar önce bu konuda önemli gelişmeler sağlanmış bulunmaktadır. Bu bilgiler bize ülkemizde çocuk yargısı konusunun nedenli gecikmeyle ele alındığını göstermek yönünden ilginçtir.

YASANIN GETİRDİKLERİ : Yasa her il ve asliye örgütü bulunan her ilçede çocuk mahkemesi kurulmasını, illerdekinin Ağır Cezalık işlere bakmak üzere toplu, ilçelerdekini ise tek yargıçlı olmasını öngörmektedir (M. 1).

Yasanın önlemler bölümünde 11 yaşını bitirmiyen küçüklerin bir yıldan fazla hapis veya ağır hapis cezasını gerektiren bir suç işlemeleri halinde eskiden olduğu gibi ceza verilmeyeceği, ancak kimi önlemler uygulanacağı esası benimsenmiştir. Bu önlemler arasında :

(*) Yargıtay 8. CD. Tetkik Hâkimi.

- 1. Veli, vasi ya da bakıp gözetmeyi üstlenen yakınının birine teslim.
- 2. Bakıp gözetmeyi üstlenen güvenilir bir aile yanına yerleştirme.
- 3. Bu amaçla kurulmuş yetiştirme yurtlarına veya benzeri resmi ya da özel kurumlara yerleştirme.
- 4. Genel ve katma bütçeli daireler yerel yönetimler bankalar, iktisadi Devlet Kuruluşlarının ve bunların ortaklıkları tarafından kurulmuş fabrika, kuruluş yahut tarım işletmeleri ve benzeri yerlere ya da meslek sahibi bir ustanın yanına yerleştirilmek.
- 5. Resmi veya özel bir hastahane ya da iyileştirme evine veya eğitimi güç çocuklara özgü kurumlara yerleştirme biçimindedir (M. 10).

Bu maddedeki önlemlerin 11 yaşını bitirmelerine karşın ceza ehliyeti olmayanlara da uygulanacağı öngörülmüştür (M. 12).

Evvelce Türk Ceza Yasasının 53. maddesinde de böyle durumlarda küçüğün 18 yaşını bitirinceye kadar veli ve vasiye yahut Devlet Kurumu yönetimindeki bir kuruluşa yerleştirilebileceğine ilişkin kural bulunmaktaydı.

Yasada önemli sayılabilecek başka bir yenilik, 11 yaşını bitirip te 15 yaşını bitirmeyenler ve ceza ehliyeti bulunan küçüklere uygulanacak cezalarla ilgilidir. Bu küçüklere ölüm cezası yerine 15 yıl ve ömürboyu ağır hapis yerine 10 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilecek, bunun dışındaki cezalar yarıya indirilecek ağır hapis cezalar yarıya indirilecek ağır hapis cezaları hapse çevrilecek ve 7 yıldan fazla hapis cezası verilmeyecektir.

Yasada ayrıca küçüklere kamu hizmetlerinden yasaklılık ve genel güvenlik gözetimi altına alınma cezaları uygulanmayacağı bu hükümlülüklerin tekerrüre esas alınmayacağı da öngörülmüş bulunmaktadır (M. 12).

Bu duruma göre Türk Ceza Yasasının 54. maddesinde küçüklere verilmesi gereken cezalarda belirli ölçülerde azaltma öngörülmüştür. Çünkü anılan maddede ölüm cezası yerine en az 15 yıl en

fazla 24 yıl ağır hapis, ömür - boyu hapis yerine de 10 yıldan 15 yıla kadar ağır hapis uygulanacağı öteki cezaların da salt yarısının indirileceği kuralı benimsenmiştir.

Yasanın getirdiği günümüz koşullarına uygun gördüğümüz başka bir yenilik de : Beden, ruh ve ahlâk gelişmeleriyle kişisel güvenlikleri tehlikede olan, ya da ana ve babasına karşı ağır bir baş kaldırma içinde bulunan küçükler hakkında veli, vasi ve C. Savcılığının istemi üzeri 10. maddedeki iyileştirici önlemlerin uygulanacağı yönündedir (M. 14).

Yasanın soruşturma ve kovuşturma yöntemlerine ilişkin bölümünde de küçüklerle ilgili hazırlık soruşturmasını ancak C. Savcılarınca yapılacağı kuralına yer verilmiştir (M. 19).

Bu bölümde gerekirse ceza ve önlemlerden önce çocuğun aile ve okul durumu, davranışları ve içinde yetiştiği koşulların sosyal hizmet uzmanlarınca inceleneceği, ayrıca işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden bedensel ve akılsal, ayrıca ruhsal durumu da uzman kişilerce saptanmasına karar verilebileceği yönünde önemli bir kural yer almaktadır (M. 20).

Aynı bölümde gördüğümüz başka bir yenilik ise ceza ve önlem uygulanmış ya da cezası ertelenmiş küçüklerin 3 yıla kadar gözetim altında bulundurulmalarına karar verilebileceği ve gözetim görevinin de çocuk mahkemeleri nezdinde bulunan veya mahkemece görevlendirilen gözetim delegelerince yerine getirilebileceği yolundaki hükümdür (M. 29, 30).

Yasada küçüklerin suçları ve yargılanmaları ile ilgili her türlü yayının yasaklandığını ve yaptırıma bağlandığını da görmekteyiz (M. 40).

Bu arada yasayla, önemli bir kuruluşun getirildiğini görüyoruz. Bu kuruluş Adalet Bakanlığına bağlı «Çocuk Eğitim, Islâh ve İnfaz İşleri Genel Müdürlüğü» dür. Bu kuruluş küçüklerin cezalarının yerine getirileceği Islâh ve Eğitim kuruluşları ve Çocuk Mahkemelerinin gereksinimi olan binalarla küçükler için tutuk evleri yaptırmak, çocuk mahkemelerinin gereksinimi olan personeli sağlamak, çocuk suçluluğu hakkında inceleme yapıp istatistik hazırlamak gibi bir çok hizmetleri yerine getirecektir (M. 44).

Yasanın geçici 1. maddesine göre : Tüm yurttta çocuk mahkemelerinin kuruluşu yasanın yürürlük tarihinden başlayarak 5 yıl içinde tamamlanması öngörülmüş bulunmaktadır.

YASANIN GETİREMEDİKLERİ : Getirdiği yenilikleri ana çizgileriyle vurgulamaya çalıştığımız yasanın günümüzde gerekli olup da getiremediği kimi yeniliklere de kısaca değinmek isteriz : Yasanın sakıncalı gördüğümüz en önemli yanı, salt yaşının küçüklüğü nedeniyle çocuğa daha hafif bir ceza uygulanması gibi çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmayan hukuksal bir ilkenin benimsenmiş olmasıdır. Aslında Türk Ceza Yasası'nda yer alan ve ondokuzuncu yüzyıl ceza hukukunun hatası olarak nitelenen bu ilkenin terkedilmesi gerekirdi. Bunun yerine belli sürelerdeki kimi cezalar kaldırılıp iyileştirici önlemlere yer verilmesi kanımızca daha yararlı sonuçlar doğurabilirdi.

Önemli gördüğümüz başka bir eksiklik de, ceza hukukumuzda çocuk yaşının üst sınırı 18 olarak belirlenmesine karşın 15 yaşından küçüklerin yasa kapsamına alınmasıdır. Türkiye bir çok batı ülkeleri arasında çocuk yaşının üst sınırının daha alt düzeyde tutulduğu ülkelerden birisidir. Yasa'da bu sınır daha da daraltılarak 15 yaşından büyük çocukların kapsam dışında bırakılması kanımızca büyük bir sakıncadır. Yasa'da ceza yargılama yöntemi yasında tutuklama için öngörülen ölçütün çocuklar açısından değiştirilmesi gerekirken bu konuda her hangi bir hükme yer verilmemesi de ayrı bir sakınca olarak görülmektedir. Tutuklamanın önemi ve çocuklar üzerindeki olumsuz etkileri gözönüne alınarak küçüklerin tutuklanmasının daha sıkı koşullara bağlanması gerekirdi.

Bugün ülkemizde normal adalet hizmetlerinin gereksinimi olan binaların yapımının gerçekleştirilemediği, araç gereç ve kırtasiye giderlerinin yeterince karşılanamadığı gerçeğiyle karşı karşıyayız. Bu gerçekler ortada iken yasada çocuk mahkemeleri için öngörülen bina yapımı, eğitim ve ıslah kurumlarının kurulması ve personel giderlerinin karşılanması için gerekli ve yeterli mali kaynağın karşılanması konusu ilerde büyük bir olasılıkla sorun yaratacaktır. Tüm bunlar dışında ülkemizin geri kalmış yörelerinde özellikle kırsal kesimlerde yasanın önlemlerle ilgili hükümlerinin uygulanmasının zorluğu da ortadadır. Ayrıca bu yörelerde uzman bulunması konusunun güçlüğünü gözden uzak tutmamak gerekir.

SONUÇ : Yasa, çocuk yargısı oluşturma yolunda yeni atılmış bir adım olarak, kuşkusuz, iyi bir başlangıçtır. Ancak : Amaç çocuk-

ların salt başka bir mahkeme yargılanmasına yönelik olmamalıdır. Çünkü böyle bir uygulamanın fazla bir yarar sağlayamayacağı açıktır. Bu durumda asıl amacın çocuklara özgü ve günümüz koşullarına uygun bir yargı sistemi oluşturmaya yönelik olması gerekir. Bu nedenle zaman geçirilmeden yasada kimi değişikliklerin yapılması zorunludur.

Bu değişiklikler arasında : 15 yaş ile 18 yaş arasındaki çocukların da yasa kapsamına alınması cezalarla ilgili bölümde önlemlere ağırlık verilmesi ve tutuklama ile ilgili yeni ölçüt getirilmesi ayrıca çocuk kolluğu oluşturulmasını sayabiliriz. Bunlardan başka yasanın uygulanabilmesi için gerekli mali kaynağın sağlanması yönünden bir vakıf kurulması konusu üzerinde durulmalıdır. Bu kuruluş gerçekleştiğinde yasanın işlerlik kazanmasına büyük çapta katkısı olacaktır. Üstelik konu çevresinde geniş bir kamu oyu oluşturulacak ve yurttaşların da konuya ilgileri ve yardımları böyle bir girişimle gerçekleştirilecektir.

Ancak bütün bu saydığımız eksiklerin giderilmesi halinde uygulama etkinlik kazanacak ve yararlı sonuçlar verebilecektir.

(1) Dünyada ilk çocuk mahkemesi A.B.D. nin Şikago kentinde kurulmuş, bunu 1905 tarihinde İngiltere izlemiştir.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN DAVA AÇILMASININ İYİ NİYETLİ ZİLYEDİ HANGİ ANDAN İTİBAREN KÖTÜ NİYETLİ ZİLYET HALİNE SOKACAĞI SORUNU

Nihat YAVUZ (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Roma, Cermen ve Pandekt, Fransız, Avusturya, Alman, Sosyalist Avrupa Ülkeleri Hukuku Yönünden Durum : A — Roma Hukuku'nda. B — Cermen ve Pandekt Hukuku'nda. C — Fransız Hukuku'nda. Ç — Avusturya Hukuku'nda. D — Alman Hukuku'nda. E — Sosyalist Avrupa Ülkelerinde. 3 — İsviçre ve Türk Hukuku Yönünden Durum : A — İsviçre Hukuku'nda : 1 — Rossel - Mentha. 2 — Ostertag. 3 — Homberger. 4 — Wieland. B — Türk Hukuku'nda : 1 — Belgesay. 2 — Sungurbey. 3 — Feyzioğlu. 4 — Akipek. 5 — Oğuzman - Seliçi. 6 — Gürsoy - Eren - Cansel. 7 — Tekinay. 8 — Utku. C — Medeni Ulusal Hukukçularının Görüşleri : 1 — Bilge - Kuru. 2 — Postacıoğlu. 3 — Bilge Önen. 4 — Belgesay. 5 — Ansay. Ç — Bu Konuda Federal Mahkeme İle Yargıtay'ımızın Görüşü : 1 — Federal Mahkemenin Görüşü. 2 — Yargıtay'ımızın Görüşü. 3 — Görüşümüz.

1 — GİRİŞ

Davanın açılmasının maddi ve usul hukuku yönünden bazı sonuçları doğurduğu kuşkusuzdur. Örneğin maddi hukuk yönünden zaman aşımını kestiği (BK. m. 133/2, TK. m. 662, MK. m. 640, 701/2), kişisel haklarla ilgili bazı davaların (MK. 85/2, 127) koğuşturma haklarının mirasçılara geçmesi ve davalının direngen duruma düşürülmesi sonuçlarını meydana getirmektedir. Usul hukuk bakımından ise, mahkemeyi harekete geçirmek, davanın açıldığı tarihe göre dava şartlarının olup olmadığının araştırılması ve hükme bağlanması, derdestlik halinin doğması (HUMK. 187/4), davacının, davalının rızası haricinde davasından vazgeçemeyeceği (HUMK. 185/1), ile iddianın değiştirilemeyeceği ve de genişletilemeyeceği (HUMK. 185/2) yasağı durumu doğar. Ayrıca özel yasalarda bazı ayrıık hükümler getirilmiş olabilir (Ör. İİK. 72, Vergi Usul Yasası m. 323/1).

Biz burada, bunlardan ayrı olarak dava açılmasının iyi niyetli zilyedi kötü niyetli hale sokup sokmayacağı ve eğer sokacaksa hangi andan itibaren bu sonucun doğacağı durumunu, sırasıyle Roma, Cermen, Fransız, Avusturya, Alman, İsviçre ve Türk hukuku yö-

(*) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.

nünden incelemek olacaktır. Ayrıca konu taşınmaz durumlarının özellikleri gözden kaçırılmaksızın Avrupa'nın sosyalist kesimindeki ülkeleri yönünden de işlenecektir. Doğal olarak öncelikle doktrin-deki (öğreti) ve ardından yargısal inançları saptadıktan sonra görüşümüzü açıklayacağız.

Ancak burada kısacada olsa iyi ve kötü niyete temasta fayda vardır. Bilindiği üzere BGB. 932 gibi Türk - İsviçre hukukunda subjektif iyi niyeti olumsuz yönden ele almıştır. Genellikle gerçekte hakkı mevcut olmadığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen olarak tanımlanmaktadır. Bu böyle olunca kötü niyetli kişi gerçekte hakkı olmadığını bilen veya duruma göre bilmesi gereken olarak tanımlanabilir. Ancak burada hemen belirtelim ki, MK. m. 3'te geçen iyi niyet sözcüğü ile aynı yasanın 2. m. de geçen iyi niyet sözcüğü aynı anlamda değildir. 3. maddedeki iyi niyet, bir hak üzerinde yanılmayı, subjektif bir durumu, 2. madde geçen iyi niyet ise dürüst bir kişinin herhangi bir durum karşısında alacağı pozisyonu anlatır. Öğretide genellikle subjektif iyi niyet kavramı (BONNE FOİ, GUTER GLAUBE), objektif iyi niyet kavramı ise (BONNE FOİ TREU UND GLAUBEN) terimleri ile ayırılmaktadır.

Fransız ve Alman Medeni Yasaları (Fr. MY., 1134, AMY. 157) iyi niyete ancak sözleşmeler de ve onların yorumunda dokunmuşlardır. Oysa MK. numuz daha ileriye giderek iyi niyet konusuna genel bir esas olarak başlangıç kısmında temas etmiştir.

İyi niyet kaidelerinin ise uygulamadaki yararları şunlar olabilir : a) Sözleşmelerin yorumunda iyi niyet kaidelerine tutunarak hakseverlik ve denkseverlik'e uygun olarak uygulama imkânı sağlanabilir. b) Eylemi yapan kimsenin hukuksal sorumluluğu buna göre tayin edilebilir. c) Yasal hilelerin önüne böylece geçilebilir.

Bizim burada tartışma konumuz ise «BONA FİDES EST İLLA-ESA COSCIENCIA PUTONTIS REM SUAM ESSE» 4dir. Yani bir şeyin kendisine ait olduğunu zan eden kimsenin samimi inancıdır. İşte bu inançta olan zilyede karşı açılan geri alma davasında davalı hangi anda kötü niyetli duruma girer. Araştırma konumuz budur.

2 — ROMA, CERMEN, FRANSIZ, AVUSTURYA, ALMAN, SOSYALİST AVRUPA ÜLKELERİ HUKUKU YÖNÜNDEN DURUM

a) **Roma Hukukunda** : İlk önce klasik hukukla, Justinianus hukuku devrelerini birbirinden ayırmak lâzımdır. Her iki devrede

de soyut davanın açılması, onun iyi niyetini kaybetmesini gerektirmez (Bununla beraber J. Gaillot zorunlu nedenlere dayanan durum ayrık, iyi niyetli zilyedi, davanın başlangıcından sonraki devrede kötü niyetli zilyede benzetir). Zira dava zilyede göre haksız olabilir. Ve bu inancında samimi olabilir. Buna rağmen davanın açılması Litis Contestatio - her iki hukuk devrinde de iyi niyetli zilyedin semereleri kazanma hakkı üzerinde rol oynar ve ona bu bakımdan kişisel de olsa bir geri verme borcu doğurur. Justinianus hukukuna kadar, davalı (iyi niyetli zilyet) davanın başlangıcına kadar elde etmiş olduğu semereleri kazandığı ve semerelerden dava veya hüküm zamanında elinde bulunanları dahi geri vermediği halde, Justinianus hukuku ile birlikte bu semerelerden hükmün verildiği anda halen elinde kalanları, yani istihlâk etmediklerini de geri vermeye zorunlu tutulmuştur (*).

b) Cermen ve Pandekt Hukukunda : Geri verme davasının açılması ile artık zilyet kötü niyetli sayılmağa başlardı. Ve bu andan sonraki semereler üzerinde bir hak savlayamazdı. Şey'in geri verilmesi istenilmeksizin yalnız semerelerin geri verilmesi hususunda dava açılmazdı. İyi niyetli zilyedin şey'e yaptığı ve davacıdan isteyebileceği tazmini masrafların semerelerden indirilmesi orada da geçerli idi.

c) Fransız Hukukunda : Kötü niyetli zilyet, zilyetliğinin nedensiz olduğunu veya şey'i kendisine intikal ettiren geçirimli işlemde sakatlığı bilen kimsedir. **Soyut dava açılması iyi niyetli zilyedi kötü niyetli yapar mı?** Bugünkü görüş, soyut dava açılmasının zilyedin iyi niyetini ortadan kaldırmayacağı merkezindedir (Planiol-Capitant). Denir ki : Zilyet davaya rağmen kendisini haklı gör-

(*) : «Malikin, hüsnüniyet sahibi zilyet aleyhine, mülkiyet davası açması, zilyedin hüsnüniyetini kaybetmesine sebep olmaz. Çünkü zilyede göre dava haksız olabilir. Ancak dava açıldıktan sonra malik olmadığı ihtimalini hesaba katması lâzımdır ve bu husus davayı kaybettiği takdirde mesuliyetine tesir eder. Vakıa davanın başlangıcına kadar (Litis Contestatio) elde etmiş olduğu semereleri muhafaza eder. Justinianus hukukuna göre bu semerelerden, hükmün verildiği anda, daha mevcut olanları (Fructus Extantes) yalnız iade etmeğe mecburdur. Davanın açılmasından sonra elde ettiği semereleri (Fructus Percepti) iade etmeğe mecbur olmakla kalmayıp, istihsal ettikleri (Fructus Consumpti) için veya elde edilmesini kusurlu şekilde ihmal ettiği semereler (Fructus Percipiendi = toplanması icap eden semereler) için tazminat vermeğe mecburdu.» (Koschaker. age. s. 149 vd.).

mekte devam edebilir. Ve Sav'ın haksız, yersiz olduğunu da ortaya koyabilir. Fakat bu fikirle - iyi niyetli zilyedin semereleri kazanma hakkı davanın açılması ile sona erer - kaidesi nasıl bağdaştırılacaktır? Eğer onun iyi niyeti devam ediyorsa, semereleri kazanma yetkisi de hüküm tarihine kadar devam etmelidir, yok eğer davanın açılması ile bu yetki son bulur dersek, bu onun o andan itibaren iyi niyetini kötü niyete çevireceğini kabul etmek demek değil midir? Bir an için zihinleri duraksamaya sevk eden bu mantık oyunu hemen söyleyelim ki, hatalıdır. Çünkü, iyi niyetli zilyedin semereleri kazanma yetkisinin davanın açılması ile son buluşunun nedeni, onun artık kötü niyetli sayılmağa başlaması demek değil, belki verilmiş olan hükmün geriye etkili olmasının bir sonucudur. Bir Fransız yazarının söylediği gibi usulü muhakemedeki gecikmeler, malikin zararına sonuçlar doğurmamalıdır. Dava açıldığı gün hükme bağlanacak olsaydı doğacak sonuca, kararın geç verilmiş olmasına karşın - geriye yayma yolundan giderek - varmak mümkündür.

ç) **Avusturya Hukukunda :** A.B.G.B. 326. maddesi : «Zilyedi bulunduğu şeyin kendisine ait olduğunu düşündürecek, hakikate yakın olan sebeplere sahip olan kimse hüsnüniyetli zilyettir. Şey'in zilyetliğinin başkasına ait bulunduğunu bilen veya ahvalü vaziyete göre bunu düşünebilen (bilmesi gereken) kimse ise, suiniyetli zilyettir. Bir kimse, bir maddi hata veya kanuni hükümleri bilmemesi yüzünden haksız zilyet olmasına rağmen hüsnüniyetlidir.»

Fakat A.B.G.B. de hüsnüniyet asıl farz olduğu için, kuşku halinde zilyet iyi niyetli kabul edilmiştir (M. 328). Medeni semerelerin toplanmış olanları, zilyetliğin kavgasız bir surette devam ettiği bir devre içinde vadeleri son bulan kısmı iyi niyetli zilyede aittir (ABGB. 330/fıkra 2).

●● **Kötü niyetli zilyetlikte geri verme borcu :**

● 1 — Aslında iyi niyetli iken, davanın açılmasından itibaren kötü niyetli sayılan zilyet,

● 2 — Başlangıçtan beri veya sonradan şey'in zilyetliğini başkasına ait bulunduğunu bilen veya bilmesi gereken zilyetler,

● 3 — Şey'in zilyetliğini ceza yasasının yasakladığı bir işlem dolayısıyla elde eden zilyetler için söz konusudur.

d) Alman Hukukunda : BGB. Avusturya Medeni Yasası gibi açık bir şekilde «artık kötü niyetli olarak kabul edilir» dememiştir. Fakat daha çok belki Fransız öğretisindeki açıklama tarzına uygun bir şekilde «Onun sorumluluk derecesini ağırlaştırmış ve çok yerler de bu durumdaki bir zilyedi, kötü niyetlilerle birlikte zikretmiştir. Esasen Prof. Von Philipp Beck'de kötü olan sorumluluğu üçe ayırmıştır :

- 1 — Davalı, yani hakkında geri verme davası açılan zilyet (987/988 - 2)
- 2 — Hakkı olmadığını bilerek veya büyük savsama dolayısıyla bilmeyerek şey'i iktisap eden zilyet,
- 3 — Hakkı olmadığını bilâhare öğrenen iyi niyetli zilyet.

Prof. işte bunları «Kötü niyet sahibi zilyet» adı altında toplanan üç tip olarak kabul etmektedir. BGB. 989. sorumluluğun derecesini şöyle tayin eyler : Zilyet malike karşı, davanın açılmasından itibaren kusuru ile şey'in harap olması veya kayıbolmasından yahut diğer herhangi bir sebeple şey'i ona iade edememekten doğan zarardan sorumludur.» Demek oluyor ki, o aleyhine bir istihkak iddiası vaki olunca, kendisinin sonuçta haklı çıkacağına inançlı olsa bile - yanılmak insanlara hastır - düşüncesini gözden uzaklaştırmamak ve hüküm zamanına kadar şey'i korumada kusur etmemekle yükümlü tutulmuştur. Şayet dava aleyhine sonuçlanırsa, onun ikame tarihinden itibaren şey'in semerelerinden de öncelikle sorumlu olacağına işaret edelim. BGB. 987/2 (1).

e) Sosyalist Avrupa Ülkeleri Hukukunda : Konumuz direkt olarak yargılama hukukunu çok yakından ilgilendirmektedir. Herhangi bir ülkedeki Medeni Yargılama yöntemini kuşbaşkısı da olsa bilebilmek karşılaştırmalı düşünmeyi ve sağlıklı sonucu sağlar.

Biz burada nisbeten genç olan (1a) Sosyalist Avrupa Hukuk Yargılamasının konumuzu aydınlatıcı bölümleri olan «Mahkemelerin

(1) Feyzioğlu. age. s. 15, 26, 27, 68, 91 vd.

(1a) «Sosyalist yargılama yasaları arasındaki en eski yasa, 1.9.1923 tarihli Rus Sosyalist Federal Sovyet Cumhuriyetinin yasasıdır. 1.5.1962 tarihinde «Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Birlik Cumhuriyetleri Hukuk Yargılamasının kuralları» yürürlüğe girmiştir. Buna uygun olarak,

tarafalara yardım etme yükümü» ile «Objektif gerçekliğin araştırılması ilkesi» kısımlarından kısa alıntılarla yetineceğiz.

1 — Mahkemelerin taraflara yardım etme yükümü : «Tarafların yönetsel haklarını kullanırken gerçek (fiili) eşitliklerini sağlamak, yargısal düellonun tehlikesini ortadan kaldırmak ve gerçeğin aydınlatılmasına tarafların en yüksek ölçüde katılmalarını sağlamak için sosyalist hukuk yargılaması, mahkemelere, haklarını kullanırken taraflara yardım etme yükümlülüğü vermiştir. Bu yüküm, sosyal adaletin sağlanmasına ve erdemce güçlü karar verilmesine yardım eder.

Mahkemelerin taraflara yardım etme yükümlülüğü, hukuk yargılama yasalarının başlangıç hükümlerine (RSFSR, ZPO m. 14, 11, Bulgar ZPO m. 4, 111, Polonya ZPO m. 5, Yugoslav ZPO 10) sosyalist hukuk yargılamasının ana ilkelerinden birisi olarak gösterilmiştir. Bu ilkeye aykırı davranılması, daima kararın bozulmasına, temyiz yoluyla ortadan kaldırılmasına neden olur.

Mahkemelerin taraflara yardım etme yükümlülüğü, tarafların bütün yönetsel işlemleri bakımından geçerlidir. (Mahkemenin yardım edici rolünün önemli uygulama alanları şunlardır : a — Tecrübeli hukukçuları bile zorluklarla karşı karşıya bırakabilen isbat yükünün aykınlatılması. b — Yanlış yapılan yönetsel işlemler, c — Gerçek davalının belirtilmesi. Mahkemelerin davacıya davayı düzeltebilme (ıslah debilme) olanağının da bulunduğunu bildirmesi yükümü vardır...)

1963 - 1964 yılları arasında, herbir onbeş birlik cumhuriyetinin yeni yargılama yasaları yapılmıştır. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliğinde şu anda yürürlükte bulunan hukuk yargılamasının tarihi, 1.10.1964'tür. Bu yasa, açıklamaların konusunu teşkil etmektedir. Şimdi yürürlükte olan sosyalist ülkelerin yeni hukuk yargılama yasalarının tarihleri sırayla şöyledir : 8.2.1952 tarihli Bulgaristan Halk Cumhuriyeti (Bu yasa 10.11.1961 tarihinde esaslı biçimde değiştirilmiştir), 6.6.1952 tarihli Macaristan Halk Cumhuriyeti (Bu yasa, 8.7.1972 tarihinde esaslı biçimde değiştirilmiştir), 24.4.1957 tarihli Yugoslav Sosyalist Federal Cumhuriyeti (Bu yasa, 29.12.1961 ve 15.3.1965 tarihlerinde esaslı biçimde değiştirilmiştir), 17.12.1963 tarihli Çekoslovak Sosyalist Cumhuriyeti ve 17.11.1964 tarihli Polonya Halk Cumhuriyeti Hukuk Yargılama yasaları. Sosyalist Romanya Cumhuriyeti Hukuk Yargılama Yasası 1865 yılında yürürlüğe girmiş ve 1.3.1948 tarihinde esaslı biçimde, 1950 - 1969 tarihleri arasında da pek çok değişikliğe uğramıştır ... Demokratik Alman Cumhuriyeti Hukuk Yargılama Yasası, 1.1.1976 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

2 — Objektif Gerçekliğin Araştırılması İlkesi : Sosyalist hukuk yargılaması kuramında «Objektif gerçeklik» sözcüğü, «biçimsel gerçeklik» sözcüğünün karşıtı olarak kullanılmaktadır. Gerçek hukuksal durum, dava dışında olduğu gibi ortaya çıkarsa karar objektif gerçekliğe sahip demektir. Eğer karar, yalnızca tarafların öne sürdükleri sav ve savunmalardan ortaya çıkıyorsa, o zaman biçimsel gerçekliğe varılmış demektir. Klasik tasarruf ilkesi, yalnızca biçimsel gerçeklikle yetinir. Objektif gerçekliğin araştırılması ilkesinden şu anlaşılır : Mahkeme tarafların ileri sürdükleri delil ve olgularla bağlı değildir, aksine kendiliğinden olgular ve deliller toplayarak gerçeği ortaya çıkarma yetki ve yükümlülüğüne sahiptir. Eğer mahkemenin böyle bir yükümlülüğü ve yetkisi bulunmasaydı, yapacağı saptama (yani vereceği karar) yanlış olabilirdi... Bu nedenle objektif gerçeğin araştırılması ilkesi, sosyalist hukuk yargılamasının temel direklerinden birisi olarak kabul edilir, anayasalarda ve de hukuk yargılama yasalarında bu böyle gösterilir...» (1aa).

3 — İsviçre ve Türk Hukuku Yönünden Durum :

A) İsviçre Hukukunda :

1 — ROSSEL - Mentha : «Münhasıran davanın ikamesi anında müddeinin hakkı bedihi olduğu takdirde zilyedin davası red olunacağı nazarı mülahazaya alınarak o dakikadan itibaren zilyet ve kaleti olmadan başkası hesabına tasarruf etmiş ad ve itibar olunur» (2).

2 — OSTERTAG : «Objektif hüsnüniyet kaidelerine tevfiikan, zilyedin artık kendisini hak sahibi telâkki etmesini imkânsız kılacak bir derecede, davacının hakkı açıkça kabili isbat bulunduğu takdirde, davanın ikamesi ile o, kötü niyetli zilyet gibi geniş ölçüde mesul olur» (3).

3 — HOMBERGER : «Vaki her ihbar veya hak sahibinin her dava ikamesi zilyedin hüsnüniyetini ihlâl eder mahiyette sayılamaz. Ancak mukni delillerle teyit edilmiş olanları bu mahiyette kabul olunmak gerekir. Eğer şüpheli ahval ile dikkat çekilmiş ve bu du-

(1aa) : Stalev. agm. s. 152,170 vd.

(2) Rossel Et Mentha. age. s. 650 ve 1379

(3) Ostertag. Feyzioğlu, age. s. 137'den naklen.

rumda dikkatli bir zilyedin vaziyeti aydınlatıcı araştırmalarda bulunması gerekmişse, o halde, zilyet iktisabına dair tahkik mükellefiyetini tahmil muhik görünür. Aynı şey, esas bakımından başka dava ikamesi hali veya mahkemeye yapılan talepler için de varittir. Davanın müstenidatı tebliğ olunmakla bir çok hallerde davalının hüsnüniyeti ihlâl olduğu halde, İsviçre MK., BGB.'den farklı olarak bu tarzda bir müracaattan sonra zilyedin daha ağır bir mesuliyete tabi olunacağına dair bir hüküm ihtiva etmez» (4).

4 — WIELAND : «Nihayet fıkra 3, hak sahibi tarafından dava ikamesi tarihinden hüsnüniyet sahibi zilyede de tatbik olunur. Bununla beraber buna da dermeyan olunan fikir zilyedin kendi aleyhine bir talep vukubulduğu andan itibaren iade ihtimalini nazarı dikkate alınması lâzım geldiği mülâhazasına istinat eder. Buna bu davacının dava açıldığı zaman iade vaki olsaydı ne alabilecekse onu istemekte hakkı olduğunu da ilâve etmek lâzım gelir» (5).

B) Türk Hukukunda :

1 — BELGESAY : «Kaide olarak aleyhine dava açılmakla iyi niyetli zilyedin kötü niyetli zilyet sayılamayacağını kabul eder. Fakat dayanılan kanıtlardan haksızlığını anlayabilmişse iyi niyet kötü niyete çevrilir. BGB.'deki kaideler TMK. da yoksa da hükmün neticelerinin dava gününe irca edilmesi genel kaide olduğundan, taraflar arasındaki hesaplaşmanın dava günündeki duruma göre yapılmasını önerir» (6).

2 — SUNGURBEY : «... MK. 935. maddesine göre açılacak olan tapu kaydının düzeltilmesi davası, Muratoğlu'nun iyi niyetini kötü niyete dönüştürecek ve davanın açıldığı andan başlayarak, şirket, Muratoğlu'ndan hak konusunu kiralamakla elde etmiş olacağı çıkarları ile bizzat kullanmakla elde etmiş olacağı çıkarlar arasındaki farkları isteyebilecek midir?

Bu sorun, Yarg. Üyesi Sayın Mustafa Reşit Karahasan'ın «G. Menkul Hukuk Davaları» adlı eserinin (İst. 1974) 318. sayfasında verdiği ve Yargıtay İçtihatlarına dayanan bilgilere göre şöyle çözülebilir :

(4) Homberger. age. s. 148, No : 8-9.

(5) Wieland. age. s. 841.

(6) Belgesay. age. (TKM. Şerhi.) s. 392.

Zilyede karşı açılmış geri verme davası üzerine zilyedin iyi inancının kalkıp kalkmayacağı yani böylece kötü niyetli «inançlı» zilyet durumuna sokulmuş olup olmayacağı yönü tartışmalıdır. Yargıtay'ın (Örneğin HGK. 15.4.1953, 4/40 - 44, 3. HD. 7.10.1963, 8136/6353 sayılı ilâmlarında olduğu gibi) davanın açılması ile zilyedin kötü inançlı duruma düşmeyeceği, iyi inancın ortadan kalkmayacağı görüşünü yansıtan kararlarının baskın olduğu söylenebilir. Öyle ki, açılan davaya ilişkin karar gününden başlayarak zilyet kötü inançlı duruma girer. Eğer, açılan dava, davacının hakkını pek açık olarak ortaya koyuyorsa, zilyet, MK. 2'deki dürüstlük kuralları gereği, artık iyi inancı bulduğunu ileri sürememelidir. Böylece, dava günü, kötü inancın başlangıcı olarak kabul edilmelidir.

Olayımızda Muratoğlu, mahkeme kararlarında hakkının intifa hakkı olarak nitelendirilmesi nedeni ile hak konusu yeri kiraya vermiş olduğundan, ona karşı, tapu kütüğünün düzeltilmesi için MK. 935'e göre dava açılması, başlı başına iyi niyetini kötü niyete dönüştürmek açısından yeterli olmayacaktır. Ancak mahkemece bu yolda karar verildikten sonra, Muratoğlu'nun iyi niyetinin kötü niyete dönüştüğü kabul edilebilir. Bu nedenle - Muratoğlu'na karşı, geçen paragrafta belirtildiği üzere MK. 935'e göre açılacak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası sonuca ulaşmadıkça, hükme konu bu yer kullanmasından ötürü elde ettiği çıkarlar kendisinden istenemeyecektir. Ancak davayı olumlu olarak sonuçlandıran karar tarihinden sonra, böyle bir istem ileri sürülebilecektir» (7).

3 — FEYZİOĞLU : «Bizim de kanaatimiz odur ki, davadan sonra, fakat daha hüküm sadır olmadan önce mücerret şeyin zilyetliğini muhafaza etmek, suiniyete hamlonulamaz. Aynı şekilde davanın ikamesi ile de, hüsnüniyetli zilyedi mutlaka kötüniyetliler arasına katmak icab etmez. Hakikat, belki vakıaların içinde daha kolaylıkla anlaşılabilir. Fakat biz, bu takdiri meseledir diyerek işin içinden çıkamayız. Kanaatinde ne kadar samimi olursa olsun hüsnüniyetli zilyedin davayı kazanamamak ihtimalini de artık gözönünde tutması lâzım gelir. Bu sebeple onun davadan sonraki mesuliyetini ağırlaştırmak, yani Wieland'ın teklifi veçhile, kusuru ile şey'e arız olacak zararlardan artık mesul tutmak lâzımdır. Şüphesiz kanda ayrı bir maddenin bulunmasını biz de Sayın Dr. Utku gibi temenni ederdik. Fakat bu hal tarzına MK. 3'ten de ulaşmanın müm-

(7) Sungurbey - Kaniti : age. s. 175 - 176.

kün olduğunu sanıyoruz. MK. m. 3/2. diyor ki : Ancak icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı göstermeyen kimse hüsnüniyet iddiasında bulunamaz. Bizim de hüsnüniyetli zilyetten davanın ikâmesinden sonra beklediğimiz bir ihtimam vardır. Bu ihtimam, neticeye kadar şey'e kusuru ile zarar iras etmemek hatta semereleri v.s. yi bir yere tevdi etmek, yahut muhafaza etmektir. Binaenaleyh o hüsnüniyet iddiaları elbette dinlenmeyecektir» (8).

4 — AKİPEK : Yapıtının 268 ve 269. sayfalarında öğreti ve uygulamadaki durumu kısaca açıkladıktan sonra ileri sayfalarda şöyle der : «Dava açılması kural olarak zilyedi suiniyetli hale sokmaz. Bununla beraber mesuliyetin ağırlaştığını kabul etmek yerinde olur» (9).

5 — OĞUZMAN - SELİÇİ ise fikir beyan etmeksizin tartışmayı ortaya koyarlar : «Zilyet aleyhine dava açılmasının onu hüsnüniyetli olmaktan çıkarıp çıkarmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay sadece dava açılmasının zilyedi kötü kötü niyetli kılacağını kabul etmemektedir» (10).

6 — GÜRSOY - EREN - CANSAL : «Zilyetliğin haksız olduğunu öğrenmesi veya öğrenmesinin gerekli olduğu andan itibaren kötü niyetlilik başlar. Zilyetliğinin haksız olabileceğinin ciddi olarak kabul edilebileceği hallerde, bunu araştırma zorunluluğu vardır. Bununla birlikte, diğer tarafın bir iddiası tek başına zilyedi kötü niyetli hale sokmaz, dava ikamesinde de durum böyledir. Ciddi dayanakları bulunması halinde sadece davanın açılmış olması, iyi niyetliyi kötü niyetli haline getirebilir. Durum hale göre takdir olunur (MK. 4)» (11).

7 — TEKİNAY : «İade ile yükümlü bulunan zilyet, malı iyi niyetle iktisap etmiş olsa bile onu iade ile mükelef bulunduğunu öğrendiği andan itibaren kötü niyetli sayılmalı ve bundan sonra vuku bulan ziya ve hasardan sorumlu tutulmalıdır. Meselâ, sahibinin rızası olmadan elinden çıkan bir malı iyi niyetle iktisap eden zilyede, asıl hak sahibi, gerçek durumu yani malın rızası hilâfına elinden çıktığını, inandırıcı delillerle birlikte bildirerek ondan iade talebinde

(8) Feyzioğlu : age. s. 140.

(9) Akipek. age. s. 275.

(10) Oğuzman - Seliçi : age. 124.

(11) Gürsoy - Eren - Cansal :age. s. 165.

bulunmuştur. Bu iddia ve delillere rağmen zilyet malı iade etmemekte direnirse artık kötü niyetli sayılacaktır. Fakat şu noktayı özellikle belirtelim ki, iade ile yükümlü zilyedin böyle bir iddiaya ve kendisine bildirilen delillere derhal inanması gerektiği söylene-
mez, dürüstlük kurallarına göre onun bu iddiaya ne zaman inanması gerektiğini Yargıç tayin etmelidir. Sözü edilen zamanın, mahkemece iadeye karar verildiği tarih olduğu da mutlak olarak kabul edilemez, zilyet sırf iadeyi geciktirmek amacına dayanmayan temyiz ve karar düzeltilmesi gibi kanun yollarına başvurmuşsa, onu bu safhaların sonuna kadar iyi niyetli saymak mümkündür. Gerçi iade ile yükümlü zilyedin önceki zilyet tarafından ileri sürülen hakkın gerçekten mevcut olup olmadığını incelemek veya bu hususta alabileceği bilgileri edinmekle yükümlü bulunduğu, yine dürüstlük kuralları çevresinde kabul edilebilir, ne var ki, değerlendirilmesi güç hal şartlar karşısında yanlış, fakat mazur görülebilir bir düşünceyle iadeden kaçınan zilyet iyi niyetli olmaktan çıkmış sayılmaz» (12).

8 — UTKU : «Esas itibariyle dava açılmakla iyi niyetin devam edeceğini, ancaksorumluluğun ağırlaşmış sayılacağını, yani davanın açılmasından itibaren kusuru ile olacak zararlardan iyi niyetli zilyedin sorumlu tutulacağını kabul ve yasanın suskunluğu karşısında BGB. 989'a benzer bir hükmü İMK. ve dolayısıyla TMK. görmeyi temenni eder» (13).

c) Medeni Usul Hukukçularının Görüşleri

1 — BİLGE ve KURU : Bilge (14) ve Kuru (15) gerekçesiz bir şekilde iyi niyetli zilyedin MK. 908. yönünden, davanın açılması ve dava dilekçesinin davalıya tebliği ile bazı hallerde, davalının iyi niyetinin kötü niyete dönüşeceğini beyan ederler.

2 — POSTACIOĞLU : «Borçlunun hüsünüyet sahibi olabilmesi bilâhare haksız çıktığı takdirde dava tarihinden itibaren semereleri iade mecburiyetine nihayet vermez. Zira davacı davayı kazandığı takdirde bunun davanın ikamesi gününde elde etmiş gibi kendisine bir durum temin etmek istemektedir» (16).

(12) Tekinay : age. 158 - 159.

(13) Utku : age. s. Feyzioğlu'dan naklen s. 138 - 139.

(14) Bilge : age. s. 396.

(15) Kuru : age.s. 312 (1968 baskısı), s. 296 (1974 baskısı), s. 1149 (1980 baskısı 2. cilt)

(16) Postacioğlu : age. s. 296 (1966 baskısı), s. 401 (1975 baskısı).

3 — BİLGE - ÖNEN : «Mesuliyetin şumulünü tayinde hüsnüniyetli veya suiniyetli olmanın tesir ettiği hallerde, önce hüsnüniyetli durumda olan davalı, davanın açılmış olduğunun kendisine tebliği ile kötünüyetli duruma düşer. Örneğin MK. m. 908 fıkra 3. gereğince iade ile mükellef olan zilyet ve BK. 63 uyarınca sebepsiz iktisapta iade mükelefi olan kimse davanın kendisine tebliği ile kötü niyetli duruma girerler ve mesuliyetleri ona göre hesaplanır» (17).

4 — BELGESAY : «Davaların tahkiki ile hükme bağlanması, zamana mütevakıf olduğundan dava ikame edildiği gün bazı neticeler doğurması zaruri görülmüş, böylece hakkını, daha açtığı gün alamayan davacının bu yüzden uğrayabileceği zararlar tahdit edilmiştir...

Dava, davalının hüsnüniyetini suiniyete çevirmese de bütün neticelerini açıldığı güne irca zarureti bulunduğundan, davalı hüsnüniyeti devam etse bile dava gününden itibaren dava olunan şeyin hasarından mesuldür. Davalı, davacının şekilli bir surette kendinden istenen şeyde ne dereceye kadar haklı olabileceğini araştırmalıdır» (18).

5 — ANSAY : «MK. 908/3. mucibince zilyet hak sahibi tarafından dava açıldıktan sonra kötü niyetli duruma girecektir. Fakat zilyedin bundan haberdar olması şarttır (Bern Usulü, m. 161 f. 3, Alman MK. m. 978. f. 1, m. 989 ve 292)» (19).

ç — Bu Konuda Federal Mahkeme İle Yargıtay'ımızın Görüşü :

1 — FEDERAL MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ : «Kanunun sükutu önünde, zilyedin davayı hüsnüniyetle, yani kendisinin haklı olduğu yolunda samimi bir kanaat taşıyarak itiraz etmesi şartıyla, mücerret dava ikamesinin onu zaruri olarak suiniyetli saymayı icabettirmez. «JDT. 1929 - 15 Mart. s. 130 vd. Responsabilité envertu de la possession» (20).

2 — YARGITAYIMIZIN GÖRÜŞÜ :

(17) Bilge - Önen : age.s. 446.

(18) Belgesay : age. s. 250 vd. (HUMK. Şerhi).

(19) Ansay : age. s. 218.

(20) Feyzioğlu'ndan naklen age. s. 138. ve ayrıca dip not : 88.

(21) Tepeci, Kamil : Notlu TKM. Cilt : 2, İst. 1946. s. 264

1 — «... meni müdahale davasından sonra hüsnüniyet mefruz olmaya-
cağından meni müdahale davasının açıldığı tarih ile tarlanın hükmen iadesi
tarihi arasında geçen müddet için ecrimisil lâzım gelir» 4. HD. 11.9.1937,
2304/1822 (21).

2 — «... herne kadar davalının, dava konusu olan G. menkulün kendi-
sine tahsis edildiği ve bu itibarla malik olduğu zannı ile ve iyi niyetle bu G.
menkulde sarfiyatta bulunduğu takdirde MK. 906 gereğince hiçbir tazminat-
la sorumlu olmayacağı aşikâr ise de, davalının, davacının açtığı müdahalenin
men'i davasından sonra da bu yeri elinde bulundurmakta devam ettiği tak-
dirde olayda iyi niyet bahse konu olamayacağından bu cihetin araştırılarak
müdahalenin önlenmesinden sonra da davalının zilyetliğe devam ettiği an-
laşıldığı takdirde bu müddete münhasır olmak üzere değer kiraya hükme-
dilmek gerekir» 4. HD. 11.2.1949, 380/712 (22).

3 — «Gayrimenkulün mülkiyeti taraflar arasında ihtilâflı bulunduğu
müddetçe zilyet bulunan ve davacıyı intifadan men etmiş bulunan davalı-
ların müdahalelerinin önlenmesine karar verilmiş olması mücerret kötü ni-
yetli olduklarının kabulü için kafi olmayacağından men'i müdahale dosyası
münderecatı tetkik ve davada davalıların istinat ettikleri vakıalara nazaran
haksız olduklarını bilerek suiniyetle zilyet olup olmadıkları tesbit edilmek
ve hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmek icab eder» HGK.
15.4.1953, 40/44 (23).

4 — «Dava konusu taşınmaz davalı tarafın miras bırakanı adına senet-
sizden tesbit görmüştür. Tesbitin iptaline ilişkin dava kabul edilmiş ve dava
konusu yerler hükmen davacılar adına tescil edilmiştir. Bu druma göre
davalı tarafın öteki temyiz itirazlarının reddine, ancak, tesbitin iptaline iliş-
kin bulunan kararın kesinleşmesine kadar davalı tarafın nizalı yeri kullan-
ması iyi niyete dayandığı cihetle yazılı şekilde dava tarihinden geriye doğru
beş yıllık ecrimisilin tahsiline karar verilmesi doğru değildir. Hükmün bu
nedenle HUMK. 428. maddesi gereğince bozulmasına» 1. HD. 22.1.1979, 170/
553 (24) 25).

5 — «Dava konusu taşınmaz mal tarafların müşterek murisleri adına
1288 tarih ve 164/166 sayılı ile kayıtlı tapulu bir yer iken, davalılar açtığı
tescil davası ile tamamını adına tescil ettirip Nisan 1965 tarihli tapuyu al-
mışlar ve taşınmazı ellerinde bulundurmuşlardır. Davacıların taraf olmadık-
ları tescil davasını açarlarken müşterek muristen kaldığını bilecek durum-
da olan davalıların iyi niyetli oldukları söylenemez. Nitekim sonradan aldık-
ları Nisan 1965 tarihli tapu mahkeme yoluyla iptal edilmiş ve davacıların
paydaş oldukları saptanmıştır. Bu nedenlerle davacıların davalılardan ecri-
misil istemeye hakları vardır» 3. HD. 14.5.1979, 3095/3244.

(22) Tuğsavul, Muhsin : Emsal İçtihatlar : 1949. s. 329.

(23) Adalet Vekaleti Temyiz Kararları. Hukuk Kısmı. 1953. s. 172-173.

(24) Selçuk, Asliye Hukuk Hâkimliğinin 167/138 esas sayılı dosyasından.
Yayınlanmamıştır.

(25) Not : Özellikle en eski ve en yeni kararlardan örnekler seçilmiştir.

6 — «Davacı Belediye'nin açtığı iptal davası sonucu davalıya ait yerin 15650 metrekare olmayıp 7500 metrekare bulunduğu saptanmış ve bu karar 27.9.1977 günü kesinleşmiştir. Bu tarihe kadar davacı tapuda yazılı miktar olan 15650 metrekare yeri ekerken tapudaki tapu kaydına dayandığından bu kısım için iyi niyetli ve tapudaki mülkiyet hakkına dayandığından kabulü gerekir.

Delil tesbiti raporunda davalının 7500 metrekare iptalden sonra elinde kalan kısım dışında 12250 metrekare yeri ektiği saptandığından davacının ancak 4100 metrekare yeri tapu dışı kötüniyetle ektiği dikkate alınarak buna göre ecrimisile hükmetmek gerekir» 3. HD. 21.9.1979, 5594...5591.

7 — «Davalı, davacıların, murisi Ali'den haricen satınaldığı yerde tasarruf etmektedir. Satış bedeli ödenene kadar davalının bu yerde hapis hakkı bulunduğundan kötü niyetli zilyet olarak kabulü mümkün değildir. Bu dava 5.5.1978 tarihinde açıldığına ve bedelde 20.3.1979 tarihinde ödendiğine göre, bedelin ödenmesinden sonra davalı işgale devam ettiği takdirde ancak bu süre için işgal tazminatı ile sorumlu olacağından, davanın reddi gerekir» 3. HD. 13.12.1979, 6988/7152.

8 — «Davalı harici satışa dayanılarak taşınmaz malı satın almış ve zilyetliğini bu satışa dayanılarak sürdürmüştür. Tapulu yerin harici satışı geçersiz ise de satın alan davalı satış bedeli kendisine ödenene kadar hapis hakkına haiz bulunduğundan kötü niyetli zilyet olarak kabul edilemeyeceğinden ecrimisille sorumlu tutulamaz.

Mahkemece davalı tarafa harici bedelinin iade edilip edilmediği araştırılmadan davanın kabulü doğru değildir.

Satış bedeli davalı tarafa ödenmiş ise ancak o tarihten başlayarak davacı taraf davalıdan ecrimisil isteyebilir» 3. HD. 25.2.1980, 1149/1259 (26).

3 — GÖRÜŞÜMÜZ: Konu geniş çapta her olayda duruma göre yargıcın takdir hakkına dayanmaktadır (MK. m. 4). Zira bu konuda Alman ve Avusturya Medeni Yasalarındaki benzer bir hüküm, Medeni Yasamızda veya başka bir yasamızda yer almamış bulunmaktadır. Onun için yargıcın takdir hakkına dayanmak kaçınılmaz hal almaktadır. Ancak yargıç sonuca giderken ve takdir hakkını kullanırken yaşamın olağan akışını ve içinde bulunduğu toplumun sosyal, ekonomik ve kültürel özelliklerini de düşünerek yanların yararlarını, MK. m. 4 gereğince hakseverlik ölçüleri içinde birleştirmek işlevinde olacaktır.

Alman öğretisinde ortaya konup «**Interessenjurisprudenz**» adı verilen, **Menfaat Bağdaştırma** metodu diyebileceğimiz, usule göre hukuk, karşılaştıran türlü yararlar arasında bir birleştirme yapan ve üstün tutan kurallardan oluşmuştur. İşte yargıç her olayda ilintisi olan yararları araştırıp karşılaştırmak ve bağdaştırmak durumunda olacaktır. Çünkü, gerçekten dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren kesin olarak iyi niyetin kötü niyete dönüştüğünü kabul etmek yaşamın olağan akışına uygun düşmez. Ancak bunun tam tersi de olabilir. Yani davalı dilekçenin tebliği veyahut dava sırasında dahi -örneğin keşifte yapılan uygulama ve dinlenen tanık sözleri üzerine- durumu anlayıp gerçeği kavrayabilir. İşte o andan itibaren davalının iyi niyetli sayılmaması ise çok açıktır. Belirtelim ki, bütün bunlara karşın davalı gerçekten dayandığı kanıtlarına iyi niyetle inanarak savunma yapmış ve davayı da kaybetmişse, ancak kararın kesinleşmesi ile kötü niyetli duruma girer.

Yeri gelmişken bir konuya dokunmakta fayda görürüz. MK. 908. maddesinin 3. fıkrası örnek İsviçre Medeni Yasasından yanlış tercüme edilmiştir. Aslı, «Zilyet o şey'in kime iadesi lâzımgeldiğini bilmediği müddetçe, ancak kendi kusuruyla vukubulan zararlardan sorumlu olur» şeklindedir. O zaman bu duruma özgü olarak dava açılması halinde dilekçenin davalıya tebliği tarihinden itibaren artık davalı dava açıldığı anda ne verebilecekse onu iade edecek ve dolayısıyla iyi niyet savında bulunamayacaktır.

Davacının dilekçesine eklediği kanıtların gücü yanların sosyal ve kültürel durumu, davanın akışı ile davalının mahkemeye sunduğu savunma araçlarının içeriği -zira davalı davayı uzatmak için pekte yararlı olmayan savlarda bulunabileceği gibi yargıcı da rededebilir ve hatta hakkımdır diyerek çok güçlü delillerle kanıtlanmış davaya kanun yollarına başvurarak elden geldiğince zaman kazanmaya çalışabilir - hep birlikte takdir edilerek sonuca gidilecektir. Çünkü iyi veya kötü niyet yargıcın görevinden ötürü nazara alacağı hususlardır. Burada gözönünde tutacağı konuda davalının gerçekten kusursuz bilgisiz olup olmadığıdır. Bir başka anlatımla dava açıldıktan sonra davalının haksız olarak zilyet olmakta devam etmesi hakkındaki bilgisizliği hoşgörü ile karşılanmalıdır.

Diyelim ki, buradaki kusur ve özen tamamen objektiftir. Onun için yargıcın takdir hakkını yakından ilgilendirmektedir.

Nitekim EGGER (26a) burada koşulların farklı oluşundan, iyi niyeti takdir yetkisine yer veren bir kavram haline getirdiğini işaretlemede, ayrıca güvenin yerine olup olmadığı ve korunacak değerde bulunup bulunmadığı incelenmelidir demektir. Bundan başka olayın özellikleri, yanlara ait yararların önemi, durumları, mesleki bilgileri, iş hayatındaki mevkileri de gözönünde tutulmalıdır.

Konuya ters cepheden bakıldığında da aynı sonuca varılması mümkündür. Zira kötüniyet sahibi bilendir (27). Ayrıca bilmesi lâzım gelen de kötüniyet sahibidir (28).

S O N U Ç : Görüşümüzü açıklamaya başlarken konuyu geniş çapta takdir yetkisi ile yakından ilgili bulunduğunu belirtmiştik. Ancak uygulama yönünden önemli olan bu yetkinin keyfi ve subjektif duygulara göre değil de, işin gereğine ve prensiplere uygun olarak kullanılmasıdır. Aksi halde - örneğin gerekçe gösterilmeksizin ve salt takdir yetkisinden bahsedilerek - verilecek hüküm bozulmaya mahkûm olacaktır (29).

(26a) Egger, Dr. A. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Çev. Volf Çerniş. Ank. 1947. s. 106.

(27) Egger, age. s. 106, HGK. nun 13.2.1980 tarih ve 898/179 sayılı ilâmı ile (Yayınlanmamıştır) oybirliği ile onanan 6. HD. sinin 28.6.1977 gün ve 3869/4879 sayılı ilâmı (Yayınlanmamıştır) nın 2. bendi de şöyledir : «İhtar gününe kadar davalının-iyi niyetli olduğundan, ihbarın tebliğinden sonraki zamanlar için tazminata hükmedilmesi gerekirken, ihtara tekaddüm eden zamanı da içine alır bir biçimde ve davacıardan H.O. nun yaptığı ihtarın davalıya hangi tarihte tebliğ olunduğu da kesin olarak tesbit olunmadan 1.1.1975 tarihinden itibaren dava tarihi nazara alınmadan beş aylık ecrimisil hükmolunması...»

(28) «2 - İşgal tazminatı istenilen taşınmaz mal tapuda kayıtlı değildir. Davacının murisi İbrahim Akat'ın malı iken, M.K. yürürlükte bulunduğu tarihte ölümü ile davacı Havva ve kardeşi Ali'ye kalmış ve Ali tarafından satılmış ve Havva ile Ali arasında geçerli bir taksim bulunmadığından Ali ile Havva arasında iştirak halinde mülkiyet halinde olduğundan davacının açtığı meni müdahale davası sonunda davalının müdahalesinin men'ine karar verilmiş ve iş bu karar kesinleşmiştir. Kesinleşen bu dava karşısında davalının iyi niyetli olduğu kabul edilemez. Hapis hakkı da satın aldığı Ali'ye karşı ileri sürülebileceğinden davacıya karşı taşınmazı elinde bulundurma hakkı vermez.» 6. HD. 22.3.1979, 17/2486 (Yayınlanmamıştır. Not : Yersel mahkeme taşınmazı davalının davacının kardeşi Ali'den satın aldığı ve iyi niyetli bulunduğu gerekçesi ile davalının reddine karar vermişti.

(29) Egger, age. s. 111 ve 116.

KAYNAKÇA

- 1 — A. HOMBERGER. Zilyetlik ve Tapu Sicili. Ad. Bak. Yay. Suat Bertan Çev. Ank. 1951.
- 2 — AKİPEK, Prof. Dr. Jale G. Türk Eşya Hukuku. 1. Kitap. Zilyetlik ve Tapu Sicili. Ank. 1972.
- 3 — ANSAY, Ord. Prof. SABRİ ŞAKİR. Hukuk Yargılama Usulü. 7. Bası. Ank. 1960
- 4 — BELGESAY, Ord. Prof. M. R. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Teoriler. 3. Bası. İst. 1948.
- 6 — BERKİ, ALİ HİMMET. Ecrimisil ve Müruruzamanı. Adalet Ceridesi. Yıl. 1937.
- 7 — BİLGE, Prof. Dr. NECİB - Medeni Yargılama Hukuku Dersleri. 2. Basım. Ank. 1967.
- 8 — BİLGE, Prof. Dr. NECİB - ÖNEN, Doç. Dr. ERGUN. Medeni Yargılama Hukuku Dersleri. 3. Basım. Ank. 1978.
- 9 — OĞUZMAN, Prof. Dr. KEMAL - SELİÇİ, Doç. Dr. ÖZER. Eşya Hukuku. 2. Bası. İst. 1978.
- 10 — GÜRSOY, Prof. Dr. KEMAL - EREN, Prof. Dr. FİKRET - CANSEL, Prof. Dr. EROL. Türk Eşya Hukuku. 1978.
- 11 — DEMİRELLİ, FUAT HULUSİ. Yedin Himayesine Teferrü Eden Bir Kaç Mesele. Adalet Ceridesi. 1938.
- 12 — HİRŞ, ERNEST. Zilyetliği Gasb ve Ona Tevacüz (Fuzuli İşgalden) Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri. Medeni Kanunun 15. Yıldönümü İçin. İst. 1944.
- 13 — UTKU, Dr. KEMALETİN. La Restitution De La Possession Selon Les Articles 938 - 940. C.C.S. Thése. Genève. 1939.
- 14 — F. OSTERTAG. Schweizetisches Zivilgesetzbuch Sachenrecht 3. Abteilung Art. 919 - 977, 2. Auf Bern. 1917.
- 15 — FEYZİOĞLU, Dr. FEYZİ NECMEDDİN. Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şumulü. 2. Bası. İst. 1961.
- 16 — POSTACIOĞLU, Prof. Dr. İLHAN E. Medeni Usul Hukuku Dersleri. 3. Bası. İst. 1966, Ayrıca İst. 1975 yılı olan 6. Basısı.
- 17 — TEKİNAY, Prof. Dr. SELAHATTİN SULHİ. Eşya Hukuku. 3. Bası. İst. 1978.
- 18 — SUNGURBEY, Dr. İSMET - KANİTİ, Dr. SELİM. Medeni Hukuk Sorunları. İst. 1976.

- 19 — STALEV, Prof. Dr. ZHİVKO. Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması. (Karşılaştırmalı Bir Deneme) Çev. Dr. Ejder Yılmaz A.Ü.H.F. Dergisi. Yıl : 1976, Sayı : 1-4, s. 151 vd.
- 20 — KARAHASAN, MUSTAFA REŞİT : Türk Medeni Hukuku. Eşya Hukuku. Ank. 1977.
- 21 — KOSCHAKER, Prof. Dr. PAUL. Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları. Çev. Dr. Kudret Ayiter. Ank. 1971.
- 22 — KURU, Prof. Dr. BAKİ. Hukuk Muhakemeleri Usulü. Ank. 1968. Ayrıca 1974 yılı 3. Baskısı.
- 23 — ROSSEL ET MENTHA : Manuel Du Droit Civil Suisse (Ter. Ad. Bak.) 3. Cilt : 1927.
- 24 — WIELAND : Kanunu Medenide Aynı Haklar. İ. Hakkı Karafakih Termesi. C. 2. Ank. 1949.
- 25 — Çeşitli Dergiler ve Özel Karton.

DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER

Bülent AKMANLAR (*)

PLAN : 1 — Giriş. 2 — Avusturya. 3 — Birleşik Krallık (İngiltere)
4 — Fransa. 5 — Hollanda. 6 — İspanya. 7 — Lüksemburg. 8 — Norveç.

1 — GİRİŞ

Hukuk biliminde süreklilik ve kalıcılık bulunduğu yolunda tutucu çevrelerden kaynaklanan yanlış bir düşünce vardır. Genellikle uygulayıcılarda ve bir ölçüde de bu bilimin öğretimini yapan kişilerde yanlış bir yaklaşımın sonucu olan bu anlayış, çağdaş gelişim içinde çözülmeye başlamıştır. Bunu hukuk biliminin geleceği açısından mutlu bir evrim sayabiliriz. Hukuku toplum yaşantısından olduğu kadar diğer bilimlerden de soyutlama olanağı bulunmadığına göre, evrensel içeriğinin öncelikle sosyal ve giderek ekonomik ve teknolojik gelişimin etki alanı dışında kaldığı düşünülemez. İdeolojik biçimlenmeleri değişik toplumlarda bile hukuk, bu etki alanı içindeki değişim ve gelişimi ile benzerlik göstermektedir. Çok sınırlı sayıda ve teokratik devlet anlayışının bağınazlığı içinde kalan toplumlar ayrı tutulursa, evrensellik yönü ve insancıl yaklaşımları ile hukuk da pozitif bilimler içindeki yerini almış bulunmaktadır.

Aşağıdaki örnekleri bu düşünce oluşumunun kanıtları olarak gösterebiliriz (1).

2 — AVUSTURYA

Suçlunun ödeme gücünün bulunmadığı anlaşıldığında suç kıygısına ödence verilmesi kabul edilmiştir. Ancak bu ödence kıygının bedensel zarara uğraması koşuluna bağlı olup malca zararında söz

(*) Yargıtay 8. CD. Üyesi.

(1) Hazırlayanın düşüncesi.

konusu edilemeyecektir. Diğer yandan kıygının zararı örneğin sigortalı bulunduğu şirketce karşılanıyorsa devletten ödence alamıyacaktır.

3 — BİRLEŞİK KIRALLIK (İngiltere)

Çocukların korunmasına ilişkin yasada, ahlâk dışı fotoğrafların dağıtımı, yayınlanması ve gösterilmesini önleyici hükümlerle çocuğu bu açıdan sömürmek isteyenlere engel olunmak istenilmiştir.

4 — FRANSA

Fransız Ceza Yasasının 211. maddesinin değiştirilmesine ilişkin olarak 2 Haziran 1978 tarihinde Adalet Bakanlığına sunulan bir ön tasarıda, yer ve zaman koşullarına göre çağdaş sorunlara yönelik yeni düzenlemeler önerilmektedir. Örneğin :

Deniz trafiği suçları ile deniz kirlenmesi suçları için öngörül-müş olan cezalar (yüz katına) çıkarılmaktadır.

Alkol etkisi altında bulunan sürücülerin % 3 ünün ölümle sonuçlanan yol kazalarının % 40 ına neden oldukları anlaşıldıktan sonra alkollü olarak oto kullanırken ölüme veya yaralanmaya neden olan veya herhangi bir kaza yapmamış olsa bile sarhoş olarak yakalanan sürücülerin ehliyetnamelerinin geri alınması ve en az üç yıl bekledikten sonra yeniden sınava girmek ve başarı göstermek koşulu ile yenilenmesi öngörülmektedir (Kanımızca böylesine bir yaptırım trafik suçlarından, her türlü cezadan daha etkili ve önleyicidir).

Çok tehlikeli suçlarla ilgili olarak hüküm mahkemesi, ceza evinde özel bir güvenlik rejimi uygulanmasına karar verebilecek ve hükümlü şartlı salıverme, izin kullanma gibi haklardan ancak tam bir uyum sağladığını kanıtlamak koşulu ile yeni bir başvuru üzerine yararlandırılabilir. Böylece cezaların yerine getirilmesindeki insancıl yaklaşım düşüncesinde bir sertleşme eğilimi belirlemektedir.

Parlamento Komisyonu, ölüm cezasının uygulama alanını kısıtlamakla yetinmiş ve bu cezanın tümüyle kaldırılması önerisini kabul etmemiştir.

5 — HOLLANDA

Gebeliğin ilk üç ayını geçmemek ve belirli nedenlerle bir hastahanedeyapılması koşulu ile çocuk düşürmek yasallaştırılmaktadır. Bu işlem bir hekim tarafından yerine getirilmezse yasa dışı sayılacaktır. Bu yasa tasarısı konusunda Devlet Konseyinin düşüncesi sorulmuştur.

6 — İSPANYA

Parlamento, 27 Temmuz 1978 tarihinde hükümetin terörle daha iyi savaşılabilmesi için iki yasa tasarısını kabul etmiştir.

İlk yasa, örgütlenmiş veya silâhlı kuruluş üyeleri ile bunlarla ilgili olduklarından kuşku duyulan kişilerin SEKİZ gün süre ile gözaltına alınmaları ve bu süre içinde yalnız avukatları ile görüşebilmelerine olanak sağlamakta ve İçişleri Bakanına bu suç ve kişilerle ilgili olarak telefon dinleme ve yazışmaları denetleme yetkisi vermektedir. Ancak hükümet, bu yasa uygulaması ve sonuçları konusunda her üç ayda bir Anayasa Komisyonuna bilgi vermekle yükümlü tutulmaktadır.

İkinci yasa ile, polisin yeniden örgütlenmesi ve gereğinde doğrudan doğruya Yerel Yönetime bağlı (Devlet Güvenlik Gücü) adı altında yeni bir örgüt kurulması ve bu güçlere ateşli silah ve patlayıcı maddelerle saldırıp polis öldürenlere ölüm cezası verilmesi sağlanmaktadır.

7 — LÜKSEMBURG

Devlet Konseyi, 8 Haziran 1978 tarihinde ölüm cezasının kaldırılması yolundaki Adalet Bakanlığı tasarısına karşı çıkmıştır.

Ceza Yasasının 491. maddesinde bir değişiklik yapılarak bugüne kadar suç sayılmayan akaryakıt hırsızlığını da cezalandıran yasa tasarısı hükümetçe Devlet Konseyine sunulmuştur.

8 — NORVEÇ

Parlamento 1975 tarihli yasanın çocuk düşürmekle ilgili bazı hükümlerinde değişiklik yapılmasına ilişkin tasarımı kabul etmiştir.

Gebeliğin onikinci haftasına kadar çocuk aldırma özgürlüğü ile birlikte toplumun çocuklara karşı sorumlulukları ve doğumun denetimi konusunda bilgi edinme hakkı da düzenlenmektedir. Tıp ilgisinin gebeliği kesme eylemine katılmayı kendi kişisel görüşleri ve ahlâk anlayışı açısından reddetmesi hakkını saklı tutan hükümlere de yer verilmektedir.

Ceza politikasını yeniden düzenleyen tasarıda, suçluluğun önlenmesi çarelerini araştırarak geniş kapsamlı ve çeşitli meslek kuruluşlarının da temsil edileceği bir kurul öngörülmektedir. Hapis cezalarının uygulanmasını gerektiren durumlar azaltılırken ekonomik ve malî suçlara önem verilmekte ve ceza sorumluluğu 14 yaştan 15 yaşa yükseltilmektedir. Aşağı sınırı 21 gün olan hapis cezasında bu sınır 7 güne indirilmekte, hırsızlık ve benzeri suçlarda hapis cezası vahim sayılacak durumlarda uygulanabilmektedir. Suç kıyınlarının durumları da yeniden düzenlenmektedir. Geleneksel hapis cezasının hafta sonlarında, geceleri veya kamu hizmetlerinde çalıştırılarak çektirilmesi de getirilen yenilikler arasındadır.

BİBLİYOGRAFYA

1980 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

● ● A — Konulara Göre (**)

● I — GENEL HUKUK

YARGITAY, Dergisi. Altı yaşına girerken. VI(1-2) 1980, 5-6.

BAYKAL, Ali. Adli araverme kaldırılmalı mıdır? VI (3) 1980, 273 - 276.

YAZAN, Durusoy. İsveç yargı organları. VI (3) 1980, 277 - 283.

LİVANELİOĞLU, M. Sabri. 1980 - 1981 Adalet yılı açış konuşması. VI (4) 1980, 429 - 435.

SAV, Atilla. 1980 - 1981 Adalet yılı açılışında yaptığı konuşma. VI (4) 1980, 436 - 443.

BUDAK, M. Mazhar. 1980 Yılı adli araverme nedeniyle düzenlediği basın toplantısı konuşması. IV (4) 1980, 444 - 453.

1 — YARGISAL ÖRGÜTLENME

GÖKÇE, Abbas. Yeni Uyuşmazlık Mahkemesi Yasasının getirdikleri. VI (1 - 2) 1980, 239 - 256.

2 — KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

YENİSEY, Dr. Feridun. Anarşistin geri verilmesi. VI (1 - 2) 1980 299 - 237.

YALKUT, Dr. Necdet. Mukayeseli Ceza Hukuku Açısından Zaruret Hali, VI (3) 1980, 377 - 386.

YAVUZ, Nihat. Mukayeseli hukuk açısından dava açılmasının iyi niyetli zilyedi hangi andan itibaren kötü niyetli zilyed haline sokacağı sorunu. VI (4) 1980, 582-599.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

(**) Sıra itibarıyla makalenin yayımlandığı dergi cilt sayısı ile sıra sayısı esas alınmıştır.

3 — KARAR TAHLİLİ

NALBANTOĞLU Cahit. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararı üzerine düşünceler. VI (1-2) 1980, 257-264.

4 — BİBLİYOGRAFYA

KARAER İbrahim. Yargıtay Kütüphanesi hukuk makaleleri bibliyografyası, Yargıtay Kütüphanesine gelen kitaplar. VI (3) 1980, 395-409.

GENİŞ, Ali Rıza. 1980 Yılı Yargıtay Dergisi bibliyografyası. VI (4) 1980, 604-609.

5 — KİTAP TANITMA

ÖNDER, Ali Rıza. Yargı yılı konuşmaları. VI (1-2) 1980, 265-268.

HAN, Beni. En son değişiklikleriyle ssoyal şigortada ölçüleme ve itiraz yolları. VI (3) 1980, 393-394.

6 — YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza. Sempozyum, vefat ve emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılanlar, yeni seçilenler. VI (3) 1980, 411-420.

GENİŞ, Ali Rıza. 4 Temmuz konuşmaları, 13 Temmuz konuşması, yeni seçilenler, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılanlar, yitirdiklerimiz. VI (4) 1980, 610-627

7 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

AKMANLAR, Bülent. Karşılaştırmalı hukuk açısından ceza hukuku alanında uluslararası çalışmalar, gelişmeler, haberler. VI (3, 4) 1980, 387-392; 600-603.

8 — DUYURULAR

Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler - Yazarlara açıklama - Yazarlara duyuru-Yargıtay yayınları. VI (1-2, 3, 4) 1980, 169-272; 421-420; 623-627.

● II — CEZA HUKUKU

KESKİN, O. Kadri. 2248 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklere göre Türk Ceza Kanunu ve bazı özel kanunlardaki para cezalarının artışı. VI (1-2) 1980, 7-25.

- YILMAZ, Dr. Ejder. **Hukuk yargılama yöntemleri yasasındaki para cezalarının 12.6.1979 gün ve 2248 sayılı Yasa karşısındaki durumu ve yasa yapma tekniği.** VI (1-2) 1980, 27-40.
- MUTLUAY, M. Kemal. **Ceza hukukunda bono.** IV (1-2) 1980, 41-46.
- YENER, Orhan. **Görevin kötüye kullanılması.** IV (1-2) 1980, 47-50.
- HACIHASANOĞLU, Muammer. **Türk Ceza Yasasındaki son değişiklikler.** VI (3) 1980, 285-288.
- MALKOÇ, İsmail. **Türk Ceza Yasasının 281. maddesi üzerine bir inceleme.** VI (3) 1980, 289-294.
- TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. **Türk Ceza Kanununun 159. maddesi ve basın hürriyeti ile ilişkisi (I).** VI (4) 1980, 454-466.
- SELÇUK, Sami. **Dolandırıcılık cürmünü hırsızlık ve inancı kötüye kullanma cürümlerinden ayıran suçlar.** VI (4) 1980, 667-481.
- ERTUĞRUL Metin. **1918 sayılı Yasanın uygulanmasında «cif» değer.** VI (4) 1980, 482-485.

1 — CEZA YARGILAMA HUKUKU

- YÜCE, Prof. Dr. T. Tufan. **Ceza yargılama hukukunda meslek adamının tanıklıktan çekinme hakkı.** VI (1-2) 1980, 51-62.
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar. **Çeşitli yönleriyle adli görev ve uygulamamız.** VI (1-2) 1980, 63-81.
- SAATÇIOĞLU, Cemil. **Sanığın sorgusu.** VI (4) 1980, 567-576.
- ÜNVER, M. Naci. **Çocuk mahkemeleri kurulurken.** VI (4) 1980, 577-581.

● III — MEDENİ HUKUK

- ÖZDİL, Zekâi. **Taşınmaz mal edinmede iyiniyet kuralıyla ilgili yeni bir uygulama.** VI (4) 1980, 486-491.
- ŞATIROĞLU, Muammer. **Babalık davasında maddi ve manevi tazminat (I).** VI (4) 1980, 402-506

1 — EŞYA HUKUKU

- SİRMEN, Dr. Lâle. **Kıyı değişiklikleri (II).** VI (1-2) 1980, 83-105.

● IV — BORÇLAR HUKUKU

ATALAY, Özcan. **Özel yaşamın (şeref ve haysiyetin) zedelenmesi halinde manevi zararın tazmini (II)**. VI (1-2) 1980, 107-119.

ŞENEL, M. Erdal. **İzinsiz yararlanılan motorlu taşıt araçlarının sebep olduğu zararlardan doğan hukuki sorumluluk**. VI (1-2) 1980, 121-155.

ARSLAN, A. İsmet. **Ceza hukuku kurallarının haksız fiilden doğan tazminat taleplerine etkisi**. VI (1-2, 3, 4) 1980, 157-178; 295-323; 507-528.

ERTEN, Dr. M. Ali. **Serbest zaman, tatil veya seyahat zevkinden yoksun kalma nedeniyle zarar kavramı üzerinde bir inceleme**. VI (4) 1980, 529-537.

1 — FİKİR VE SANAT HUKUKU

KARACABEY, Ö. Faruk. **Sanatçının başkasına devrettiği eseri üzerindeki hakkının hukuksal değeri**. VI (1-2) 1980, 179-194.

● V — İCRA VE İFLAS HUKUKU

UYAR, Talih. **Tetkik merciinde yargılama usulü (İİK. m. 18)**. VI (3) 1980, 339-359.

● VI — TİCARET HUKUKU

ERİŞ, Gönen. **Ayrıcalıklı pay senetleri (II)**. VI (1-2) 1980, 195-217.

ERGÜN, Mevci. **Konşimentolarda defiler**. VI (1-2) 1980, 219-228.

SUCU, Nail. **Anonim ortaklıklarda pay senedinin sahibine sağladığı haklar**. VI (3, 4) 1980, 325-338; 538-559.

MUTLUAY, M. Kemal. **Zamanaşımına uğramış bononun takip ve maddi hukuktaki yeri**. VI (4) 1980, 560-566.

● VII — TRAFİK HUKUKU

GÖKALP, Mehmet. **Trafik kazalarında kusurun saptanması**. VI (3) 1980, 361-376.

●● B — Konulara Göre

— A —

AKMANLAR, Bülent. VI (3, 4) 1980, 387-392; 600-603.

ARSLAN, İsmet. VI (1-2, 3,4) 1980, 157-178; 295-323; 507-528.

ATALAY, Özcan. VI (1-2) 1980, 107-119.

— B —

BAYKAL, Ali. VI (3) 1980, 273-276.

BUDAK, M. Mazhar. VI (4) 1980, 444-453.

— Ç —

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar. VI (1-2) 1980, 63-81.

— E —

ERGÜN, Mevci. VI (1-2) 1980, 219-228.

ERİŞ, Gönen. VI (1-2) 1980, 195-217.

ERTEN, Mr. M. Ali. VI (4) 1980, 529-537.

ERTUĞRUL, Metin VI (4) 1980, 482-485.

— G —

GENİŞ, Ali Rıza. VI (4) 1980, 604-609.

GENİŞ, Ali Rıza. VI (3, 4) 1980, 411-420; 610-627.

GÖKALP, Mehmet. VI (3) 1980, 361-376.

GÖKÇE, Abbas. VI (1-2) 1980, 239-256.

— H —

HACIHASANOĞLU, Muammer. VI (3) 1980, 285-288.

HAN, Beni. VI (3) 1980, 393-394.

— K —

KARACABEY, Ö. Faruk. VI (1-2) 1980, 1979-194.

KARAER, İbrahim. VI (3) 1980, 395-409.

KESKİN, O. Kadri. VI (1-2) 1980, 7-25.

LİVANELİOĞLU, M. Sabri. VI (4) 1980, 429-435.

— M —

MALKOÇ, İsmail. VI (3) 1980, 289-294

MUTLUAY, M. Kemal. VI (1-2, 4) 1980, 41-46; 560-566.

— N —

NALBANTOĞLU, Cahit. VI (1-2) 1980, 257-264.

— Ö —

ÖNDER, Ali Rıza. VI (1-2) 1980, 265-268.

ÖZDİL, Zekâi. VI (4) 1980, 486-491.

— S —

SAV, Atillâ, VI (4) 1980, 436-443.

SAATÇIOĞLU, Cemil. VI (4) 1980, 567-576.

SELÇUK, Sami. VI (4) 1980, 667-481.

SİRMEN, Dr. Lâle. VI (1 - 2) 1980, 83-105.

— Y —

SUCU, Nail. VI (3, 4) 1980, 325 - 338;
538 - 559.

YALKUT, Dr. Necdet. VI (3) 1980,
377 - 386.

— Ş —

ŞATIROĞLU, Muammer. VI (4)
1980, 492 - 506.

YARGITAY, Dergisi. VI (1-2) 1980, 5 - 6.

YARGITAY'DAN Haberler. VI (1-2, 3, 4)
1980, 269-272; 421-428; 610-627.

ŞENEL, M. Erdal. VI (1-2) 1980, 121-155.

YAVUZ, Nihat. VI (4) 1980, 582 - 599.

— T —

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. VI (4)
1980, 454 - 466.

YAZAN, Durusoy. VI (3) 1980, 277 - 283.

YENER, Orhan. VI (1 - 2) 1980, 47 - 50.

— U —

UYAR, Tarih. VI (3) 1980, 339 - 359.

YENİSEY, Dr. Feridun. VI (1 - 2), 1980,
229 - 237.

— Ü —

ÜNVER, M. Naci. VI (4) 1980, 577-581.

YILMAZ, Dr. Ejder. VI (1-2) 1980, 27-40.

YÜCE, Prof. Dr. T. Tufan. VI (1-2) 1980,
51 - 62.

YARGITAY'DAN HABERLER

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

Yasal yaş sınırı nedeniyle, 13.7.1980 günü emekliye ayrılan Yargıtay Birinci Başkanı sayın CEVDET MENTEŞ'in, adına düzenlenen veda toplantısında yaptığı konuşma. 4.7.1980

SAYIN VE DEĞERLİ ARKADAŞLARIM

Yaş sınırı nedeniyle 13 Temmuz günü emekli olacağım. Biliyorsunuz.

Çok şerefli Hâkimlik mesleğinde bulunduğum 42 yılın yarısından fazlasını Yüce Yargıtay'ın kutsal çatısı altında, aranızda geçirdim.

Beni ikinci kez Birinci Başkanlığa seçtiniz. Onurlandırdınız. Aileme, evlâtlarıma ve torunlarıma bırakacağım en büyük miras bu paye, bu onur olacaktır.

Başkan bulunduğum sürece güveninize lâıyk olmağa çalıştım. Her şeyden önce Yüce Yargıtay'ın tarafsızlığını ve onurunu korumak ve daha da yüceltmek için çaba gösterdim.

Yüce Yargıtay ve sizler için yapılanlar konusunda bir söz söylemek istemiyorum. Takdirini şaşmaz sağ duyu ve engin kadirşinashlığımıza bırakıyorum. Sadece yapılanları değerlendirirken geçmişi yeterince anımsamanızı diliyorum. Nedeni ne olursa olsun isteyip de ya da istenip de yapılamayanların üzüntüsünü ise beraberimde götürüyorum.

Görevimi yapmamda her zaman yardım, teşvik, destek ve karşılıklı sevgi ve saygı gördüğüm Sayın Birinci Başkanvekillerine, Sayın Cumhuriyet Başsavcılarına, Sayın Daire Başkanlarına, Sayın Üyelere, Birinci Başkanlık Divanında ve Yönetim Kurulunda görev alan, birlikte hizmet vermekten onur ve gurur duyduğum değerli Başkan ve Üye arkadaşlarıma, yardımlarını unutamıyacağım güvenilir iyi insan Genel Sekreter Sayın Faruk Kıvanç'a minnet ve şükranlarımı sunarım.

Yüce Yargıtay'ın yoğun çalışmalarına önemli katkıları bulunan Sayın Tetkik Hâkimi ve Cumhuriyet Başsavcı Yardımcıları kardeşlerime ve tüm Yargıtay Personeline de gönülden teşekkür ederim.

Görevim süresince tutum ve davranışlarımda kesinlikle duygusal olmadım. Bununla beraber istemiyerek ya da bilmiyerek her hangi birinizi kırdımsa, gönül koyanınız varsa lütfen beni bağışlayınız.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Ölüncüye dek sürecek olan insan, arkadaş, özellikle meslek ve meslek-
daş sevgisi ile dopdolu olarak sizleri ayrı ayrı kucaklıyor veda ediyorum.

Yakinen bildiğim, gerçekten insan gücünü aşan çalışma ve başarılarınızı
sağlık ve esenlik içinde sürdürmenizi diliyor, sonsuz sevgi ve saygılar sunu-
yorum.

**Yasal yaş sınırı nedeniyle 13.7.1980
günü emekliye ayrılan Yargıtay Birinci
Başkanı Cevdet Menteş adına düzenle-
nen veda toplantısında Yargıtay Birinci
Başkanvekili sayın M. Sabri LİVANE-
LİOĞLU'nun yaptığı konuşma. 4.7.1980**

DEĞERLİ ARKADAŞLARIM

Yasal yaş sınırı nedeniyle önümüzdeki günlerde emekliye ayrılacak olan
Yüce Yargıtay'ın Yüce Başkan'ı sayın Cevdet Menteş'le vedalaşmak üzere
toplanmış bulunuyoruz.

Her yönüyle güvenilir, candan bir dost olarak sevilip sayılması yanında,
üstün yeteneklerine, üstün başarılarına da tanık olduğumuz sayın Başkanımız-
la vedalaşmanın üzüntüsü içinde kendilerini saygı ile selâmlıyor sağlık, mut-
luluk ve esenlik dilekleriyle özel yaşamına uğurluyoruz.

Yargı organlarında göreve başladığı 1938 yılından beri mesleğin türlü
kademelerinde verimli ve başarılı çalışmalarıyla temayüz eden, yaşamının
en güzel, en verimli ve en değerli yıllarını hak ve adalet yoluna harcayan,
ülkemize Yüce Ulusumuza ve özellikle yargı gücüne unutulmaz ve erişilmez
hizmetleriyle başarının doruğuna erişen sayın Menteş'i daima minnet ve
şükran duygularıyla anacağız.

Seçkin kişiliğini ve üstün niteliklerini burada uzun uzun anlatmaya ge-
rek duymuyorum. Olgun, vefalı ve mert kişiliğiyle daima aranan ve güve-
nilen bir dost, kederli günlerimizde acılarımızı yürekten paylaştığı duygulu
ve samimi bir arkadaş ve örnek bir insan olarak hepimizin gönülünü kazanmış
bulunan sayın Menteş'in üstün bir görev anlayışıyla sürdürdüğü meslek ya-
şamında ulaştığı aşama ve başarılarla kuşkusuz her türlü takdirin üstün-
dedir.

Cumhuriyet ve Atatürk ilkelerine, hukukun üstünlüğüne yargı gücünün et-
kinlik ve saygınlığına yürekten inanmış bir başkan olarak ödün vermeden,
gölge düşürmeden bunların dokunulmazlığını korumada gösterdiği titizlik ve
duyarlıktan dolayı kendilerini kutlamayı da zevkli bir görev sayarız.

Sayın Menteş, yaklaşık 8 yıldan beri Birinci Başkan olarak Yüce Yargıtay'ı şanına lâıyk bir biçimde temsil edip yönetmiş Yargıtay'ın maddi ve manevi tüm gereksinmelerini sağlamaya yönelik çabaları yanında pratik zekâsı, medeni cesareti ve üstün yetenekleriyle çıkabilen sorunları çözümlyerek Yargıtay'a unutulmaz eserler kazandırmıştır. Tüm personel için rahat ve huzurlu çalışma olanaklarından tutunda içinde toplandığımız bu salonlara çalışma odalarının donatımına, sağlık ve sosyal yardımlaşma alanındaki olumlu aşamaya kadar pek çok şeyin sayın Menteş'in kişisel yetenek ve çabalarıyla yapılabildiğini yakından bilmekteyiz. Bugün Yargıtay'da birçok eserin altında sayın Menteş'in imzası vardır. Kendilerini, üstün yeteneklere ve güçlü bir kişiliğe sahip bir Başkan olarak tanyor ve yasal nedenle de olsa görevinden ayrılmasını kuruluşumuz için bir eksiklik sayıyoruz.

Sayın Menteş,

Yaşamınız boyunca türlü olanaksızlıklar ve zor koşullar altında da olsa kutsal ve şerefli görevinizi en iyi biçimde yerine getirmiş ve hakkıyla başarıya ulaşmış olmanın huzur ve mutluluğu içinde olmanızı tüm yargı mensupları adına sizden rica ediyorum. Yargıya yönelik her türlü haksız sataşmaları daima büyük bir duyarlılık ve cesaretle göğüslediniz, sorunları çözümlediniz, yargının ve Yargıtay'ın yücelmesine bugünkü vakarlı düzeye ve kişiliğe ulaşmasına önemli ölçüde katkıda bulundunuz. Hizmet ve eserlerinizle öğreniyor sizinle iftihar ediyoruz.

Göreviniz resmen sona ermiş olabilir ama siz mümtaz kişiliğiniz, dostluğunuz, başarılarınız, hizmet ve eserlerinizle daima aramızda ve gönlümüzde yaşayacaksınız. Kurduğunuz düzen, koyduğunuz sistem ve ilkelerle Yargıtay bıraktığınız yerden yoluna ve işlevine devam edecektir.

Yargıtay adına bundan sonraki yaşamınızda da sağlık, mutluluk ve esenlik dileklerimizi yineler sonsuz saygılar sunarım.

Yasal yaş sınırı nedeniyle 13.7.1980
günü emekliye ayrılan Yargıtay Birinci
Başkanı Cevdet Menteş adına düzenle-
nen veda toplantısında Cumhuriyet
Başsavcısı sayın Fahrettin KIYAK'ın
yaptığı konuşma. 4.7.1980

AZİZ MESLEKTAŞLARIM

Bugün burada, çok değerli ve mümtaz Birinci Başkanımız sayın Cevdet Menteş'in veda toplantısında bulunuyoruz.

Görevde kendilerinden ayrılmak bizim için hayli üzücü ise de, kalben ayrılmadığımız için o derece mutluyuz.

Yüce Yargıtay'da bina, yerleşme ve personel sorunları ile diğer gereksinimler ve hele müessesenin ve ayrıca tüm yargının itibarının korunması yönlerinden büyük gayretlerini ve çok değerli hizmetlerini unutmak olanaksızdır.

Bundan önce konuşan değerli arkadaşlarım, bize tam anlamıyla tercüman oldukları için daha detaylara girmiyorum.

Üstün nitelikli Başkanımıza uzun ömürler, bundan sonraki yaşamında sağlık ve mutluluklar diler, dairemiz adına saygılar sunarız.

Yasal yaş sınırı nedeniyle 13.7.1980 günü emekliye ayrılan Yargıtay Birinci Başkanı Cevdet Menteş adına düzenlenen veda toplantısında Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanı sayın M. Mazhar BUDAK'ın yaptığı konuşma. 4.7.1980

SAYIN CEVDET MENTEŞ

ONURSAL YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANI

Yaşamlarının en verimli yıllarını hak ve adalet hizmetine harcamış, Hâkimlik ve Savcılık mesleğinin zirvesine ulaşmış olan emekli Yargıtay Başkan ve Üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısının ünvanlarına batı ülkelerindeki örnekler de gözetilerek (**ONURSAL**) sözcüğünün eklenmesinin uygun olacağına, Yüce Yargıtay Birinci Başkanlık Divanı'nca 28.6.1979 gün 55 sayı ile karar vermiştir.

Seçkin kişiliğiniz, üstün erdeminiz, bilimsel kudret ve yeteneğinizle Yüce Yargıtayımızda özellikle Birinci Başkanımız olarak, Yargıtay Yasasını çıkarmak, bütçesini ayırmak Büyük Hâkimlerimizin onurlarına yakışacak biçimde dairelerini tanzim ettirmek. Tetkik Hâkimlerine bu mukaddes yuva altında hizmetlerini sürdürmek, araç ve gereçlerini tamir ettirmek gibi her kula nasip olmayan kalıcı hizmetlerinizle sürekli olarak adımız Yargı kesiminde olduğu kadar Vatandaşlarımızın gönüllerinde de takdir ve şükranla yâd edilecektir.

Ashında sizi sonuna dek ayrılmamış bir büyüğümüz olarak kabul etmekteyiz.

Kurulumuz adına daha nice yıllar, sağlık ve mutluluklar diler, en içten saygılarımızı arz ederiz.

Yasal yaş sınırı nedeniyle 13.7.1980
günü emekliye ayrılan Yargıtay Birinci
Başkanı Cevdet Menteş adına düzenle-
nen veda toplantısında Yargıtay Tetkik
Hâkimi sayın Muharrem DİNÇ'in yaptı-
ğı konuşma. 4.7.1980

SAYIN BİRİNCİ BAŞKANIMIZ

Başarılı ve onurlu biçimde sürdürdüğünüz meslek yaşamınızın doruğuna ulaştığınız şu anda, tetkik hâkimleri adına konuşmak olanağımı bulduğum için kıvanç duyuyorum.

Değerli arkadaşlarımla hakkınızdaki içten duygularımı burada dile getirmenin güçlüğüne takdir buyurursunuz.

Başkanımız sayın Livanelioğlu'nun, Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanımız Sayın Budak'ın ve Cumhuriyet Başsavcımız Sayın Kiyak'ın az önceki konuşmalarında veciz bir şekilde ifade olunan düşünceleri paylaşıyoruz.

Özelikle, toplumumuzun son yıllarda karşı karşıya kaldığı bunalımlara rağmen, Atatürkçü bir yaklaşımla, bağımsız Adaletin, başında bulunduğunuz ve temsil ettiğiniz Yüce Yargıtay'ın ve bütün Yargı organı ile mensuplarının saygınlığını, etkinliğini koruyan, yücelten; yurttaşların güven ve ümit duygularını pekiştiren çabaların başında sizi görmek bizler için ayrı bir övünç vesilesi olmuştur. Gerçekten, Adalete olan güvenin sarsıldığı, Yargı organının ve mensuplarının saygınlığını ve etkinliğini yitirdiği bir ortamda el-betteki toplumun gelişmesi ve mutluluğu tehlikeye düşer.

İzinizle, arkadaşlarımla adına, sizin bir başka yönünüze, bu yönünüzle mesleğe ve meslektaşlarınıza yaptığımız olumlu katkı ve hizmetlere değinmek istiyorum.

Yargıtay'ın başarısında, Tetkik Hâkimlerinin büyük katkıları ve etkileri olduğu gerçeğine içtenlikle inanmış bir Başkan olarak, bizlerin içinde bulunduğumuz koşulları iyileştirici girişimlerle, gönüllerde burukluk yaratıcı bir duruma son verdiniz. İnanıyoruz ki, düşünceleriniz sadece gerçekleştirdiklerinizden ibaret değildi.

Yurdun dört bir tarafında kürsülerde yıllarını Adalet hizmetine, dar duruma düşen ve bunalım geçiren insanlara yardıma vakfeden Hâkimler bu müesseseye geldiklerinde, oturacağı bir sandalye, çalışacağı bir masa bulamamanın; koridorlarda veya kalemlerde boş bir yere ilişme zorunda kalmanın, burukluğunu gönüllerinde duyuyorlar, fakat herşeye rağmen bu koşullarda dahi görevlerini yerine getirmeğe çalışıyorlardı.

Görevlerimizi daha büyük bir şevk ve arzu ile etkin biçimde yapabileceğimiz, kişiliğimizi bulabileceğimiz ortamı ve olanakları elverdiğince önümüze sermek suretiyle mesleğe büyük katkıları olacak girişimleri başlatmış oldunuz. Kısaca değinmek gerekirse, bizlere; rahat ve huzurla çalışabileceğimiz birer çalışma yerini, araştırma yapabileceğimiz düzenli bir kitaplık hizmetini, ayrıca önemli bir ihtiyacımızı karşılayan misafirhane, lokanta ve servis gibi hizmetleri tahsis ettiniz. Peşin hükümlerden uzak ve ayırım gözetmeksizin çeşitli faaliyet ve toplantılara bizlerin de katılmamızı sağlamak, kişisel sorun ve acılı anlarımızda yanımızda olmak nezaket, ağabeylik ve büyüklüğünü gösterdiniz.

İtimat buyurunuz, Tetkik Hâkimleri bu yanınızı da unutmayacaklar, sizi daima şükranla yâdedeceklerdir.

Sayın Başkanımız;

Bundan sonraki yaşamınızda size sağlık ve mutluluklar diler, içten saygılarımızı sunarız.

YÜCE BAŞKAN (*)

Candan bir dost, bir cevher
Emin kendinden, insanları sever
Vakur, üstün meziyetli, yapıcı
Derin vukufu, eserleri kalıcı
En zor günlerin bulunmaz yargıcı
Ta derinlerde Yargıtay'ın kalbinde.

Maalesef ayrılıyor aramızdan
Emin olun, yanıyoruz acınızdan
Ne olur biraz daha kalsaydınız
Temennimiz odur, eserlerinize eser katsaydınız
En verimli zamanda bulunmaz bir eş
Şen kal, Başkanlar Başkanı Cevdet Menteş.

Dr. Vafi ERAR
Yargıtay Tabibi
3.7.1980

(*) Şiir, akrostiş şeklinde yazılmıştır.

Yasal yaş sınırını doldurarak ya da istekleriyle emekliye ayrılan Yargıtay'ın sayın Başkan, Cumhuriyet Başsavcısı ve Üyeleri onuruna düzenlenen toplantıda Yargıtay Birinci Başkanvekili sayın M. Sabri LİVANELİOĞLU'nun yaptığı konuşma. 13.7.1980

SAYIN KONUKLAR,

DEĞERLİ MESLEKTAŞLARIM.

Hâkinlik gibi yorucu, yıpratıcı fakat o oranda da şerefli ve kutsal bir görevi bunca yıl üstün bir görev anlayışı içinde başarıyla yerine getirdikten sonra yasal yaş sınırını doldurarak ya da istekleriyle emekliye ayrılan Yargıtay'ın Sayın Başkan, Sayın Cumhuriyet Başsavcısı ve Sayın Üyeleri onuruna düzenlediğimiz toplantıya hoşgeldiniz.

Giden Adalet yılı içinde çok değerli arkadaşlarımız,

- 1 — Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Cevdet Mentеш,
- 2 — Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Kâzım Akdoğan,
- 3 — Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın İbrahim Gaffaroğlu,
- 4 — Yargıtay 2. Ceza Dairesi Başkanı Sayın Hayri Köksal,
- 5 — Yargıtay 5. Ceza Dairesi Başkanı Sayın Nuri Süer,
- 6 — Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Kutsi Malatyalıoğlu,
- 7 — Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Rüştü Baykal,
- 8 — Yargıtay Üyesi Sayın Sabahat Kurtuluş,
- 9 — Yargıtay Üyesi Sayın Rebii Aktürk,
- 10 — Yargıtay Üyesi Sayın Hami Ertaş,
- 11 — Yargıtay Çyesi Sayın Rauf Denker,
- 12 — Yargıtay Üyesi Sayın Hayrettin Argun,
- 13 — Yargıtay Üyesi Sayın Avni Bükey,
- 14 — Yargıtay Üyesi Sayın İrfan Özkan,
- 15 — Yargıtay Üyesi Sayın Cevdet Gülşeni,
- 16 — Yargıtay Üyesi Sayın Uluzaffer Baştürkmen,
- 17 — Yargıtay Üyesi Sayın Cemâl Dirik,
- 18 — Yargıtay Üyesi Sayın Halit Ziya Ekmekçioğlu,

Emekliye ayrılmış bulunuyorlar.

Yaşamlarının en güzel, en değerli, en verimli yıllarını hak ve Adalet yoluna harcayarak yargı gücüne ve Yüce Ulusumuza unutulmaz, erişilmez hizmetler veren, üstün yetenekleri yanında saygın ve seçkin kişilikleriyle de temayüz edip başarının doruğuna erişmiş bulunan değerli arkadaşlarımızı bugün minnet ve şükran duygularıyla özel yaşamlarına uğurluyoruz. Yargıtay'daki görevleri resmen sona ermiş olsa da onlar güçlü ve erdemli kişilikleri, hizmet ve eserleriyle daima aramızda ve gönlümüzde yaşayacaklardır. Yargıtay olarak kendileriyle daima iftihar edecek, saygı ile anacağız.

Yaşamları boyunca türlü olanaksızlıklar ve zor koşullar altında da olsa kutsal görevlerini gereği gibi yerine getirmiş olmanın huzur ve mutluluğu içinde gördüğümüz bu büyük hâkimleri Yüce Yargıtay adına içtenlikle kutlar, kendilerine özel yaşamlarında da sağlık, mutluluk ve esenlikler dilerim.

Giden Adalet yılı içinde Tanrının rahmetine kavuşan çok değerli arkadaşlarımız Yargıtay Üyeleri Sayın İlhan Arıkan ve Mehmet İhsan Tüzüner'in anılarını da bu vesileyle tazelemek isterim. Yaşamlarının en verimli, en olgun çağında ve beklenmedik bir zamanda aramızdan ayrılmalarından dolayı acımız büyük, üzüntümüz sonsuzdur. Kendilerine Yüce Tanrıdan rahmet ve kederli ailesine dayanma gücü dilerim.

Sayın Konuklar, Değerli Arkadaşlarım.

Onursal Birinci Başkanımız Sayın Menteş'in, kontenjan senatörlüğüne atandığını öğrenmiş bulunuyoruz. Kendilerini içtenlikle kutlarım. Uygur ve erdemli kişiliği, Atatürk düşünce ve ilkelerine yürekten bağlılığı ve engin tecrübeleriyle Sayın Menteş'in yeni görevinde de başarıya ulaşacağına, Ülkemize ve Yüce Ulusumuza çok değerli hizmetler yapacağına içtenlikle inanıyorum.

Öte yandan 1961 Anayasasının yaklaşık 20 yıllık uygulamasında bir yargı temsilcisi ilk kez kontenjan senatörü olarak atanıyor. Bunca yıl sonrada olsa yargı organlarının varlığını ilk kez hatırlayan, gerçekçi ve isabetli bir atama ile yargıya değer verdiğini kanıtlayan pek muhterem Cumhurbaşkanı Vekiline huzurlarınızda alenen teşekkür etmeyi kaçınılmaz bir görev sayarım.

Şimdi, yaş sınırı nedeniyle ya da istekleriyle emekliye ayrılmış bulunan ve bu toplantımıza katılabilen çok değerli arkadaşlarımıza Yargıtay'ın minnet ve şükran duygularını simgeleyen birer plâket takdim etmek istiyorum. Engelleri nedeniyle gelemeyen arkadaşlarımızın plâketleri kendilerine ulaştırılacaktır.

YENİ SEÇİLENLER

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

YİTİRDİKLERİMİZ

●● YENİ SEÇİLENLER



Derviş TURHAN

● DERVİŞ TURHAN

1919 yılında Mardin'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, Artvin C. Savcı Yardımcısı olarak 16 Ağustos 1945'de ilk meslek hayatına başlayan Turhan, sırasıyla bu mesleğini Çemişgezek Hâkimliği, Simav ve Eskişehir Hukuk Hâkimlikleri yaparak sürdürmüştür.

28 Ekim 1963 tarihinde Yargıtay Üyeliğine, 7 Haziran 1973'de de aynı Kuruluşun Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilen Derviş Turhan, bir ara ek görev olarak Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı'nda yapmıştır.

Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığı görevini sürdürürken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 15 Eylül 1980 günü Birinci Başkanlığa seçilmiştir.

● MEHMET RAŞİT DERELİ

Isparta 1920 doğumlu Dereli, Ankara Hukuk Fakültesini 1941 yılında bitirdikten sonra, Bafra Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, daha sonraları Ilgaz Hâkim Yardımcılığı, Bolvadin Ceza Hâkimliği, Demirci Hâkimliği ve aynı yer Hukuk Hâkimliği, Alaşehir Çankaya Tapulama Hâkimliği ve Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

21 Kasım 1966 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Raşit Dereli, Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi iken, 12.5.1980 günü aynı dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

● A. NUSRET OZANALP

1919 yılında İstanbul'da doğmuştur. 1942'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1946 Haziranının 11'inde Oltu Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiştir. Sırasıyla; Kars Hâkim Yardımcılığı, Silifke Sulh Hâkimliği ve Asliye Hukuk Hâkimliği, Konya Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunarak mesleğini sürdürmüştür.

5 Ekim 1963'te Yargıtay Üyeliğine seçilen A. Nusret Ozanalp, aynı Kuruluşun Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi iken 2.7.1976 günü anılan dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

«Tapulama Kanunu Şerhi» adlı yayınlanmış eseri bulunan Ozanalp, bir ara ek görev olarak Yargıtay Yayın Kurulu Başkanlığı da yapmıştır. 2.7.1980 günü yapılan seçimle tekrar Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

● FAHRİ DURUDOĞAN

İstanbul 1922 doğumlu Durudoğan, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1945'te bitirdikten iki yıl sonra, Kelkit C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini; Sinop C. Savcı Yardımcılığı, Manisa Sulh Hâkimliği, Balıkesir Sorgu ve Asliye Ceza Hâkimliği ile aynı il Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak çeşitli yurt köşelerinde sürdürmüştür.

27 Eylül 1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Fahri Durudoğan, aynı Kuruluş Beşinci Ceza Dairesi Başkanlığı yaptığı bir sırada, aynı dairenin üyeliğine dönmüş, 16.9.1980 günü yapılan seçimle de tekrar anılan dairenin Başkanlığına getirilmiştir.

● NACİ VARLIK

1920 yılında Akçaabat'ta dünyaya gelen Varlık, 1944 senesinde İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra 1945 yılı 16 Mart'ında Mesudiye C. Savcısı olarak cübbe giydikten sonra, Karlıova Sulh Hâkimliği, Kurtalan Hâkimliği, Çorlu Hukuk Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

23 Eylül 1967 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Naci Varlık, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi iken, 17.9.1980 günü aynı dairenin Başkanlığına seçilmiştir.

● MUSTAFA REŞİT KARAHASAN

1925 yılında Trabzon'da doğan Karahasan, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirdikten sonra, Ardahan Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır.

Göle Hâkim Yardımcılığı ile İstanbul ve Kadıköy Hâkimlikleri de yapan M. Reşit Karahasan, 1973 Eylülünde Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

«Tazminat Davaları», «Mülkiyet Hukuku» ve «İnşaat - İmar - İhale Hukuku» adlı eserleri yayımlanan Karahasan, Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada, 29.9.1980 günü Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmiştir.

●● EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR



Cevdet MENTEŞ

● CEVDET MENTEŞ

1915 yılında Bitlis'te doğmuştur. İstanbul Erkek Lisesi'ni 1934'de bitirdikten sonra, İstanbul Hukuk Fakültesi'ne girmiş ve buradan da 1937 yılında mezun olmuştur.

Meslek hayatına 1 Kasım 1938 tarihinde başlayan Cevdet Menteş, sırasıyla; Torbalı, Salihli ve Aydın C. Savcılıkları ile İzmir Asliye Ceza Hâkimliği'nde bulunmuştur.

28 Şubat 1958'de Yargıtay Üyeliğine atandıktan sonra, Yedinci Ceza Dairesi Başkanlığı görevini 27 Ekim 1967'den 13 Eylül 1972'ye kadar sürdüren Menteş, 13 Eylül 1972 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilmiştir.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca ikinci kez Birinci Başkanlığa seçilen Cevdet Menteş, 13.7.1980 günü yasal yaş sınırı nedeniyle bu görevden emekliye ayrılmıştır.

«Kaçakçılık Mevzuatı ve Tatbikatı», «Türk Parasının Kıymetini Koruma (Kambiyo)», «Vergi Kaçakçılığı Mevzuatı» ile «Özel Cezalı Kanunlar» adlı yapıtları yayımlanan Menteş, emekli olduktan sonra 12.7.1980 günü Kontenjan Senatörlüğüne seçilmiş, bu görevde kısa bir müddet bulunduktan sonra da, Türkiye Cumhuriyeti'nin 44. Hükümeti'nde Adalet Bakanı olarak görev almıştır.

● RÜŞTÜ BAYKAL

1915 yılında Sivas'ta doğan Baykal, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1935'de bitirmiştir. Karadeniz-Ereğli'si Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe 14.10.1937 günü başlayan Rüştü Baykal, sırasıyla; Artova, Ulus Sulh Hâkimliği, Yıldızeli Hâkimliği, Sivas Sulh ve Asliye Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. Daha sonra yargulamayı bırakarak savunma mesleğine geçen Baykal bir müddet avukatlık yaptıktan sonra, tekrar Vezirköprü Hukuk Hâkimi olarak kürsüye dönmüş, Samsun Asliye Hukuk Hâkimliği'nde bulunmuştur.

Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği, aynı Kuruluş Üyeliği yaptıktan sonra 22.11.1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir. Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi Üyeleğinden seçimle aynı Dairenin Başkanlığına getirilen Rüştü Baykal, 28.4.1980 günü yasal yaş sınırı nedeniyle bu görevden emekliye ayrılmıştır.

● AHMET ARIKAN

1916 yılında Fethiye'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 29.2.1964'de Sorgun Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, sırası ile Finike, Bodrum, Tefenni, Akhisar Hâkimlikleri ile Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

17.3.1970 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Arıkan, Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği de yaptıktan sonra 10.7.1980 günü ve kendi isteğiyle Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden emekliye ayrılmıştır.

İBRAHİM GAFFAROĞLU

1915 yılında Kozan'da doğmuş, 1945 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1946'da Salihli Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş. bu mesleğini Adana Sulh Hâkimliği, Ankara Sulh ve Asliye Hukuk Hâkimlikleri yaparak sürdürmüştür.

1960 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilmiş, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Başkanlığından 13.7.1980 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

M. FAHRETTİN AKŞAR

Ödemiş 1915 doğumlu Akşar, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941 yılında bitirdikten sonra, Temmuz 1941'de Çermik C. Savcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini Milas C. Savcılığı, Burhaniye Sulh ve Asliye Ceza Hâkimliği ile Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak çeşitli Yurt köşelerinde sürdürmüştür.

9 Ekim 1963 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Fahrettin Akşar, Beşinci Ceza Dairesi Üyesi iken aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiş, bu görevini sürdürdüğü sırada 2.9.1980 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● MEHMET KABACAOĞLU

1928 yılında Kula'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Espiye, Banaz, Saruhanlı Hâkimliklerinde bulunmuştur. Daha sonra Yargıtay Tetkik Hâkimliği'ne atanan Kabacaoğlu, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği'nden 5.3.1980 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● SÜLEYMAN NACİ TÜREMAN

Urla 1915 doğumlu Türeman, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, sırasıyla Yozgat C. Savcı Yardımcılığı, Bayındır Sorgu Hâkimliği, Ceyhan Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği de yapan S. Naci Türeman, 28.3.1980 günü ve kendi isteğiyle bu görevden emekliye ayrılmıştır.

● KEMAL ÇELİKTİN

1924 yılında Adıyaman'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1951 yılında bitirdikten sonra, Siirt Hâkim Yardımcılığı, Gemlik Sorgu Hâkimliği, Altındağ Sulh Hâkimliği, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği de yapan Kemal Çeliktin, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden 5.7.1980 günü kendi isteğiyle emekli olmuştur.

● BAHATTİN KARAKÜÇÜK

1915 yılında Kahramanmaraş'ta doğduktan sonra, 1938 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitiren Karaküçük; Nazımiye, Akhisar, İslahiye, Adıyaman ve Nizip Ceza Hâkimlikleriyle Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığında bulunmuştur.

Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği görevinde uzun zaman görev yapan Bahattin Karaküçük, 13.7.1980 günü yasal yaş sınırı nedeniyle bu görevden emekliye ayrılmıştır.

Ayrıca Cumhuriyet Başsavcı Yardımcısı **AHMET HAKKI COŞKUN** 3.4.1980 günü kendi isteğiyle; **FATMA SABAHAT KIZILTAN**'da yasal yaş sınırı nedeniyle 11.7.1980 günü emekli olmuşlardır.

● ● YİTİRDİKLERİMİZ

● HÜSAMETTİN İLHAN ARIKAN

1922 yılında Mut'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1944 yılında bitiren Arıkan, 1947 Temmuzunun 31'inde Eğil Sulh Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, bu mesleğini; Gülşehir Hâkimliği, Maraş Sulh, Maraş Asliye Ceza Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği ve tekrar Kahramanmaraş Asliye Ceza Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

23 Eylül 1967'de Yargıtay Üyeliğine seçilen H. İlhan Arıkan, bu görevini sürdürdüğü sırada ve umulmadık bir zamanda 29.5.1980 günü vefat etmiştir.

● RECAİ BAYSAL

1932 yılında Kahramanmaraş'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesini 1954 yılında bitirdikten sonra, Şubat 1958'de Solhan Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe giren Baysal, Hıms C. Savcılığı, Gaziantep C. Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay C. Başsavcı Yardımcısı bulunduğu sırada, henüz mesleğine doyamadan 16.6.1980 günü vefat etmiştir.

Yeni seçilen : **TURHAN, DERELİ, OZANALP, DURUDOĞAN, VARLIK** ve **KARAHASAN**'a görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan **MENTEŞ, BAYKAL, ARIKAN, GAFFAROĞLU, AKŞAR, KABACAOĞLU, TÜREMAN, ÇELİKTİN, KARAKÜÇÜK, COŞKUN** ve **KIZILTAN**'a yaşamları boyu sağlık ve mutluluklar; yitirdiğimiz **ARIKAN** ve **BAYSAL**'a da Tanrıdan rahmet dileriz.

DUYURULAR

YASALAR TÜZÜKLER YÖNETMELİKLER

● YASALAR

<u>Tarih</u>	<u>Resmî Gazete No</u>	<u>Sayfa</u>	<u>Yasanın Adı</u>	<u>:</u>
21.9.1980	17112	1	1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun bazı hükümlerinin değiştirilmesine ve bazı hükümler eklenmesine dair kanun. (Kanun No: 2301) Kabul Tarihi: 19.9.1980)	

● TÜZÜKLER

<u>Tarih</u>	<u>Resmî Gazete No</u>	<u>Sayfa</u>	<u>Tüzüğün Adı</u>	<u>:</u>
7.4.1980	16953	1.	24.1.1975 Tarihli ve 7/9348 sayılı kararnameye ektir. Gümrük ve Tekel Bakanlığı'nca hazırlanan ve Danıştay'ca incelenmiş bulunan «Gıda maddelerinin ve umumi sağlığı ilgilendiren eşya ve levazımın hususi vasıflarını gösteren tüzüğün bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında tüzük». Karar Sayısı: 8/524	
11.4.1980	16957	11.	Gıda - Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nca hazırlanan ve Danıştay'ca incelenmiş olan «Hayvan sağlık zabıtası tüzüğüne mavidil hastalığı hakkında ek tüzük». Karar Sayısı: 8/611	
17.8.1980	17078	1	«Türk Bayrağı Tüzüğü'nün 12. maddesinin değiştirilmesine dair tüzük». Karar Sayısı: 8/1390	
23.8.1980	17084	1	«Barut ve patlayıcı maddelerle silâh ve teferruatının ve av malzemesinin sureti murakabesine dair tüzüğün değiştirilmesine dair tüzük». Karar Sayısı: 8/1391	

● YÖNETMELİKLER

Tarih :	Resmî Gazete No :	Sayfa :	Yönetmeliğin Adı :
11.4.1980	16957	16	Memurlara yapılacak giyecek yardımı yönetmeliğine ekli (1) sayılı cetvele bir not eklenmesi hakkında yönetmelik.
13.4.1980	16959	8	Gümrük yönetmeliği ve ekinde yapılan değişikliğe ilişkin yönetmelik.
29.4.1980	16974	9	Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Yönetmeliği.
30.4.1980	16975	24	Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin bazı maddelerinin değiştirilmesine dair yönetmelik.
4.5.1980	16978	5	775 sayılı Gecekondu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
9.5.1980	16983	7	Gümrük Yönetmeliğinin 412. Maddesinin (a) ve (b) fıkrasının Değiştirildiğine Dair Yönetmelik.
9.5.1980	16983	7	Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
9.5.1980	16983	7	Gümrük Yönetmeliği Ekinde Yapılan Değişikliğe İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik.
28.5.1980	17000	20	Gümrük Yönetmeliğinin 440. Maddesinin 1. Fıkrasının Değiştirildiğine Dair Yönetmelik.
15.6.1980	17018	7	Yargıtay Kitaplık Yönetmeliği.
6.7.1980	17039	3	Gümrük Yönetmeliğinin 1531. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
16.7.1980	17049		Basın Kartları Yönetmeliği.
4.8.1980	17068	7	Danıştay Genel Kurulunun Çalışmalarına İlişkin Yönetmelik.
25.8.1980	17086	14	Gümrük Yönetmeliğindeki Değişikliğe İlişkin Yönetmelik.
29.8.1980	17090	26	Gümrük Yönetmeliğinin 1505. Maddesine Fıkra İlâve Edilmesine Dair Yönetmelik.
5.9.1980	17096	10	Telgraf Dağıtım Hizmetleri Yönetmeliği.

YAZARLARA AÇIKLAMA

Yargıtay Dergisi'nde yer alacak inceleme, araştırma, eleştiri, kronik ve çeviri gibi yazılarda bulunması gereken özellikler şunlardır :

1 — Konu özgün ve yeni olmalı, incelemeye ve araştırmaya elverişli bulunmalıdır.

2 — Konu, daha önce araştırılmamış ve sorunları çözümlenmemiş olanlardan seçilmelidir.

3 — Yazı başlığı konunun ve araştırmanın içeriğini yansıtıcı biçimde, kısa olmalı, değişik anlamlara yol açacak nitelikte bulunmamalıdır.

4 — İncelemenin veya araştırmanın bir plânı bulunmalı ve başlıktan sonra yazının içeriği bu plânda sergilenmelidir.

5 — İnceleme ya da araştırmada yararlanılan kitap ve yazılar (kaynakça) gösterilmelidir.

6 — İncelenen konu açık, tam ve anlaşılır biçimde ele alınmalı, sade bir dille yazılmalıdır.

7 — Öz Türkçe sözcükler kullanılırken gerekirse eski karşılıkları ayraç (parantez) içinde belirtilmelidir.

8 — Dipnotlar ve göndermeler (atıflar) bilimsel yöntemlere uygun olmalıdır.

9 — Yazıda, yazım (imlâ) kurallarına özen gösterilmelidir.

10 — Yazılar daktilo kağıdının bir yüzüne iki aralıkla ve daktilo ile yazılmalı ve iki örnek, başvuru yazısına ekli olarak gönderilmelidir.

YARGITAY YAYINLARI

● YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

- Ceza Bölümü Cilt : I XII + 764 sayfa Lüks Ciltli 100.— Lira
Ceza Bölümü Cilt : II 548 sayfa Lüks Ciltli 350.— Lira
Hukuk Bölümü Cilt : I XII + 800 sayfa Lüks Ciltli 150.— Lira
Hukuk Bölümü Cilt : II 680 sayfa Lüks Ciltli 450.— Lira
Hukuk Bölümü Cilt : III 932 sayfa Lüks Ciltli 600.— Lira
Hukuk Bölümü Cilt : IV 768 sayfa Lüks Ciltli 625.— Lira

● CEZA KANUNU ŞERHİ (MAJNO)

- Cilt : I XV + 595 sayfa Lüks Ciltli 75.— Lira
Cilt : II XV + 333 sayfa Lüks Ciltli 100.— Lira
Cilt : III XV + 398 sayfa Lüks Ciltli 300.— Lira

● YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARI 1943 - 1978

VII + 368 sayfa, üç renkli kapak 150.— Lira.

● YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

- Cilt : I Yıl 1975 1—12 sayı
Cilt : II Yıl 1976 1—12 sayı (Tükendi)
Cilt : III Yıl 1977 1—12 sayı (Tükendi)
Cilt : IV Yıl 1978 1—12 sayı (1 ve 2. sayılar tükendi)
Cilt : V Yıl 1979 1—12 sayı
Cilt : VI Yıl 1980 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, devam ediyor.
Yıllık abone bedeli 1980 yılı 900.—, 1979 yılı 420.—, 1978 yılı 300.— diğer yıllar 180.— Liradır.

● YARGITAY DERGİSİ

- Cilt : I Yıl 1975 1—4 sayı
Cilt : II Yıl 1976 1—4 sayı
Cilt : III Yıl 1977 1—4 sayı (Tükendi)
Cilt : IV Yıl 1978 1—4 sayı
Cilt : V Yıl 1979 1—4 sayı
Cilt : VI Yıl 1980 1—4 sayı

Yıllık abone bedeli 1980 yılı 300.—, 1979 yılı 140.—, 1978 yılı 120.— diğer yıllar 80.— Liradır.

İSTEME VE HABERLEŞME ADRESİ

Aşağıdaki hesap numaralarımızdan birine bedel yatırılarak
Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

— Posta Çekleri Merkezi Hesap No : 92 93 2

— T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi Hesap No : 640 - 110

Adres : **YARGITAY YAYIN MÜDÜRLÜĞÜ — ANKARA**

N O T : a) — Ödemeli gönderilmez.

b) — Temsilcimiz yoktur.

c) — Gönderilen bedelin hangi dergi ve yıla ait olduğu belirtilmelidir.

ç) — 1975 yılı dergileri ve kitaplarımız hariç diğer yıllar için Hâkim ve C. Savcıları ile en az 50 adet alana % 20 indirim uygulanır.

d) — Abone bedeli gönderilirken açık adres yazılmalı, adres değişikliği hemen bildirilmelidir.

