



KURULUŞ: OCAK — 1975, YIL: 10, SIRA SAYI: 40

YARGITAY DERGİSİ

Cilt : 10

Ekim 1984

Sayı : 4



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

Sahibi : **Yargıtay Adına Birinci Başkan Nihat RENDA**

Yayın Müdürü : **Yargıtay Yayın İşleri Müdürü Ali Rıza GENİŞ**

- Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gerekir. 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 **200,— TL.**, abone bedeli **800,— TL.** dir.

Abone işleri için, Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

25 16 32

Tel : 25 16 49

34.17 30 / 386, 388, 389

YAYIN KURULU :

Başkan :	A. Bülent AKMANLAR	(8 inci Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	Yavuz İsmet AYER	(3 üncü Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	İhsan ÖZMEN	(8 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Hakkı YAŞAR	(7 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	İ. Teoman OZANOĞLU	(10 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
1 — GENEL KONULAR	
a) Nihat RENDA : 1984-1985 Adalet Yılına Açış Konuşması	373 388
b) Teoman EVREN : 1984-1985 Adalet Yılına Açılışında Yaptığı Konuşma	389 - 394
2 — USUL HUKUKU	
a) Prof. Dr. Faruk EREM : Ceza Usulünün Temeli ...	395 - 399
b) Zeki CİVELEK : 2494 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Durumuna Göre Hukuki Usulümüzde Temyiz Süreleri ve Uygulaması	400 - 410
c) Atillâ İNAN : Sayıştay Yargılamasındaki Sorumluluk Anlayışının Yeni Anayasamız Karşısında Değerlendirilmesi	411 - 423
3 — CEZA HUKUKU	
a) Doç. Dr. Doğan SOYASLAN : Şiddet ve Terör (II)	424 - 438
4 — BORÇLAR HUKUKU	
a) Zekâi ÖZDİL : Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin «Muvazaa» İddiası	439 - 447
b) Nihat YAVUZ : Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirel Bir Yaklaşım (I) ..	448 466
c) Atalay ÖZDEMİR : Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları (II)	467 - 481

	<u>Sayfa</u>
ç) Mevci ERGÜN	: Sorumluluk Hukuku İle Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi (II) ... 482 - 508
5 — TİCARET HUKUKU	
a) Ali KAYA	: Eski ve Bugünkü Hukukumuzda Şirketler 509 - 522
6 — FİKİR HUKUKU	
a) Cemil SAATÇIOĞLU	: Video Sanayii, Yasal Gelişim, Cezai ve Hukuki Sorumluluk 523 - 536
7 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI	
a) Kemal DAYINLARLI	: Tahkim, Hak ve Nesafete Göre Verilmiş Hakem Kararı, Mahkemenin İnceleme Yetkisi; Bir Gayrimenkul İrtifak Hakkının Kapsamı, İktisap Senedinin Yorumu 537 - 544
8 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER	
a) Bülent AKMANLAR	: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler (Şiddet Suçları Kıygın «Mağdur»larının Zararlarının Karşılanmalarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ... 545 - 549
9 — ANI	
a) Zekâi ÖZDİL	: Sayın Nusret Ozanalp ve Emeklilik Gerçeği 550 - 551
10 — BİBLİYOGRAFYA	
a) Ali Rıza GENİŞ	: 1984 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası 553 - 556
11 — YARGITAY'DAN HABERLER	
a) Ali Rıza GENİŞ	: Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar 557 - 563
	: Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler 564 - 569
	: Yargıtay Yayınları 570 - 572

GENEL KONULAR

**TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN SAYIN BAŞKANI,
SAYIN BAŞBAKAN,
YÜKSEK YARGI ORGANLARININ SAYIN BAŞKANLARI,
SAYIN BAKANLAR,
SAYIN KONUKLAR VE DEĞERLİ MESLEKTAŞLARIM.**

**Yargıtay Birinci Başkanvekili
Sayın Nihat RENDA'nın 1984-1985
Adalet Yılı'nı Açış Konuşması.
10.9.1984**

1943 yılından itibaren köklü ve güzel bir gelenek olarak, 1973 yılından beri de Yargıtay Yasası gereği sürdürülen bu anlamlı toplantılardan birini daha açıyorum.

Bu mutlu günümüze yüksek huzurlarıyla onur veren mümtaz konuklarımızı Yargıtay adına saygı ile selâmlıyor, 1984/1985 Adalet Yılı'nın Büyük Türk Milleti'ne hayırlı ve uğurlu olmasını yürekten diliyorum.

Geçen adalet yılı içinde yine birçok değerli meslektaşımızı yitirdik, acımız sonsuzdur. Hakkın rahmetine ulaşan bu seçkin Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına, kutsal savunma görevini başarı ile sürdürmüş olan avukatlara, diğer adalet görevlilerine ve ayrıca adalete uzaktan yakından hizmet etmiş olanlara Tanrı'dan rahmet diler, ebedi şükran duyguları ile aziz anıları önünde saygı ile eğilirim.

Öte yandan, yaş sınırı hükümleri bu yıl da bizi bir kısım meslektaşlarımızın çalışma ve yardımından yoksun bıraktı. Gerek yaş sınırı nedeniyle, gerekse kendi istekleriyle emekli olan bu erdemli hâkimler, yaşamlarının en verimli yıllarını adalet hizmetine adanmak ve arkalarında övgü ile bahsedilecek başarı dolu anılar bırakmak mutluluğuna eriştiler. Görevlerinin önemini ve yüceliğini bir an olsun hatırdan çıkarmayan, hak ve adalet yolunda yılma-

dan uğraş veren bu büyük hâkimlere, unutulmaz hizmetlerinden dolayı en kalbi teşekkürlerimi ve takdir duygularımı sunuyor, bundan sonraki yaşamlarında da sağlıklı ve mutlu olmaları dileği ile kendilerini şahsım ve yüce Yargıtay adına saygı ile selâmlıyorum.

Bu arada, Yargıtay Üyeliğine seçilmek suretiyle aramıza katılan ve bize güç veren 16 değerli arkadaşşıma da engin başarılar diliyorum.

Sayın Konuklar,

Geçen Adalet Yılı'nın açılışından bu yana aziz Milletimiz için çok mutlu olaylar cereyan etti. Bu mutlu olayların en önemlisi, en nadide ve gurur verici olanı hiç kuşkusuz, demokratik parlamenter düzene geçiş konusunda atılan adımdır. 6 Kasım ve 25 Mart seçimleriyle, çağdaş bir demokrasi doğrultusunda bir uygar sürecin yeniden başlatılmış olmasını ve tekrar çok partili siyasal yaşama girilmiş bulunmasını büyük bir sevinçle karşılıyoruz. Özgürlüklerini müdrük, Devlet işleriyle yakından ilgili, taşıdığı iradenin, ulusal iradenin gerçekleşmesine etkili bulunduğu bilincine sahip Türk Milleti için başka bir yol, başka bir seçenek esasen söz konusu olamazdı. Bu mutlu olayı, 12 Eylül Harekâtı'nı amacına ulaştırmak suretiyle gerçekleştiren kahraman Türk Silâhlı Kuvvetlerine ve onun gerçek temsilcisi Milli Güvenlik Konseyi'ne ve tüm sorumlu ve görevli kişi, kurul ve kurumlara Milletçe şükran borçluyuz.

EVRENSEL ADALET VE BARIŞ

Gerek bir toplumun kendi iç ilişkilerinde, gerekse toplumların uluslararası ilişkilerinde odak noktası **Hukuk Düzeni** ve onun da amacı **Adalet**'tir, adaleti egemen kılmaktır. Toplumlar ve insanlar, özellikle de devletler ve yüce amaçta birleşirlerse, birbirlerini anlamada, birbirlerinin varlığına saygı göstermede uyum içinde olurlar; haksızlığa, adaletsizliğe meydan bırakmazlar. Hukuk ve adaletin, her türlü sorunları ve uyuşmazlıkları çözümlemede en büyük ve yegâne etken olduğu unutulmamalıdır. İçte ve dışta barışı da ancak ve sadece hukuk ve hukuka saygı sağlayabilir. Güçlü devletlerin ve tarihe mâl olan büyük devlet adamlarının insanda ve toplumda hak ve adalet duygularının yerleşmesine birinci derecede önem vermeleri bundandır. Ne yazıkki bugün

dünyamızda, 1939 öncesinden daha karanlık bir tablo yaşanmaktadır. Dünyanın hemen her tarafında gündün güne artan bir inat ve ısrarla hak ve adalet kavramı çığnenmekte, büyük yarar çatışmaları dünya barışını tehdit etmektedir. Yöresel savaşların, geniş boyutlar kazanan uluslararası buhranın, salgın halindeki terörizmin, özellikle de hukukun ve uygarlığın öncülüğünü kimseye bırakmayan bazı devletlerin kendilerine ve Adalet Tarihine hiçte onur kazandırmayacak olan tutum ve davranışlarının, bugün insanlık aleminde yarattığı huzursuzluk giderek artmaktadır. Kanımızca dünyanın halen içinde bulunduğu büyük çalkantının gerçek nedeni, adaletli bir dünya düzeninin henüz kurulamamış olması; bir başka ifade ile, insanların kendi varlığını, mutluluğunu, huzur ve refahını düşündüğü kadar, diğer dünya milletlerinin bu değerlerini düşünmemesidir.

Tarihinin her döneminde adaleti, insan hak ve özgürlüklerini en yüce bir değer olarak tanımış olan Büyük Türk Devleti'nin, bugün dünya sorunları karşısında gösterdiği örnek nitelikteki tarafsız davranış ve terörizm ile mücadeledeki kararlı tutumu, çağdaş ve adaletli bir Devlet olmanın en güçlü kanıtı ve geleceğinin en büyük güvencesidir.

Yeni bir Adalet Yılına girerken tek ve en iyi dileğimiz, bütün dünya devletlerinin «hukukun ve adaletin egemen olmadığı yerde sadece zulmün, giderek büyük bir huzursuzluk ve anarşinin egemen olacağı» gerçeğinde birleşmeleri ve dolayısıyla insan sevgisine, hak, adalet ve özgürlüğe dayalı bir dünya barışının bütün koşulları ile birlikte gerçekleşmesi olacaktır.

Sayın Konuklar,

Tahmin edersiniz ki, yeni bir Adalet Yılı'nın başlamasını fırsat bilerek benim de söyleyeceklerim, hiç kuşkusuz, daha önceki açış konuşmalarında benzer şekilde dile getirilmiş olan sorunlarla ilgilidir. Ancak, yarım asra yakın süredir çözümleri ile birlikte ısrarla tekrarlanan genel ve hayati nitelikteki sorunlarımızın çoğuna, arzulanan düzeyde âdil ve gerçekçi bir çözüm getirilememiş ve bir bölümü üzerinde ise hiç durulmamış olması son derece düşündürücüdür. Özellikle de Büyük Atatürk'ün ünlü 5 Kasım 1925 tarihli konuşmasında hukuk için çizdiği ileri ve uygar yolda duraksamış olduğumuzu görmekten büyük bir umutsuzluğa kapılmamak mümkün değildir. Bu bakımdan, önceki açış konuşmalarında çözümü arzulanan ve bunun özlemi içinde dile getirilen so-

runların, çok önemli gördüğüm bazılarını tekrarlamak zorunda kaldığım için beni başışlayacağınızı umuyorum.

TOPLUMSAL DÜZEN VE HUKUK

Sosyal yaşama sağlam bir biçim vermek suretiyle toplumu düzenleyen, onu teşkilâtlandıran kuralların en önemli ve en etkili olan **Hukuk**, bir yandan, bireylerin hak ve özgürlüklerini kullanmalarına ortam hazırlar, öte yandan bu hak ve özgürlükleri kısıtlar. Bu durum, toplumsal yaşamın ve sınırsız özgürlük olamayacağı ilkesinin doğal bir sonucudur. Önemli olan, bireysel yarar ile toplumsal yarar arasında âdil bir dengenin sağlanmasıdır. Bu yönü ile hukuk, çatışan yararların uzlaştırılmasıyla, toplumun geliştirilmesini sağlayan toplumsal bir iktidar aracıdır. Ancak, düzen fonksiyonunu yerine getiren bir hukuk, sadece bu durumu ile adaletli olarak nitelendirilemez. Böyle bir hukuk, aynı zamanda adaletli olabilmek için, içeriği ile de adalet düşüncesinin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Çünkü, hukukun yegâne amacı adaletle yönelmesi ve bu yolla ideal hukuka ulaşmasıdır. Bireyin çıkarlarını ve varlığını toplum içinde ve toplum uğruna eritmeyen, buna karşılık toplumsal çıkarları da bireysel çıkarlara feda etmeyen, kuvvetlinin zayıfı sömürmediği, sosyal adaletle, yani adaletli dağılım ilkesine dayanan güçlü bir hukuk düzeni ve onun somut bir şekli olan güçlü bir hukuk devleti, ancak bu anlayış içinde gerçekleştirilebilir.

Bir hukuk düzeninin sağlamlığı ve sürekliliği, onun zorla gerçekleştirilmesinde, değil, aksine bireylerin ona kendiliklerinden, özellikle içeriğini onayarak, benimseyerek uymalarında şekillenmelidir. Ne var ki, hukukun barışı sağlamak ve korumak için kurduğu düzen, kesin bir biçimde çatışmasız bir düzen anlamına gelmez. Zira, toplum ve yaşam devamlı bir gelişme halindedir. Kaldığı, insanların yapısında daha iyi yaşam koşulları, daha fazla özgürlük elde etmek eğilimi vardır. İnsanların yaşadığı her yerde sürekli bir iktidar kavgası vardır. Bu birazdan insan kabiliyetinin, insan zekâsının, insanın doğal yapısının bir gereğidir. Ancak, bu anlaşmazlıkları ve bunların zaman içinde artması olgusunu, hiçbir şekilde toplumsal yaşamın bir hastalığı olarak görmemek ve değerlendirmemek gerekir. Bu anlaşmazlıkların hukuk doğurucu etkisi tartışmasızdır. Anlaşmazlıklar bu yönü ile hukuk düzeninin sağlamlık derecesini gösterir. Hukuk canlılığını esasen bu uyuş-

mazlıklardan kazanır ve onları gidermekle de barış düzenini tesis eder.

Aziz Konuklar,

Değerli Meslektaşlarım,

Toplumla, hukuk düzeni arasında büyük bir bağlantı vardır. Hukukun gelişme düzeyi, toplumun gelişme düzeyi ile orantılıdır. Bu bakımdan toplum düzenine el atmadan yalnız hukuk düzenine el atmakla siyasal, sosyal ve ekonomik bir gelişme sağlamak mümkün olmaz. Toplum, bu takma hukuk düzenini kısa süre içinde kendi gelişme düzeyine indirir ve bu kaçınılmaz bir sonuçtur. İşte bir devletin kendi varoluş felsefesine, kendi dinamizmine uygun hukuk sistemini yaratmak ve geliştirmek zorunda olduğu gerçeğini bilen Yüce Atatürk, Türk Milleti'nin şaşmaz sağduyusu ve mücadele azminin de katkısıyla toplum düzeninde, devlet yapısında büyük devrimleri gerçekleştirmekle işe başlamış ve sonuçta bu yeni düzene uygun büyük ve köklü **Hukuk Reformu**'nu oluşturmuştur. Atatürk, daha 19 Ocak 1923 ve 5 Kasım 1925 tarihli konuşmalarında nasıl dinamik bir hukuk reformunun özlemi içinde olduğunu şu sözleri ile ilân ediyordu : «...Adalet kanunlarla idare edilir. Bu memlekette adaletin emniyetle, sür'atle tevzi olunup olunmadığını anlamak için bir defa da mevcut kanunlarımıza bakmak lâzımdır. Bu kanunların memleket dahilindeki tatbikatına ve ne tayicine bakmak lâzımdır...» «... Kanunlar Cumhuriyetin dayanağıdır. Anayasaya bağlı ve Anayasanın gerektirdiği kanunlar bir an önce çıkarılmalıdır...».

Ancak Atatürk'ün bu buyruğunu, bu özlemini onun arzuladığı kapsamda yerine getirdiğimizi söylemek çok güç. Kanımca, Türk Adalet Sisteminin bugün her yönden içinde bulunduğu büyük sıkıntı ve huzursuzlukların gerçek nedenini, Türk siyasal yaşamının ve hatta Türk Devlet ve **Hukuk** Düzeninin, Kurtuluş Savaşı'ndan sonraki eşine az rastlanır hızla gelişimi ve çağdaşlaşması olgusuna ayak uyduramamakta, o köklü Hukuk Devriminin ilke ve amaçlarını daha da geliştirme ve gerçekleştirme yolunda üzerimize düşeni yapamamakta aramak lâzımdır.

ADALET VE DEVLET

Sayın Konuklar,

Bütün savunma olanaklarından yararlanmak ve eşitlik esaslarına uygun olarak tarafsız, hukuk bilimine vakıf ve adalet ilkele-

rine bağlı mercilerce **Dürüst, Etkin ve Sür'atli Bir Yargılamaya Tâbi Tutulmak** insanın en doğal hakkıdır ve bu hak Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Ne var ki, adalet hizmetinin amacına uygun olarak işlemesi, bu kuruluşun en üst düzeyde teşkilâtlanması, yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesinin gerçekten varlığına, özellikle kuruluşa ruh ve anlam veren insan unsurunun gerek nitelik gerekse nicelik yönünden kusursuz oluşuna ve nihayet yürürlükteki hukukun, toplumun yapısına ve dinamiğine uygun modelde bulunmasına bağlıdır. Bir toplumun çağdaşlaşması, ekonomik ve sosyal alanda kalkınması, bilimde yeni buluşlara yönelmesi, teknolojide ileri atılımlar ve aşamalar kaydetmesi ne kadar önemli ise; sağlıklı ve bağımsız bir yargı düzenini içermesi de o kadar önemlidir. Çünkü, toplum hayatının kaçınılmaz dalgalarını dengede tutan, her türlü uyuşmazlıkta hak dengesini koruyan, hak öz'lemine gideren, güç karşısında bireylere güvence sağlayan yargıdır, hâkimdir ve onun gerçekleştirdiği adalettir. Bir yerde hukukun biçimlendirilmesi yetersiz ise, hukuksal yapı işlemiyor ya da işletilemiyorsa, böyle bir ortamda sorunların katlanarak artması beklenmelidir. Adaletin ciddi biçimde aksadığı bir ülkede devlet yaşamının temeli çökmeye başlar ve bu çöküntü bir süre sonra tüm devlet varlığına yansır. İnsanların iç huzuru sağlanmadığı, özellikle hak ve adalet duyguları tatmin edilmediği takdirde, toplumların değil yükselmesi, varlıkları bile tehlikeye düşer. Adalet, her türlü maddi ve manevi değerın dağıtımında karşımıza çıkan ve uyulması ancak huzur ve mutluluk getiren bir ölçüdür, değerdir. Bireyler bu ölçüye bağlı, Devletler bu amaca yönelik olduğu sürece erdemli ve güçlü olurlar. Adaleti mükemmele doğru götürmeyi başaran bir Devlet, tüm faaliyetlerini de mükemmele ulaştırır.

Bir toplumu sadece kuvvetle ayakta tutmak mümkün değildir. Toplumu ve bireyleri içten ve dıştan gelecek her türlü tehlikelere, her bunalıma karşı dayanıklı yapan, vatandaşların adaletli toplum düzenine duydukları gönülden bağlılıktır, Devlete olan sevgidir, güvendir. O da ancak ve ancak her gün somut biçimde gerçekleşen, herkesin paylaştığı ve yararlandığı adalet sayesinde sağlanabilir. Devlet bütünlüğünün temelinin **Adalet** olduğu gerçeği işte bu düşüncede yatmaktadır. Bağımsız ve tarafsız Türk Hâkiminin, hür ve dürüst seçimlerin güvencesi sayılmasının nedeni de budur.

Bu gerçeği bildiğimiz için bizler, yargının haklı ya da haksız pek çok eleştiriye uğramasını doğal buluyoruz. Çünkü, yine biliyo-

ruz ki toplumu ayakta tutan ve güçlü kılan yüce adalet duygusudur. Bu duygu hangi nedenle olursa olsun zaafa uğradığı takdirde toplum doğrudan yargıyı eleştirmeye başlar. Yasaların adaletsizliğinin, yasama ve yürütme organlarının yapmadıklarının, toplumdaki sosyal rahatsızlıkların sorumluluğunun doğrudan yargıya yükletilmesinin tek ve gerçek nedeni budur. Yargının eleştirilmesi zaman zaman dile getirildiği gibi, gerçekte hukuk için verilen bir savaştır. Yargının eleştirilmesi bir noktaya kadar doğaldır ve tehlikeli sayılamaz. Bir toplum için asıl ve en büyük tehlike, devleti idare edenlerin ve hukukçuların hukuk ve dolayısıyla yargının sorunlarına ilgisiz kalışıdır.

Sayın Konuklar,

Adalet Teşkilâtı bugün çok güç koşullar altında görev yapmaktadır. Çünkü yargının sorunları, artık üzerinde önemle durulması gereken boyutlara ulaşmıştır.

Yasama ve Yürütme organlarının, yargının içinde bulunduğu zorlukların aşılmasında zaman zaman gösterdikleri çabaları şükranla anıyoruz. Ne var ki bu çabalar, hiçbir zaman sorunları kökünden halledecek düzeye varamamış ve kısa bir süre sonra etkisini, işlevini yitirmiştir.

Üçüncü ve Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Plânlarını inceleyiniz. Orada, yargının tüm sorunlarının fevkalâde gerçekçi bir yaklaşımla ele alındığını ve izlenmesi gereken stratejinin son derece isabetle saptandığını göreceksiniz. Buna rağmen üzülmek zorundayım ki, bu plânlar hedeflerine ulaştırılamamış ve adeta yargı kendi sorunları, kendi yazgısı ile başbaşa bırakılmıştır. Bütün dileğimiz, Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Plânında adalet hizmetleri için öngörülen hedeflere ulaşılması ve böylece yargının yıllardır askıda kalmış olan sorunlarına, geleceği de kapsayacak şekilde çözüm getirilmesidir. Zira dava sayısında günden güne vaki artışın, adli kuruluşların sabit kalan olanaklarıyla ve hatta günden güne eriyen kadrosuyla karşılanması çok yakın bir zamanda imkânsız hale gelecektir ki, bunun beraberinde getireceği sayısız sakıncaları düşünmek bile istemiyorum.

MAHKEMELERİN KURULUŞ SORUNU

Bir memleketin adalet sistemi, teşkilâtı, hâkimi, Cumhuriyet savcısı, adalet personeliyle bir bütündür ve adalet hizmetinin temelini oluşturur. Bu kuruluş, kendisinden beklenen hizmeti ra-

hatlıkla yerine getirecek yeterlikte olmadıkça hizmetin aksaması doğaldır. Ülkemizde bugün mevcut kuruluşun, adalet hizmetlerinin niteliğine ve hedeflerine yeterli durumda olmadığı, mahkemelerin kurulmasına ilişkin tek bir çerçeve yasanın henüz gerçekleştirilemediği ve bu nedenle yargı hizmetinin arzu edilen hız ve etkinlikte yürütülemediği bir gerçektir. Ancak, adli kuruluşun ulusal toplum yapımız ve onun ihtiyaçları doğrultusunda gerek dağılım, gerekse örgütlenmesi bakımından yenilenip genişletilmesi yolunda başlatıldığını duyduğumuz çalışmaları sevinçle karşılıyor ve en kısa zamanda sonuçlandırılmasını ümitle bekliyoruz.

ÜST MAHKEMELER SORUNU

Bu arada üst mahkemeler (yani İstinaf Mahkemeleri) konusuna da kısaca değinmek istiyorum. Üst mahkemelerin kurulup kurulmaması konusunda yıllardır çok şeyler söylendi, yazıldı; bir an önce kurulması gereğine inananlar oldu, aksi görüşü savunanlar bulundu. Burada, bu görüşlerin eleştirisini yapacak değilim. Ancak, bugün varılan nokta, Yargıtay'ın iş durumunun, artık ne Usul Yasalarının değiştirilmesi ve nede yeni bazı daireler ilâvesi suretiyle normale indirilemeyeceği gerçeğini su yüzüne çıkarmıştır. Esasen dünyanın hiçbir yerinde bu kadar geniş kadrolu bir yüksek mahkeme mevcut değildir. Kadromuzun bu genişliği birçok haklı sorunlarımızın çözümünü de olumsuz yönde etkilemektedir. Yargıtay bir yıl içinde, 250.000'e yakın davayı sonuçlandırmak için insan üstü bir gayretle çalışmaktadır. Yalnız bu durumun vatandaşlar üzerinde, dosyaların yeterince incelenmeden karara bağlandığı yolunda bir kanı uyandırabileceği endişesini taşıyoruz. Böyle bir kanının yaygınlaşması ise, bu yüce müesseseyi temelinden sarsacaktır. Oysa, mahkeme kararlarının yurttaşlar arasında güven ve iç rahatlığı yaratabilmesi için, bunların gerçekten doğru ve âdil olması yetmez; ayrıca kararların verilmiş şartlarında da, bu kararlara gölge düşürecek nitelikte bir eksiklik olmaması gerekir. Bu itibarla, bu sorunun beraberinde getireceği sayısız sakıncaları ortadan kaldırmak, mahkemelerin kuruluşu yönünden mevcut dağınıklığı gidermek ve nihayet Yargıtay'a intikal eden tahammül edilmez iş yükünü azaltarak, onu gerçek bir içtihat yaratma organı düzeyine yükseltmek amacıyla üst mahkemelerin kurulması zorunlu hale gelmiştir. Bu uygulama, Yargıtay'ın zaman içinde işlerinin, daire adedinin ve giderek üye sayısının azalmasına neden

olacaktır ki, bu olgu ender de olsa çelişkili kararlar çıkmasını da önleyecektir.

MESLEĞİN ÇEKİCİLİĞİNİ YİTİRME NEDENLERİ

Sayın Konuklar,

Hukukçu sayısı bakımından Ülkemiz bugün doyum noktasına ulaşmıştır. Üstelik Hukuk Fakülteleri her yıl bin sayısının çok üzerinde mezun vermektedir. Buna rağmen hukukçu gençlerimizin pek az bir bölümünün dahi bu mesleğe yönelmemelerinin elbette çok ciddi ve önemli bir nedeni olmalıdır. **6.881** kadrodan iki bine yakın açığı bulunan bir mesleğe rağbet edilmemesi çok düşündürücüdür. Bunun gerçek nedenleri 1945 yılından beri hemen her Adalet Yılı Açış Konuşmalarının daima ağırlık noktasını teşkil etmiştir. Bu konuya yıllardır önem verilmemesi ve bu yolda ciddi ve gerçekçi önlemler alınmaması, bugünkü sonucu yaratmıştır. Çözülmenin giderek artması da beklenmelidir.

Kuşkusuz yargı hizmeti de bir kamu hizmeti, hâkim de bir kamu görevlisidir. Ancak, hakların ve özgürlüklerin güvencesi olan yargı hizmeti lâlettayin bir idari hizmet ve hâkim de sadece bir memur değildir. Uygarlıkta ilerlemiş bütün ülkelerde hâkimlere memurlardan ayrı statü uygulanmasının ve bu ilkenin Anayasamızın 140. maddesinde yer almasının nedeni budur. Yüzyıllarca denenmiş olan bu esas değiştirilmeyi yada tartışma konusu yapmak toplumun yararına olmaz. Hâkimlik mesleği kutsal bir uğraştır. Hâkimlik insanlığın en güzel işidir ve bundan ötürü de sosyal görevler içinde çok iyiliklerin ve erdemlerin bir araya gelmesini zorunlu kılar.

Bir insanın yaşamı, özgürlüğü, malı üzerinde son sözü söyleyebilecek güçte olmak ve bu güçlü nüfuza rağmen insanlık zaaf ve tutkularının üstünde kalmayı başarmak. İşte bunca ağır bir sorumluluğu gerektiren bu mesleğin en büyük özelliği ve belki de ebedi sihir ve cazibesi, zevki ve kutsallığı buradadır.

Hâkim ayrıca mesleği dışındaki özel ve kişisel yaşamını da büyük bir dikkat ve basiret ile düzenlemek; kamu hizmeti gören diğer insanlardan daha farklı bir dış görünüş, yaşam tarzı, çevresine güven aşıl原因 bir davranış içinde bulunmak zorundadır. Çünkü hâkim için kamu oyu, yalnız kararlarını değil, onun yanbaşında özel yaşamını da adeta denetlemeye memur bir nezaret maka-

mı gibidir. Bundan dolayı herhangi yüksek bir organda görevli bulunan bir kimse için kınanmaya değer sayılmayan bir davranış, mesleğe yeni girmiş genç bir hâkim için disiplin suçu sayılır. İşte bu görevin toplum ve birey yönünden taşıdığı önem nedeniyedir ki uygarlık tarihi, yönetimde ve toplumda hâkime büyük çapta saygı gösterildiğinin, hâkimin kamu hizmeti gören görevliler arasında seçkin bir kişiliğe ve yere sahip olduğunun sayısız örnekleri ile doludur.

Bugün, adalet teşkilâtındaki büyük boşluğa rağmen bu mesleğe karşı gözlemlenen isteksizlik, kanımızca mesleğin artık hiçbir çekici yönünün kalmayıp kaynaklanmaktadır. Hâkimlik mesleğinin anılan özelliği ve herşeyden önce diğer kamu görevlerinden farklı olan yapısı göz önüne alınıp, maddi ve moral olanaklar yönünden çok çekici ve özlenir hale sokulmadıkça, yürürlükteki imkânlarla hukukçuların mesleğe yönelmelerini ummak, gerçekleşmesi olanağı bulunmayan bir beklentiden öteye geçemeyecektir. Bu gerçeğin bilindiği inancıyla ve büyük ümitlerle beklenen 241 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, mesleğin geleceği yönünden son derece önemli bu soruna bir çözüm getirmesi olması bizleri derin bir üzüntüye sevketmiştir.

1963 yılında 200, 1973 yılında 993 olan hâkim ve savcı açığının bu yıl 2000 sayısına yaklaşmış olması, sorunun çok ciddi bir bunalıma dönüştüğünü göstermektedir. Bir örnekle belirtmek gerekirse, Federal Almanya yargı teşkilâtında mevcut 3600 savcı ve 16.000 küsur hâkimle, yardımcı personel dışında 11.000 kadar yargı memurundan ibaret bir kadronun yetersiz görülmesine karşın (1), Yurdumuzda halen mevcut 4.800 küsur Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı ile yargı hizmetinin yürütülmeye çalışılması bir mucizedir. Şu an eğer yargıdan ve özellikle geciken adaletten yakınmalar giderek artıyorsa, bunun nedenini ve sorumluluğunu sadece yargıya yüklemek, haksızlıkların en büyüğü olacaktır. Çünkü, dünyanın hiçbir yerinde adliye ve hâkimler bu kadar kısıtlı olanaklar ve koşullar ile böylesine ağır ve büyük bir iş yükünün, dolayısıyla sorumluluğun altında çalışmak zorunda bırakılmamışlardır.

(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adalet Yüksek Okulu Müdürü Prof. Dr. Ahmet Mumcu'nun, 27 Nisan 1984 günü Yargıtay'da verdiği konferansta tespit edilen bilgilerden.

Öte yandan, aynı Kararname hem yüksek yargı organları üyeleri arasında ve hemde aynı yargı organlarının başkan ve üyeleri arasında ötedenberi var olan dengeyi bozmakla kalmamış, ayrıca yargının bütünlüğünü, etkinliğini, Yargıtay'ın Anayasal statüsünü de zedelemiştir. Kararnamenin bir çok hükmünün üç güç arasında ötedenberi yapılan ayırım dışında bu kez yargı ile idari hizmetler arasındaki dengeyi de yargı aleyhine bozması dikkat çekicidir. Anayasal izahını yapamadığımız bu durum Yargıtay camiasını derinden yaralamıştır.

Bütün dileğimiz, adalet hizmetinin Devlet katında ve bütçe-sindeki yeri ve anlamının subjektif ve siyasal tercihlere ve yorumlara göre değil, Anayasa'nın 138 ve 139. maddelerinin ışığı doğrultusunda yargının bütünlüğü, devamlılığı, etkinliği ve geleceği amaçlanarak düzenlenmesi ve böylece Kararnamenin Yargı Organları üzerinde büyük rahatsızlık yaratan hükümlerinin onarılması olacaktır.

HÂKİM YETİŞTİRME SORUNU

Sayın Konuklar,

Günümüzde Türk Toplumunun sosyo-ekonomik yapısına, beklentisine ve mesleğin özelliğine uygun bir hâkim yetiştirme politikasının bulunmadığı bir gerçek. Adalet hizmetlerini aksatıcı ve geciktirici mevzuat hükümlerini düzeltmek ve gereğinde yeni hükümler koymak bir ölçüde kolay olmakla birlikte, yetişmiş insan gücüne olan ihtiyacın karşılanması çok ciddi bir eğitimi ve yeterli bir zaman sürecini gerektirir. Belirtelim ki, çağımızın çok karmaşık sorunları nedeniyle hâkim olabilmek için sadece bir hukuk fakültesi mezunu olmak, artık en asgari şart haline gelmiştir ve adalet hizmetinin birinci kademesinde görev alabilmek için yeterli sayılamaz. Bu bakımdan Ülkemizde egemen olan «hâkim yetiştirilmez, kendi kendine yetişir» ya da «hâkimi kürsü yetiştirir» şeklindeki, kanımızca geçerliğini yıllar önce yitirmiş olan hatalı düşünce artık terkedilmelidir. Özellikle bu günkü şekliyle hiçbir yararı olmadığı tartışmasız bulunan staj müessesesi yerine, Batı'da da örneklerine tanık olduğumuz şekil ve kapsamda bir eğitim düzeni oluşturulmalı ve hâkimlerimizin Batı Hukukunu izleyebilecek düzeyde lisan öğrenmelerine de olanak sağlanmalıdır.

Çünkü, yarının hâkiminde daha yücelmiş, daha uygar bir toplumun düzenini sağlayacak, yaşam ile yasalar arasındaki uyumu,

dengede tutacak, Batı Hukukunu rahatlıkla izleyebilecek yetenekleri görmek, memleketin refahı ve mutluluğu için güvencedir.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİM GÜVENCESİ

Yüce Atatürk 1920 yılında «Milletlerin hakkı kazası, istiklallerinin birinci şartıdır. Kaza kudreti müstakil olmayan bir milletin Devlet halinde varolması kabul edilemez» derken, Türk Özgürlük Savaşı'nın kutsal amaçlarından birini daha müjdeliyordu. Zaman içinde gelişen bu düşüncenin nihayet 1961 Anayasası ile hukuk yaşamımıza armağan edildiğini görüyoruz. Ne yazık ki bazı nedenler, Büyük Hâkim Recai Seçkin'in 20.12.1962 gününde, Kurula seçilen ilk üyelerin and içme töreninde özellikle vurguladığı endişeyi yirmi yıl sonra haklı çıkardı, Kurul yapısal değişikliğe uğradı.

Takdir edileceği gibi Yargı, kendisini yaratan Devlet sisteminin soyutlanmadan ve fakat işlevini yerine getirirken yasama ve yürütmenin etki alanına da girmeden karar verme gücüdür. Bu bağımsızlık öncelikle kavram olarak benimsenmiş bir yargı sisteminin ve bu sistemin insan ögesi sayılan hâkimin de güvencesidir. Devlete, Hukuk Devleti niteliğini kazandıran bu temel kural zedelenmediği an, bundan doğrudan adaletin, Devletin ve Türk Milleti'nin zarar göreceği unutulmamalıdır. Yargı gücü, başlı başına mevcut ve bağımsız bir güçtür. Onun bağımsızlığı, Devlet içi diğer güçlere zıt ve karşı bir varlık olması demek değildir. Aksine, diğer güçlerin gereği gibi iş görmesini kolaylaştıracak bir istikrar unsurudur. Yargının Bağımsızlığı İlkesi, insan aklına gelebilecek en üst düzey ve boyutta düşünülmüş ve Anayasa ile yasalarda mükemmel biçimi ile vurgulanmış olsa bile, hâkimin bu doğrultuda güvencesi sağlanmış olmadıkça bağımsız yargının varlığından söz edilemez. Millet adına adalet dağıtan hâkim, güvenceden yoksun bulunduğu konusunda kaygıya düştüğü gün, bu kavram anlamını yitirir ve sadece biçimsel bir kavram olarak kalmaya mahkûm edilir. Bugün yargı teşkilâtındaki çözülmenin belkide en büyük nedeni, bu güvencenin arzulanmış düzeyde bulunmamasıdır. Mevcut düzenlemeye göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının tüm özlük işleri ile ilgili konularda, denetim ve sorumluluklarında tek söz sahibidir. Çünkü bu Kurul tarafından itiraz üzerine verilen kararlara karşı başka bir idare veya yargı merciine başvurma yolu kapalıdır. Yükselme süresinin

yanlış hesaplanması gibi basit bir işleme karşı vaki itiraz, farzı mûhal yanlışlıkla reddedilmişse artık başvurulacak hiçbir merci yoktur. Bütün vatandaşlar için varolan, yargı yerlerine başvurarak hak arama özgürlüğünün, hâkim ve Cumhuriyet savcılarında esirgenmesinin önemli bir nedenini bulmak bizce mümkün olamamaktadır. Bir Yargıtay personeli hakkında Yargıtay Yönetim Kurulunca verilen en basit bir disiplin cezasına karşı, Yargıtay Birinci Başkanının başkanlığında iki birinci başkanvekili ile yirmidört daire başkanından oluşan Başkanlar Kuruluna itiraz hakkı mevcut iken, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından, bir hâkimin meslekten çıkarılmasına ilişkin olarak verilen karara vaki itirazın, Başkanlar Kuruluna nazaran çok daha dar ve çoğunluğu ilk karara katılanlardan oluşan bir kurulca incelenmesinin ve bu karara karşı başka bir yasa yolu bulunmamasının gerekçesini bulmak ve bunu paylaşmak çok zordur.

Öte yandan, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne üye seçiminde, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca gösterilecek üç aday arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun tercih yapmasını, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun üstünde telâkki edilemeyecek bir Kurulca denetlenmek şeklinde görüyor ve başkanlarını dahi kendi seçen bir Kurulun, ek bir görev niteliğindeki Uyuşmazlık Mahkemesi, Üyesini seçmesine olanak vermeyen bu sistemin en kısa zamanda değiştirilmesini bekliyoruz.

Ayrıca, Yüksek Öğretmen Kurumu Denetleme Kuruluna, Genel Kurmay Başkanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı doğrudan üye seçerken, bu seçimin Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na bırakılmayıp, Yargıtay'ca gösterilecek üç aday arasından Yüksek Öğretim Kurumu'nca yapılmasını da, demokratik sistem ve kurallara aykırı görüyoruz.

Bir Anayasa sorunu olmakla beraber, Yargıtay olarak en büyük dileğimiz (Anayasa hakkında yazılı görüşünde de açıkça belirtildiği gibi) Cumhurbaşkanının Başkanlığını yapacağı bağımsız bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bütün koşulları ile gerçekleşmesi olacaktır. Zira böyle bir Kurulun, yargının sorunlarına daha âdil, daha etkili, daha gerçekçi bir çözüm getireceği ve yargı bağımsızlığı ile hâkim güvencesini gerçek anlamda sağlayacağı inancındayız. Bu yolla yürütmenin etkisinden uzak, güçler dengesine uygun bir bağımsızlık ve en önemli olarak da yürütme ile yargının en üst düzeyde uyumu sağlanmış olacaktır.

YASALARIN BİÇİMLENDİRİLMESİ İLE İLGİLİ SORUNLAR

Sayın Konuklar,

Hukuk ve Ceza Usulleri, ulusal bünyeye uygun hale getirilmek ve uygulamada ortaya çıkan bazı aksaklıklar giderilmek amacıyla çeşitli tarihlerde bazısı köklü olmak üzere yirmiyi aşkın kez değiştirildi. Üzülerek belirtelim ki, yapılan bütün bu değişiklikler hiçbir zaman soruna çözüm getirmemiş ve Yargılama Usullerinde istenen dinamizmi sağlayamamış; üstelik her değişiklik yasaların kendi sistemini ve bütünlüğünü bozmuş ve yeni yeni uyuşmazlıklara ve içtihat aykırılıklarına neden olmuştur. Bu itibarla Usul Yasaları için özel komisyonlar kurulup, baştan ele alınması, işleymeyen hükümlerden ve müesseselerden arındırılması ve özellikle diğer yasalarla bağlantı sağlanması suretiyle yeni ve esaslı bir düzenlemeye gidilmesinde büyük yarar vardır.

Bunun dışında yürürlükteki hukuk, sergilediği görünüm yönünden herkesi ürkütecek bir karmaşıklığa varmıştır. Uygulayıcılar ve hatta kendi dallarında uzmanlaşmış olanlar bile bu «mevzuat karmaşası»nın altından kolaylıkla çıkamaz hale gelmişlerdir. Gerçek sayıları ve yürürlükte olup olmadıkları dahi zorlukla saptanan yasalar üstelik yetersizdir; çoğu günümüzün değil, yılların gerisinde kalmıştır. Hukuk kurallarının çokluğu ve dağınıklığı, yasalastırma işlemlerindeki sistemsizlik, karmaşıklığı büsbütün etkilemiştir. Bir ülkenin tek ve temel dayanağı Hukuk denilen yüce kurumdur. Bu kurumun köklü ve sağlıklı olmasında, kendisine üstünlük tanınması yönünden de zorunluluk vardır. Buna rağmen sosyo-ekonomik yapısında son derece hızlı bir gelişme ve değişme meydana gelen Ülkemizde, toplumun gerisinde kaldığı tartışmasız olan mevzuat üzerinde bu güne kadar ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığı söylenemez. Ancak, 203 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesi ile Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planının «Adalet Hizmetleri» ile ilgili bölümünde öngörülen çalışmalara başlanması, yargı hizmetine büyük bir hız ve etkinlik kazandıracaktır.

UCUZ ADALET VE ADLİ YARDIM

Ülkemizde son yıllarda hak arama yoluna başvurma, yargı harç ve giderlerinin çok yüksek olması yüzünden son derece zorlaşmıştır. Özellikle yargı harçları ile sayısız ve yüksek yargılama giderleri davanın taraflarını altından kalkamayacakları bir yüküm

altına sokmuş ve bu olgu, bir yönüyle hak arama yollarına başvuru zorlaştırmak suretiyle, Anayasa'nın 36. maddesinde anlamını bulan «hak arama özgürlüğü»nü tahammül edilmez ölçüde kısıtlamıştır. Oysa Devlet, var olma nedeni olan adaleti sağlamak ve dağıtmakla yükümlüdür. Bu klasik fonksiyonu ağır harç ve giderlerle gelir kaynağı yapmak ve bunun doğal sonucu olarak vatandaşları, haklarını yargısal yolların dışında başka yollardan kendi olanakları ile almaya sevk etmek, sosyal devlet ilkesine aykırı düşer. Bu nazik konuya da çağdaş bir anlayışla çözüm getirilmeli ve özellikle bu güne kadar arzulanan düzeyde işlememiş, işletilememiş olan «adli yardım müessesesi»nin, Batı'da örneklerini gördüğümüz şekil ve kapsamda iyileştirilmesi konusunda gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

DAVA VE CEZA ENFLASYONU

Yurdumuzda cari ve neredeyse her türlü eylemin ceza mahkemelerinde yargılanmasını sağlamak amacıyla yönelik enflasyonist bir suç politikası, esasen işi fazla olan ceza mahkemelerinin yükünü büsbütün artırmaktadır. Bilimsel çevrelerce de ısrarla belirtildiği gibi bazı eylemlerin suç olmaktan çıkarılması suretiyle suç sayısı azaltılmalı ve bazı eylemlerin cezalandırılması ise idari mercilere bırakılmalıdır.

YARGININ İDARİ VE MALİ FORMALİTELERİ

Yargının idari ve mali formaliteleri, Cumhuriyet savcılarının asıl görevlerinde alıkoyacak derecede ağır, geniş, sıkıntılı ve karışıktır. Ödenek işleri ve Maliye ile olan ilişkiler, bir hukukçu için zaman zaman bıktırıcı ve üzücü düzeye varmaktadır. Adalet hizmetinin her yönden gereği gibi işlenmesini son derece aksatan ve ağırlaştırılan bu bürokratik engellerin de bir an önce kaldırılması en içten dileğimizdir.

Sayın Konuklar,

Değerli Arkadaşlarım,

Konuşmamın sonuna gelmiş bulunuyorum. Sizlere birbirinin varlık nedeni olan **Toplum, Adalet** ve **Devlet** kavramlarını, yargının yıllardır çözülemeyen bazı sorunlarını, alınması gereken önlemleri çok genel ve yalın hatlarıyla sunmaya çalıştım. Gördüğünüz gibi ortaya hiç de iç açıcı bir görünüm çıkmadı. Buna rağmen inanıyorum ki, sonsuza dek yaşayacak olan Devletimiz ve Cumhuri-

yetimizin başında yürekten Atatürk'çü yöneticiler buldukça, sebepleri ve sonuçları bilinen sorunlarımız en kısa zamanda halledilecek ve yargı yepyeni bir yapıya kavuşturulacaktır. Tek dileğimiz, toplumsal yapının, Devlet bütünlüğünün, iç barışın, ulusal birlik ve beraberliğin en önemli âmili yargı gücüne ve mahkeme kararlarına olan güven ve saygıya en küçük bir gölge düşmemesidir. Çok nedenli ve olumsuz etkenlere rağmen yargı gücü, her zaman olduğu gibi bundan böyle de hukuka bağlılığı, kendine özgü ağırlığı ve tarafsızlığı ile Milletinin ve Devletin yanında ve hizmetinde olacaktır.

Beni sabırla dinlemek lütfunda bulunan seçkin konuklarımızı, değerli arkadaşlarımı, özellikle yüksek görev aşkı, sınırsız özveri ve yorulmak bilmeyen gayretleriyle her an Türk Milleti'nin ve hakkın hizmetinde olan değerli hâkim ve Cumhuriyet savcılarını ve fedakâr adalet mensuplarını saygı ile selâmlıyor, yeni Adalet Yılı'nın Büyük Milletimize mutluluk getirmesini yürekten diliyorum.

**ÇOK DEĞERLİ DİNLEYİCİLER,
YARGI KURULUŞLARININ SEÇKİN MENSUPLARI,
SAYIN MESLEKTAŞLARIM.**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Avukat Sayın Teoman EVREN'in
1984-1985 Adalet Yılı'nın Açılışında
Yaptığı Konuşma. 10.9.1984**

Devlet hizmetleri içinde yargı görevinin özel ve önemli bir yeri vardır. Devlet Adalet için vardır, adalet devlet için. Toplum yaşamında adaletin eşitlik ve hakaniyetle dağıtılması yargının görevini oluşturmaktadır.

Kamu oyu adaletsizlikle adaletten daha fazla ilgilenmektedir. Bir kişiye yapılan haksızlık bütün topluma yönelen bir tehdittir. Yargısal ve yönetsel adaletsizlik toplum düzenini bozan sebeplerin başında gelmektedir.

Gerçek adaletin bulunduğu yerde halkın her türlü sıkıntıya katlandığı görülmüştür. İnsanların yargıyı yüceltirken ve eleştirirken göz önünde bulundurduğu ölçü adalet duygusudur. Kişinin gönlünde seçkin yer tutan adalet duygusu çeşitli kaynaklardan etkilenerek oluşmaktadır. Çevre etkilerinin, milli özelliklerin, kültür birikiminin dini inançların bu değer yargısının oluşmasında değişen ağırlıkta katkıları vardır. Vatandaşın yargıya verdiği değer o derece büyüktür ki çoğu kez davasını yargıç önüne götürür de adaleti Tanrı'dan bekler.

Adli yıl başlarında hukuktaki yenilik gereksinmesi belirginleşmektedir. Yeni yılın adına uygun özlenen ve yıllardır beklenen değişikliklerle birlikte başlaması istenmektedir. Ancak Ülkemizin Adliyesi, kuruluşunda gösterilen özenden her gün biraz daha yoksun kalarak en bunalımlı devrini yaşamaktadır.

Yargı erki Devletin, Anayasanın, insan onurunun koruyucusudur. Bütün denetim alanlarında görevini eksiksiz, yerine getirebilmesi için bağımsızlığı gerekmektedir. Yargı bağımsızlığı yargıç güvencesi ile sağlanır. Yargıç karar verirken bilgi ve vicdanının sesinden başka hiçkimsenin etkisinde kalmamalı hiç kimseden çekinmemelidir. Tarihte bağımsız adaletten daha iyi düşünülebileceğini sanan görüşlere rastlanmaktadır. Ancak her zaman bağımsız adaletten yana olan düşünceler haklı çıkmıştır. Yargıç güvencesi aslında adalet hizmetinin amacı olan vatandaşın teminatıdır. Yargının kendi kendisini idaresi adalet hizmetinden vatandaşın huzur duyması için zorunludur. Devletin temeli yargının adaleti gerçekleştirmesindeki başarı oranında sağlanacaktır. Yargı idaresinin yürütmeye değme noktaları kesinlikle ayrılmalıdır.

Yargının bağımsızlığı yargının şahsından doğan iç etkenlere karşı da korunmalıdır. Son derece önemli, kutsal ve bu kadar değerli bir hizmetin görevlisi, görevinin büyüklüğü ile orantılı sorumluluk bilincinde olmak zorundadır. Yargıç güvencesi yargıca tanınmış bir imtiyaz ve ayrıcalık olmayıp hizmetin gereğidir. Yargıcın etkin şekilde denetlenmesi mükafat ve cezanın sağlıklı bir denetimin esaslarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Denetim kesinlikle yargının içinden oluşan «Adli İdare» yetkililerince yapılmalıdır.

Bu gün hukuk alanında ciddi bir tehlike ile karşı karşıyayız. Bir yasanın yürürlükte olup olmadığını, değiştirilip değiştirilmediğini, hukukçuların bile bilebilmesi imkansızdır. Temel Kanunlarımızın çoğu elli yılı aşan bir süreden beri uygulanmakta, öte yandan yeni bir kanun hemen değiştirilmektedir. Cumhuriyet devrinde kabul edilen kanunlarımız ise değişik dönemlerde aynı numara altında yayınlamış, ilgilileri yanıltıcı nitelik taşımaktadır. Bir yasa ile yasa tekniğine aykırı olarak pek çok kanununun değiştirildiği görülmektedir. Adaletin doğruyu bulması oldukça güçleşmektedir.

Yasaların özenle gerçekleştirilmesi zorunludur. Toplum hayatında bir süre yürürlükte kalan yasaların hatalı olduğu anlaşılacak değiştirilmesi ile haksızlıklar önlenememektedir. Zira yasa yeni statüler düzenlemiş, yeni haklar yaratmış, mevcut hakları ortadan kaldırmıştır.

Burada yeni Anayasamızla düzenlenen kanun kuvvetinde kararname yetkisinin çok özenli, amacına uygun ve istisnai konularda kullanılması gerektiğini vurgulamak isterim. Toplum, emrivakilerle

karşı karşıya bırakabilecek kararnamelerin Büyük Millet Meclisinde kabul edilmemesi, değiştirilmesi mümkündür. Bu nedenle kişisel haklarla ilgili düzenlemelerde demokratik işlerlik ve etkileşimin gerekli bulunduğu konularda bu yetkinin kullanılması, sakıncalıdır.

Yargı yürürlükteki hukuka uygun, ancak fertlerin bilincinde yaşayan adalet duygusuna aykırı kararları için bile eleştirilmektedir.

Anayasaya aykırı olduğu tartışmasız kuralların hukuki yapıda varlığını sürdürmesine neden olan düzenlemeler Adalet için sansizliktir. Anayasaya aykırı olduğu halde yargı denetimi dışında kalan kuralları her gün uygulamakta olan adliye mahkemelerinin saygınlığı sarsılacak çok haksız olarak günahı alınacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin yasama tasarruflarına yönelik denetimi, hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesinde en önemli etkidir. Ayrıca yasaların yargısal denetimi iktidarları Anayasaya aykırı davranmak ithamından koruyan demokratik bir güvencedir. Anayasa mahkemesinin denetim alanının genişletilmesi ve mahkemeye başvurma olanaklarının artırılması yasalardan doğan adaletsizliğin önlenmesi açısından büyük yarar sağlayacaktır. Asıl olan Anayasaya aykırı yasa yapılmamasıdır.

İdarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimi dışında kalamayacağını belirten kural Devlet gibi güçlü bir kuruluş karşısında fert gibi güçsüz bir varlığın haklı çıkabileceği hukuk düzeyine inanılmış olmasının sonucudur. Böyle bir denetim Devlet ile fert arasındaki ilişkiyi güçlendirecektir. Haksızlık kadar kişiyi baltan yaşama sevk ve sevincinden uzaklaştıran bir başka neden düşünülemez. Devletin haksızlığı çok daha büyük boyutlara varan hoşnutsuzluklara neden olmaktadır. Devlet büyük gücünü kullanırken eşit şartlarda vatandaşla yargı önüne çıkmaya hazır olmalıdır. İdari yargının denetim alanını daraltmak, yargının kendisini yürütmenin yerine koyduğu iddialarını ileri sürmek bilim dışıdır. Hukuka aykırılık arttıkça, yargının yürütmenin yerine geçtiği iddiaları yoğunlaşmaktadır. Yargının; yürütmenin ve yasamanın yerine geçtiği yolunda itirazlar demokratik hukuk ilkelerine aykırıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi bir kanunu veya kanun hükmünü, Danıştay bir idari tasarrufu iptal etmiş ise yüce mahkemeler yasamaya da yürütmeye de müdahale etmişlerdir. Bunu sistemin tabii sonucu saymak gerekir. Aksini kabul edersek yüksek mahkemeler karar olacağını yitirmiş olurlar.

Çok zaman yasama kuvveti ile yürütme, çoğunluğun baskısı altında tek güç haline gelebilmiştir. Böyle zamanlarda kuvvetler ayrılığını sadece yargı gücünün diğerlerinden ayrılığı temsil edebilmiştir. Yargının güçler ayrılığının tek temsilcisi olarak görülmesi azınlığın haklarının korunmasında büyük güvencedir. Yargının güçler ayrılığının tek temsilcisi kalabilmesini engellemek özlemi haksız eleştirilere neden olmaktadır.

Toplumumuzun adaletten şikayetçi olmadığını söylemek olanaksızdır. Hukuk ve ceza davalarının adalete güveni sarsacak derecede uzamakta olduğu tartışmasız kabullenilmektedir. Geciken adalet başlıbaşına adaletsizlik yaratmaktadır. Özellikle para değerinin çok büyük enflasyonist baskı altında bulunduğu Ülkemizde, kazanılan hak beklenenin çok gerisinde kalmaktadır. Yargının hiçbir halde hak arayışı tatmin etmesi mümkün olamamaktadır.

Ceza adaleti alanında da yargılamanın uzamasından yakınılmakta, gecikerek verilen cezalar kamu düzenini bozmaktadır. Geçen uzun zaman içinde kamu vicdanı suçluların cezalandırılması konusunda duyarlılığını kaybetmektedir. Haklı olarak verilen cezalar bile eleştirilmekte suçsuzların uzun süren duruşmalar boyunca aklanmalarının gecikmesi, hatta tutukluluk hallerinin devamı üzüntü kaynağı olmaktadır. Bütün bunların dışında Ülkemizde adli hata oranının azımsanamayacak boyutta oluşu çok önemli bir yakınma konusudur. Ceza davalarında yakınmaların önemli nedeni Ülkemizde adli zabitanın idari zabıtabadan ayrılmamış olmasında görülmektedir. Yürütmenin yargıya müdahalesi görüntüsü uyandıran bu duruma kesinlikle son verilmelidir.

Mahkemeler ceza ve hukuk ayrımı yapılmadan ilmin gelişmelerinden ve olanaklarından yararlandırılmalıdır. Yargının insan kafasının ve adalet duygusunun yarattığı çok değerli birikimlere yabancı kalarak gelişmesi düşünülemez.

Davaların gecikme nedenini sadece adalet hizmetinde çalışanlarda aramak doğru değildir. Adalet binaları yetersiz ve hizmetin vakarına uygun bulunmamaktadır. Adalet için aşağılayıcı, görevliler için şevk ve onur kırıcı, hizmet için yetersiz binalarda yüce mahkemeler Türk Milleti adına yargı erkini kullanmaktadırlar. Adliye büyük bir ihmal ile kaderine terkedilmiş durumdadır. Bu kadar önemli bir göreve memur edilmiş kişilerin bu derece terkedilmiş olmalarının onlarda yarattığı hayal kırıklığını, ruhsal çöküntüyü, bunun göreve etkisini mutlaka nazara almak gerekmektedir.

Adalet ucuz bir kamu hizmeti değildir. Toplumca özveri ister. Diğer Devlet dairelerine kıyasla adliye binalarının ve çalışma koşullarının Türk Adaletine nasıl yakıştırılabildiğini anlamak imkansızdır. Binalara ait bütçe Bayındırlık Bakanlığında alınıp Adalet Bakanlığı bütçesine aktarılmalı, Türkiye genelinde Adalet Binalarının gereken duruma getirilmesi için belli bir plan hazırlanmalıdır.

Adliyenin yükü altından kalkılamayacak hale gelmiştir. Bu yükün azaltılması olanakları araştırılmalıdır. Ceza ve Hukuk davalarında yargı öncesi önleyici müesseselere yer verilmesi gerekmektedir. Bu yöntemin toplumsal yararı da büyüktür. Çünkü her dava kesin hükümle de sonuçlansa ardında küskünlükler bırakmaktadır.

Sanığın mahkemeye sevkinden önceki aşamada gerekli kararlar için bir hakimlik ihdası şartı ile sorgu hakimliği kaldırılmalıdır. Toplu hakim usulü artık hukuk ve ceza davalarında terkedilmelidir. Sorumluluğun yaygınlaştırılması sakıncalar yaratmıştır. Tek hakimliğe geçiş yargıç sıkıntısını giderebileceği gibi, daha çok davanın görülebilmesini sağlayacaktır.

Görülen odur ki mevcut mahkeme teşkilatı ile hızlı adil doğru bir adaletin sağlanması oldukça güçtür. Adli yargı alanında yargıtayı da içine alan yeni bir mahkemeler kuruluş kanununun gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olmuştur.

Adliyenin içinde bulunduğu bütün olumsuz koşullara rağmen her geçen gün yargıç açığı büyümektedir. Yargıçların mesleğe alınmalarında titiz bir seçim yapılabilmesi imkansızlaşmaktadır. Yargı bağımsızlığını tartışılır duruma getiren düzenlemeler değişmedikçe dovurucu bir adaletten söz edilemez. Hukukçu olmayan kimse-lerin yargıç olmasına olanak tanınması önemli bir yanlıştır. Uygulama bütün yargı alanında olumsuz etkilerini göstermektedir. Yargıçları rahatsız eden ortam hızla gelişmekte, parasal tatmin ön plana alınmaktadır. Elbette yargıçların aldıkları paralar hizmetin önemine ve onuruna göre azdır. Ancak sorun salt parasal değildir. Sorunun parasal düzeye indirgenmesi tehlikeli sonuçlar doğuracak istidattadır. Yargıçlığın onursal doyumu sağlayan niteliklerinde, heves ve moral kırıcı değişikliklerin olumsuz etkisi giderilmelidir.

Yargı savunma üzerine kurulur. Savunmaya önemine uygun yer vermeyen bir yargılamanın çağdaş doğru ve adil olduğundan bahsedilemez. Vatandaşın haksızlığa uğramasının önlenmesi yargının temelidir. Ülkede bir tek masum insan cezalandırılmış ise o ülkede herkes suçludur sözü önemli bir gerçeği dile getirmektedir.

İşte bu nedenle yargı savunma temeli üzerine kurulmalıdır. Demokratik bir ülkede savunmanın yeri temel kurumların yanındadır. Bu anlayış içe sindirilmedikçe adaletten, demokrasiden ve hukukun üstünlüğünden bahsedilemez.

Bağımsız yargı bağımsız savunmayı zorunlu kılar. Yasaya göre «avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat görevini yerine getirmekte bağımsızdır» yüklendiği kutsal savunma görevi gereği avukat insanların en çok özgürlük, bağımsızlık ve dokunulmazlığa sahip olması gerekenidir. Türkiye Baroları ve Barolar Birliği Anayasa ile getirilen düzenlemelerle, Adalet Bakanlığına tam bağımlı hale getirilmiştir. Yeni yasal düzenlemeler Anayasanın öngördüğü amacı da aşmıştır. Avukatlık Yasasının 154. maddesi 3003 sayılı Yasa ile değiştirilerek belli suçlardan sanık olanların işten yasaklanmasını zorunlu kılan yaptırımlar gerçekleştirilmiştir. Bu suçlar içinde para cezasını gerektiren suçlar dahi vardır. Meslektaşlarımızın mahkum olsalar bile avukatlık yapmalarına engel teşkil etmeyen suçlardan itham edilmeleri halinde işten yasaklanmalarını hukuka uygun bulmak olanaksızdır. Unsurları fevkalade elastiki suçların işlendiğinin sadece iddia edilmiş olmasının mesleğin yapılabilmesini engellemesi yalnız meslektaşlarımızın değil savunmaları üslenilen kişilerin de haklarını tehlikeye düşürebilecektir. Başka hiçbir mesleğe reva görülmeyen bu kural mesleğin ve meslektaşlarımızın tepesinde Demokles'in Kılıcı gibi sallanmakta ve bir tehdit oluşturmaktadır.

Hukukun üstünlüğü için mücadele büyük bir borcun ödenmesi çabasını temsil etmektedir. İnsan insana mutlaka birşey borçludur. Türk Milletine karşı en büyük borç Türk hukukçularının omuzuna yüklenmiştir. Bu borç ödenecektir. İnsanlığın davası demokrasinin bütün koşulları ile gerçekleşmesidir.

Konuşmama son verirken Adalet teşkilatının, Türkiye Cumhuriyeti'nin; Atatürk ilke ve devrimlerinin; tam bir tarafsızlık içinde koruyucusu ve en büyük güvencesi olduğunu özellikle belirtmeyi kaçınılmaz bir görev sayıyorum.

Yeni adalet yılında bütün adalet görevlilerine başarılı çalışmalar diler, önümüzdeki dönemin Ulusumuza mutlu ve aydınlık günler getirmesi dileğiyle saygılarımı sunarım.

CEZA USULÜNÜN TEMELİ

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

PLAN: 1 — Tanım. 2 — Diyalektik ve usul. 3 — Diyalektik ve savunma.
4 — Yargılamada bütünsellik.

1 — TANIM :

Diyalektiğin şöylece tanımlandığına rastlanır: «Her şeyin, us-
talıkla ve incelikle tartışılması sanatı». Bu tanım doğru sayılamaz.
Diyalektik sadece «sözlü tartışma sanatı» değildir. Öyle olsa idi,
Saint Thomas'ın diyalektiği «kısır tartışma sanatı tanımlaması»
haklı çıkardı (bk. Gurvich, *Dialectique et sociologie*, Paris, 1962,
s. 15; Bellavista, *lezioni.* s. 164).

Platoncu diyalektik şöylece özetlenebilir: «Somut olgulardan
hareket ederek genel tanıma yükselme ve başka olgulara başvurur-
ak tanıma doğrulama sanatı» (Foulquie, P. *Diyalektik*. Çev. Timu-
çin, A., İstanbul, 1975, s. 5).

Bir başka tanım da şudur: «Düşünme kurallarının tümü». Bu
tanım yeterli değildir. Çünkü «Diyalektik Düşünce»deki özelliği bu
tanım yansıtmaktadır.

«En yüksek diyalektik, insan aklının, gereği tümünden anlaya-
bilmesi»dir; savı, esasında «diyalektikte bütünsellik» ilkesinin fark-
lı deyimlerle tanıtılmasıdır (Vedrine, H. *Les Philosophies de L'his-
torie*, Paris, 1975, s. 15).

İnsanlık tarihinde en eski diyalektik uygulaması itham-savun-
ma-hüküm üçlüsüdür (Kübalı, H.N., *Anayasa Hukuku*, İstanbul,
1971, bk. *Diyalektik Felsefe*, s. 492).

(*) Avukat.

«Diyalektik; süreç, genellikle tez, antitez, sentez diye adlandırılan üç evreyi içerir, ama Hegel bunları hep benimseme, yoksama [inkâr] ve yoksamanın yoksaması diye adlandırır» (Foulquie, Timuçin, s. 57; bk. Hegel, Principes de la philosophie du droit, n. 82). Bir dereceye kadar «Dava münasebeti» (Erem, Usul n. 8) kavramının temelinde diyalektik yatar.

Diyalektik sadece «doğru düşünmek sanatı» da değildir. Özellikle «doğruyu [gerçeği] bulmak sanatı»dır. «Usul Hukukunda Kıyas» sorunu ile Hegelci mantık arasında ilgi vardır (Bk. Öztekin, s. 97).

Hegel gibi düşünürsek bir şeyin varlığını benimsememiz gerekir. «Hegel sisteminin ilk üçlüsü en ünlü olanıdır: (Varlık vardır, bu, benimseme ya da tezdır» (Foulquie-Timuçin, s. 57; Stance, W. T. Hegel üstüne, çev. Belge, M. İstanbul, 1976, s. 121). Usul diyalektiğinde benimseme şudur: Adalet vardır. Kuşkusuz bu «soyut akıl»ın benimsenmesidir. «Masumluk karinesi» de bir «tez» dir (Bk. Erem, Usul 1973, n. 72).

«Diyalektiğe gösterilen ilgi, azalmak şöyle dursun, her gün biraz daha artıyor, bu ilgi hiç bu kadar büyük olmamıştı» (Foulquie-Timuçin, s. 83). Bugün «Usul felsefesi» diyalektik dışında kurulamaz. «İtham sistemi - tahkik sistemi» karşılığının «karma sistem» de bir «halita» halinde birleştirilmesi yapay bir tutum olmuştur (sistemler için: Bk. Erem, Usul, 1973, n. 26). Çünkü karma sistem bir «sentez» değildir. «Sentez, ancak tek ve antitezin doğrusudur» (Stace-Belge, 176; kşz. Kunter, 5. Bası n. 37-e).

2 — DİYALEKTİK VE USUL :

Usul hukuku, kendini bir teknikle dışlaştıran, diyalektik mantığına dayalı kurallar topluluğudur.

Usul hukukunu çeşitli yönlerden inceleyebiliriz. Yorumlarımız farklı da olabilir. Fakat sorun bu hukuku değiştirebilmek, «diyalektik dinamikimizi»ni ona sindirebilmektir. Yorum «boş çabalar uğraşısı» olmaktan çıkmalıdır. Diyalektik, «ilerletici yorum»a sürekli ve tükenmez «kaynak» olabilir (Tosun, s. 95).

Diyalektik görüşün usul hukukuna aktarılması onu, görevine daha fazla yaklaştıracaktır. Esasen usul hukuku bir diyalektiktir. Yasa, bazı hükümleri ile diyalektik kurallarına bağlılığını anımsatır, «suç vasfında değişiklik de uyarma zorunluğu gibi». «Yargılama hukukunun özerkliği», «ceza muhakemesi hukukunun aletliği

meselesi» (Bk. Kunter, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, n. 7, 8), Diyalektiğin bağımsızlığı ile daha iyi açıklanmaktadır (bk. Tosun Ö. Suç Muhakemesi Hukuku, 1976, s. 32).

Platon'a göre «bir toplumda Adalet Düzenini kurmak için insanları iyiye yöneltmek için doğrunun ve iyinin gerçek fikrine sahip olmak gerekir. Bu koşulu gerçekleştirmek için tek yol var: Doğrunun ve iyinin sezgisine ulaşmak» (Foulque - Timuçin, s. 21) Buna ancak usul diyalektiği ile ulaşabiliriz.

«Hiç bir şey kendi karşıtı olmaksızın (bilinmeksizin) ortaya çıkmaz». İtham-savunma-hüküm (sentez) üçlüsü kendini tanımlamak istediği zaman kendi karşıtına muhtaçtır» (Hilav, s. 55, 75). Hükümün şeklen değil, gerçekte varoluşu itham-savunma diyalektiğine bağlıdır.

Görünüş her şey demek değildir, belki de —bir açıdan— görünüş hiç bir şey değildir. O halde «usul işlemleri»ni sadece «görünüş» niteliğinde değil, amaca göre uygulamak gerekir. Bu amaca «Usul diyalektiği» ile varabiliriz. Fakat usul diyalektiği «görünüş mantığı» olmamalı, «mantıksal diyalektik» esas tutulmalıdır.

Bir kimseyi sanıklamak onu «birey» olarak ele almaktır. Halbuki «birey bir soyutlamadır, çünkü o çevresindeki varlıkların kendisi üzerindeki etkisine ve bütünün geçmişine bağlıdır. Dolayısıyla, onu, ona yönelen bütün eylemlerin ve onun çevresi karşısındaki tepkilerinin kavuşma noktasına yerleştirerek anlayabiliriz» (Foulque - Timuçin, s. 67) Eğer bir usul hukuku, bu anlamda sanığı «tecrit» ederse diyalektik «eksik konulu» olmakla kusurlanır, sonuç vermez daha iyi bir deyimle, sonuç (hüküm belki de yanlış olur.

İtham ve savunma, toplum adına bir «eylem»le sonuçlanır: Bu «hüküm»dür. Bu nedenle Hegel'in şu tanımı usul hukukuna uygun düşer: «Diyalektik hem dış dünyada hem insan dünyasında hareketin genel yasalarını inceleyen bilimdir».

«Kesin hüküm», yeni delilleri gerektiren «yargılamanın yenilenmesi» kavramları üzerinde revizyonist olmak zorunluğu vardır. Bir şeyin yasal değişmezliği, değişmemesine yeterli değildir. Diyalektikte, başlangıçta «benimsemenin konusu» değişirse, ilk kabulde ısrarlı olamayız.

3 — DİYALEKTİK VE SAVUNMA :

Diyalektik, dar olmayan bir anlam taşır. Bir düşünceden (veya bir esastan) olumlu veya olumsuz, tüm sonuçları-eksiksiz çıkarabilmek «sanat» sayılabilir. «Müdafilik sanatı»nın büyük bir kısmı burada kendini gösterir. Fakat bu mantık ameliyesi aldatici veya gerçeğe benzer olmamalıdır, gerçeği olduğu gibi yansıtabilmelidir. Örneğin «Stoiciens'lerin ustalığı» daima aldatici olmuştur. «Dıştan görünüşün mantığı» biçiminde savunma makbul sayılmaz. Kandırıcı değil, inandırıcı olabilmek, savunmanın temel ögesidir.

«Avukatlar, ancak akılcı dava usullerinin uygulanmaya başlandığı devirlerde ortaya çıkmışlardır» (Weber, Rechtssoziologie, s. 238; San. C. Max Weber'de hukukun ve meşru otoritenin sosyolojik analizi, tezden naklen, s. 167). O halde bu tarihçi gözlemin bir anlamı olmak gerekir. Nitekim «sadece belli formüller söylemekle görevli (sözcü) ile, tam hukuk tekniği bilgisini davalı ya da davacının savunmasına tahsis eden (avukat) arasında büyük farklar vardır» (Weber-San, s. 167).

4 — YARGILAMADA BÜTÜNSELLİK :

Diyalektiğin, «hüküm»ün gerçekten varoluşunu sağ'ayabilmesi için bir başka açıda nda gözönünde tutulması gerekir. «Bütünsellik ilkesi, diyalektik düşüncenin en kapsayıcı ilkesidir. Bu ilke en geniş anlamı ile, her hangi bir şeyin tek başına ve içinde bulunduğu bütünden ayrı olarak ele alındığı zaman kavranamayacağını ileri sürmektir». «Bütünsellik ilkesi açısından gerçeklik, bir organizma olarak düşünülür. Bu organizmada parçalar, bütüne bağlıdır, nitekim bütün de parçalara bağlıdır» (Hilav, s. 116).

«Diyalektik kuramlar (toplum) adı verilen canlı-üstü varlığın bir bütün olduğu öncülü üstünde birleşiyorlar. Ancak bu varlığın nasıl bir bütün olduğunda temel görüş ayrılıkları var. İşlevsel kuramlardaki (bütün) kavramı çeşitli öğeleri daha iyi açıklamak için gerekli bir araçtır. Oysa diyalektik yaklaşımda, bütünün açıklanması söz konusudur» (Güvenç, s. 123). «Usul hukukunun bütün'üğü» (Erem, Usul 4. Bası, n 19) bu açıdan değerlendirilmelidir.

Özellikle «savunmanın köleleştirildiği» sistemlerde diyalektik ortam yok edilmiş olur. Usulde «vicahilik kuralı», «savunma hakkı» daraltılırsa «müdafiden evrak saklanırsa» usul diyalektiği doğru sonuç vermeyecektir (bk. Erem, Savunma Diyalektiği, Ankara

1973, s. 3; Erem, Siyasal Davalar, Ankara 1977, s. 3). «İthamı öğrenmek hakkı» itibar görmezse, diyalektik yok demektir (bk. Erem, Olağandışı Yargulamalar, Ankara, 1976).

Her biri başka bir isteği yansıtsalar bile, bütün savunma kısıtlamalarının birleştiği nokta şudur: Savunmayı saptırmak veya yetersiz hale getirerek sonuç vermesine engel olmak.

Bu amaçla diyalektik dokusunu zedelemekte kullanılan araçlar üzerinde durmakta fayda vardır: «Eşit silahla çarpışma dengesini» bozmak (De'Marsico, A. Lezioni di diritto processuale penale, Napoli, 1955, s. 25) sık rastlanan usullerdendir. Bu araç ya yasadan gelir, yahut yargıcın yasamaya uygun düşmeyen müdahalelerine dayanır.

«Savunma gereklerini getirebilme olanağı» (Laski-Saymen, s. 26; bk. Foschini, G. Giudicare, essere giudicati, Milano, 1966, s. 81) sağlanmazsa savunma sonuç vermeyecektir.

Diyalektiğin somutlaşması bir tekniği gerektirir. O halde «ceza usulü hukuk» bu tekniği sağlamak savındadır. Acaba sağlayabiliyor mu? «Çapraz sorgusuz usuller» diyalektiğe en aykırı düşenlerdir.

Usul diyalektiğini «son soruşturma»ya indirgeli sayamayız. Kuşkusuz son soruşturma «aleni cel»de daha somut gözüktür. Fakat kelimenin tam anlamıyla usul diyalektiğinin sonuç verebilmesi, «olayların özündeki çelişkiler»in aleni celsede tartışma konusu haline getirilebilecek kadar açık-seçik ortaya konulabilmesi koşuluyla bağlıdır.

O halde itham-savunma diyalektiğinin doğal koşullarını sağlamak, bu koşulları —başkaca maksatlarla— bozmamak, gerçek bütüne (gerçek hükme) varabilmenin tek yoludur.

**2494 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN
SONRAKİ DURUMUNA GÖRE HUKUK USULÜMÜZDE
TEMYİZ SÜRELERİ VE UYGULAMASI**

Zeki CİVELEK (*)

PLAN: I — Giriş, II — Temyiz süresinin nitelik ve önemi. III — Temyiz süresi ne kadar olmalıdır? IV — Temyiz süresinin başlangıç ve bitimi. A — Temyiz süresinin başlangıcı. B — Temyiz süresinin bitimi. V — Temyiz hangi tarihte yapılmış sayılır? A — Temyiz isteği harca tabi değilse. B — Temyiz isteği harca tabi ise. 1 — Harcın eksik ödenmesi. 2 — Harcın hiç ödenmemesi. C — Temyiz süresi henüz işlemeye başlamadan önce yapılan temyiz geçerli midir? VI — Olağanüstü temyiz hak ve süreleri. A — Karşı temyiz. B — İkinci temyiz. C — Gecikmiş temyiz. VII — Temyiz süresinin geçirilmesi halleri ve sonuçları.

I — GİRİŞ :

Süresiz bir temyiz hakkı düşünülemez. Onun içindir ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun halen 2494 sayılı Kanunla değiştirilen 427. maddesi hükümleriyle, nihaî olup ancak kesin olmayan mahkeme kararları için ve hukuki yararı olmak koşulu ile taraflara(1) tanınan temyiz hakkı, aynı Kanunun yine değişik 432 ve 437. maddelerinde belli sürelerle bağlanmıştır.

Anılan Kanun maddesinin 6. fıkrasında yer alan-kanun yararına temyiz yolunun belli bir süreye bağlanmamış olması, ilk bakışta bu genellemeye ters düşer gibi görünürse de; kanun yararına

(*) **Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.**

(1) Gerçek anlamda taraf olmamakla beraber; taraf gibi hareket edenler (örneğin, HUMK. nun 53-58. maddelerinde belirtilen C. Savcısı dahil koşulları olduğu takdirde davaya katılanlar gibi) ile diğer ilgililerin (bu konuda geniş bilgi için bkz. Kuru B., HMu - 1974 bas. s. 705-706) temyiz hakkı bulunduğu da ayrıca sözetmek gerekir.

temyiz, teknik anlamda ve temyize konu edilen kararın hukuki sonuçlarını değiştiren ya da ortadan kaldıracı bir yol olmadığı gözetildiğinde bu niteliği taşımadığı anlaşılır.

Esasen kanun yararına temyiz hakkının, kesin olarak verilen kararlarla niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden ve Yargıtayca incelenmeksizin kesinleşen kararlar için sadece Adalet Bakanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı'na tanınmış olması da, taraflara tanınan olağan temyiz hakkına nazaran ayrıcalık taşıdığını ve bunun belli bir süre ile sınırlandırılmasına gerek olmadığını da gösterir.

II — TEMYİZ SÜRESİNİN NİTELİK VE ÖNEMİ :

Temyiz süresi, kesin ve hak düşürücü sürelerdendir (HUMK. md. 163). Bu nedenle temyiz isteminin süresinde olup olmadığı hususu, karşı tarafın itiraz edip etmediğine bakılmaksızın kararı veren mahkemece res'en dikkate alınacaktır (aynı Kanun değişik md. 432/f. 4).

Kararı veren mahkemenin bu yönü incelemeyen dosyayı Yargıtay'a göndermesi halinde ise; temyiz incelemesini yapacak dairece, temyiz isteminin yasal süresinde olup olmadığı yine res'en gözetilecek ve süresinde olmadığı saptandığında da, bu yolda gerekli işlemler yapılmak üzere dosya mahkemesine iade edilecektir.

Temyiz süresi, temyiz hakkı ile yakından bağlantılı olduğundan yalnız taraflar açısından ve temyiz edilebilen (temyizi kabil) kararlar için önem taşır. Esasen bu tür kararların kısa yoldan kesinleşmesi de, sözkonusu sürenin temyiz yoluna başvurulmaksızın geçmiş ya da —zorunlu nedenler dışında— geçirilmiş olmasıyla mümkündür.

Her hangi bir surette, temyizi kabil olmayan bir kararın temyiz edilmesi halinde, temyiz süresi yönünden hiçbir incelemeye girilmeksizin doğrudan doğruya kesinliği açısından işlem yapılacaktır.

Bununla beraber, hernasılsa gözden kaçırılarak temyiz süresi geçirilen ya da verildiğinde kesin olan bir karara ilişkin —kanun yararına temyiz hariç— temyiz istemi üzerine işin esasını incelenir ve sonuçta bu karar bozulursa —hernekadar onanması halinde sorun çıkmaz ise de— durum ne olacaktır? Sorusuna; sözkonusu bozma kararının, ilgili tarafın başvurması halinde (yok hükmünde

sayılması) ya da ısrar yoluyla (kaldırılması) gerekir cevabını verebiliriz (2).

Ancak böyle bir başvurunun bize göre, bozmaya uyuluncaya kadar yapılması zorunludur. Aksi takdirde bozmaya uyulmakla, yararına olan taraf için kazanılmış hak doğar ve bir daha da bundan dönüş olmaz (3). Öte yandan bu yolun sınırlandırılmaması da, mahkeme kararlarına olan güveni sarsacağı gibi bir takım çözümleri güç ya da imkansız sorunlar yaratır.

III — TEMYİZ SÜRESİ NEKADAR OLMALIDIR :

Taban ve tavan koyarak kesin bir sınır çizmek mümkün değilse de; temyiz süresinin, mahkemelerin ve gördükleri işlerin nitelikleri de gözetilerek, kararı temyiz etmek isteyen tarafın en çok düşünerek bu iş için gerekli hazırlığı yapmasına yetecek ve temyiz etmek istemeyen tarafın da bu kararla kazandığı hakkına kavuşmasını geciktirmeyecek en az ölçüde olması idealdir.

İşte bu düşünce ve genel çerçeve içinde olacak ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun değişik 432. maddesiyle, asliye hukuk mahkemelerinden verilen temyizi mümkün kararlar için 30 gün ve 437. maddesinde de, sulh hukuk mahkemesi kararları için 8 günlük temyiz süreleri tayin ve tesbit edilmiştir (4). Bilindiği üzere, 2494 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 432. maddede öngörülen temyiz süresi 15 gün idi.

Bu arada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 435. maddesinin 2. fıkrasıyla tanınan ve uygulamada süre tutum [müddeti muhafaza] olarak adlandırılan imkânın, ortadan kaldırılmış olduğunu ve yeni duruma göre anılan kesin temyiz süreleri içinde, temyiz nedenlerinin de bildirilmesinin zorunlu bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu bakımdan belli temyiz sürelerinin geçirilmesinden sonra verilecek o tür yeni temyiz nedenlerini içeren dilekçeler artık dikkate alınmamaktadır.

(2) Bkz. KURU B., age. s. 708 - dipnot 42.

(3) Bkz. KURU B., age. s. 731-740.

(4) Diğer ilgili Kanunlarımızda (örneğin, İİK. md. 164/ilk, 299, 307/f. 2 ve 363/2 de olduğu gibi) daha farklı temyiz süreleri öngörülmüştür.

IV — TEMYİZ SÜRESİNİN BAŞLANGIÇ VE BİTİMİ :

Bir sürenin varlığı ancak başlangıç ve bitim tarihlerinin belli olmasıyla mümkündür. Aksi halde süre değil, süresizlik sözkonusu olur. Bu bakımdan temyiz süresinin de bir başlangıç ve sonu olmak gerekir.

A) Temyiz Süresinin Başlangıcı :

Hukuk Usulümüzde, gün olarak tayin edilmiş (md. 161/ilk) sözkonusu temyiz sürelerinin; karar ister yüze karşı, ister yoklukta [gıyapta] verilmiş olsun (değişik md. 432/ilk ve 437/ilk, 393 ve de 407) ilâmın (m. 392/son) taraflara usulüne uygun biçimde tebliğ (yazılı bildirim) gününü izleyen tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir (5).

Yazılı ya da sözlü bildirim yapıldığı gün herne kadar temyiz süresinin hesabında **nazaar alınmaz** ise de, onu izleyen günün tatile rastlaması, temyiz süresinin işlemeye başlamasını hiçbir surette durdurmaz.

Bu bakımdan uygulamada, bildirimi izleyen günün tatile rastlaması halinde **temyiz süresinin, tatilin bittiği günden** başlayacağı yanlışlığına düşülerek ona göre süre hesabı yapılması sonucu, temyiz süresinin geçirildiği durumların gözlemlendiğini belirtmekte yarar umuyoruz.

Bu şekilde temyiz süresinin başlaması, sıkı sıkıya ilâmın taraflara tebliği işlemine bağlı kılınmış olduğundan, gerek kararı veren mahkeme ve gerekse temyiz incelemesini yapan Yargıtay ilgili dairesinin, temyiz süresinin başlangıç tarihini sağlıklı olarak tesbit edebilmesi; sözkonusu ilâm tebligatlarının usulüne uygun biçimde yapılmış ve buna dair belgelerin de düzenli olarak dosyasına konulmuş olmasıyla mümkündür.

Aksi takdirde, usulsüz ilâm tebliğleri (7201 sayılı Tebligat Kanununun ilgili hükümlerine aykırı surette yapılan —örneğin; 11. md. si uyarınca, vekille takibedilen davalarda azil ve istifa sözkonusu olmadıkça ilâm tebliğinin de vekile yapılması gerekirken asılla tebliğ edilmiş olması gibi) temyiz süresinin işlemesine engel olacağından, emek ve gider kaybı yanında işin gecikmesine de neden olacaktır. Ancak nevar ki; bu arada adına usulsüz ilâm tebligatı

(5) Diğer ilgili Kanunlarımızda ise (örneğin, İİK. md. 363/f. 2 - İMK. md. 8 de olduğu gibi) temyiz süresi, yüze karşı verilen kararlarda tefhim yani sözlü bildirim tarihini izleyen günden itibaren başlatılmaktadır.

yapılan tarafın, temyiz isteminde bulunması halinde (anılan Kanun md. 32) kendisi tarafından bildirilen öğrenme tarihi, tebliğ tarihi sayılarak temyiz süresi de, o tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlamış olur.

B) Temyiz Süresinin Bitimi :

Gün olarak belirlenmiş (8 ve 30 gibi) temyiz süresinin bitim tarihleri ilamın usulünce tebliğ tarihini izleyen günden başlayıp tek tek sayılmak suretiyle saptanır. Yalnız, hafta veya ay olarak öngörülen sürelerin (HUMK. md. 161/f. 2) hesabı değişik olduğu için bu durumda (8 ve 30 günlük) sürelerin, hafta ve ay olarak ele alınmaması gerekir.

Örneğin; ilam 10.1.1984 tarihinde tebliğ edilmiş ise, 8 günlük temyiz süresinin 11.1.1984 tarihinden itibaren tek tek sayılarak 18.1.1984 günü çalışma saatinin sonunda biteceği hesaplanır.

Ancak bu şekilde hesaplanan temyiz süresinin son günü tatile rastlarsa —başlangıç durumunun aksine tatil günü veya günleri süreye katılmayarak— tatilin bitimini izleyen günün çalışma saatinin sonuna kadar devam eder (aynı Kanun md. 162).

Çok önem taşıyan ve yine uygulamada yanılığlara sebep olduğu gözlenen bir durum da; adli tatilin temyiz süresine etkisi olup hemen belirtmek gerekir ki, bu husus yalnız, adli tatilde görülmesi mümkün olmayan davalarda verilen kararlar için sözkonusudur.

Bilindiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 176. maddesi hükümleri gereğince adli tatilde görülebilen davalarda verilen —tüm sulh hukuk ve kısmen de asliye hukuk mahkemesi— kararlarına ilişkin temyiz süreleri adli tatilde de işler (6).

Adli tatilde bakılamayan davalarda verilen kararlara özgü olup daha önce başlayan —ya da adli tatil içinde başlamakla birlikte— ancak bitimi adli tatile rastlayan temyiz süresi (HUMK. md. 177) 12 Eylül —ve eğer 12 Eylül günü de ayrıca başka bir tatile rastlarsa ondan sonraki güne— kadar devam eder.

(6) Diğer basit ya da sözlü yargılama usulüne tabi kılınmış (örneğin, İİK. md. 18, İMK. md. 7, Kooperatifler K. md. 99 ve ayrıca Tapulama K. md. 58-59 da belirtildiği üzere) davalara ilişkin kararların temyizinde de durum aynıdır.

Örneğin; 6.7/8.1983 tarihinde tebliğ edilen bir ilam için 7.7/8.1983 tarihinden itibaren işlemeye başlayan 30 günlük temyiz süresi, 5.8/9.1983 tarihinde ve dolayısıyla adli tatil içinde bitmiş olduğundan 12.9.1983 tarihine kadar kendiliğinden uzamış olur.

Ancak sözkonusu temyiz süresinin bitimi —ayrıca tatil olmayan— 6 Eylül gününe rastlarsa, 12 Eylül'e kadar sürmeyip o gün son bulur (7). 6 Eylül gününün başka bir tatile rastlaması da, anılan Kanun hükmünün uygulanmasını gerektirmeyip temyiz süresi, o tatil gün veya günlerini izleyen günün çalışma saatinin sonunda bitmiş olacaktır.

V — TEMYİZ HANGİ TARİHTE YAPILMIŞ SAYILIR? :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 2494 sayılı Kanunla değiştirilen 434. maddesi hükümlerine göre temyiz tarihi, temyiz isteğinin harca tabi olup olmadığına bağlı olarak farklı biçimde belirlenmektedir. Şöyleki:

● A) Temyiz İsteği Harca Tabi Değilse: Temyiz, temyiz dilekçesinin temyiz defterine kaydedildiği tarihte yapılmış sayılır. Bu bakımdan hakimın havalesiyle yetinilmeyip temyiz defterine de kaydının sağlanması —hak kaybına sebebiyet verilmemesi yönünden— büyük önem taşır.

Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla beraber, temyiz isteğinin harca tabi olmaması; ya 492 sayılı Harçlar Kanununun —İstisna ve Muaflıklar— başlığını taşıyan değişik 13 ve 14. maddelerin

(7) Y. 3. HD. nin 31.10.1983 gün ve 4227/4365 sayılı yayınlanmamış bir kararının önemine binaen ilgili bölümlerini aynen aktarıyoruz (...ilam, temyiz eden Davalı Vekiline 7.8.1983 tarihinde tebliğ edilmiş, temyiz dilekçesi ise 8.9.1983 tarihinde verilmiştir. Ancak bu arada temyiz süresinin son günü adli tatilin bitiminden sonraya rastladığı için HUMK. nun 177. maddesi uyarınca uzatma da sözkonusu olmayacağından 30 günlük yasal temyiz süresi geçmiştir.

18.8.1981 tarihinden sonra verilen kararlara karşı yapılan temyiz, yasal süresi geçtikten sonra yapılmış veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin ise bu gibi temyiz dilekçeleri üzerine kararı veren mahkemenin öncelikle bu yönleri inceleyip bir karar vererek bu kararı taraflara tebliğ etmesi ve temyizi halinde dosyayı Yargıtay'a göndermesi HUMK. nun 427 ve 432. maddelerinde öngörülmüştür.

Sözü geçen maddelere göre işlem yapılmak üzerine dosyanın mahaline geri çevrilmesine...) şeklindeki bu karar üzerine yerel makemece verilen süre yönünden red kararı, yine aynı tarafca temyiz edilmişse de, temyiz istemi yerinde görülmediğinden bu defa aynı Dairenin 30.1.1984 gün ve 256/350 sayılı kararı ile onanmıştır.

de belirtilen davalarda verilen kararlara ilişkin bulunması ya da bazı kurumların (örneğin, SSK. ve Bağ-Kur gibi) özel kanunlarında yargı harçlarından muaf tutulmasından kaynaklanmaktadır.

● B) Temyiz İsteği Harca Tabi İse : Temyiz, harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılır.

Bu nedenle gerekli harcı yatırılmadıkça, temyiz dilekçesinin sadece yasal süresi içinde mahkemeye (HUMK. değişik md. 432/f. 2) verilmesiyle geçerli bir temyiz yapılmış olmaz. Ancak temyiz dilekçesi harç ödenmeden verilmekle beraber, sonradan da olsa temyiz süresi dolmadan gerekli temyiz harcı yatırıldığı takdirde sorun kalmaz ve bu durumda, temyiz süresinde yapılmış sayılır.

1 — Harcın Eksik Ödenmesi:

Temyiz harcının yasal süresi içinde olmak kaydıyla eksik ödenmesi halinde; temyiz, bu eksik harcı yatırıldığı tarihte yapılmış sayılır ancak yerel mahkemece bunun (HUMK. değişik md. 434/f. 3) tamamlattırılması yoluna gidilir ve verilecek 7 günlük süre içinde bu eksik harç ödenirse hiçbir sorun doğmaz. Aksi takdirde, kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verileceğinden temyiz hakkı da yitirilmiştir olur.

2 — Harcın Hiç Ödenmemesi:

Temyiz süresi içinde hiç harç ödenmemiş ise; karar (HUMK. muzun değişik 434. maddesinin 3. fıkrasının —teyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenir— şeklindeki ilk cümlesinin ışığı altında - süresinde temyiz edilmemiş sayılacak ve dolayısıyla temyiz isteminin süre yönünden reddini gerektirecektir.

Bu durumda harç sonradan ödense dahi —teyiz, harcın yatırıldığı tarihte yapılmış sayılacağı kuralı işleyeceğinden— sonuç asla değişmeyecektir.

Bu değişikliklere göre, eskiden ve eksik harç yatırılması halinde olduğu gibi, başlangıçta hiç ödenmeyen temyiz harcının ödetilmesi ve verilecek süre içerisinde ödendiğinde de temyiz isteminin süresinde sayılması yolunda, mahkemeler artık aracılık görevi yapmak durumunda kalmayacaktır (8).

(8) Y. 3. HD. nin 9.2.1984 gün ve 395/553 sayılı olup henüz yayınlanmamış bulunan bir kararında; bu konuda kanun boşluğu olduğundan söz-

● C) Temyiz Süresi Henüz İşlemeye Başlamadan Önce Yapılan Temyiz Geçerlidir?

Yazılı bildirim tabi kararların, herhangi bir surette usulüne uygun tebliğinden önce öğrenilmesiyle, temyizi mümkün ve muhtemeldir (9). Çünkü temyiz mutlak ilamın tebliğinden sonra yapılacağını emreden bir hukuk kuralı mevcut olmadığı gibi temyiz süresinin, usulüne uygun ilam tebliğinden itibaren başlayacağını öngören hükümler de taraflar yararına konulmuş olsa gerektir.

Bununla beraber, karar verilmeden yapılacak (peşinen) temyiz herhalde geçerli olmayacaktır. Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427. maddesi hükümlerinin esprisinden anlaşıldığı üzere, temyiz hakkı ancak kararın verilmesiyle doğar ve buna göre de, temyiz süresi sözlü bildirimle başlayan kararlar için önceden temyiz sözkonusu olmaz (10).

VI — OLAĞANÜSTÜ TEMYİZ HAK VE SÜRELERİ :

Buraya kadar sözünü ettiğimiz temyiz süreleri, HUMK. m. 432 ve 437. maddelerinin ilk fıkralarında yer alan —olağan temyiz hakkına— ilişkin idi.

İzin verilirse, ilgili taraflara tanınmış bulunan diğer temyiz hak ve sürelerini —olağanüstü temyiz— olarak adlandırmak istiyoruz. Çünkü bu gibi durumlarda genellikle temyiz süresi geçmiş ve karar, bu hakkı kullanacak taraf yönünden şekli anlamda bir nevi kesinleşmiş ya da verilmekle kesin olan bir karara karşı yöneltmiş oluyor.

Üçlü bir ayrıma tabi tutarak aşağıda açıklamaya çalışacağımız bunlardan ilk ikisi, HUMK. değişik md. 427/f. 4, 433/f. 2, 432/f. 5 ve 434/f. 3 de açıkça ve diğeri de aynı Kanunun 166 ve onu izleyen maddelerinde dolaylı olarak hükümlendirilmiştir.

edilerek temyiz dilekçesinin süresi içinde temyiz defterine kayıt edilmiş olması koşuluyla, eksik harç ödenmesi haline ilişkin fıkra hükümünün uygulanması yoluna gidilmesi gereği vurgulanarak farklı bir görüş geliştirilmiştir.

(9) KURU B., age. s. 707 - dipnot 36/a.

(10) KURU B., age. s. 691 de; temyiz hakkı doğmadan (yani nihai karar verilmeden) önce, taraflardan birinin temyiz hakkından vazgeçmesinin geçerli olmayacağı da belirtilmiş bulunmaktadır.

A) Karşı Temyiz :

HUMK. muzun değişik 427. maddesinin 4. fıkrasında —şu kadar ki, karşı tarafca temyiz yoluna başvurulması halinde, düzenleyeceği cevap dilekçesinde temyize ilişkin itirazlarını ileri sürmesi mümkündür— denilmek suretiyle, taraflardan birisinin usulüne uygun temyizi halinde diğer tarafa, kendisi yönünden kesin olan bir karara karşı temyiz hakkı tanınmış olmaktadır. Yine aynı Kanununun değişik 433. maddesinin 2. fıkrasında —cevap veren, hükmü süresinde temyiz etmemiş olsa bile, cevap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirerek temyiz isteğinde bulunabilir— denilmek suretiyle de, bir tarafın usulüne uygun temyizi halinde, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa dahi diğer tarafa, karşı temyiz imkanı sağlanmıştır.

Her iki halde de, sözkonusu karşı temyiz isteminin, öbür tarafın temyiz dilekçesinin tebliğinden itibaren 10 gün içinde hükmü veren mahkemeye ya da bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine verilecek (11) cevap dilekçesiyle yapılması şart kılınmıştır.

B) İkinci Temyiz :

Yine izainizle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değişik md. 432/f. 5 ve 434/f. 3 hükümleriyle; kararı yasal süresinden sonra temyiz ettiği, ya da temyiz ettiği kararın kesin olduğu anlaşılan tarafın bu ilk ve asıl temyiz isteminin, kararı veren mahkemece —süre veya kesinlik yönünden— reddedilmesi üzerine, bu red kararının temyizi konusunda yine aynı tarafa tanınmış bulunan 7 gün süreli temyiz hakkını da —ikinci temyiz— olarak nitelendirmiş bulunuyoruz (11/a).

(11) Y. 10. HD. nin 7.4.1981 gün ve 1098/2091 sayılı (YKD. 1981/7) bir kararında; temyiz dilekçesinin postayla gönderilmesi de kabul edilmiştir ki, herhalde bunun yasal temyiz süresi içinde ilgili mahkemeye ulaşması ve harca tabi olanlarda da gerekli harcın yine bu süre geçmeden yatırılmış olması koşulları da gözetilmek gerekecektir böyle bir durumda.

(11/a) Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama son bölümde yer almaktadır.

C) Gecikmiş Temyiz :

İİK. nun 65. maddesinde düzenlenmiş bulunan —gecikmiş itiraz— kurumundan esinlenilerek, gecikmiş temyiz olarak nitelen direbileceğimiz bir olağanüstü temyiz hak ve süresi vardır ki, bu da ancak belirli temyiz süresinin zorunlu nedenlerle geçirilmesi halinde sözkonusu olabilmektedir (12).

Eski hale getirme adıyla bilinen ve temyiz konusunda da uygulanabilen bu yol, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 166-174. maddelerinde düzenlenen bir takım sıkı koşullara bağlanmıştır. Bunlardan konumuzu ilgilendiren en önemli koşul; belli temyiz süresi içinde temyiz yoluna başvurmayı engelleyen zorunlu nedenin ortadan kalktığı tarihten itibaren 10 gün içinde eski hale getirme isteminde bulunmaktan ibaret olup bu isteğin kabulü de ancak, gerek zorunlu nedenin varlığının ve gerekse bunun ortadan kalktığı tarihin usulüne uygun bir biçimde belgelendirilmesine bağlıdır.

İşte bu ve diğer koşulların gerçekleşmesi ve gereklerinin de usulünce yerine getirilmesiyle, süresinden sonra yapılan temyiz geçerli olabilecektir.

VII — TEMYİZ SÜRESİNİN GEÇİRİLMESİ HALLERİ VE SONUÇLARI :

Temyiz süresinin geçirilmesi; unutmaya, yanlış hesaplama gibi ve zorunlu nedenlerle temyiz dilekçesinin yasal süresinden sonra verilmesi hallerinde sözkonusu olur.

Bunlardan yalnız zorunlu nedenlerle temyiz süresinin geçirilmesi halinde, bir önceki bölümde açıklamaya çalıştığımız üzere —gecikmiş temyiz— in koşulları varsa olumlu sonuç alınabilir. Diğer hallerde ise temyiz istemi daima redde mahkumdur.

Temyiz süresinin geçirilmesi halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun değişik 432. maddesinin 4 ve 5. fıkra hükümleri uygulanır (13). Ayrıca, aynı Kanun değişik md. 434/f. 3 de yer alan —eksik harcın 7 günlük süre içinde tamamlanmaması üzerine kararın temyiz edilmemiş sayılmasına dair verilecek karar ile

(12) KURU B., age. s. 708 - dipnot 40/a da; temyiz süresini arzu ve ihtiyarı dışında bir sebeple kaçırmış olan tarafın, eski hale getirme yoluna başvurmak suretiyle kararı temyiz edebileceğine işaret olunmuş ve s. 912-919'da da konu ayrıntılı bir biçimde işlenmiştir.

(13) 7.11.1983 gün ve 4/5 sayılı YİBK. ile, sulh hukuk mahkemelerinden verilen kararlar için de aynı kuralların uygulanacağı kabul edilmiş bulunmaktadır.

ilgili olarak da— yine sözügeçen 5. fıkra hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

Bu hükümlere göre; kararı veren mahkeme, temyiz isteminin reddine ya da kararın temyiz edilmemiş sayılmasına dair vereceği kararı, temyiz edene tebliğ edecek ve bu red veya temyiz edilmemiş sayma kararları da, tebliğinden itibaren 7 gün içinde temyiz olunabilecektir.

Bu tür kararlar, temyiz edildiği ve diğer koşullar da yerine getirildiği takdirde dosya, gerekli temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay'ın ilgili dairesine yollanacaktır.

Temyiz edilmemesi halinde ise, bu ve dolayısıyla asıl karar da —eğer diğer tarafın temyizi yoksa— kesinleşmiş olur.

Uygulamada bu durumun aksine, asıl karar temyiz edilir edilmez süre, kesinlik ve yatırılan temyiz harcının yeterli olup olmadığı yönlerinden gerekli inceleme yapılmadan, dava dosyasının doğruca Yargıtay'a gönderildiğine sık rastlanmaktadır. Oysaki bu konuda öncelikle, kararı veren mahkeme yetkili ve görevli kılınmıştır (HUMK. md. 432/f. 4).

Söz konusu —süre yönünden— red kararının temyizi süresinde ise ve asıl karara yönelik temyiz isteminin de gerçekten süresinde olduğu anlaşılırsa; bu red kararı (anılan Kanun maddesinin son fıkrası uyarınca) bozularak ilk temyiz dilekçesine göre gerekli temyiz incelemesi yapılır ve varılacak sonuca göre de, asıl kararın onanması veya bozulması yoluna gidilir. Bu red kararına ilişkin temyiz süresinde olmakla beraber, asıl kararın temyizinin süresinde olmadığı saptanması halinde, red kararının onanmasıyla yetinilir ve dolayısıyla asıl karar da bu sonuçla kesinleşmiş olur.

Anılan red kararının temyizinde de 7 günlük yasal sürenin geçirilmiş olması halinde ise; artık bu konuda karar vermek yetki ve görevi Yargıtay'a geçer ve bu yolda temyiz incelemesini yapan ilgili dairece, temyiz dilekçesinin reddine karar verilir (14).

(14) Y. 3. HD. nin 22.9.1983 gün ve 3224/3749 sayılı (...Karar temyiz eden tarafa 27.5.1983 gününde tebliğ edilmiş ve temyiz dilekçesi 9.6.1983 gününde verilmiş olduğuna göre HUMK. nun değişik 432. maddesinin son fıkrasında öngörülen 7 günlük temyiz süresinin geçmiş olması nedeniyle temyiz dilekçesinin reddine...) şeklindeki yayınlanmamış bir kararı konuyu açıklığa kavuşturmaktadır.

SAYIŞTAY YARGILAMASINDAKİ SORUMLULUK ANLAYIŞININ YENİ ANAYASAMIZ KARŞISINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Atilla İNAN (*)

PLAN: I — Giriş. II — Sayıştay yargılamasında sorumluluk anlayışının doğuşu ve gelişimi. III — Sayıştay'daki sorumluluk anlayışının yasal dayanakları. IV — Yeni Anayasamız açısından Sayıştay yargılamasının değerlendirilmesi. V — Sonuç.

I — GİRİŞ

Az bilinmesine karşın, kusursuz sorumluluk ilkesinin yurdu-muzda en yaygın uygulandığı alan Sayıştay yargılamasıdır. Genel ve katma bütçeli kuruluşlar ile bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kuruluşların bütün saymanları, tahakkuk memurları ile bazı hallerde diğer memurları Sayıştay'da yargılanırken kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutulmaktadır.

Sayıştay yargılamasında kusur aranmaksızın sorumluluğa karar verildiği için, uygulanan sorumluluk ilkesine kusursuz sorumluluk denilmektedir. Ancak Sayıştay yargılamasındaki kusursuz sorumluluk uygulamasının, hukuk düzenimizde alışageldiğimiz kusursuz sorumluluk anlayışından önemli farkları vardır. Sayıştay yargılamasında sorumluluğun doğması için hukuka aykırılık yeterli sayılmaktadır (1). Bir başka deyişle sorumluluğa karar verilirken zarar unsuru bile aranmamaktadır.

Örneğin saymanın sorumlu tutulması için, saymanlığa gönderilen ödenekten fazla ödeme yapılmasının Muhasebei Umumiye

(*) Sayıştay Uzman Denetçisi.

(1) Atilla İnan, «Sayıştay Yargılamasında Sorumluluk», Amme İdaresi Dergisi, Cilt 11, Sayı (Mart 1978), S. 63.

Kanununa aykırı olması yeterli sayılmaktadır. Ödenek üstü harcama, yine kamu hizmetleri için kullanılsa, memur aylıklarıyla, tedavi giderleriyle ilgili olsa dahi ödenek üstü harcama miktarınca saymanın sorumluluğunu gerektirmektedir. Devlet alımlarında herhangi bir şekil noksanının bulunması, o alım işiyle ilgili sözleşmede yazılı miktarın tamamınca Sayıştay'da yargılanan kamu görevlilerinin sorumluluğunu doğurur. Bir başka deyişle, şekil şartları eksik olan sözleşmeye dayanarak yapılan iş sonucunda devletin hiç zararı olmasa hatta kârı bulunsa dahi sayman, tahakkuk memuru ve varsa diğer kamu görevlileri sözleşme miktarınca sorumlu tutulmaktadır.

Sayıştayın yasalara aykırılığı yeterli sayan yargılaması sonucunda verilen ilamlar, 832 sayılı Sayıştay Kanununun 64. maddesi uyarınca İcra ve İflas Kanununa göre infaz edilir.

Bu yazımızda, sorumluluk biçimleri hakkında birkaç örnek verdiğimiz, bazı kamu görevlilerinin, Sayıştay'da yargılanırken sorumlu tutulmasında esas alınan ilkeleri anlatıp, bu sorumluluk biçiminin Anayasamız, yasalarımız ve genel hukuk ilkeleri açısından bir değerlendirmesini yapacağız.

II — SAYIŞTAY YARGILAMASINDA SORUMLULUK ANLAYIŞININ DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

Yukarıda örneklerle belirttiğimiz gibi, Türk Sayıştayı bazı kamu görevlilerinin İcra İflas Kanununa göre infaz edilebilecek biçimde bireysel sorumluluğuna karar vermektedir. Sayıştay yargılamasında kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulan kamu görevlisi sayısı hem görev ünvanı hem de miktar bakımından gün geçtikçe çoğalma göstermiştir. Özellikle 15.2.1979 gün ve 24 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Muhasebei Umumiye Kanununun 22. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, sayman ve tahakkuk memurlarından başka, ödememeye esas olan bazı belgeleri düzenleyen ve onaylayan kişiler de Sayıştay yargılamasında sorumlu tutulmaya başlanmıştır.

Oysa bugün kü Türk Sayıştayı'nın kuruluş ve işleyişinde örnek alınan Fransız Sayıştayı ile arasındaki en önemli fark sorumluluğa karar verme noktasında toplanmaktadır. Fransız Sayıştay'-

nın görev ve yetkilerini düzenleyen, halen yürürlükte bulunan 31 Mayıs 1862 tarihli Kararnamenin 375. maddesinde aynen «Sayıştay hesapları yargılar ve fakat saymanları yargılamaz» denilmektedir (2).

Sayıştayımızın yargılamasındaki, sadece hukuka aykırılığı yeterli sayan uygulama biçimi, Fransız Sayıştay'ının örnek alınmasıyla hukuk sistemimize girmiştir. Fakat kuruluş ve işleyişi benzer olan Fransız Sayıştay, hesapları yargılamakla yetinmiş, Türk Sayıştay aynı yöntemlerle bazı kamu görevlilerini, insanları yargılamıştır.

Kanımızca gerek 1961 Anayasası'nda gerek yeni anayasamızda Sayıştay yargılaması ve buna dayanarak Sayıştay'ın hukuk düzenindeki yeri ile ilgili tartışmalar, temelde Türk Sayıştay'ının Fransa'daki gibi hesap yargılayan bir kuruluş olarak örgütlenmesi fakat insan yargılayan bir kuruluş olarak çalışmasından kaynaklanmaktadır.

Hesapları yargılamak için, hesap ve işlemlerin o konularla ilgili kurallara uygun olup olmadığını aramak yeterlidir. Ancak bazı kamu görevlilerini daha doğrusu insanları yargılamak ve sorumlu tutmak için hukuka aykırılık unsuru yanında başka unsurları da aramak zorunludur. Aksi halde yukardaki örneklerde de açıkça görüldüğü üzere, yargılamanın temel amacı olan adalet idesinden uzaklaşmış olur. Ne var ki, sorumluluk için hukuka aykırılığı yeterli sayan Sayıştayımızdaki ağır, haksız ve adaletsiz uygulama pekçok yasa gerekçelerinde ve idari reform araştırmalarında dile getirilmesine rağmen değiştirilmemiş aksine genişletilmiştir (3).

(2) B. Tuncer Fevziöğlü, Nazari, Tatbiki Mukayeseli Bütçenin Kontrolü, C. II., İstanbul, S. 201.

(3) Bkz. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 12 inci maddesinin Gerekçesi, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 42, Dönem 1, Toplantı 4, Sıra sayısı 977, S. 9-11.

— Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu, Merkezi Hükümet Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri (Ankara, TODAİE 1966) S. 204.

— The Economy Of Turkey, Report Of a Mission Sponsored by the International Bank For Reconstruction and Development in Collaboration With The Government Of Turkey, 5. B, (Baltimore The Johns Hopkins press, 1957) S. 202.

III — SAYIŞTAYDAKİ SORUMLULUK ANLAYIŞININ YASAL DAYANAKLARI

Yeni Anayasamızdaki hükümler dışında Sayıştay yargılamasına esas tutulan yasal dayanaklar, 832 sayılı Sayışaty Kanununun 45 ve 64. maddeleri hükümleri ile Muhasebei Umumiye Kanununun 13, 14, 18, 20 ve 22. maddeleri hükümleridir.

Sayıştay Kanununun 45. maddesi «sorumluluk halleri» başlığını taşımaktadır. Belirtilen madde hükmünde «sorumlularca, gelir, gider, mal ve kıymetlerden mevzuata uygun olarak tahakkuk ettirilmediği, alınmadığı, harcanmadığı, verilmediği, saklanmadığı veya idare edilmediği Sayıştay'ca kesin hükme bağlananları, sorumlular keyfiyetin idarece kendilerine bildirilmesinden başlayarak üç ay içinde Hazine'ye ödemekle sorumludurlar» denilmiştir.

832 sayılı Sayıştay Kanununun «ilamların infazı» başlığını taşıyan 2. fıkrasında ise «ilamlarda gösterilen zimmet ve tazminlerde zimmetler vukuu tarihinden, tazminler ise hükmedildikleri tarihten itibaren faize tabi olarak İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil olunur» denilmektedir.

Muhasebei Umumiye Kanununun 13. maddesinde tahakkuk memurları ile saymanların düzenledikleri belgelerin doğruluğundan ve yasalara uygunluğundan sorumlu olacakları belirtilmiş, ikinci derece ita amirleri ile tahakkuk memurlarının.. hatalarından mütevellit zararı tazmin ile mükellef tutulmaları Divanı Muhasebatca bilmuhakeme verilecek karara mütevakkıftır» denilmiştir. Aynı Yasanın 20. maddesinde de «...takip edilmemek yüzünden tahsili mümteni bir hale veya müruruzamana uğrayan mebalığın, sun'i taksiri görülen muhasipten tazminine Divanı Muhasebatça hükmolunur.» denilmektedir. Muhasebei Umumiye Kanununun 22. maddesinin değişik şeklinin (E) bendinde ise «Adı ne olursa olsun bir komisyon veya kurul gibi bir organ ya da uzman bir görevli tarafından düzenlenen keşif, hakediş, tutanak, rapor, karar ve benzeri belgelere dayanılarak yapılan ödemelerde Sayıştay'ca saptanacak sorumluluğa, tahakkuk memuru ve saymanla birlikte, söz konusu belgeleri düzenleyen ve onaylayan kişiler de katılır.» hükmü vardır.

Ayrıca 21.5.1981 ve 25.5.1981 tarih E. 1981/7, 4122/1 ve 4123/1 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararlarıyla etkinlik ve verimlilik de-

netimi ile ilgili olanda tahakkuk memurları ve bazı hallerde ita amirlerinin Sayıştay'ca sorumlu tutulabilecekleri karara bağlanmıştır.

Yasa hükümlerinden de açıkca görülebileceği gibi Fransız Sayıştayının aksine Türk Sayıştayını hesapları yargılamakla kalmamakta bazı kamu görevlilerinin İcra ve İflas Kanunlarına göre infazı gereken bireysel sorumluluklarına da karar verebilmektedir.

Ancak Sayıştay yargılamasında sorumluluğun nasıl olacağı, hangi sorumluluk ilkesine göre hüküm verileceği konusunda yukarıda belirtilen yasa kurallarında hiçbir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda daha sonraki bölümlerde gerekçeleriyle açıklayacağımız, gerek yasalar açısından gerek genel hukuk ilkeleri açısından pek tutarlı bulunmadığı düşüncesinde olduğumuz bir uygulama vardır.

Sözünü ettiğimiz uygulama, eski Sayıştay Başkanlarından Rıza Turgay tarafından, Sayıştay Kanunundaki bir hükmün Anayasa Mahkemesi'nde yargılanması sırasında aynen şöyle anlatılmıştır: «Devlet fonlarına tasarruf eden memurlar Anayasanın deyişiyle bidayeten sorumlu addedilirler. Zimmettar olmak bu memur zümresi için asıldır. Bunlar zimmetlerine verilen kendilerine tevdi edilen devlet fonları miktarınca önceden zimmettardırlar» (4).

Bir Sayıştay dairesi ise vermiş olduğu bir kararda (Sayıştay Beşinci Dairesi'nin 28.11.1970 gün ve 770-139/3139 sayılı Kararı) aynen: «Saymanlar kendilerine verilen fondan alınan, harcanan, saklanan veya idare edilen para ve mal varlığından dolayı beraatlerini ispat etmek zorundadırlar. Aksi halde saymanların sorumlulukları beraat etmedikleri hususlarda devam eder» demektedir. Yine aynı kararın bir başka bölümünde de «Sayıştay yargılaması sonunda sayman ve tahakkuk memurlarının kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın sorumlu tutulacakları» anlatılmıştır.

Görüldüğü gibi yasalardaki sorumlulukla ilgili hükümlerle Sayıştay'daki kusursuz sorumluluk uygulaması arasında bir bağlantı kurmak oldukça zordur.

Sayıştay yargılamasında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiğini savunan bir görüşte ise, Sayıştay'da yargılanan görevlilerin sorumlulukları saptanırken, onların kişisel du-

(4) Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi No. 7, S. 165.

rumlarına inilmesi gerektiğini gösteren hiçbir hüküm bulunmadığı ileri sürülmüştür (5).

Bilindiği gibi bir borç ihlal edilmeksizin zarar doğduğunda, bu zararın zarara uğrayandan başkasına yükletilip yükletilmeyeceğini saptarken başlıca iki temel ilkedен yararlanılır (6). Bu iki temel ilkedен biri kusur ilkesi diğeri de nedensellik ilkesi veya kusursuz sorumluluk ilkesidir.

Kusur ilkesine göre, kişi hukuka aykırı ve kusuruyla meydana getirdiği zarardan zorunlu tutulur. Bu nedenle zarar başkasının kusurlu olmayan davranışıyla meydana gelmiş ise zarara uğrayanın bu zarara katlanması gerekir. Şahsın subjektif durumu olan «kusuru» gözönünde tutularak, hukuka aykırı davranışından doğan zararı tazmin etmesine «kusura müstenit hukuki sorumluluk» veya kısaca «kusur sorumluluğu» adı verilir.

Nedensellik ilkesinde, sorumluluk için kişinin kusuru değil, objektif bir unsur olan zarara sebep olma, başka bir deyişle zarar veren davranışın objektif sonucu aranmaktadır. Bundan dolayı bu sorumluluk türüne de «kusursuz sorumluluk» veya «objektif sebep sorumluluğu» denilmektedir (7)

Hiçbir hukuk sisteminde kusur ve nedensellik ilkelerinden biri tek başına yer almamıştır. Hukuk sistemimizde kusur ilkesi kural olarak kabul edilerek, kusura dayanan sorumluluk düzenlenmiş, istisnai olarak, nedensellik ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk halleri de kabul edilmiştir (8).

Temel ilke zarar verenin kusuru olmadıkça sorumluluğunun doğmaması, zarara uğrayanın zarara katlanmasıdır. Bir başka deyişle, sorumluluk biçiminin kusursuz sorumluluk olduğu veya kusur aranmayacağı yasalarda açıkça belirtilmediği hallerde sorumluluk kusur ilkesine göre saptanır. Yukarıda belirtildiği gibi, Sayıştay'da yargılananların sorumluluklarında hangi sorumluluk

(5) Hasan Baş, «İntibaklarda sorumluluk sorunu» Mali Hukuk Dergisi, (Ocak 1972) S. 12.

(6) A. Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Ankara, 1973, S. 364.

(7) Ibid. S. 365.

(8) Ibid. S. 365.

ilkesinin uygulanacağı belirtilmediğine göre, sorumluluğun kusur ilkesine göre saptanması gerekir (9).

Diğer yandan, Sayıştay'daki kusursuz sorumluluk uygulaması kusursuz sorumluluğun amaçlarıyla da bağdaşmaz. Kusursuz sorumluluk ilkesi hukuk sistemlerine 19. yüzyıldan başlayarak girmiştir. Sosyal düşüncenin gelişimi ve teknolojiadaki ilerleme, zararın kişisel bir kusurdan ileri gelmediği hallerde toplumun zarara uğrayanı koruması ve zararı sadece onun sırtında bırakmaması fikrini hukuk sistemlerine sokmuştur (10).

Sosyal ve ekonomik hayattaki gelişmelerin ürünü olan kusursuz sorumluluk anlayışı, zarara uğrayanın tehlikelere karşı korunması ve uğradığı zararın tazminatsız bırakılmamasının hakkaniyet ve nesafet gereği olduğu düşüncelerine dayanır (11). Sayıştay'daki uygulama dışında, kusursuz sorumluluğa hukuk düzeninde yer verilen bütün haller zarara uğrayanın güçsüz kalması nedeniyle korunduğu hallerdir.

Bir ülkede en büyük güç tartışmanız devlet gücü olarak kabul edildiğine göre, zarara uğrayan devletin güçsüz olduğu düşüncesinden hareket ederek, Sayıştay'da yargılanan memurların kusursuz sorumlu tutulmalarının hakkaniyet ve adalet duygularının gereği olduğunu nasıl savunabiliriz (?).

Kaldı ki Sayıştay'da kusur ilkesinin uygulanması gerektiği bir yasa hükmüyle açıkça belirtildiği halde yine uygulanmamıştır.

Sayıştay yargılamasında kusur ilkesinin uygulanmasına ilişkin hükümler taşıyan Devlet Memurları Kanununun 12. maddesine göre «Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadırlar.

Devlet memurlarının kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından reyîç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır.....»

(9) Atillâ İnan loc. cit, S. 67.

(10) Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku Ankara, 1963, S. 95.

(11) A. Naim İnan, Loc. Cit, S. 395.

Söz konusu madde hükmünde belirtildiği üzere zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanacaktır. Zararların ödettilmesindeki genel esaslar ise Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin hükümleridir. Haksız fiile göre sorumluluğun doğması için kusunun aranması gerektiği bilinen bir gerçektir. Ancak yasa bununla da yetinmeyecek, memurun sorumlu tutulabileceği kusur türlerini ayrıca sayarak durumun önemini belirtmiştir.

Bu durumda, Devlet Memurları Kanunundaki memurların sorumlulukları ile ilgili kuralların genel nitelikte oldukları, özel yalarla düzenlenen Sayıştay'da yargılanan memurların sorumlulukları ile ilgili kurulları değiştiremeyeceği söylenebilir (12). Daha önce belirtildiği üzere, Sayıştay yargılamasında sorumluluğun nasıl olacağı hangi ilkelerin uygulanacağı açıkca belirtilmiş değildir. Bununla beraber, bu konuda özel hükümler olduğu farz edilse dahi, Devlet Memurları Kanunun hazırlanmasını gerektiren en önemli nedenlerden, hatta temel ilkelerden birinin de çeşitli özel yasalarla düzenlenmiş olan devlet memurlarının hukuki ve mali statüsünü birleştirmek olduğunu unutmamak gerekir (13). Bu nedenle Devlet Memurları Kanunu ile Sayıştayda yargılanan memurların sorumluluklarını düzenleyen hükümler arasında, memurların bak, yüküm ve sorumlulukları bakımından genel kanun özel kanun ilişkisi değil yeni yürürlüğe giren kanun eski kanun ilişkisi vardır. Ayrıca Devlet Memurları Kanununda bu düşünciyi pekiştiren bir yasa hükmü de bulunmaktadır. Devlet Memurları Kanununun 31.5.1970 gün ve 1327 sayılı Kanununun 91. maddesiyle değişik 237. maddesinde, devlet memurlarının hizmete alınmaları ödev hak yüküm ve sorumlulukları konularını düzenleyen diğer kanunların bu konudaki hükümlerinin Genel Kadro Kanununun yürürlüğe girdiği ayın son gününden başlayarak yürürlükten kalkacağı açık seçik belirtilmiştir.

Sayıştay'da yargılanan memurların sorumluluk biçimlerinin 832 sayılı Sayıştay Kanununda düzenlendiği, Sayıştay Kanununun ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre daha yeni bir kanun olduğu, bu nedenle Devlet Memurları Kanununun 12. madde-

(12) Lütfi Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Ankara, 1974, S. 12.

(13) Bkz. Devlet Memurları Kanununun Genel Gerekçesi Devlet Memurları Kanunu, Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Ankara, S. 18.

sindeki sorumlulukla ilgili hükmün Sayıştay yargılamasında uygulanamayacağı ileri sürülebilir (14). Kanun numaralarına bakılarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, 832 sayılı Sayıştay Kanununa göre daha eski tarihli bir kanun olduğu düşünülebilir. Ancak Devlet Memurları Kanununun, bu kanuna aykırı olan diğer bütün kanunları değiştiren veya ortadan kaldıran 31 Mayıs 1970 gün ve 1327 sayılı Kanunun 91. maddesiyle değişik 237. maddesi Sayıştay Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten daha yeni olan 30 Kasım 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kaldığı söz konusu 12. maddenin kusur türlerini belirterek sorumlulukta kusur aranacağını pekiştiren hükümleri çok daha yeni bir tarih olan 12 Mayıs 1982 tarihinde 2670 sayılı Yasa ile yürürlüğe sokulmuştur.

Bu arada Devlet Memurları Kanununun 12. maddesinin gerekçesi de gözönünde tutulduğunda, vardığımız yargının daha kuvvetlendiği görülür.

Devlet Memurları Kanununun 12. maddesinin gerekçesinde aynen «.....Bu konuda en önemli mesele saymanların durumudur. Saymanların ikinci derece ita amirlerinin ve tahakkuk memurlarının devlet mallarının harcanması ile ilgili konulardaki sorumluluklarında yargı mercii Sayıştay'dır. Sayıştay ise, bu yargı işlerinde Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarını değil, Sayıştay Kanunu ve Muhasebei Umumiye Kanununun esaslarını uygulamakta, «kusur» unsuruna bakmaksızın çok ağır tazminat hükümleri vermektedir. Bu sebeple Saymanlığın son derece ağır sorumluluk taşıyan ve dolayısıyla yavaş işleyen bir görev haline geldiği, sayman'ların ve ailelerinin kendi kusurlarından dolayı olmayan zararlar sebebiyle de yıllarca sefalet içinde kaldıkları, sık sık ortaya atılan şikayet konularından biridir. Maddedeki bu hüküm, bugün genel olarak yürürlükte olan esaslı bütün memurlar için doğrulamış olmakta ve böylece saymanlığı da son derece muhataralı bir iş olmaktan çıkmaktadır» denilmektedir (15).

Görüldüğü gibi Sayıştay yargılamasında sorumluluğu saptamak için kusur unsurunun aranması gerekmektedir. Hatta Sayıştay'ın kendisini yetkili gördüğü, etkinlik ve verimlilik denetiminin sorumluluğa bağlanmasının kusur unsuru aranmaksızın yürütül-

(14) Cahit Tutum, «Devlet Memurlarının Hak, Ödev ve Sorumlulukları» Amme İdaresi Dergisi (Haziran 1969), S. 138.

(15) Devlet Memurları Kanununun 12. maddesinin gerekçesi, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 42, Dönem 1., Toplantı 4, sıra sayısı 1977, S. 9-11.

mesi imkansız bulunmaktadır. Ancak, Sayıştay'daki sorumluluğun doğması için yasalara aykırılığı yeterli sayan uygulama, hiçbir değişiklikten etkilenmeksizin eskiden olduğu sürdürülmektedir.

IV — YENİ ANAYASAMIZ AÇISINDAN SAYIŞTAY YARGILAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sayıştay'da yargılanan kamu görevlileri olduğu için, konuyu Anayasa açısından incelerken; Sayıştay'la ilgili hükümler yanında, kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümleri bir arada incelemek zorunlu bulunmaktadır.

Anayasamızın, kamu görevlilerinin sorumluluk ve güvencelelerini düzenleyen 129. maddesinin 5. fıkrasında aynen: «Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir» denilmektedir.

Bu hükümden konumuzla ilgili olarak çıkardığımız en önemli sonuç; kamu görevlilerinin kusurları olmadığında sorumlu tutulamayacakları ilkesidir. Sorumlulukta kusur unsurunun aranması kamu görevlilerinin hem idareye karşı doğrudan sorumluluğu hem de idarenin kamu görevlisine rücu davası açması şeklindeki dolaylı sorumluluk hallerinde aranacaktır. Çünkü her iki halde de uygulanan sorumluluk ilkeleri değişmemektedir. Bir başka deyişle kamu görevlilerinin Devlete karşı doğrudan sorumlu oldukları bazı hallerde kusursuz sorumluluk ilkesine, dolaylı sorumlu oldukları hallerde ise kusur ilkesine göre sorumlu tutulmaları mantık kurallarıyla bağdaşmaz.

Üstelik Anayasamızın söz konusu maddesinin gerekçesinde de aynen «Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zararlardan sorumlu olacakları...» denilmiş böylece kusur ilkesinin hem doğrudan **sorumluluk hem de dolaylı sorumluluk** hallerinde uygulanacağı açıkça belirtilmiş olmaktadır (16). Bir başka deyişle Anayasamız-

(16) Bkz. 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin gerekçesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi Vakfı Ofset Tesisi, 1983 Ankara, S. 194.

daki belirtilen hükmün kamu görevlilerinin Devlete karşı doğrudan sorumluluk hallerinde uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kuşku giderilmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, Sayıştay'ın yargıladığı kamu görevlilerini, bir adalet mahkemesi gibi kusur ilkesini göz önünde tutarak ve buna bağlı ve bununla orantılı olarak verdikleri gerçek zarar üzerinden tazminle sorumlu tutulabileceği söylenebilir mi?

Kanımızca, Anayasamızın Sayıştay'la ilgili 160. maddesinin son şeklini almasıyla ilgili gelişmeler göz önünde tutulduğunda bu sorunun cevabı «hayır» dır. Çünkü bireylerin kabul etmemesi halinde, verdikleri iddia edilen zarar dolayısıyla sorumlu tutulmaları bir mahkeme kararıyla sağlanabilir. Oysa yeni Anayasa tasarımlarında bulunan Sayıştay'ın «İlk ve son derece hesap mahkemesi» olduğunu belirleyen ibare Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunca metinden çıkarılmıştır. Bu durumda Sayıştay'ın niteliği ne olursa olsun bir mahkeme olduğunu savunmak oldukça zorlaşacaktır. Üstelik söz konusu madde ile ilgili Milli Güvenlik Konseyi değişiklik gerekçesinde aynen «...bunlara ait hüküm ve yargı yetkisinin ancak Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabilmesi göz önünde tutularak, Sayıştay'ın «ilk ve son derece hesap mahkemesi» olduğunu belirleyen ibare metinden çıkarılmıştır» denilmektedir (17).

Diğer taraftan, 1961 Anayasası zamanında, Anayasa Mahkemesi'nin, Sayıştay'ın yüksek bir mahkeme olmadığını belirleyen kararındaki gerekçeler temelde Sayıştay'ın bir mahkeme olmadığını noktasında toplanmaktadır (18). Söz konusu kararda Sayıştay'ın mahkeme sayılmadığını belirten nedenlerden hiçbiri yeni Anayasamızda değiştirilmiş değildir.

Bu durumda Sayıştay'ın, bazı kamu görevlilerinin hesap ve işlemleri ile ilgili bireysel sorumluluğuna karar veremeyeceği, ancak hesap ve işlemlerin yasalara uygun olup olmadığını belirleyebileceği sonucuna varılmaktadır.

(17) Ibid. S. 238.

(18) 6.3.1983 gün ve E. No. 1972/56, K. No. 1973/11 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, 9 Kasım 1973 tarihli Resmî Gazete.

(19) International Encyclopedia of the social sciences, C. 13. 1968. S. 496.

V — SONUÇ

Sorumluluk özünde özgürlük olan bir konudur (19). Bu nedenle, Sayıştay yargılamasında bu güne değin kusurları olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulan kamu görevlilerinin özgürlüğü, bir başka deyişle daha adil, hukuk kurallarına ve hukuk ilkelerine uygun sorumlu tutulmaları gerekliliği hukuk düzenimizin ihmal edilmez bir sorunu olmuştur. Bu sorun hesapları yargılamakla insanları yargılamanın birbirinden farklı olması gereken yöntemlerinin karıştırılmasından kaynaklanmıştır. Uygulamanın değiştirilmesi için yapılan yasal düzenlemeler ve diğer uğraşlar yeniliğe gösterilen direnç karşısında, bugüne değin başarılı olmamıştır. Ancak gerek kişi özgürlükleriyle gerek daha iyi bir yönetimin sağlanmasıyla ilgili bu sorunun yeni Anayasamızın ışığı altında hukuk kuralları açısından kalmadığı, uygulamanın da bu doğrultuda düzeltileceği inancındayız.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

I — Kitaplar

- 1 — B. Tuncer Feyzioğlu, Nazari, Tatbiki Mukayeseli Bütçenin Kontrolü, C. II. İstanbul.
- 2 — Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi Yönetim Kurulu Raporu, Ankara, TODAİE, 1966.
- 3 — The Economy of Turkey, Report of a mission Sponsored by the International Bank For Reconstruction and Devolpment in collaboration with the Government of Turkey, 5. B. (Baltimore The Jhons Hopkins press, 1957)
- 4 — A. Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Ankara, 1973.
- 5 — Halûk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1963.
- 6 — Lütfi Duran, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Ankara 1974.
- 7 — M. Reşit Karahasan, Tazminat Davaları, İstanbul 1976.
- 8 — Cumhuriyetin 50 nci Yılında Sayıştay, Ankara 1973.
- 9 — Mustafa Yulug, Türkiye'de Kamu Savurganlığı ve Bütçe Yönetimi. Ankara, 1981.
- 10 — International Encyclopedia of the Social Scienes, C. 13, 1968.

II — Makaleler

- 1 — Atillâ İnan «Sayıştay Yargılamasında Sorumluluk» Amme İdaresi Dergisi, Cilt 11, Mart 1978.
- 2 — Hasan Baş «İntibaklarda Sorumluluk Sorunu» Mali Hukuk Dergisi, (Ocak 1972)
- 3 — Cahit Tutum «Devlet Memurlarının Hak Ödev ve Sorumlulukları» Amme İdaresi Dergisi (Haziran 1969)
- 4 — Atillâ İnan «Etkinlik ve Mevzuata Uygunluk Denetiminden Doğan Sorumluluk Konusunda son Gelişmeler» Mali Hukuk, Yıl 14, Sayı 77.
- 5 — Servet Köksal «Saymanların Zor Durumu» Mali Hukuk, (Ocak 1975)
- 6 — A. Şeref Gözübüyük, «Sayıştayın Yargısal Görevlerinin Yeniden Düzenlenmesi» Cumhuriyetin 50. ci Yılında Sayıştay.
- 7 — A. Şeref Gözübüyük «Sayıştay ve Yargı Görevi» A.Ü.S.B.F. Dergisi,
- 8 — Recep Başpınar, «Sayıştay Kararlarının Yargısal Denetimi» Danıştay Dergisi, C. 4, Sayı 12-13.

ŞİDDET VE TERÖR (*)
(II)

Yrd. Doç. Dr. Doğan SOYASLAN ()**

IV — AMACINA GÖRE TERÖR

Terörist eylemler genelde iki amaçlıdır; ya adi amaçlarla ya da siyasi amaçlarla yapılmaktadır.

Birincisine; kan davası, intikam hırslarının tatmini, salt ekonomik çıkar için yapılan adam öldürme eylemleri örnek gösterilebilir.

İkincisi yani siyasal amaçlı terör ise, çoğu kez ulusal ve uluslararası seviye de organize olmuş bir gurubun işi olduğu için toplumda yaptığı etki büyüktür. Güdülen siyasi amaç çeşitlidir.

Bir hükümeti yıpratmak ve iktidardan düşürmek için yapılan terörde amaç, Devlet adına hareket eden, kamu gücünü kullanan siyasal partinin, can emniyetini ve asayişini sağlayamadığı gerekçeyle prestijinin yıpratılması, doğrudan istifaya veya dolaylı yoldan iktidarı bırakmaya zorlanması gibi.

Kitleleri sindirmeye, sessizliğe götürmek isteyen terörde dolaylı yoldan rejimi ve mevcut iktidarı yıkmaya yönelik veya bir başka rejime haklı neden aratmaya veyahutta toplumda devlet boşluğu yaratarak sokağa hakim olmaya çalışan terördür (18).

(*) YD., Cilt: 10, Sayı: 3, Temmuz 1984'den devam.

(**) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

(18) Garcia — Les corps de la sureté de l'état et la population en lutte contre le terrorisme - Conference sur «la defence de la démocratie...» Strasbourg 1980. s. 4 ve dev.

Terör ülke bütünlüğüne karşı da kullanılmaktadır; gerçekten ülkeyi bölmeye, o bölümde bulunan halk kitleleriyle beraber ayrı bir devlet kurmaya veya ayrı bayrak altında bölünmeye de yöneliktir. Bu terör tipi genellikle eylemlerinde devlet güçlerini hedef almaktadır.

Siyasi bir düzeni yıkmak ve yerine yeni bir siyasi ideolojik bir düzen kurmak amacıyla hareket eden terör ise mevcut siyasal ekonomik düzeni yetersiz, kendilerine göre gayri adil bulmakta, tüm sorunların kurulacak yeni düzenle çözüleceği inancını taşımaktadır. Bu eylemlerin amacı devleti yıpratarak siyasi iktidarı ele geçirmektir.

Terör herhangi siyasi bir davayı dünya kamu oyuna duyurmak, dikkat çekmek, meseleyi başkalarına anlatmak, böylece yandaş toplamak amacıyla, metod olarakta kullanılmaktadır. Filistinli'lerin bir zamanlar uçak kaçırmayı ulusal davaları için yararlı görmeleri gibi (19).

Anarşik eylemleri koloni olmuş ülkelerde, bağımsızlıkları için bir vasıta olarak kullanmış ve kullanmaktadırlar, gerçekten İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra başlayan bağımsızlık süreci içinde bazı büyük devletlere karşı vur-kaç taktiği ile yerli bağımsızlıkçılar çeşitli yıldırma hareketlerine girişmişlerdir. Cezayirli'lerin Fransız'lara karşı uyguladıkları yöntem buydu.

Terör terör'e karşıda kullanılmaktadır; gerçekten kişi kendini savunmak için herhangi siyasi bir amaç gütmeksizin kanlı eylemi seçmektedir. Aynı şey mevcut siyasi rejimi korumak içinde yapılmış ve yapılmaktadır. Bu metod devlet tarafından kendini yıkmaya çalışanlara karşı kullanılabileceği gibi, devlet içinde bir gurup, siyasi bir akım tarafından da karşı siyasi görüşte olan eylemcilere yönelik olarakta kullanılabilir. Ancak Devletin teröre karşı kendini savunmasının da ötesinde tüm muhalefeti şiddet kullanarak susturması toplumu ve rejimi devlet terörüne götürür.

V — SİYASİ REJİM VE TERÖR

Zamanımızda terör ile devlet yapısı, siyasi rejim arasında bir ilişki vardır (20). Belirli bir devlet içinde başlangıçta terörist ola-

(19) Bolle - Le droit et la répression du terrorisme, Rev. Ін. Crim. et Pol. Tec. 1977, S. 123.

(20) Conférence sur la défense de la démocratie... Strasbourg 1981.

rak vasıflandırılabilir olan organize güç zamanla yerleşik iktidara karşı verdiği savaşta devlet durumuna da geçebilir. Geçmişte Nikaragua'da, Küba'da olduğu gibi.

Bir toplumda devlet ile fert arasındaki ilişki hukuk kuralları ile ve esasen fiili durumla, kültür düzeyi ile düzenlenir. Yani Devletle ferdin ilişkisi bir hukuki fiili durumdur. Batılı klasik demokrasilerde Devletin giremediği, kişinin bir özgürlük alanı, bir küçük dünyası vardır. Fert kendi üzerinde iktidarın hakimiyetini hissetmez yani kamu gücünün girebileceği alan nisbeten dardır. Kişi özgür düşünür, özgür hareket eder. Batılı rejimler kişiye güvenir, kısacası kişi toplumdaki önce gelir. Bu ülkelerde toplum pluralisttir yani çoğulcudur. Çeşitli fikir akımlarına, gruplaşmalara, baskı gurubu oluşturmalarına, siyasi kuvvet olmalara açıktır.

Toplumun fertten önce geldiği toplumlarda ise Devlet korunmuştur; fert mutluluğu toplum mutluluğundan geçer. Ferdin özgürlükleri topluma zarar vermediği ölçüde tanınmıştır. Esasen bu toplumlarda fert Devlete feda edildiği için devlet kuvvetli, kişi zayıftır. Bu nedenle Devlet kişiyi ve toplumu kolayca kontrol edebilir. Buralarda siyasi rejim liberal olmayıp toplum Devlet tarafından bazı ideolojiler doğrultusunda yönlendirilmektedir.

Durum bu olunca özgürlüklerden istifade ile organize olmak, terörist eylemlere girmek, dış güçlerle siyasi amaçlar için işbirliği etmek, liberal özgürlükcü rejimlerde daha kolay, teröre karşı mücadele ise daha zordur. Zira fert hak ve hürriyetleri daha çok hukuksal teminat altındadır. Türkiye gibi az gelişmişlik zincirini demokratik özgürlükçü yollardan kırmak isteyen ülkelerin insanının ve Devlet yapısının az gelişmişliğini de buna ekleyince sorun daha da büyük boyutlar kazanmakta, dış güçler kolayca içerideki terör odaklarıyla işbirliği yaparak mevcut rejimi sallamaktadırlar.

Demekki terör bugün, birinci planda genel olarak klasik batı demokrasilerinin sorunudur. Bu ülkelerin geçmişte sömürgeci kolonyalist ülkeler, bu günde dünyanın nüfuzlu, güçlü devletleri, bir noktada Dünyayı idare eden büyükleri olduğunu gözönünde tutarsak bunlara karşı yapılan terörist eylemlerin anlamını daha iyi anlarız.

Oysa Devlet otoritesinin kuvvetli, polisin güçlü olduğu devletlerde böyle bir sorun yoktur. Ancak Devletin devlet olarak otoritesinin az gelişmişlikten dolayı kurulamamasından, polis gücü-

nün iyi işlememesi nedeniyle, ekonomide liberal fakat demokratik olmayan bazı ülkelerde terörist eylemler görülmekte, dış güçlerin desteğindeki bu ideolojik guruplar bir gün Devlet olabilmektedirler. Çeşitli otoriter az gelişmiş ülkelerde görüldüğü gibi.

VI — TERÖR VE MEVZUATIMIZ

Mevzuatımızda terörü tarif eden bir hüküm bulunmadığı gibi terörist eylemlere karşı özel bir kanunda mevcut değildir. Ancak bu eylemlerin doğmasından sonra iktidarı elinde bulunduran güçlerce veya Türkiye'deki kuvvet dengesine göre başta anayasa olmak üzere Sıkıyönetim Kanunu, Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, bunlardan başka diğer özel kanunlar etkilenmiş, ve bunun derecesi de 12 Eylül 1980'den önce ve sonra farklılıklar göstermiştir.

A — 12 Mart 1971 - 12 Eylül 1980 Arası

1924 Anayasası'na göre, 1961 Anayasasıyla daha demokratik, daha özgürlükçü bir siyasi hayata kavuşan ve 1968'li yıllardan itibaren siyasi amaçlı törere sahne olmaya başlayan ve bunun önünü olamayan Türkiye'de 1971'de 12 Mart Muhtırasıyla iktidar değişmiş, daha sonraki yılları o günlerde henüz aratmayacak olan anarşik eylemlere karşı sıkı yönetim ilan edilmiş, örfi idare kanunu olarak bilinen eski kanun yürürlükten kaldırılarak yerine günün şart ve ihtiyaçlarına uygun 13 Mayıs 1971 tarihli yeni bir sıkı yönetim kanunu kabul edilmiş, daha sonra da o günün anayasası ve 765 sayılı Ceza Kanununun bazı maddeleri değiştirilmiştir.

1 — 1961 Anayasası'nda

Anayasal çerçevede temel haklar ve ödevlerle ilgili ikinci kısım geniş ölçüde (20 Eylül 1971 tarih, 1488 sayılı Kanunla) değiştirilmiş, bir yandan temel hak ve hürriyetlerin (madde 11), basın hürriyetinin (madde 22) dernek kurma hakkının (madde 29), sendika kurma hakkının (madde 46) ülke bütünlüğü, milli güvenlik, kamu düzeni gibi nedenlerle kanunla sınırlanabileceği esası getirilirken diğer yandan da ferdin gözü altına alınma süresi yirmidört saatten kırksekiz saate, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yetkilerine giren suçlar ile toplu olarak işlenen suçlarda yargıç önüne çıkarma süresi bir hafta yerine onbeş güne çıkarılmıştır.

Cumhuriyetin temel kuruluşu isimli üçüncü kısımda ise Milli Güvenlik Kurulu'nun teşekkül şekli değiştirilerek, yetkileri artırıl-

miş (madde 111), memurlara sendikalara girme yasağı konmuş (madde 119), özerkliğin Üniversitelerde suç ve suçlu takibine engel olamayacağı, Üniversite ve Fakültelerde öğrenimin tehlikeye girmesi halinde Bakanlar Kurulunun o Üniversitenin idaresine el koyacağı kabul edilmiş (madde 120), Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu'nun Devlet bütünlüğünün, demokratik sosyal cumhuriyetin, milli güvenliğin ve genel ahlakın korunması yolunda haber ve programların seçimi için yetki ve sorumluluklarının bir kanunla düzenleneceği belirtilmiş (madde 121), TBMM. nin onayına bağlı hükümetçe ilan olunacak olan sıkıyönetimin süresi iki aya çıkarılmış (madde 124), 15 Mart 1973 tarihinde Anayasanın 136. maddesine görev ve yetkileri bir kanunla belirtilecek olan Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1699 sayılı Kanunla yapılan ilaveyle kurulmuştur.

2 — Ceza Kanununda

28.9.1971 tarih ve 1490 sayılı Yasa ile, Türk Ceza Kanununun; hürriyet aleyhine işlenen cürümlerden; şahıs, iş ve çalışma hayatı ile ilgili maddeleri (maddeler 188, 201),

Devlet idaresi aleyhine işlenen cürümlerden; memuriyeti terk (madde 236) hükümete karşı şiddet ve mukavemet ve kanunlara muhalefet (madde 254), izinsiz bomba yapma, kullanma, taşımaya ilişkin (madde 264), resmi sıfatı haiz olanlara görevlerinden dolayı taarruzla hakaret (madde 266), askeri, siyasi, idari heyete ve duruşma yapan yargıca görevinden dolayı hakaret (madde 268),

Adliye aleyhine cürümlerden; cürüm işleyenleri saklamak ve cürüm delillerini yoketmek (madde 296), cezaevi idaresine karşı ayaklanma ve isyan çıkarma (madde 304),

Mal aleyhine cürümlerden; yağma, yol kesme, adam kaldırma ile ilgili hükümler (madde 495, 496, 497, 498, 499, 500),

Amme nizamıyla ilgili kabahatlerden; selahiyettar mercilerin emirlerine itaatsizlik (526) ve kamu kurumlarında bulunan basılı asılı eşyaları tahrip etme (mad 537),

Gibi o günlerde bazı anarşik eylemleri içeren cürüm ve kabahatlere ilişkin maddeler gözden geçirilerek cezaları artırılmıştır.

Ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun gözaltına alma süresi ile ilgili hükümleri de değiştirilerek Anayasanın yeni hükmüne uydurulmuştur (CMUK. madde 108).

B — 12 Eylül 1980'den Sonra

12 Mart 1971'den sonra yapılan anayasa değişiklikleri doğrultusunda düşünülen kanunların bir kısmı (Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu vs.) düzenlenerek yürürlüğe konur, Türkiye'de 1973 yılı sonlarına doğru sıkıyönetim kaldırılır ve genel seçimler sonunda parlamenter denge değişir, bu durum 1974 yılında yeni bir iktidar oluşturur, iç ve dış politik olaylar, siyasi partiler ve guruplar arasında mücadele gün geçtikçe artar, terör Devleti tanımaz, aksine sokakta terör Devlet olur, Türkiye günde ortalama yirmi kişi kaybeden bir ülke haline gelir ve 12 Eylül 1980'da ordu iktidara el koyar.

Aynı gün o zamana kadar kısmi olan sıkıyönetim tüm yurda yayılır (MGK., 12 Eylül 1980 tarih, I sayılı bildiri), siyasi parti faaliyetleri, grevler, lokavtlar durdurulur (14 Eylül 1980 tarih, 15 nolu bildiri), kısa zamanda bazı özel kanunlar, Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1961 Anayasası temelden değiştirilir, daha sonra da yeni bir anayasa referandumla yürürlüğe konur.

1 — Özel Kanunlarda

Milli Güvenlik Konseyi'nce ilk iş olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun bazı hükümleri değiştirilmiş (19 Eylül 1980 tarih, 2301 sayı), huzur güven ve asayiş sağlamak üzere, sıkıyönetim komutanının yetkileri artırılmış, sıkıyönetimin ilânına neden olmak kaydıyla adam öldürme ve nası ızzar cürümleri sıkıyönetim mahkemelerinin görev ve yetki alanına alınmış (madde 8), sıkıyönetim komutanının gözaltına alma süresi otuz güne çıkarılmış (bu süre daha sonra 7 Kasım 1980 tarih, 2337 sayılı Kanunla doksan güne yükseltilmiştir - madde 1), sıkıyönetimin etkiliğini sağlamak üzere sıkıyönetim emirlerine uymayanların cezaları artırılmış, daha sonra da (8 Aralık 1980 tarihli, 2354 sayılı Kanun) terörle bağlantılı olan kaçakçılık suçlarına sıkıyönetim mahkemelerinin bakması kabul edilmiştir (ek madde 4).

25 Eylül 1980 tarih, 2305 sayılı Kanunla ateşli silahlar, bıçaklar ve patlayıcı maddelerin bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren onbeş gün içinde teslimini öngörerek, teslim halinde takibat yapılmayacağını aksi halde yani söz konusu silahları bulundurma halinde takibat yapılacağı ve cezaların artırılacağı belirtilmiştir (madde 2).

Daha sonra da (23 Haziran 1981 tarih, 2478 sayılı Kanun) 6136 sayılı Ateşli Silahlar Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkındaki Kanunun bazı maddeleri değiştirilerek silah kaçakçılığının cezası silahın nevine göre daha da artırılmıştır (madde 6, ek madde 5).

2 — Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda

7 Ocak 1981 tarih, 2370 sayılı Kanunla Devlet idaresi aleyhinde cürümlerden; üç veya daha fazla kamu görevlisinin memuriyetlerini terklerine (madde 236), memura vazifesinden dolayı hakarete (madde 266), memuriyet sıfatı sona erse bile vazifesinden dolayı eski memura müessir fiile (madde 271).

Adliye aleyhine cürümlerden tutuklanıp ve hapsedildikten sonra kaçan kimselere (madde 298, 299), tutuklu hükümlülerin kaçmasına yardım edenlere, kolaylaştıranlara, ayaklananlara, muhafaza memurlarının görevlerini suistimaline (301, 302, 303, 304, 305),

Amme nizamı aleyhine cürümlerden suç işlemeğe teşvik, tahrik, kanunun suç saydığı şeyi övme.cürümlerinin (madde 311, 312), şahsa karşı cürümlerden devlet için görevi sona erse bile memurun vazifesini yapmasından dolayı öldürülmesi haline (madde 450 - 11. bend),

Amme nizamına ait kabahatlerden ise terörist eylemleri tahrik eden yazı slogan, resim gibi şeylerin rasgele yerlere yazılmasına ve bunların bazı kurum ve kuruluşlar adına yapılmasına ilişkin hükümler gözden geçirilerek cezaları artırılmıştır (maddeler 536, 537).

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu alanında ise, (7 Ocak 1981 tarihi, 2369 sayılı Kanunla), hâkimin reddi yoluyla yargılamamanın uzatılması yolları tıkanmak istenmiş (madde 28, 29), yine aynı amaçla tanıkların zorla getirilmesi benimsenmiş (madde 5), üç veya daha fazla kişinin toplu olarak bir suç işlediklerinde onbeş güne kadar göz altına alınacakları kabul edilmiş (madde 128), duruşmaya mahkeme taktir ederse sanıkların hazır bulunmama halinde de devam olunması yönünden bazı maddelerde değişiklik yapılmış, (maddeler 223, 226, 3797, Meşhut Suçların Muhakeme Usulüne Dair Kanunun (B) bendi (1 Aralık 1980 tarih, 2349 sayı) değiştirilerek amme nizam ve selametine, genel ahlaka ait kabahatler bu kanun kapsamına alınmıştır.

3 — Anayasa Hukukunda

Anayasal planda ise 27 Ekim 1980 tarih, 2324 sayılı Kanunla 9 Temmuz 1961 Anayasası değiştirilmiş, Ekim 1981 yılında kurulan

Danışma Meclisi'nin hazırladığı, Milli Güvenlik Konseyi'nden geçen, Devlet otoritesini güçlendiren, temel hak ve özgürlüklerin milli güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu düzeni, genel ahlâk gibi nedenlerle, kanunlarla kısıtlanabileceğini kabul eden, milli güvenliğe ve ülke bütünlüğüne yönelik suçlar için devlet güvenlik mahkemeleri kurulmasını öngören, yeni bir anayasa modeli öngörülmüş, 7 kasım 1982 tarihinde halk oyuna sunulan tasarı büyük bir çoğunlukla benimsenmiştir.

Özetlersek, demekki Türk kanun koyucusu terörle, anarşi ile mücadelede, genelde anayasal düzende değişikliklerle özgürlüklerin gerektiğinde kısıtlanmasını, olağanüstü hallerde uygulanmak üzere etkin ve süratli bir adalet dağıtmak için sıkıyönetimin ilânını, anarşik eylemlere ilişkin fiilerin cezalarının arttırılmasını terörle mücadele de çare olarak benimsemiştir.

VII — TERÖRÜ YOKETME ÇARELERİ

Terör belirli şartların belirli neticesidir; bu şartlar yok edilmeden terörle mücadele de başarıya ulaşmak mümkün değildir. Ancak bazı şartlar ve kişinin değişmesi uzun yıllar gerektiren bir iş, Devletin de kişinin can emniyetini sağlamak ve korumak görev ve zorunda olması, yine de bir takım tedbirler almayı gerektirmektedir. Alınan ve alınması gereken tedbirleri iki kısma ayırmak mümkündür. Bunlar saf hukuksal ve sosyal-siyasal tedbirlerdir.

A — Hukuksal Tedbirler

Hukuksal tedbirlerde, ya münhasıran bir Devletin egemenlik hakkını ilgilendiren ve ulusal hukuku oluşturan tedbirler, ya da milletlerarası işbirliğini zorunlu kılan uluslararası seviyede tedbirlerdir.

1 — Ulusal Hukukta

Ulusal planda sorunu konumuz ve bilim dalımız gereği Anayasa hukuku, o olağanüstü rejim yani sıkıyönetim ve ceza hukuku açısından değerlendirmek uygun görülmektedir.

● a — Anayasa Hukuku

Anayasa hukuku alanında anarşinin doğması ve gelişmesi ile 1971 ile ve 1973 yıllarında yapılan değişiklik terörle mücadelede yararlı olmamış, özellikle 1976 yılından itibaren daha da kanlanan

Türkiye 12 Eylül 1980'de iktidarın değişimi ile 7 Kasım 1980 günü yeni bir Anayasa kabul etmiştir.

Öyle anlaşılıyor ki salt Anayasa değişikliği terörle mücadelede çare olmamaktadır; bunu Türkiye 1971-1980 yılları arasında denemiştir. Tamamen yeni bir anayasa olan 1982 Anayasası için, henüz denenmemiş olduğundan şimdiden bir şey söylemek olanaksızdır. Ancak ne olursa olsun asıl sorun teorik bir anayasal düzenden ziyade, Anayasaların nasıl uygulanacağı, vatandaş hak ve özgürlükleriyle Devlet otoritesi arasındaki dengenin nasıl kurulacağı, kısacası hukuk kuralı ile insan ilişkisi, yönetenlerin ve yönetilenlerin ülkeyi terörden korumak hususunda ne derece sorumlu ve bilinçli hareket edecekleri sorunudur. Bu iki taraflı tutum tekno-ekonomik ve kültürel gelişmişliği gerektirmektedir. Esasen vatandaş özgürlükçü demokratik bir yönde geliştirme görevini yüklenmiş olan tüm Türkiye Cumhuriyeti iktidarları hep bu yönde çaba harcamış, ancak kendilerini fasit daire içinde bulmuşlardır. Fakat bu gayret sürecektir, aksamalara rağmen sürmelidir de, zira Atatürk Devrimleri'nin amaçlarından birisi budur.

● b — Sıkıyönetim Kanunu

Sıkıyönetim uygulaması 1971-1973 yılları arasında denenmiş henüz başlangıç aşamasında olan terör ogün için durdurulmuştu (21). Ancak daha sonra sıkı yönetim kaldırılmış, bilinen siyasi ve sosyal nedenlerle 12 Eylül'e gelinmiş, ilan edilen sıkı yönetimle terör hemen tamamen durdurulmuştur. Fakat ne olursa olsun Türkiye terörsüz dolayısıyla sıkıyönetimsiz idare edilmek durumuna gelecektir, getirilecektir.

● c — Ceza Kanunu

Ceza Kanununun değiştirilerek cezaların artırılması ve madde boşluklarının doldurulmasına gelince, dünyanın her yanında suçluluğun bu denli artması karşısında tüm kanun koyucuların alacağı tavır budur. Kişi hareketlerinde özgür olduğu gibi yaptığı işlerden dolayı belirli bir cezayı da göze almakta serbesttir.

Ancak eylem yapan kişi o anda alacağı cezayı düşünmüş müdür veya düşünebilmiş midir? Düşünmenin veya düşünmemenin nedenleri farklı olabilir. Ancak mutlak olan bir şey varsa kanun

(21) Hazır - Olağanüstü hal rejimlerinde kamu hürriyetlerinin sınırlanması ve 12 Mart olağanüstü rejimi. Trabzon 1982, sayfa 98 ve dev.

koyucunun sosyal olmayan eylemleri cezasız, en azından özgür bırakamayacağıdır. Aksi halde arzu edilen hukuk düzeni sosyal barış kurulamayacağı gibi her gönül arzu eden suç işleyerek, bunu da suç anındaki iradesinin zayıflığına verebilir. Kaldı ki sosyal düzen ve insan olması gerçeği ve insanlık onuru kişiyi mutlaka iradesine sahip, ve kendisine irade yeteneği bulma ve yaratma külfeti yüklemektedir. Aksi halde sosyal yaşamda maceralar silsilesi birbirini kovalar.

Ancak insanlık tarihiyle var olan cezalar suçların işlenmesini önleyememiştir. Fakat, eğer ceza yaptırımı olmayan bir toplum söz konusu olmuş olsa ve denenseydi bu toplumda suç işleme ve suçluluk oranı ne olurdu? Kaldığı cezanın korkutucu etkisinde olan kişi esasen suç işlememektedir. Bu nedenlerle cezaların artırılmasının suçluluğa ve teröre karşı bir tedbir olmadığı, hiç değilse ileri sürülemeyecektir. Zira etkisizliğin isbatı mümkün değildir.

Bize öyle geliyorki tıpkı evde huysuzluk eden çocuğun babası tarafından cezalandırılacağını ve bu nedenle doğru dürüst hareket etmesi gerektiğini bilmesi gibi, terörle mücadelede en etkili tedbir, suç işleyen kişinin, kim olursa olsun toplumca, siyasi guruplarca korunmaması, mutlaka yakalanacağını ve cezalandırılacağını bilmesidir (22). Bunun içinde güvenlik güçlerinin süratle görevini yapabilir duruma getirilmesi lazım gelmekte ve adli organların subjektifleşmeksizin süratle adalet dağıtır ve suçluları cezalandırır hale gelmesi lâzım gelmektedir. Bu meyanda emniyet örgütünde terörle mücadele ve terör suçları ile ilgili ihtisaslaşmış timler kurulabileceği gibi sırf terörist eylemleri yargılayan mahkemelerde kurulabilir.

Türk Ceza Kanununun 456. maddesinin değiştirilerek takibi şikayete bağlı suçların tatbik alanını daraltmak düşünülebilir. Gerçekten Cumhuriyet Savcılığının re'sen koğuşturma yapması için 10 (on) günlük «mutad iştiğalat» tan mahrumiyet yerine 5 (beş) günlük mahrumiyetle yetinilebilir (23). Zira çoğu kez vatandaş adliye koridorlarını beklemektense, kişisel hıncını kendisi almak istemekte, bu süreçte yeni ve daha tehlikeli çatışmalara yol açmaktadır. Ancak bu da Cumhuriyet Savcılığının yükünün artırılmasını ve yeni personel alımını gerektirir.

(22) Sellin - L'effet intimidant de la Peine - R.s.c. 1960, s. 484 ve dev.

(23) Tosun - Adı geçen makalesinde kasten işlenen müessir fiillerin C. Savcılığınca re'sen takib edilmesini çözüm yollarından biri olarak görmektedir. Sayfa 121 ve dev.

2 — Uluslararası Hukukta

Terörist eylemler uluslararası seviyede bir çok kez ele alınmış ve çeşitli sözleşmelere konu teşkil etmişlerdir. Ancak tarifinde anlaşma mümkün olamamıştır. Zira terörün anlamı Devletten Devlete değişmiştir (24). Bir Devletin terörist saydığı eylemi diğer Devlet terörist olarak nitelendirmemiştir. Hatta Devletler birbirini yıpratmak için birbirine karşı terörist eylemleri desteklemişler ve halen desteklemektedirler (25). Örneğin Ermeni Terörü'ne Fransa ve Yunanistan ile Türkiye aynı gözle bakmamaktadır.

Milletlerarası düzeyde sorun ilk önce Milletler Cemiyetince tartışılmış, tedhişçiliğin önlenmesi ve tenkili hakkında 1937 yılında Cenevre'de imzalanan iki konvansiyonla uluslararası bir ceza mahkemesi ihdas edilmiş, imzacı Devlet birbirine karşı tedhiş niteliğindeki eylemlerden kaçınmayı taahhüt etmişler, Devlet başkanları ve işlerine, yerine getirilen memuriyet dolayısıyla hayata vücut tamlığına karşı işlenen suçlar, kamuya ait malların tahribine yönelik fiiller, müşterek tehlike yaratarak insan hayatına zarar veren kasıtlı eylemler ve sayılan tüm bu suçlara teşebbüs ile bunları işlemek için patlayıcı ve zarar verici madde imal ve muhafazasına ilişkin eylemlerin faillerini akid Devletler suç kendi topraklarında işlendiği zaman ya cezalandırmak yahutta isteyen Devlete iade etmek yükümlülüğünü kabul etmişlerdir (26).

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Ulusal bağımsızlıkçı hareketler ve siyasal kutuplaşmalarla beraber tedhiş eylemlerinin artması üzerine, 1963 tarihli Tokyo Konvansiyonu, 25 Kasım 1970 tarih, 2645 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Asamblesi Kararına istinaden 16 Aralık 1970 tarihinde La Haye'de toplanan Uluslararası konferansta uçak kaçırma fiilleri,

23 Eylül 1971'de Montreal'de imzalanan sözleşmeye göre ise sivil havacılığın emniyetine karşı cebir şiddet kullanılması, uçağın ve hava ulaşım vasıtalarının tahribi ve bu fiillere teşebbüs,

14 Aralık 1973 tarihli Newyork Sözleşmesi ile diplomatlar ve uluslararası himaye altında olan diğer şahıslara karşı işlenen adam

(24) Beirlaen - agm., sayfa 827, 829, 834.

(25) Merrari - L'Internationalisation du terrorisme politique;... Conférence sur la defense de la démocratie. Sayfa 2 ve dev.

(26) Dönmezer - Milletlerarası tedhişçilik. İ.Ü.H.F.M. cilt: XLIV sayı 14, İst. 1980, sayfa 61 ve dev.

Taner - Tedhişçilik ve 16 ikinci teşrin 1937 Cenevre Mukavelenmeleri. Profesör Cemil Bilsel'e armağan. İst. 1939, Say. 478 ve dev.

öldürme ve kaçırma, özgürlüğü kasten tehlikeye sokma eylemlerinin (27),

Bunlardan başka yöresel planda Amerika Devletleri teşkilatı tarafından imzalanan 2 Şubat 1971 tarihli Devlet Başkanlarını, diplomatları ve resmi şahsiyetleri ve bunların ailelerini koruyan ve saiki ne olursa olsun bunlara karşı işlenen adam öldürme ve kaldırma, vücut tamlığı gibi fiillerin siyasi suç sayılmayacağı ve bu fiillerin,

Faillerinin ya suçun işlendiği ülkede yahutta iade edilerek aleyhinde suç işlenen Devletçe cezalandırılacakları tasrih edilmiştir(28).

Uluslararası terörist hareketlerin cezalandırılması konusunda 27 Ocak 1977 tarihli Avrupa Konseyi daha da ileri giderek siyasal suç ve suçluların sığınma hak ve imkanını bir hayli daraltacak bir sözleşme kabul etmiştir (29). (Bu konvansiyonu Türkiye 27.10.1980 tarih, 2327 sayılı Konunla onaylamıştır).

Gerçekten sözleşmenin 1. maddesine göre, 16 Aralık 1970 tarihinde La Haye'de imzalanan hava korsanlığı kapsamına giren, 23 Eylül 1971'de Montreal'de aktedilen anlaşma gereğince sivil havacılığın emniyetine karşı işlenen,

● Diplomatlar ve uluslararası himayeye sahip kişilerin hayatlarına, vücut tamlıklarına ve özgürlüklerine yönelmiş,

● Adam kaldırma, rehin alma, hürriyetten keyfi surette mahrum etme fiillerini içeren,

● Bomba kullanma, roket, otomatik silahlar, kişiler için tehlike teşkil edecek derecede bombalı mektup ve koli kullanılarak işlenen,

● Yukarıda sayılan eylemlere teşebbüs ve bunları doğrudan doğruya beraber işleme veya şerik olarak katılma,

● Suçlarının, siyasi suç veya siyasi suça murtabit suç veya politik saikle işlenmiş suç sayılmayacağını tasrih etmiş, 2. maddesinde ise dahada ileri giderek, 1. madde de belirtilen hallerin dışında kalan insan hayatına, vücut tamlığına, kişilerin özgürlüğüne

(27) Rodriquez - agm. sayfa 474.

(28) Dönmezer. agm. sayfa, 64 ve dev.

Beirlaen. agm. sayfa, 827 ve dev.

(29) Bayraktar. Siyasal Suç. İst. 1982. Sayfa 177.

Beirlaen. agm. sayfa 844 (post scriptum)

karşı ağır tecavüzlerin imzacı devletler tarafından politik veya politik suça murtabit suç veya politik saikle işlenmiş suç sayılmaya bileceğini belirterek gereğinde iade kapısını açmıştır (30).

Ancak Konvansiyonun 5. maddesi suçluların iadesini imkân-sızlaştırarak 1 ve 2. maddelerde belirtilen hükümleri tamamen uygulanmaz hale de getirebilir. Gerçekten söz konusu maddeye göre kendisinden iade talep edilen devlet iadesi istenilen şahsın, isteyen Devletçe, istenen kişinin ırk, din, milliyet, siyasi fikir düşünceleriyle cezalandırılacağı kanaatinde olursa, faili iade etmeyebilir (31). Elbette bu durum suçun işlendiği yer ülkesinde o Devlet kanunlarına göre sanığın muhakeme edilerek cezalandırılmasına mani değildir (madde 6/2).

Öte yandan uluslararası terörün 1977'den bu yana daha da tırmanması karşısında Avrupa Konseyi Parlamento Asamblesi 26 Mart 1981 tarih, 916 sayılı tavsiye kararıyla konsey Bakanlar Komitesini 27 Ocak 1977 tarihli konvansiyonu yeniden gözden geçirmeye davet etmektedir (32).

Görülyüorki uluslararası düzeyde de ihtiyaçların zorlaması, terörist hareketlerin artması üzerine, özellikle bölgesel organizasyonlarca tedhişle mücadele de en azından teorik planda önemli mesafeler katedilmiş bulunmaktadır.

B — Sosyal ve Siyasal Tedbirler

Terör tesadüfi bir olgu değildir. Ortaya çıkışı belirli sosyo-ekonomik, siyasi şartların varlığında o şartlar içinde olan bir insan tipinin şiddet eylemleri ile toplumu sarsmasıdır. O halde gerek o çevrenin gerek kişinin kişiliğine has, o şartlar değiştirilmeden terörle mücadelede başarıya tam olarak ulaşılamaz.

Gerçekten ekonomik az gelişmişliği kırmak, toplum içinde sosyal adaleti sağlamak, bölgeler arasında dengesizliği kaldırmak, kişinin biyolojik psikolojik yapısını değiştirmek, kitlelere siyasi ve

(30) Donay - Tedhişçiliğin cezalandırılması hakkında Avrupa Sözleşmesi. İ.Ü.H.F.M. Cilt - XLIII, Sayı 1-4, İst. 1979, Sayfa 422 ve dev.

Rapport Explicatif sur la Convention Europeenne pour la répression du terrorisme - Strasbourg, 27 Janvier 1977, Say. 23.

(32) Conference sur la defence de la démocratie contre le terrorisme en Europe. Strasbourg 1981 - Sayfa 3.

(32) Jescheck - Il significato del diritto comparato per la riforma penale, Riv. Jt. dir. e pro. pen. Milano 1978, s. 814.

sosyal terbiye vermek, insanları daha sorumlu kılmak bugünden yarına olacak işler değildir. Kısa zamanda bu şartları değiştirmek kolay iş olmadığına göre, hatta değiştirmenin imkânsızlığı karşısında daha uzun vadeli hesaplar yapmak ve toplumu ona göre yönlendirmek daha gerçekçi yol olsa gerektir.

Terörle mücadele de vatandaşa da büyük görevler düşmektedir; gerçekten vatandaş kanlı eylemcilerin organize oluş şartları, kümelenme yerleri hakkında güvenlik güçlerine ihbarlarda bulunacakları gibi, tanık olarakta koğuşurma güçlerine ve adliyeye yardımcı olabilirler. Ancak Devlet otoritesinin yokluğunda veya boşluğunda vatandaş kendi can emniyetini her şeyin üzerinde tutmaktadır.

Bu konuda kitle iletişim araçlarına da büyük görevler düşmektedir. Gerçekten bu araçların terörist eylemleri sansasyonel bir şekilde vermesi, eylemciyi olağanüstü biri gibi tanıtmaya yerine daha sorumlu ve tutarlı davranması gerekmektedir. Zira bu araçlar topluma kendisini veya bir siyasi ideolojiyi tanıtmak amacıyla harekete geçen eylemciyi kendisinden konuşulan adam etmekte, siyasi propagandaya vasıta olmakta, dolayısıyla yeni eylemlere teşvik aracı olmaktadır.

SONUÇLAR

Terör genelde belirli sosyo-ekonomik düzeye erişmiş özgürlükcü demokratik toplumların sorunudur; bu nedenle liberal devletler bir alternatifle karşı karşıyadırlar. Ya özgürlükcülük ve terörist eylemler ya da otoriter hatta totaliter bir rejim seçmek durumundadırlar. Ancak yine özgürlükcü bir rejimde kalarak terörist eylemleri minime indirmekte mümkündür.

Türkiye gibi devamlı ve sürekli kültür değişimi içinde olan ve olması gereken, kendini demokratikleştirmeye çalışan, aynı zamanda hızla endüstrileşme sürecinde olan bir ülke için sorun - buna uluslararası kuvvet dengesini ve hakimiyet mücadelesini de ekleyince - daha da büyük boyutlar kazanmaktadır.

Uluslararası alanda terörle etkin mücadelede başarılı olmanın yolu, hiç olmazsa aynı siyasi rejimlerin şemsiyesi altında bulunan devletler arasında sıkı işbirliğinden, muhtemel eylemlerin önlenmesi hususunda alınacak güvenlik tedbirlerinden, failerin şiddetle cezalandırılmasından ve kayıtsız şartsız karşılıklı iadeden geçmektedir.

Son tahlilde mesele özgürlükçümü, yoksa otoriter bir devlet tipimi meselesine geliyor. Eğer Türkiye özgürlükçü bir rejimden yana ise Devlet otoritesi ile kişi, vatandaş özgürlüğü arasında öyle bir denge kurmalıdır ki hem devlet zayıf düşmesin ve olmasın, hem vatandaş kendisini özgür hissetsin, baskı altında hissetmesin.

Ayrıca şuna da işaret etmek gerekir ki Türkiye bulunduğu jeopolitik konumu, siyasi ekonomik ve kültürel geleceği nedeniyle batı dünyasında geçerli değer yargılarından kendisini ayırmamalı, ko-parmamalıdır. Aksini seçim Türkiye'nin zararınadır. Bu nedenle gelecekte özgürlüklerden istifade ile adi niteliği ağır basacak olan teröre şimdiden kamu oyunun kendisini hazırlaması ve bunu abartmaması, kabullenmesi gerekir. Türkiye için senelerden beri labaratuvar görevi yapmış olan batı ülkelerinde gözlemlenen de budur.



(BİTTİ)

**SÖZLEŞMENİN TARAFI OLMAYAN KİŞİNİN
«MUVAZAA» İDDİASI**

Zekâi ÖZDİL (*)

PLAN: 1 — Giriş. 2 — Olay. 3 — Hukuksal tartışma. 4 — Hukuksal tartışmanın sonucu. 5 — Hak bir duygunun eseridir. 6 — Taşınmazı iktisap eden üçüncü kişinin iyi niyeti. 7 — Sonuç.

1 — GİRİŞ :

«Yasa Koyucu» nun üstün özelliklerinden biri de, toplumun çok dinamik bir organizma olduğunu, değişen, gelişen ve zamanla ilerleyip uygarlık düzeyinde yeni amaçlara yönelen koşullardan etkileneceğini, birbiri üstüne yığılarak artacak olan yeni faktörlerin kişiler arasında çeşitli boyutlarda hukuksal sorunlar yaratacağını önceden düşünmesi ve bilmesidir. Ne var ki, gelecekte oluşacak tüm koşulların neler olacağını, kişiler arasında doğacak bütün sorunların tek tek boyutlarını, özelliklerini, niteliklerini, detaylarını hiç bir «Yasa Koyucu» daha önceden saptayamamıştır. Aslında böyle bir tesbit hem gereksiz, hemde sakıncalıdır. Onun içindirki, Yasa Koyucular, kişiler arasında doğacak sorunları çözmeye yarayan önce «genel kurallar» getirirler. Kurallara rağmen çözüme bağlanamayan uyuşmazlıklar çıkarsa «Hâkimin örf ve âdetten, ilmi içtihatlardan, kazai kararlardan yararlanacağını ve nihayet Kanun Koyucu gibi hareket edebileceğini» (MK. m. 1) öngörmekle yetinirler.

Bilinen bir gerçeği yazmaktan dolayı özürlü sayılırsak da, yazımıza konu olan ve hukuki tartışmaya bu kapıdan da girilebileceğini düşündük.

(*) Yargıtay 1. HD. Üyesi.

Açıklanacak olan uyumsuzluk, Borçlar Kanununun 18. maddesinde yer alan «Genel kural» ile çözüme bağlanır mı, bağlanmaz mı tartışmasını yapabileceğimiz hukuki bir zemine ihtiyaç göstermektedir.

2 — OLAY :

17.6.1978 tarihinde Nazif, kafası taşla ezilerek öldürülmüş, davacı olan genç karısı ile üç küçük çocuğu ortada kalmıştır. Katil suçunun sanığı Süleyman'ın tapuda adına kayıtlı bir evi vardır. Tüm mal varlığının bu taşınmazdan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Süleyman cezaevine alındıktan iki ay yedi gün sonra 24.8.1978 tarihinde bu evini kardeşi olan davalı Selman'a temlik etmiştir. Bu iki tarih arasında, dava konusu ev üzerine «ihtiyati tedbir» konulması işlemleri ceryan etmiş ise de, tedbir kararı, satış gününe yetişmemiştir.

Davacı Hasbiye, kocasının katili aleyhine açtığı «destekte yoksun kalma» davasını kazanmış ve dört küsur milyon lira tazminata ilişkin kesinleşmiş ilâm almış ve Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak satış akdinin muvazaalı olduğunu ileri sürmüş, aktin iptali ile tapu kaydının eski maliki Süleyman adına dönüştürülmesini, yazımıza konu bu davada istemiştir.

Tazminata ilişkin bir ilâmın alınacağını çok önceden bilen Süleyman'ın da tedbirini alıp maliki bulunduğu dava konusu taşınmazı kayden, kardeşi Selman'a kısa bir süre içerisinde nakletmeyi başardığı, ziyaret maksadı ile cezaevine sık sık gelen davalı Selman'la iş ve el birliği yaptığı, böylece tazminat ilâmının infazının semeresiz kalmasının önceden düşünülüp gerçekleştirildiği davalının savunmalarından, olayların akışından anlaşılmıştır.

• a) Yerel mahkemenin davayı ret gerekçesi şöyledir: «Davacı aktin tarafı değildir. Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaa nedeni ile dava açamaz. Bir yıllık hak düşürücü süre geçmiştir. İİK. nun 277. maddesine göre aciz vesikası alınmamıştır.»

• b) Yargıtay özel Dairesinin ret hükmünü onayan gerekçesi de «Borçlar Kanununun 18. maddesine göre iptal davası, ancak aktin tarafları veya onların külli halefleri bulunan kişiler tarafından açılabilir» yolundadır.

3 — HUKUKSAL TARTIŞMA :

Görülüyorki; Mahkeme ile Yargıtayın Özel Dairesi davanın reddi konusunda düşünce birliğine varmış, davacının İİK. nun 277. maddesine göre, İcra Dairesine başvurmasını, oradan «aciz vesikası» almasını ve ondan sonra anılan yasadaki prosedüre uygun biçimde iptal istemesini önermiş, davacının 277. maddeye dayanmadığını bildirdiğini de vurgulamıştır.

Daha berrak görüntüler sağlamak, tartışmanın düğümünü çözmek, analizlerde sağlıklı sonuca ulaşmak için önce İİK. nun 277. maddesinin incelenmesi gereklidir.

Rahmetli Senai Olgaç'ın 1974 yılında basılan (İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu) adlı eserinin 2. cilt, 276 ve onu izleyen sayfalarında açıklandığı üzere, 277. maddeye konu olan iptal davasının amacı, «borçlunun kötü niyetli hareketlerle mamelekenden çıkardığı veya böyle olmasa dahi borcu ödemesine engel olan bağışlarla veyahut yasanın bağış hükmünde saydığı tasarruflarla mamelekenden çıkan mal, alacak ve hakların bunlar üzerinde cebri icrayı mümkün kılmak için borçlunun mamelekine iadesini temin eyler şeklinde tarif edilebilir» Demek ki, iptal davasından maksat cebri icranın yürümesini sağlamaktır.

Borçlunun borcunu ödemekten âciz olduğu iptal davasından önce tesbit edilmiş ve fakat bunu belirten aciz belgesi, iptal davasından sonra mahkemeye ibraz edilmişse, iptal davası reddedilemez. Davaya bakılmak gerekir. Davadan önce mali durumu belirten aciz vesikasının davadan sonra ibraz edilmiş olması karşısında —davacının elinde aciz vesikası bulunmamıştır— denilemez.

«Davacının aciz belgesine sahip olması, iptal davası bakımından özel bir yargılama şartıdır.»

«Aciz belgesi, alacaklının alacaklı olduğunu sadece icra takibi bakımından tesbit eden bir belgedir. Haciz tutanakları varsa, aciz belgesi ibraz edilmediğinden dolayı iptal davası reddedilemez.»

«Geçici aciz belgesine dayanarak iptal davası açabilmek için, haczin kalkmamış olması gerekir. Süresi (İİK. m. 106) içinde satış istenmezse, haciz kalkacağından (İİK. m. 110) geçici aciz belgesi hükmünde olan haciz tutanağının da hükmü kalmaz ve alacaklı artık iptal davası açamaz.»

«İhtiyati haciz tutanağının 105. maddedeki geçici aciz halini tespit eden tutanak niteliğinde kabul edilebilmesi için icrai hacze

çevrilmiş olması şarttır. İcrai takibe geçilip belirli formalite yerine getirilerek icrai hacze, çevrilmemiş ihtiyati hacze ve buna ait tutanağa dayanılarak aciz halimin tesbit edildiği ileri sürülüp iptal davası açılmaz.»

«Borçlunun aczinin tahakkuk edip etmediği tesbit edilmeksizin tasarruflarının iptaline karar verilemez.»

«İptal davası açan alacaklı aciz belgesi ibraz edemezse davası, hukuki yarar yokluğundan dolayı mahkemece re'sen reddedilir.»

Tüm bu bilimsel açıklamalardan anlıyoruzki; davacı 277. maddeye göre İcra Dairesine başvursaydı hiç bir maddi sonuç elde edemeyecek, salt bir «aciz belgesi» elde etmekle yetinecek ve o da bir işe yaramayacaktı. Çünkü davacı, borçlunun elinde, üzerinde hiç malı olmadığını gayet iyi bilmektedir. Olmayan hangi malına haciz koyduracakta, aciz belgesi alıp iptal davası açacaktı. Sonucu bu kadar net, bu kadar belirgin olduğu önceden bilinen ve salt icra aşamasında uygulanması mümkün 277. maddeye dayanmanın yarar sağlayacağı kabul edilebilir mi? Borçlu tek taşınmazını muvazaa yolu ile kaçırmıştır. Bu mal borçlu üzerine dönmelidirki icra takibi semere versin. İhtiyati haciz kararı hedefini bulup yerine otursun. Tüm bunların bilincinde olan davacı, önce borçlusunun kaçırdığı malı hukuki yoldan onun adına çevirmeyi, ondan sonra da alacağının tahsili için icra yoluna başvurmayı yeğlemiş ise, ona (önce İcra Dairesine git formaliteleri yerine getir) yani (havanda su döğ, boşa kürek çek) denebilir mi?

277. madde İcra ve İflas Kanunu içinde yer aldığına göre, infaz maksadıyla İcra Dairesine başvurulduğu zaman, icra aşamasında uygulanması gereken özel bir hükümdür. Davacımız İcra Dairesine başvurmamış, önce Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanıp muvazaa nedeniyle iptal isteğinde bulunmuştur. İcra ve İflas Kanunundaki 277. maddenin mevcudiyeti, böyle bir davanın açılmasına hiç te engel değildir. Zira, dava açmanın iki koşulu vardır. Biri «nitelik» diğeri de «hukuki yarar» dır. Davacının bu iki koşula birden sahip bulunduğu elindeki kesinleşmiş ilâmla ortada olduğuna göre onun, nasıl olurda «muvazaa davasını açamayacağı» düşünülebilir?

Sözleşmenin tarafı yada tarafların külli halefleri olmayan kişilerin muvazaa iddiasında bulunamayacağı görüşüne gelince;

Gerek yasalarımızda, gerekse bilimsel eserlerde böyle bir görüşü destekleyen, doğrulayan hiç bir iz yoktur. Aksine, Von Andreas Von TUHR'un Cevat Edege tarafından tercüme edilen ve Yargıtay tarafından 15 no. ile yayınlanan büyük eserinin (cilt 1-2) 274 ve onu izleyen sahifelerinde «muvazaalı aktin butlanı, yalnızca taraflardan biri tarafından değil, muvazaalı akte itiraz etmekte menfaat ve alâkası olan bütün üçüncü şahıslar tarafından da iddia olunabileceği, temlik edilen alacağı haczettirmek isteyen ve temlik eden kimsenin alacaklısı olan kişi dahi temellük edene karşı muvazaa iddiasında bulunabileceği» açıklandıktan sonra «Muvazaalı muamelenin butlanı, bütün üçüncü şahıslara ve hususiyle sureti zahirede yani muvazalı muamele ile iktisapta bulunan kimsenin hüsnüniyet sahibi olmayan hukuki haleflerine ve iktisap olunan bir hakkı muvazaalı bir akte istinaden haczettiren alacaklılarına karşı dermeyan olunur» demek suretiyle Borçlar Kanununun 18. maddesinin şerh ve izahı yapılmıştır.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 24.12.1970 tarih, 6309 esas, 6894 sayılı kararında «Muvazaayı iddia edenler üçüncü şahıs iseler, davalarını her çeşit delil'e ispat ederler» demek suretiyle üçüncü kişilerin dava hakkını kabul etmiştir (Senai Olgaç - T. Borçlar Kanunu 1976 baskı, sahife 93).

«Borçlunun gayrimenkul mallarını alacaklısını ızzar kastı ile ve muvazaaten sattığını kanuni delillerle ispatı lâzım gelir» Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19.1.1938 tarih, 1/64-6-8 sayılı kararı (Halil Sungur - Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, 1943 baskı, sahife 52).

Gelelim muris muvazaası ile ilgili 1.4.1974 gün 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararına Anılan karardan açıkça anlaşıldığı gibi, iptal isteğinde bulunanlar mirasçı olmalarına rağmen miras bırakanın külli halefleri —yerine geçen'eri— sıfatı ile değil üçüncü kişi sıfatı ile hareket ederek muvazaa nedenine dayanıp, kaçırılan miras paylarını isterler. Aktin tarafı olmayan üçüncü kişi durumundaki mirasçılardan muvazaa iddialarını onun için her türlü delille kanıtlamalarına izin verilmiştir. Eğer üçüncü kişinin böyle bir dava açamayacağı Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca öngörülmüş olsaydı bu mirasçılardan külli halef sıfatıyla yazılı delil istenilmesi yoluna gidilirdi.

Samyozuzki; buraya kadar yaptığımız açıklamalar ve aktarmalarla, aktin tarafı olmayan, fakat niteliği ve hukuki yararı bulu-

nan her üçüncü kişinin Borçlar Kanununun 18. maddesinde yer alan muvazaa iddiasına dayanarak iptal davası açabileceğini ortaya koymuş bulunuyoruz.

Aydınlıkta olduğuna inandığımız ikinci husus da, İİK. nun 277. maddesi dururken Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanılıp dava açılmıyacağı yolundaki görüşün isabetsizliği ve hukukun genel ilkelerine aykırılığıdır.

18. madde muvazaa nedenine ilişkin tüm tapu iptali davalarının dayanağını oluşturan, geniş kapsamlı yasal bir düzenlemedir.

Davacı dilerse İcra Dairesine başvurur, dilerse anılan 18. maddeye dayanıp böyle bir iptal davasını açabilir. Bir kişiyi yasal haklarından sadece birini kullandırmaya zorlama olanağı yoktur.

«Özel hüküm varken genel hükme gidilemez» kuralının da olamızda yeri yoktur. Çünkü yasa koyucu her iki hükmün de hangi aşamalarda, hangi koşullar altında uygulanacağını açıkça belirtmiş, birbirlerine karşı değil paralel biçimde düzenlenmiş, birini icra hukukuna oturtmuş, diğerini de genel hükümler arasına alıp hak aramanın dava yolunu açmıştır.

Tazminat borçlusunun dava konusu taşınmazdan başka mal varlığı bulunmadığını, İcra Dairesine başvurmanın semereli bir sonuç doğurmayacağını davacı bilmiş olacakki, 277. maddeye dayanmadığını bildirmekte direnmiş, 18. maddeye göre iptal davası açmayı yeğlemiştir. Bu davacıya (icra yoluna git, Borçlar Kanununun 18. maddesine göre dava yolu kapalıdır) denilemez. Denirse bunun yasal ve inandırıcı gerekçesi nasıl bulunabilir? Eline «aciz vesikası» tutuşturulacağını kesinkes bilen bir alacaklı neden İcra Dairesine başvurmaya itilsin? Sonra da «aciz vesikası» almamaktan dolayı tüm hakkını yitirdiği, ikinci yolun kendisine kapandığı nasıl kabul edilsin?

Yasa Koyucu, hak dengesini kurmayı ve bu dengenin hiç bir zaman bozulmamasını sağlamayı ön planda tutmuş ve gerçekleşmesini amaçlamıştır. Davacının «aciz vesikası» almakla yetineceği önceden belli olan bir durumda, hakkın kaybolmasına yasa koyucu izin vermediği içindir ki, Borçlar Kanununun 18. maddesi ile hak aramanın genel hükümler çerçevesinde ikinci yolunu açık tutmuştur.

Aciz vesikası sanıldığı kadar önemli midirki, alınmadığı zaman dava hakkını ortadan kaldırsın?

Bu soruya maddi olgulara dayanarak yanıt verelim. Davalı Selman, borçlu olan kardeşi Süleyman'ın dava konusu evden başka mal varlığı olmadığını cevap lâyhalarında açık seçik dile getirmiştir. O halde davacının elinde, —yazılı olmasa dahi— gerçekten «aciz vesikasının» varlığı kabul dahi edilebilir. Mademki mahkeme 18. maddeye göre değil de 277. maddeye göre davaya bakmak istemiştir. O halde, davacıya «aciz vesikası» getirmesi için hiç değilse bir önel verme yoluna gidebilirdi. Kaldı ki, bize göre davalının cevap layihası bile aciz belgesi niteliğinde kabul edilebilir. Nitekim yukarda sıraladığımız yargısal uygulama ve bilimsel görüşler dahi bu düşüncenin kabulüne olanak vermektedir. Aciz vesikası nedir ki, bir formaliteden ibaret, kolaylıkla alınması mümkün basit bir belgeden ibarettir. Bunun eksikliği nedeniyle davacının yüzüne her iki hak arama kapısının, birbirine karıştırılarak örtülmesi hak ve nesafet kurallarıyla da bağdaşamaz.

Muvazaaya ilişkin tüm davalar İcra İflas Kanununun 277. maddesine göre çözülebilseydi, Yasa Koyucu, Borçlar Kanununun 18. maddesi hükmünü getirmez, yada İcra İflas Kanununun 277. maddesine hiç gerek görmezdi. Onun mantığı zorlayan çapraz bir sonuca gittiği hiç kabul edilemez.

4 — HUKUKSAL TARTIŞMANIN SONUCU :

● a) Borçlar Kanununun 18. maddesiyle İcra İflas Kanununun 277. maddesi çapraz değil ayrı hükümlerdir. Birbirine karıştırılamaz. İki ayrı hak arama yoludur.

● b) Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler; nitelik ve hukuki yarar koşulları varsa Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvaza nedeni ile iptal davası açabilirler.

● c) Yazımıza konu uyuşmazlığı «genel kural» olan Borçlar Kanununun 18. maddesi çözülemeye yeterlidir. Yasada bir boşluk söz konusu değildir. Ancak, anılan hüküm yargısal kararlar, bilimsel görüş ve yorumlarla açıklığa kavuşturulmuştur.

● d) Çeşitli göstergelerin ışığında incelenen bu yasa hükümleri, sorunu «lafzı ve ruhu» ile kucaklayıp çözmeye yeterlidir.

5 — HAK BİR DUYGUNUN ESERİDİR :

Kocasının kafası taşla ezilerek öldürülen ve üç küçük çocuğu ile 30 küsur yaşında dul ve çaresiz bırakılan bir zavallı kadına, elindeki kesinleşmiş ilâma rağmen bir kuruşluk dahi tazminatın ödenmesini engeleyen sözde bir satış anlaşması düzenlenmiş ve bu sözleşmenin iptali için dava açamayacağını mahkeme kabul etmiştir. Korunmaya muhtaç ve lâyük görülmeyen kişi, hem kocası öldürülen hemde tazminat hakkı elinden alınan kadın mı olmalıdır?

Bu düşüncelerde duygusallığın yeri ve ağırlığı tartışılabilir. Ne var ki, her hak bir duygunun eseridir. Hak, duygu ile bütünleşir-Haksız bir duygu olabilir amma, duygusuz bir hak olamaz. Haktan duygu ayrılmaz.

Hukuk, sorunlar karşısında çareler arayan, çaresizleri koruyan kutsal bir düzendir. Davacı kadın da, bu düzen içerisinde sorununa bir çözüm yolu aramıştır.

Hakkın ve duygunun derinliklerine inildiği, olayların özüne yaklaşıldığı, hukuk perspektifi iyice aralandığı zaman, yasa koyucunun nice çözüm formüllerini hak, şefkat, insaf duygularıyla örmüş olduğu daima görülür.

**6 — TAŞINMAZI İKTİSAP EDEN ÜÇÜNCÜ
KİŞİNİN İYİ NİYETİ**

Davalı, gerçek iradesini halâ gizleyerek, dava konusu taşınmazı iyi niyetle satın aldığı savunmuş ise de, temlikin muvazaa ile illetli olduğu olayların akışından, taşınmazın süratle, el ve iş birliği içinde davalıya devredilişinden, davalının cevap lâyihalarından ve satıcı ile alıcının kardeş olmalarından açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 14.2.1951 gün ve 17/1 sayılı Kararında da belirtildiği gibi, davalı Selman bu taşınmazın maliki olan kardeşi tarafından borçlusunun alacağını tahsil edilemez hale getirmek için satış görüntüsü altında elden çıkarıldığını bilen, en azından bilecek durumda olan ve hatta muvazaa-yı gerçekleştiren bir kişidir. Bu durumda davalının taşınmazı kötü niyetle iktisap ettiğini, Medeni Kanununun 931. maddesinden yararlanamayacağını davacının ispat etmesine, bu konuda delil göstermesine bile ihtiyaç ve gerek yoktur.

7 — SONUÇ :

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin 22.5.1984 tarih ve 3005/6104 sayılı kararı ile karar düzeltme isteği kabul edilmiş ve aktin tarafı olmayan davacı kadının hukuki yararı nedeniyle Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanıp muvazaa iddiasında bulunabileceği, açılan bu iptal davasının kabul edilmesi gerekeceği görüşüne varmıştır.

EYLEMSEL SÖZLEŞME İLİŞKİLERİ KURAMI AÇISINDAN YARGITAY UYGULAMASINA ELEŞTİRİSEL BİR YAKLAŞIM

(I)

Nihat YAVUZ (*)

PLAN: I — Giriş. II — Ön açıklamalar. III — Eylemsel sözleşme ilişkileri. A — Terminoloji. B — Kavram. C — Eleştirisi. IV — Vekaletsiz iş görme hakkında kısa bilgiler. 1 — Genel olarak. 2 — Niteliği. 3 — Koşulları. a — Bir işin görülmesi, b — Yapılan işin başkasına ait olması. c — İş görenin 1. işi yapmaya izinli bulunmaması. d — Başkasının işini görme iradesi. e — Başkasının işini yapmanın hüküm ve sonuçları. aa — İş görenin borçları. bb — İş görenin sorumluluğu. cc — İş görenin hakları. dd — Zamanaşımı. V — Nedensiz zenginleşme davalarının ikinciliği ve vekaletsiz iş görme ile yarışması sorunu. VI — Yargıtay kararı. VII — Sonuç.

I — KARAR VE OLAY :

1 — Davalının, davacı Bakanlığın bir kademesi olan Tescil ve Uygulama Genel Müdürlüğü'nde 1.3.1978 gününe kadar sözleşmeli personel olarak çalıştığı ve sözleşmenin sona ermesine rağmen davacı Bakanlığın davalıyı 1.3.1978 ilâ 30.6.1978 tarihleri arasında yine ayrı görevde fiilen çalıştırdığı ve bunun doğal olarak da davalıya ücretini ödediği konularında taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Nitekim mahkeme dahi bu olguları aynen benimsemiştir. İşte davacı Bakanlık, davalı personelin sözleşmesinin 1.3.1978 gününde sona ermesine ve kendisi ile yeni bir sözleşme yapılmamasına rağmen, dört aylık ücret alması dolayısıyla haksız iktisapta bulunduğu iddiasıyla bu davayı açmış ve sözleşme yapılmadan davalıya ödenen ücretlerin geri alınmasını istemiştir.

Mahkeme dahi aynı görüş ve gerekçe ile davalının haksız ve sebepsiz olarak iktisap ettiği ücretlerin geri alınmasına karar vermiştir.

(*) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.

Oysa, ne davacı Bakanlığın iddiası ve ne de mahkemenin (davanın kabulüne ilişkin) gerekçesi doğru değildir ve özellikle yasal dayanaktan yoksundur. Şöyle ki;

Davalı personelin, davacı idare ile aralarında yapılmış bulunan sözleşmenin son bulduğu tarih olan 1.3.1978 gününden sonra da aynı görevde fiilen çalıştığı ihtilafsızdır. O halde sorunu şu şekilde ortaya koyup, ele almak ve yanıtını vermek gerekir. Davalı davacı Bakanlıkta sözleşme yapmadan çalıştırıldığına göre bu çalışmanın karşılığı olan ücreti, kendisini çalıştıran idareden isteyebilir mi? Eğer isteyebilirse bu isteğin hukukî dayanağı yasanın hangi hükmü olacaktır?

Bu iki soruya verilecek yanıt olumludur ve sözleşme yapılmadan çalıştırılan davalı personel (ya da daha doğru bir deyimle kişi) BK. nun 61 ve onu izleyen maddeleri hükümlerinde düzenlenen haksız iktisap kurallarınca çalışmasının karşılığını idareden isteyebilecektir. Nitekim Yargıtay'ın öteden beri uygulaması bu yoldadır (Örneğin: HGK. nun 16.12.1964 gün ve E. 1284/D. - 9, K. 739 sayılı ilâmı; karar için bakınız, Senai Olgaç - Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, 1969, sayfa, 581, N. 4. Özellikle dipnot 1), (Selâhattin Sulhi Tekinay - Borçlar Hukuku - Dördüncü Bası - İstanbul 1979, sayfa 570, dipnot: 14a ile ilgili metin ve orada anılan kararlar ve yazarlar). Az yukarıda anılan Hukuk Genel Kurulu kararında açıkça belirtildiği veçhile, Devletin herhangi bir kimse ile bir sözleşme yapması için yetkili kimselerin belli şekilde irade bildiriminde bulunması sözleşmenin geçerlik şartlarından- dır. Bu olayımızda da Devlet (yani Ticaret Bakanlığı) adına görevli ve yetkili kimseler tarafından yeni bir sözleşmenin düzenlenmediği ve bu itibarla da taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ne var ki davacı idare geçerli bir sözleşme varmışcasına davalı personeli eski görevinde çalıştırmaya devam etmiştir. Eğer idare davalıyı sözleşmesiz çalıştırmaya rağmen ücretini vermeyecek olursa, bu takdirde davalı aleyhine kendi mal varlığında bir artış meydana gelmiş olacaktır ki, sözleşmesiz olarak çalışan personel haksız iktisap kurallarınca bu haksız iktisabın geri verilmesini (karşılığını) çalıştıran idareden isteyebilecektir. Bu haksız iktisabın kapsamı ise, eğer sözleşme yapılsa idi personele ne ödenecek idiyse ondan ibarettir. İşte davacı Bakanlık da sözleşmesiz olarak çalıştırdığı davalı personele bunu ödemiştir. Hal böyle olunca da esasen davalının haksız bir iktisabından söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Aksi görüşün kabulü; yani dava-

lının sözleşme yapılmadan çalıştırıldığından bahisle kendisine ödenen ücretlerin geri alınmasına karar verilmesi, davacı idarenin haksız iktisabına sebep olacaktır ki, böyle bir kabul (yukarıda anılan gerekçelerle) yasal olmaktan uzaktır. Kaldı ki aynı ilkenin daha bir çok konularda da uygulandığı müşahade edilmektedir. Meselâ, 2490 sayılı Kanununun 1. maddesi kapsamına giren idare ve kurumların bu kanuna göre yapmak zorunda olduğu geçerli sözleşmeyi yapmadan bir malı satın alıp tüketmesi halinde, malı satan kişi (geçerli bir sözleşme olmadığı için) haksız iktisap kurallarınca mal bedelini idareden isteyebilmektedir. Şayet mahkemenin görüşü benimsenirse, o takdirde 2490 sayılı Kanununun 25. maddesinin öngördüğü şekilde sözleşme yapmadan bir mal alıp parasını satana ödeyen idare, satıcı ile alıcı durumundaki kendisi arasında kanuna uygun bir sözleşme yapılmadan mal bedelinin ödendiğinden bahisle haksız iktisap kurallarınca bedelini isteyebilecektir ki, böyle bir görüş idarenin haksız iktisapta bulunması sonucunu doğuracağından yanlıştır.

Nihayet, mahkemenin kabulü 334 sayılı Anayasa'nın 42/11. fıkrası hükmüne de aykırıdır. O halde, bütün bu yazılı nedenlerle davanın hemen reddine karar verilmek gerekirken, davanın niteliğine nüfuz edilmeden ve özellikle kanun hükümleri yanlış değerlendirilmek ve tersine uygulanmak suretiyle ödetme kararı verilmiş olması bozmayı gerektirir «4.HD. 30.1.1981, 14185/811 (YKD., Cilt: 7, Ağustos, 1981, sayı: 8, s. 971/973).

II — ÖN AÇIKLAMALAR :

Konuyla ilgili zorunlu açıklamalar olarak «Eylemsel Sözleşme İlişkisi» üzerinde kısa bilgiler verildikten sonra yan konular olan nedensiz zenginleşmenin ikinciliği prensibi ile vekâletsiz iş görme'ye dokunulacaktır. Ayrıca kararın gerekçesinde sözü edilen 2490 sayılı Yasanın ilgili bölümü üzerinde de durulacaktır. Ancak bura da hemen söyleyelim ki yüksek daire bu örnekte savı kanıtsama (müsadere alelmatlup/iddiayı delil tutma/petitio principii) yoluna başvurmuş, yani isbat edilmesi gereken bir hususu kanıt [delil] olarak ileri sürmüştür.

Hukuksal uyuşmazlıkların çözümünde tutulan yol çağlar boyunca bir çok düşünce akımlarının etkisi altında kalmıştır. Bir uç

ta pozitivizmin kıskacında sıkışıp kalmış yasa kurallarına bağnazca saplanmış kavram hukukçuları, öbür uç'ta ekzistansiyalizmin yörüngesinde yasa kurallarını rafa kaldırıp salt somut olay adaletine inanmış serbest hukukçular yer almaktadır. Günümüzün yaklaşımı ise, hukuk kuralı ile maddi olay arasındaki ilişkiyi karşılıklı etkileşimi ve somut bütünlüğü içinde ele alır. Maddi olay, somut yararlar çatışması, kendisini sarmalayan tüm koşullar ve özel ilişkilerde dikkate alınarak derinlemesine değerlendirilir. Yasa kuralı da statik bir emir değil, kendisini yaratan dinamikler ve yansıttığı yararlar dengesi içerisinde mütalâa olunur. Bir de soyut kural'ın somut uyumsuzluk olayına uygulanmasının pratik yaşamdaki ekonomik ve sosyal etkileri hesaba katılır. Uygulamanın pratikte sosyal devlet ilkesine uyarlığı, yerindeliği ve amaca uygunluğu sınanıp denetlenir (Serozan, Rona: Sağlar Arası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İst. 1979, s. 203). İncelememizde özellikle kavram hukukçuluğunun etkisinden dikkatle kaçınmaya çaba gösterilmiş, öte yandan büyük hukukçu Ord. Prof. Dr. Andreas B. SCHWARAZ'ın şu uyarısı yol göstericimiz olmuştur: «Bir hukukçunun hukuki bir soruna çözüm getirirken, bu çözümün doğuracağı sonuçları her zaman için sağduyuya, amaca ve hakkaniyete uygunluk kantarına vurarak ölçüp tartması gerekir» (Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, 4. cilt, İst. 1980, s. 12).

Yukarıda karar ve olay bölümünde de açıkça gözlendiği üzere yüksek daire gerek idarenin çalışan aleyhine açtığı davada ve gerekse de çalışanın idare (ya da geniş anlamı ile çalıştıran) aleyhine açacağı davalarda ayırimsız olarak nedensiz zenginleşme kurallarının uygulanacağını ilke olarak benimsemiş bulunmaktadır. Bizi bu konuyu asıl araştırmaya iten «eylemsel sözleşme ilişkisi» kuramına uygulama ortamı arama çabasından sonra bu görüş olmuştur. Zira somut olay adaletine uygun ve sonucu itibarıyla doğru olan bu karar; içerisinde taşıdığı iş bu gerekçe ile ileride geniş çapta açıklanacağı üzere çalışanların açtıkları davalarda hiçte çalışanların lehine sonuç doğuracak nitelikte gözükmüyor.

Bu çalışmanın hedefi hiç bir sav ileri sürmeksizin ve ard düşünce taşımaksızın uygulamaya bir şeyler katabilme olanaklarını aramaktır. Onun içindir ki uygulama ile bağın kesilmemesine özen gösterilirken bol miktarda konu ile ilgili uygulama örnekleri sergilenmiştir.

III — EYLEMSEL SÖZLEŞME İLİŞKİLERİ :

A) **Terminoloji** : Her ne kadar Türkçe literatürde Akyol'dan (1) başka tüm yazarlar (2) aynı anlama gelen değişik deyimler kullanmakta iseler de biz arı bir anlatımı olması yanında konuya daha uygun düştüğünü kabul ettiğimiz «Eylemsel Sözleşme İlişkileri» deyimini kullanacağız.

B) **Kavram** : İlk kez Alman hukukçusu HAUPT (3) tarafından ortaya konan kuram'a göre sözleşmenin kuruluşunda «consensus» un belirgin olmadığı durumlarda bir icab ve kabul'den söz edilemez. Öyleyse bu kuram sözleşmede bağlayıcı anı ifade eden uyuşmanın (consensus) belirgin olmadığı durumlardan hareket etmektedir (4). Gerçekten öyle durumlar vardır ki, herhangi bir irade

(1) Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İst. 1976 (Kıs. Akyol, 3. Şahıs), s. 4 vd; Akyol, Şener: Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri, C. 2, İst. 1980, (Kıs. Akyol, Örnekler), s. 6, 235 (Ayrıca Güven, Kudret Ertaş: Sosyal Tipli Davranış ve Sözleşme Teorisine Et-kisi: Fiili Sözleşme İlişkileri — İz. Bar. Der. Temmuz/1984, sh. 21 — bu son deymi kullanan yazarlardandır.

(2) Kocayusufpaşaoğlu, Necib: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İst. 1968, s. 19, dip not: 2; ile Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İst. 1977, s. 40 vd; «Fiili borç ilişkileri»; Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler, 6. bası, İst. s. 208/210; Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İst. 1975, s. 176/177; Tekinay, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, 4. bası, İst. 1979, s. 71 vd. da «Fiili sözleşme ilişkileri» deyimini kullanmışlardır.

Ayrıca bu konuda yabancı hukuk edebiyatında «Anlaşmasız edim ilişkileri», «Sosyal tipteki davranışlardan doğan borç ilişkileri», «Fiili davranışlardan doğan sözleşme ilişkileri», «Kanunda düzenlenmemiş borç ilişkileri», «Fiili sözleşmeler» deyimleri de kullanılmıştır (Akyol, Örnekler, s. 235).

(3) Seliçi, s. 40, dip not: 132, Akyol (3. şahıs), s. 4, Akyol (örnekler), s. 236.

(4) Akyol (örnekler), s. 236. «Dickens'in (Prick-Wick Papers) isimli eserinde Mr. Pick Wick, kendisi ile nişanlandığı iddia edilen Mrs. Bardell'e, nişanı haklı sebep olmaksızın bozduğu gerekçesi ile 750 Pound tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Nişan tarafların birbirlerine gösterdikleri bazı davranışlar (örneğin Mrs. Bardell'in oğluna yeni bir baba isteyip istemediğini sorması, ona seyahatte iken mektup yazması, harçlık vermesi, Mrs. Bardell'in ona istediği yemekleri yapması gibi) evlilik sözüne ilişkin irade açıklamasının yerini tutmuştur» Güven, sh. 22. Ama krş. «Davalı taraf nişanın yapılmadığını savunmasında belirtmiştir/Tarafların nişanlandıklarının kabulüne müsait bir delil bu

açıklamasında bulunmayan, ya da böyle bir açıklamayı yapmak istemeyen bir kimse salt «Toplumsal tipteki bir eylemi» nedeniyle sanki bir hukuksal işlem, bir sözleşme yapmış gibi borçlu olur. Toplumsal tipteki bir eylemden amaç, belli bir tarife göre topluma açık bulunan bir olanaktan eylemsel olarak yararlanmaktır. Ayrıca toplumsal tipteki eylemler doğruluk ve güven kurallarına dayanmak zorundadır. Şöyleki, eğer bir ilişki, özünde saklı eksikliklere ve kusurlara rağmen hukuken korunabiliyor, kendisine sözleşme hükmü bağlamak mümkün olabiliyorsa, bunun temelinde doğruluk ve güven kuralları yatıyor demektir.

Demek oluyorki burada anlatılmak istenilen borç ilişkilerinin kurucu unsuru yanların iradesi değildir. Yasadan doğan bir borç ilişkisinden de söz etmek mümkün değildir. Zira yasada bu borç ilişkisine uygun hükümler yoktur. Öyleyse sosyal bir görünüş olarak karşımızda olan bu borç ilişkilerinin kaynağı tamamen «eylemsel bir davranış»tır. İşte bu davranışlar tıpkı bir sözleşme veya yasa gibi bir borç ilişkisine yol açmaktadır. Görülüyor ki, eylemsel sözleşme ilişkisi öğretisi, eylemsel davranışa (factum) normatif bir geçerlik sağlamaktadır (4a).

Öğretinin kurucusu HAUPT, insan yaşamında karşılaşılan üç gurup kitle ilişkisinde yanların hukuksal işlem iradelerini açıklamamış ya da açıklanan irade sakat olmasına karşın hiç olmazsa söz-

lenmediğinden, mahkemenin MK. 85 uygulanmayacağına kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı gibi, B.K. nun 49. maddesinin uygulanması için bir neden de görülmemiştir» 3. HD. 5.7.1982, 2184/3092 (Yayınlanmamıştır) / **Karşı Oy Yazısı:** Davacı, dava dilekçesinde, davalının kendisine evlenme teklifinde bulunduğunu, kendisinin de kabul ettiğini, teklifi ailesine de aksettirip aralarında sosyal ilişki kurduklarını ve durumu yakınları ve çevresinin de öğrendiğini, iki yıla yaklaşan bir süreden sonra evlenmekten vazgeçtiğini bildirdiğini, davalının bu haksız eylemi sonunda manevi zarara uğradığını bildirerek tazminat istemiştir / Taraflar arasında nişanlanma olmadığı yolundaki mahkeme ve çoğunluğun görüşüne katılıyorum. Yukarıda maddi olayı özetlenen dava dilekçesinde de nişandan ve nişanın bozulduğundan söz edilmemiş, davalının haksız eylemi sonucu zarara uğranıldığı ileri sürülmüştür / HUMK. nun 76. maddesine göre, hükme esas olacak kanun maddesini hâkim tayin eder. Olayda ise haksız eylem sonucu zarara uğrandığı iddiasında olan davacının iddiası ve toplanan deliller BK. nun 49. maddesi çerçevesi içinde ele alınıp incelenerek hüküm verilmelidir / Mahkemece bu yön gözönünde tutulmadan davalının reddine karar verilmesi doğru olmadığından, hükmün bu nedenle bozulması oyundayım».

leşme ilişkileridir. Bir iradeler uyuşması olmadan ve sadece objektif eylemsel durumdan bir sözleşme ilişkisi meydana gelir. Haksız fiil ile sözleşme alanı arasında bu sosyal temastan doğan eylemselleşmeden doğabilecek ilişkiye benzer bir borç ilişkisinin doğduğu gözlemine yapmıştır (5). Ancak MK.nun ya da Almanya'da BGB'nin anladığı anlamda icab ve kabul ve hele consensus bulunmayan bu gibi durumlarda birer eylemsel sözleşme ilişkisi vardır.

HAUPT üç çeşit eylemsel sözleşme ilişkisi zikrediyor (6):

● Birincisi sosyal temastan (karşılaşma) doğan eylemsel sözleşme ilişkileri yer alır. Daha sonra bu guruba Culpa In Contrahendo dahil edilmiştir.

Zira birinci gurubtan doğan borç ilişkilerinden, HAUPT, sözleşmenin kuruluş safhasındaki müzakerelerde yanlardan birinin kusurlu olduğu halleri anlamaktadır. Sözleşme kurulmadığı halde aradaki sosyal temas nedeniyle yanlar dikkat ve özen borcu altına girerler. Mağazada yaralanan müşteri ile satıcı arasında doğan eylemsel borç ilişkisi böyledir (7).

● İkincisi, «eylemsel şirket sözleşmesi» ve «eylemsel iş ilişkisi»nin bulunduğu geçersiz sözleşmeler gurubudur. Burada geçerli bir sözleşme bulunmadığı halde, hizmet edimi, yalnız ortaklığın iş-

(5) Seliçi, s. 40, dipnot: 132.

(6) Seliçi, s. 40, dip not: 132, Akyol (örnekler), s. 236, Akyol (3. şahıs), s. 4, Tunçomağ, s. 208/210. Yazar «Bir ortaklığa veya işletmeye girmeden doğan borç ilişkileri» ayırımına yer vermektedir.

(7) Bkz. «Sözleşme hazırlıklarının başlaması, taraflar arasında birbirine özen gösterme, yani koruma yükümü için yeterlidir. Bu nedenle, sözleşmenin geçerli olarak kurulması şart olmadığı gibi, tarafların her ikisinin veya yalnız birinin sonradan sözleşme yapmaktan vazgeçmesi de sonucu değiştirmez.

Mesela bir mağazaya kumaş almak için giren kişiye, tezgahtar, kumaşları gösterirken gerekli özeni göstermediği için, bir top kumaşın onun üzerine düşmesine ve sakatlanmasına sebep olması halinde, meydana gelen zarar culpa in contrahendo'ya dayanmaktadır. Burada mağaza sahibi, vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararı, sözleşme kurulmadığı herhangi bir edim yükümü ihlal edilmediği halde, BK. 100'e göre ödemekle zorunludur. Zira taraflar arasındaki sosyal temas, güven ilişkisi, sözleşme benzeri de olsa bir borç ilişkisinin doğumuna neden olmuştur» Eren, Fikret: Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları ve Sonuçları, Y. Lisans Ders Notları, Ank. 1980, s. 18, 19.

letmeye başlaması, kiralananın kiracıya teslimi gibi edimlerin yerine getirilmesine başlanması ile doğan borç ilişkileri amaçlanmaktadır. Yanlar gerçekte geçerli bir sözleşme kurmak istediklerinden bu sözleşmeler sanki geçerliymiş gibi hüküm doğurmaya devam ederler.

● Üçüncüsü enerji, su, gaz, elektrik şirketleri ile kurulan iki yanlı ve fakat müşteri tarafından üzerinde değişiklik yapılamayan, hatta sözleşmenin yanı veya fiyatı seçilemeyen ilişkilerdir. Ashında 1920 yılında yayınlanan bir kitapta (8) bu tip ilişkiler sözleşme yapma zorunluluğu çerçevesinde yapılan sözleşmeler olarak nitelenmiş ve «Dikte Edilmiş Sözleşmeler» olarak isimlendirilmiştir (9).

(8) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, Jena 1920, (Akyol, Örnekler, s. 5, dipnot: 8).

(9) Bizde ise bir İnançları Birleştirme Kararında bu durum iltihaki sözleşme olarak şu cümlelerle anlatılmıştır: «Muayyen bir bedel mukabilinde ve bazı şartlar altında istifade edilen hizmetlerde umumilik vasfı olmayıp akdi bir mahiyet vardır. Fertlerin muayyen şartlara intibak etmek ve bir bedel vermek suretiyle istifade ettiği bu nevi akitler iltihaki akittir. Taraflardan biri olan idarenin evvelden bir takım şartları ihzar ile bunları bir icab şeklinde umuma arz ve ferdin de bu şartları zımnen kabul suretiyle hizmetten istifade etmesi şeklinde tecelli eden ve hususi hukuk sahasında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu akitlerde onların tamamen aynıdır. Bunlar bilhasa ticari veya sinai mahiyeti daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı, telefon ve radyo gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır.

...Fertle demiryolları arasındaki münasebet akdi sayılınca fert tarafından ödenen nakliye bedelleri de, bir tarife ile tesbit edilmiş olmasına rağmen, akdi mahiyette bir ücret addedilir. Nitekim telefon, gaz ve elektirik gibi faaliyetlerde de fert ile idare bir mukavele akdedip abonman mukavelesi denilen bu mukavele adındaki münasebetin kaide ve hükümlerini ihtiva eder.

Bu mukavele umumiyet itibarıyla bir hususi hukuk mukavelesi olup bu yüzden çıkan ihtilaflar hususi hukuk prensipleriyle hal olunur... Akit ne suretle tesbit edilmiş olursa olsun iki iradenin hukuki bir alâkası olan bir mevzu üzerinde birleşmesinden ibaret olduğuna göre radyo faaliyetinden istifade edenle Posta idaresi arasındaki irade birleşmesi de tamamen bir akdin ifadesidir. Ancak burada iradelerin mevzuu evvelce tesbit edilmiştir. Bunun bir iltihaki akit olmasına göre akit zımında alınan parada akde müsteniden alınmış vergi ve resim haricindeki bir ücretten ibarettir» 5.4.1944; 4/12 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. 2, Ank. 1980, s. 312. Aynı paralelde, 4.H.D. 20.3.1980, 1671/3675. YKD. C. VII, s. 7, Temmuz - 1981, 826 vd.)

Bu gün uygulamada bu konuda hakim gözüken *deyim*, *contrats d'adhésion* (iltihaki akitler) *deyimidir* (9, 10).

Ne var ki görüşü gittikçe benimsenen Alman hukukçusu LARENZ, bu yöndeki eylemsel sözleşme ilişkilerini «Tipik Sosyal Davranışlardan Doğan Borç İlişkisi» olarak belirtmiş ve «İşlem Temasından Doğan Borç İlişkisi» diye nitelendirdiği *Culpa In Contrahendo*'dan bu durumu ayırmıştır (11). Tipik sosyal davranışlardan doğan borç ilişkilerinden amaç: a) Havağazı - Elektrik - Su kullanmakla yanlar arasında doğan ilişki; b) Otobüs, Tren, Tramvayın biletçi ile hiç konuşmadan kullanılması (12) (13), c) Herkese

(10) SALEİLLES tarafından ortaya atılan *Contrats d'adhésion* (iltihaki akitler) *deyimi*, birk amu hizmeti ifa edip eylemsel ve hukuksal olarak tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması icabeden taşıma kurumları, elektirik, havağazı yahut su işletmeleri gibi girişimlere ait formüle edilmiş sözleşmeler anlatır. Bu sözleşmelerin ayırıcı tarafı halkın bunları ya kabul ya da reddedebilmelerindedir. Girişimin yapmakla yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince, icab genel ve devamlı bir nitelik arzeder. Her kes, her zaman bu icabı kabul edebilir. Bu yüzden girişimci, işine gelmeyen bir kişi ile sözleşme yapmayı red edemeyeceği gibi, tekel durumunun kötü niyetli sömürücü niteliğinde (mahiyetinde) koşullarda ileri süremez (Becker, Dr. H: Borçlar Kanunu, 1. Kısım, Genel Hükümler, Çev. Bülent Olçay, Ank. 1967, s. 25).

Yine RİPERT (La règle Morale dans les obligations civiles, 2. bası, s. 102/103) bu sözleşmenin ayırıcı özelliğini şöyle özetliyor: *Contrats d'adhésion*'un genel ve devamlı bir niteliği (mahiyeti) vardır; içeriği kesindir; bir kamu hizmeti işletmesine tekabül eder, bu hizmetin özel yararlarla ilişkin olmasının önemi yoktur. Bundan ötürü özel yararların ve kişisel istemlerin bayağı (alelade ve basit) oyunları ile değil, fakat bir hizmetin örgütlenmesinin ön planda gelen zorunluğu nedeniyle sözleşme meydana gelmektedir. (Saymen, F. Hakkı: İçtihat Notu, İHFM. C. XII, sayı: 1, İst. 1946, s. 401).

Bu sözleşme ile ilgili olarak sözümlü kesmeden, subjektif iradenin pek büyük rol oynamadığı ve modern ekonominin meydana getirdiği daha bir çok sözleşme tipinin bulunduğunu vurgulamak isteriz. Örnek olarak tip sözleşmeler, güdüm sözleşmeler (*Contrats dirigés*), zorunlu sözleşmeler (*Contrats imposés*), koşul sözleşmeler (*Actes - Conditions*).

(11) Akyol, (3. Şahıs), s. 5.

(12) «Mesela bir kimse tramvaya ve otobüse binmektedir. Böyle bir genel taşıt aracına —dışarıda bilet almadan— binen kimse o anda kural olarak yalnız kendisini, bir yerden başka yere taşıtmayı ister; yoksa önce bir taşıma sözleşmesi yapmayı düşünmez. Şüphesiz o da genellikle tarifeye uygun ücreti ödemeye, yani hareketinin hukuki sonucunu üzerine almaya hazırdır; ne var ki onun buna hazır olup olmaması bir

açık ücrete tabi bir park yerine araba konulmasıdır. LARENZ, bu durumlarda gereksinimi karşılama ve taşıma edimlerinin kamuya açık olarak genel bir biçimde sunulduğunu ve irade beyanları söz konusu edilmeden eylemsel olarak her kes tarafından yararlanılabileceğini belirtmektedir (14). Burada fiili genele arz ve edimin fiili kabulü, asla belli bir hukuksal sonuca yöneltilmiş irade beyanları anlamını taşımazlar; bunlar sosyal tipteki anlamına göre, hukuki işlem ile aynı hukuki sonuca sahip, uygun bir davranış sayılmalıdırlar. Görüldüğü üzere burada hangi davranışın «İCAB» şı karşıya bulunmaktayız. Öyleyse burada irade açıklamalarının yerini «Eylemsel davranışlar» almakta ve bu «Eylemsel davranışlar» sosyal bakımdan tipik bir anlam taşırlar. Bu anlam adı geçen hangi davranışın «KABÜL» olduğu anlaşılamayan durumlara karşı karşıya bulunmaktayız. Öyleyse burada irade açıklamalarının yerini «Eylemsel davranışlar» almakta ve bu «Eylemsel davranışlar» sosyal bakımdan tipik bir anlam taşırlar. Bu anlam adı geçen eylemsel davranışlara irade açıklaması hüküm ve kuvvetini tanımayı gerektirir (15).

Bu kuram'ın çok kısa olarak yararları ile eleştirisine geçmeden önce Federal Alman Temyiz Mahkemesinin (BGH) vermiş olduğu bazı kararlarda (BGH-21, 319, 29, 175, 23, 249, 261) üçüncü gurubtaki kitle ilişkileri açısından eylemsel sözleşme ilişkileri görüşüne katıldığını belirtelim (16).

C — Eleştirisi (17) : 1 — Eylemsel borç ilişkisi kuramı «eylemsel olan bir duruma» normatif bir geçerlik sağlamak istemekte

«taşıma» ilişkisinin doğması bakımından önemsizdir. Başka bir olay tasavvur edelim: Bir şoför, arabasını belli bir park yerine bırakıp gitse, arabasını alırken park ücretini ödemek zorundadır. «Ben buraya araba park ettimse de arabanın beklenmesini ve ücrete tabi olmayı istememiştim» tarzında bir itiraz ileri süremez. Tekinay, s. 72.

(13) «Buna örnek olarak, herhangi bir kimsenin bir tramvay, otobüs, tren veya diğer bir taşıt aracına, önceden bir bilet almaksızın binmesini gösterebilirim. Araca binen kişi araca bindiği anda mutaden sadece tasarladığı yere götürülme iradesine sahiptir; buna karşılık oraya götürülmesi için önce bir sözleşme yapmayı düşünmez»» Tunçomağ, s. 210. Bkz. aynı örnek için, Seliçi, s. 42 dipnot: 132.

(14) Seliçi, s. 42, dipnot: 132.

(15) Akyol (3. Şahıs), s. 5.

(16) Seliçi, s. 42, dipnot: 132. Bundan ayrı olarak bu kuram ile Tahvil (Conversion) kuramı arasındaki fark için bkz. Güven, sh. 24/25.

(17) Seliçi, s. 41 vd. Ayrıca dipnot: 132.

ise de, yasada kendisine hiç bir destek bulamamaktadır. Tam tersine sosyal-tipik eyleme normatif geçerlik tanımaktadır. Oysa normatif hukuksal düşünüşün kapitilasyon yarattığı yanında, eylemsel borç ilişkisi kuramı yasaya bağlı hukuksal düşünme tarzının yıkılmasına yönelmiş bir atom bombası niteliğindedir.

2 — Eylemsel sözleşme ilişkisini doğuran hukuksal neden yasa düzeni içerisinde bulunabiliyorsa, yabancı bir unsur olarak ayrıca bir borç ilişkisi doğuran neden aramaya gerek kalmayacaktır. Şöyleki; birinci gurubta toplanan sözleşmenin kurulmasındaki müzakerelerde kusur halleri «culpa in contrahendo» ile yasa çerçevesinde çözüm bulmuşlar, ikinci gurubtaki ilişkilerin, sözleşmelerin geçersiz olması nedeniyle doğacak hukuksal sonuçların sınırlandırılması (18) gereği ortada ise de sorunu çözümlmek için eylemsel bir duruma yasa koyucunun değerlendirmesine aykırı olabilecek normatif geçerlik sağlamaya gerek yoktur. Üçüncü grubta ki toplu gereksinimlerin giderilmesi için kurulan ilişkilere ise eylemsel sözleşme ilişkisi kuramı gerekmeden de açıklanabilmektedir. Otobüs örneği ele alınacak olursa: Her şeyden önce otobüse binen kimse çoğu kez gideceği yeri açıklamaktadır. Bu açıklama ise bir kabul beyanı olarak değerlendirilmelidir. Eğer böyle bir beyan yok ise otobüse binen yolcunun davranışı «Factum-Concludens» (delalet edici fiil) (19) sayılmalıdır. Zaten bu eylem tipik sosyal davranışın kendisini oluşturmaktadır. Öte yandan, kabul beyanı kitle ilişkilerinde işin özelliği nedeniyle beklenmez. İlişkinin icrasına başla-

(18) «Fiili sözleşme ilişkisi gibi yapay ve zorlama bir kavram yerine, bu konuda bir örtülü yasa boşluğunun varlığından hareket eden daha gerçekçi bir görüşte, sürekli sözleşme ilişkilerindeki «ex tunc» geçersizliği, «boşluk doldurma» suretiyle sınırlandırmış ve «ex tunc» etkili kılmıştır» (Serozan, s. 176).

(19) «Bir akde icazet verilmesi bir hukuki muameledir ve 288. maddenin şumultüne dahildir. Ancak, icazet bir (FAİT CONCLUANT) (İRADEYE DELALET EDEN VAK'A) dır. Bu kabil vakalarda iradenin muhabata ulaştırılması gayesi mevcut değildir olarak tecelli etmişse, o zaman bunun şahitle isbatına müsaade edilebilir. Mesela müşterek hissedarın her gün önünden geçtiği bina hissedarlarından bir diğeri tarafından kiraya verilmişse müşterek hissedarın bu duruma uzun müddet ses çıkarmaması akde icazet verildiğine delalet eden bir hadisedir. Ve bu hadise bir fiil mahiyetini haiz olmak itibarıyla şahitle isbat olunabilir» (Postacıoğlu, İlhan E: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. bası İst. 1966, s. 428)

makla, icabın susma (20) ile kabul edildiği anlamı da çıkmaktadır. Böylece otobüse binenin bir iradesi söz konusu olmakta ve klasik sözleşmenin kuruluşu görüşünden ayrılmaya sebep kalmamaktadır. İsviçre-Türk hukukunda bu kurama gerek yoktur. Zira güven kuramı kitle ilişkisine katılanın davranışına, bağlanan güvenin korunmasını gerektirmektedir (21). Bu halde davranışının hukuksal

- (20) QUI TACET NON UTIQUE FATETUR, SED TAMEN VERUM EST EUM NON NEGARA = Suküt eden kimse mutlaka ikrar etmiş sayılmaz, fakat inkar etmediği de meydandadır.

Eski hukukumuzda ise «SAKİTE BİR SÖZ İSNAT OLUNAMAZ. LAKİN MA'RAZI HACET DE SUKÛT BEYANDIR» şeklinde formüle edilebilecek bir kural var idi. Yani susan bir kimseye şu sözü söyledi denilemez. Ancak söyleyecek yerde susarsa ikrar ve beyan sayılır. (Arsebük, Esat: Borçlar Hukuku, 2. bası, 1. Cilt, İst. 1943, s. 59, 60)

Görülüyor ki genel olarak susma kapalı bir irade açıklaması anlamına gelmiyor. Zira von TUHR'un belirttiği gibi bir kimse neden olmadığı sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Dönerek belirtelim ki bazı ayrı durumlarda (örneğin MK. m. 2'deki dürüstlük kuralının gerektirdiği yerlerde, aradaki sözleşmenin bir hükmü uyarınca ya da BK. 387, 472 ilâ Ticaret Yasasının 23, 92. maddelerinde olduğu gibi yasanın özel bir hükmü uyarınca) buna zıt çözüm şekli kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. «Çünkü sükut ile iradenin izhar edildiği pek çok haller vardır. Bilhasa sükutun karşı tarafa hukuki neticeler doğuracak olan muayyen bir iradeyi izhar maksadıyla ihtiyar edilmiş olması halinde sükut sarih bir irade beyanı gibi hüküm ifade eder»... «kanunen cevap verme veya bir müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber objektif hüsnüniyet kaideleri icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde bu mükellefiyetin yerine getirilmemesine ve bu suretle ihtiyar olunan sükuta muayyen neticeler izafe edilmesi icabettiği de keza ilim sahasında ve kara Avrupasındaki telakkilere dayanan modern hukukun tatbik edildiği memleketlerin içtihatlarıyla kabul edilmiştir» İçt. Bir. Kar. 30.11. 1955: 14/20 (Yarg. İçt. Bir. Kar. Hukuk Bölümü, C. IV, Ank, 1980, s. 635)

İnceleme konusu yaptığımız olay bakımından şu karar ilgi çekici önemdedir: «Bu yönden yapılan araştırmada bankalarca ilk defa ikramiyeli piyango keşidesine başlanıldığı tarihlerde hükümetçe verilen sarih bir müsaadenin mevcudiyeti tesbit edilmemiş ise de piyango usulüne başvurulduğu günlerde gazetelerle, broşürlerle, diğer bir çok vasıtalarla hatta devlet radyoları ile keyfiyet ilan edilmesi ve böylece alenivete intikal etmiş olan fiili duruma vakıf ve muttali bulunan hükümet bankalarının mevduat sahipleri arasında tertiplemediği ikramiyeli piyango usulünü men etmemek suretiyle bunu tasvip ettiğini zımnen ifade etmiş bulunmaktadır» TD. (şimdiki 11. H.D.) 4.10.1958, 2745/2313 BATİDER, C. 1. sayı: 1, s. 101 vd.)

- (21) «Karşı tarafın, kendisine yapılan bir irade beyanının muhtevasına göre güveni nasıl korunuyorsa, muhatab olduğu hareket tarzının bir irade beyanı anlamına geldiği noktasına ilişkin güveni de aynı şekilde

sonucu olarak sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekir. Kitle ilişkisine giren eğer sözleşmeyi yapmak istemediğini bildirirse ne olacaktır? Bu durumlarda beyan ile davranış ters düşmektedir. Eylemsel sözleşme ilişkisi kuramı yanlıları burada iradeyi bertaraf ederek yalnız davranışa borç ilişkisinin kurucu olgusu olarak bakmaktadırlar. Ne var ki bu durumda bile eylemsel sözleşme ilişkisine mutlaka başvurmaya gerek yoktur. Zira dürüstlük kuralından hareketle de «PROTESTATIO FACTO CONTRARIA = KENDİ FİİLİNE TERS DÜŞME» doyurucu sonuca varmak mümkündür. Doğruluk ve dürüstlük kuralına göre belirli iradeye göre davranan kişinin davranışının taşıyabileceği anlama «sözle» karşı çıkması nazara alınamaz. Otobüse binen bir kişi «Ben otobüs idaresi ile taşıma sözleşmesi yapmak istemiyorum» dese bile, davranışın bu iradeye delalet etmesi gerekeceğinden yaratılan bu güvene karşı gelerek davranışının başka türlü yorumlanmasını isteyemez.

3 — Sürekli borç ilişkilerinde (iptal kabiliyeti ve butlan)ın sözleşmeye etkisi genellikle sözleşmenin icrasına başlanmasına göre değişmektedir. Eğer icraya başlanmamışsa sözleşmenin icrasına engel olunacaktır. Zira iadesi gerekli edim söz konusu değildir. İptal kabiliyeti ve butlan yasadaki tüm sonuçları ile sözleşmeyi başlangıçtan beri geçersiz kılar. Eğer borç ilişkisinin icra safhasına geçilmirse geçersizlik nedeninin ortaya çıkmasına kadar, sürekli borç ilişkisi sözleşme düzenine tabi tutulacak, geçerli bir sözleşme varmışcasına işlem görecektir. Geçersizlik nedeni, ilerisi için etkil ola-

Bunun nedenlerine yalnız konumuzla ilgili hizmet sözleşmesine hasren değineceğiz. Deniyor ki, geçersiz bir hizmet sözleşmesinin icra safhasına geçilmekle, yerine getirilen iş görme edimi aynen ge-

korunmalıdır. Onun açısından diğer tarafta hukuki sonuç iradesinin veya beyan iradesinin (şuurunun) bulunmaması bir fark yaratmaz. Her iki halde de, belirli anlama gelen bir hareket tarzı ile karşılaşmış ve objektif iyi niyet kuralları ışığında bu hareketi (yerinde olarak) belirli muhtevada bir irade beyanı olarak anlamlandırmıştır.

Şu halde (A)'nın, içinde bulunduğu şartlara göre, alışveriş hayatına katılan normal ve makul bir kişiden beklenen ihtimamı göstermeden yaptığı hareketler, onda bir beyan irade ve şuuru hiç bulunmasa bile, (B) bu hareketleri bir irade beyanı olarak görmekte haklı olduğu ölçüde (A)'ya bir irade beyanı olarak isnat edilebilecek ve (A), bu beyanın hukuki sonuçlarından kurtulmak için hata sebebiyle iptal yoluna başvurmak zorunda kalacaktır» Kocayusufpaşaoğlu, s. 28.

ri verilemeyecektir. Öyleyse nedensiz zenginleşmenin kuralları uyarınca «İş görme ediminin yerine para ile olan değerinin» geri verilmesi gerekecektir. Ama işçinin emeğinin para ile olan değeri nasıl belirlenecektir? Eğer aldığı ücret emeğinin para ile değerini ifade ediyorsa geriye verilecek bir şey yok demektir. Ayrıca işletmelerde işverenin işinin görülmesi dolayısıyla ne oranda zenginleştiğini saptama son derecede güçtür. Burada işverenin diğer bir işçi olsaydı ödeyeceği ücret kıstası da doyurucu değildir. Zira diğer işçiye ödenecek ücret nedir, işçinin toplu sözleşme kapsamına girip girmediğine göre ücret değişecektir, işni niteliği icabı kişisel yeteneğnin büyük rol oynadığı işlerde emeğin para ile olan değeri nasıl belirlenecektir soruları çetin problemler olarak orta yerde durmaktadırlar. Daha önemlisi işveren eğer zenginleşmemişse - örneğin iflas etmişse - geçersiz sözleşmeye dayanan işçinin sebepsiz zenginleşme istemi ortadan kalkacak mıdır? İşçinin sır saklama borcu ne olacaktır? Bu ve bunlara benzer nedenlerle başlangıçtan beri geçersiz sözleşme fikrine eğilim işin içinden çıkılmaz bir tasfiye sistemine ister istemez bizleri götürecektir (22). Bundan ayrı olarak zayıf olan sözleşme tarafını koruma düşüncesi de icrasına başlanan sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz sayılmasına mani olur. Hizmetli ücretini kazanırken bu ücretin tam ve kesin olarak kendisinde kalacağına inanabilmelidir. Zira bir taraf ekonomik bakımdan bağımlı ve hayatını idame ettirmek için ücrete muhtaç bir durumdadır.

Bütün bunlardan genel olarak şu sonuç çıkarılmaktadır: Geçersiz sözleşmeye başlangıçtan beri geçersizlik sonucunu bağlayıp sebepsiz zenginleşme kuralları ile tasfiye etmeye çalışmak sürekli borç ilişkilerinin niteliğine uymamaktadır: BK. nun genel hükümlerini düzenlerken geçersiz sözleşmelere bağladığı hukuksal sonuçlarda ani edimli borç ilişkilerini gözönüne tutarak düzenlediği anlaşılmaktadır. İcrasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin başlangıçtan beri geçersizliği kabul edildiği takdirde, ortaya çıkabilecek özel sorunlar görülmemiştir. Oysa sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik sonuçlarını özel olarak düzenlemeye gereksinim vardır ve bu noktada yasada bir boşluktan söz etme olanağı vardır (23).

(22) Seliçi, s. 49 vd; karş. İş hukuku açısından yasağa, ahlaka, şekle aykırı sözleşmeler için: Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ank. 1972, s. 47 vd; Ank. 1978 baskısı, s. 95/101.

(23) Seliçi, s. 56.

Bir başka açıdan; hizmet ilişkisinde hizmet edimini kabul etmiş olan işverenin, icra süresi için butlan sebebine dayanmasının kendisinin önceki davranışı ile çelişki halinde olması sebebiyle (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM) dürüstlük kuralı gereğince engellenmesi fikri temel alınabilir (24).

WILBURG tarafından ortaya atılan bir düşünceye göre, aynen geri verilmesi mümkün olmayan edimlerin icrası halinde, edimi kabul edenin karşı edim borcunu, kendi davranışına dayandırmaktadır. Geçersiz sözleşmeye rağmen karşı taraftan sürekli edimin yerine getirilmesi talep edilmişse, talepte bulunan haksız talebi veya hiç olmazsa objektif sakat davranışı yüzünden sürekli edimin yerine getirilmesine sebep olmuştur. Bunu da hukukun etkisini sürdürmesi ve edimin korunması temeline oturtmaktadır (25).

D) Eylemsel sözleşme ilişkisi kuramının yararları (26) :
1 — Eylem yeteneğinden yoksun kişilerin yapmış oldukları sözleşmeler geçersizdir. Oysa eylemsel sözleşme ilişkisi kuramı benimsenecek olursa sözleşme geçerli olarak kabul edilecek ve doğması olası bulunan elverişsiz durumlar önlenecektir. «Örnek vermek gerekirse, bir gayrimümeyyizin kurmuş olduğu iş sözleşmesi geçersizdir. Bu nedenle gayrimümeyyiz bu sözleşmeden dolayı ücretini, fazla çalışma karşılıklarını, hatta izin parasını talep edemeyecektir, çünkü bu taleplerin kaynağı olan iş sözleşmesi geçersizdir. Bu durumda olsa olsa işverenden sebepsiz zenginleşme sebebiyle BK.nun 62 vd. maddelerine göre iade talep olunabilir. Halbuki, eylemsel sözleşme ilişkisi kabul edilince, geçersiz iş sözleşmesi ile çalışan işçi, iş sözleşmesi âdeta geçerli imiş gibi yukarıda sayılan hakların tamamını talep edebilir» (27).

(24) Seliçi, s. 60, dipnot: 184.

(25) Seliçi, s. 60, dipnot: 184.

(26) Akyol (örnekler) s. 237; Tunçomağ, s. 210; Tekinay, s. 72. «Hatta yabancı doktrinde bir akit bulunmaksızın veya batıl bir akde dayanarak başkasının emri altında çalışanları da işçi sayma temayülü vardır ki, kanaatimizce de isabetli bir davranıştır» Oğuzman, M. Kemal. Hukuki Yönden Grev ve Lokavt. Ank. 1964, s. 21.

(27) Akyol (Örnekler) s. 237. «Sonra burada işlem ehliyeti de aranmaz, sadece yapılan hareketin sosyal tipteki önemini kavrama yeteneği yeterlidir. Bu itibarla bazen, 8 yaşındaki bir çocukta bu ehliyete sahip bulunabilir. Şu halde, umuma sunulmuş hizmetin fiilen yararlanma ir-

2 — Bu kuram, kurulması öngörülen sözleşmenin yanlarından birisine de şu şekilde yararlı olabilir. «Meselâ bir park yerine arabasını park eden şahıs, park yeri sahibi tarafından arabaların tamamının sigorta edilmesi durumunda bu sigortadan yararlanacaktır. Bunun gibi, bir sosyal temasla kurulan eylemsel sözleşme ilişkisi olarak kabul edilen otobüse binme durumunda bileksiz yolcu da, kaza halinde sigortadan yararlanacaktır» (28).

desinin bulunması gerekir ve yetişir» Tunçomağ, s. 210; «Fiili sözleşme ilişkileri (veya bazı hukukçuların deyimi ile toplumsal tipte davranışlardan doğan borç ilişkileri) için hukuki işlem ehliyetine ihtiyaç görülüyor. Bu türlü davranışlarda bulunanlar, hareketlerinin niteliğini anlayabilecek durumda iseler, borç altına girmeleri için bu, yeterli sayılıyor. O halde 8 yaşında bir çocuk dahi otobüse binince taşıma ücretini ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun için topluma belli bir ücret karşılığında açık tutulan hizmetten (veya edimden) fiilen faydalanmak arzusu ve iradesi, teoriyi savunanlara göre, hem lazım ve hem de kafidir» Tekinay, s. 72.

Karş. «Mümeyyiz küçükler ve kısıtlılarca kanuni temsilcilerinin rızaları dışında yapılmış iş sözleşmeleri ise, geçmişi etkilemeyecek şekilde ve sadece ilerisi için geçersizdir. Oysa, ilk olarak, MK. 394 gereğince mahdut ehliyetsizlerin işlemlerine kanuni temsilci icazet vermezse, bunlar baştan başlayarak hükümsüzdür. İş hukuku alanında açıklanan özellikler nedeniyle bu çözümden ayrılmak gereklidir. Bu bakımdan taraflar her zaman için iş sözleşmesini sona erdirebilme olanağına sahiptirler. Fakat sözleşme hüküm sürdüğü sürece mümeyyiz küçük ve kısıtlılar bir işçinin hakkına veya borcuna maruzdurlar. Sonradan küçük erginleşmiş, ya da kısıtlılık durumu sona ermiş bulunmasına rağmen uzun süre çalışma durumu devam etmişse, sözleşmeye icazet verdikleri kabul olunmalıdır. Bu takdirde sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin dava red edilmelidir. Aynı durumda işverenin geçersizlik iddiası da dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağından redde mahkumdur» Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ank. 1972, s. 52; ayrıca bkz. aynı yazarın aynı yapıtının 1978 baskısının s. 95/101.

«Bir iş münasebeti kaideten muteber bir iş akdine dayanırsa da, herhangi bir sebeple —kanuni hükümlere aykırılık, şekle riayetsizlik gibi— batıl bulunan veya irade fesadı sebebiyle iptal edilen bir akde istinaden çalışan işçinin de korunması zaruridir. İş akdinin hükümsüzlüğü toplu iş sözleşmesinin fiilen mevcut bulunan iş münasebetine tatbikine engel teşkil etmemelidir», «Esasen işi kabul eden işverenin sonradan akdin hükümsüzlüğüne istinad etmesi iyi niyet kaidelerine de aykırıdır» (Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ank. 1967 ve aynı yapıtın ikinci baskısı bulunan Ank. 1975, s. 49/50 ila s. 35/36 (Not: İlk rakamlar yapıtın ilk baskısına ikinci rakamlar ise ikinci baskısına ait sayfaları göstermektedir)

3 — Eylemsel sözleşme ilişkisi kuramı ayrıca geçersiz olan ve ya sona ermiş bulunan sözleşmeye rağmen (olayımızda olduğu gibi) yanların edimlerini yerine getirmeleri ya da bir yan'ın edimini ifa etmesi durumunda, menfaat dengesinin ve somut olay adaletine uygun çözümler sağlamaktadır. Verilen şey bakımından 4.HD. nin yaptığı gibi haksız iktisaba dayanmak yerine sözleşmeden doğan istemlerin ileri sürülmesi daha elverişlidir.

E) **Sonuç:** Türk hukukunda pek incelenmemiş olan bu konuyu burada —yeterli derecede açıklığa kavuştuğu inancıyla— kesmek durumundayız. HAUPT'un 1941 yılında ortaya attığı bu kuram bir hayli eleştiri almasına karşın gerek Alman hukukunda (29) ve gerekse Türk hukukunda (30) yandaş bulmuştur. İsviçre hukukunda da bazı sınırlı durumlarda öğreti ve uygulama tarafından benimsenmiştir (31). Biz ise sayın Prof. TEKİNAY'ın anlatımı ile «Eski ve alışılmış kalıplara oldukça zıt düşen bu teoriyi, toplum hayatındaki gelişmelerin doğurduğu ihtiyaçla uygun buluyor ve sempati ile karşılıyoruz» (32). YARGITAYIMIZIN DA konuya ola-

(29) «HAUPT'un kuramı LEHMAN tarafından eleştirilirken, WIEACKER sözleşme kavramını iki safhaya ayırarak bu kuramı yeni delillerle kanıtlamak ve kuvvetlendirmek istemiştir: O'na göre sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin hükümleri —ya da sözleşme düzeni— birbirinden farklı iki safhadır. Sözleşmenin kurulması safhasına ait bir eksiklik veya geçersizliğe rağmen bazı eylemsel durumlar birer sözleşme düzeni içinde farzedilebilir. Gerçekten eylemsel ilişki safhasında ifa varsa, sırf bu ifa bakımından tarafların iradesi de vardır.

Ne var ki bu irade bir hukuki işlem olarak kabul olunamaz. Bir anlaşma vardır, fakat bu anlaşma sözleşme kurma olmayıp basit bir anlaşmadır» Akyol (3. şahıs) s. 4, dipnot: 14.

(30) Akyol (örnekler) s. 234 vd; Akyol (3. şahıs) s. 4 vd; Tunçomağ, «Çünkü fiili sözleşme ilişkilerinin, özellikle Türk İş Hukuku açısından büyük önem taşıdığı düşüncesindeyim» s. 208; «İşverenle işçi arasında hiç bir sözleşmenin, hatta batıl olsa bile, bulunmadan işçinin işgördüğü ve işverenin de bu işi kabul ettiği durumlarda, kısaca fiili hizmet ilişkilerinde nasıl hareket olunacaktır? Toplu GLK. 1/bent 1'deki «Hizmet akdi» terimi, «Hizmet ilişkisi» şeklinde yorumlanacak olursa, o zaman fiili hizmet ilişkilerini de bu terim içine sokmak mümkün olacaktır. Zaten toplu iş sözleşmesinin sosyal amacı da bu yorumu haklı gösterir» Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, C. 2, Vize, 1980, s. 10, 11; Tekinay, s. 72. Karş. H G K. 27.2.1971, 1118/113 (Karahacıoğlu, Ali Haydar: Kat Mülkiyeti Kanunu, Ank. 1981, s. 309).

(31) Akyol (3. şahıs) s. 61, dipnot: 16.

(32) Tekinay, s. 72, 73.

yın özelliğini de nazara alarak bu yönden yaklaştığını sanıyoruz : «İş kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı ve kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin iş kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korumak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazımgeldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla TBMM. dahi batıl olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre...» (33).

«Davalı kooperatife ait süt fabrikasında süresi belirli hizmet sözleşmesiyle çalışmakta olan davacının hizmet akdi; işletmeyi telifisi mümkün olmayacak biçimde zarara soktuğu iddiasıyla 30.5.1979 tarihinde ve 31.5.1979 tarihi itibarıyla ilişkisi kesilmek üzere yönetim kurulu kararıyla bildirim olarak feshedilmiştir.

Fesh bildirimini bozucu yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafa yöneltilen bir irade açıklamasıyla kullanılır ve hukuki sonuçlarını derhal doğurur. Fesih bildiriminin tebliğinden önce, davacıya 31.5.1979 tarihinden itibaren kooperatif yönetim kurulu üyelerinden ve fesih kararında imzaları bulunan başkan (Y.A.) ve muhahas üye (N.T.) tarafından yıllık iznin verilmiş olması, akdin feshinden dönüldüğü ya da vazgeçildiği anlamına gelmez.

(33) Yarg. İnançları Birleştirme Kurulunun 18.6.1958; 20/9 sayılı kararı. (Yarg. İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü, C. IV, Ank. 1981, s. 107/108; RG. 30.9.1958, 10020).

Yine Yarg. İnançları Birleştirme Kurulunun 17.10.1945; 2/13 sayılı kararı (Yarg. İçt. Bir. Kar. Hukuk Bölümü, C. III, Ank. 1980, s. 206 vd.) sayın Akyol'a göre (bkz. Örnekler, s. 238) eylemsel ardiye sözleşmesi niteliğindedir. Saymen ise (İHFM. C. XII, sayı: 1, İst. 1946, s. 406) bu kararda «iltihaki mahiyette ve vaziyete göre ya bir nakliye mukavelesi veya bir vedia akdi» niteliği görür. Ayrıca bkz. Onar, Sıddık Sami: İHFM. 1945, C. XI, Sayı: 1, 2. s. 454, no: 5.

Fesih tarihinden sonra işçinin işyeriyle ilişkisi herhangi bir sebeple; dava konusu olayda olduğu gibi, verilmiş yıllık izin nedeniyle izin sonuna kadar geciktirilmiş olması halinde; fesih iradesinin açıklanmasından sonraki ilişkinin hizmet akdine dayanmayan bir hizmet ilişkisi (33a) olarak kabulü gerekir ve bu süre zarfında işçi, işçilik haklarından bu ilişki nedeniyle yararlanır» (33b).

(SÜRECEK)

(33a) Hizmet ilişkisinin konumuzla yakından ilgisi nedeniyle çeşitli kaynaklardan bilgiler sunmayı yararlar bulduk:

1 — Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ank. 1972, s. 34. «Türk hukuku bakımından iş ilişkisi, kabaca, münferit işçiyle işveren arasında var olan ve işçiye, işverene iş görme ve işverene ise, işçiye ücret ödeme edimlerini yükleyen bir bağlantı olarak tanımlanabilir» Ayrıca bkz. aynı yazarın aynı yapıtının Ank. 1978 baskısının s. 82/83.

2 — Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ank. 1967, ayrıca 2. baskısı bulunan Ank. 1975, s. 49/50 ila s. 35/36. «İş münasebeti ise işçi ile işveren arasındaki hukuki münasebettir».

3 — Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, C. 2, Vize, 1980, s. 10. «Bu durumda hizmet ilişkisinin, işçinin iş yerine katılması; orada işverenin bilgisi altında çalışması olayından doğduğu ve fiili nitelik taşıyan bu ilişkinin her zaman ve geleceğe etkili olacak şekilde sona erdirilebileceği kabul edilmelidir».

4 — Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. bası, Ank. 1978, s. 141. «Hizmet ilişkisi, işçi veya işvereni diğerine karşı bir edada bulunmakla yükümlü tutan bir hukuki bağıdır. Bu hukuki bağ alacaklıya bir şeyin verilmesine, yapılmasına ilişkin bir talep hakkı verir. Buna karşılık hizmet akdi öyle bir mukaveledir ki, onunla işçi belirli veya belirli olmayan bir süre için işverenin hizmetinde işgörmeyi ve işverene ona ücret ödemeyi taahhüt eder» ayrıca bkz. bu iki kavramın Alman Hukukunda yarattığı anlam farklılıkları ile sözleşme ve katılma kuramları hakkında, s. 141/144.

(33b) 9.H.D. 23.12.1980, 8838/14001 (YHD. Temmuz/1981, s. 966).

**BORÇLAR YASASININ 110. MADDESİNE
EKLENEN YENİ FIKRA VE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI (*)**

(II)

Atalay ÖZDEMİR ()**

İKİNCİ BÖLÜM

A — YASANIN KONUSU AMACI VE NEDENLERİ

Banka teminat mektuplarına ilişkin uluslararası tekdüze kurallar ulusal mevzuatlara üstünlük tanıdığından bankacılık ilişkilerinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesi bu konudaki ulusal yasaların yakınlaştırılmasına bağlıdır.

Sürelî teminat mektuplarında risk süre içinde gerçekleşmek kaydı ile zamanaşımı süresi sonuna kadar ödeme talebinde bulunulabileceği düşüncesini kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.1.1974 tarihli bahis konusu kararı uyarınca bankalarımız süreden sonra da teminat tutarını ödemek zorunda kalmakta idiler.

Uluslararası Ticaret Odası'nca hazırlanan akdî teminatlara ilişkin uluslararası tekdüze kurallarla ilgili tasarımın 4 ve 5. maddelerinde de belirtildiği gibi genel olarak yabancı bankalar batı hukuk sistemi ve bankacılık uygulamalarına göre verdikleri kontrgaranti ve teminat mektuplarını vadeli olarak düzenlemekte, vade sorumluluktan kurtulmaktadırlar.

Yabancı bankaların kontrgaranti vermesi halinde, süre sonun- Türk Bankaları ödedikleri teminat mektuplarına karşılık verilen kontrgarantiye başvuramıyorlardı.

(*) YD., Cilt: 10, Sayı: 3, Temmuz - 1984'den devam.

(**) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hâkimi.

Bu durum Türk Bankalarının ödedikleri teminatı kontrgaranti verenden alamamaları sonucunu doğurduğu gibi genelde önemli döviz kaybına da neden olmakta idi.

Bu durum karşısında Türk Bankaları yabancı bankalar süreli teminat mektubu karşılığında süre koşulunu içermeyen kontrgaranti vermeyi uluslararası bankacılık uygulamalarına aykırı bularak tepki göstermişlerdir.

Süreli teminat mektuplarının bu sakıncası karşısında Türkiye Bankalar Birliği 17.9.1976 tarihinde tüm bankaların uyması gereken bir «mesleki tanzim kararı» (62) alarak sürenin sona ermesinden sonra paraya çevrilmesi zorunda kalınan teminat mektupları karşılıklarını teminat altına alacak şekilde kontrgaranti düzenlenmesini istemiştir. Bu karara göre yabancı banka Türk Bankalarından vadeli teminat mektubu vermesini talep ettiği takdirde ya vadesiz bir kontrgaranti düzenleyecek ya da vadeli kontrgaranti veriyorsa kontrgarantiye mutlaka aşağıdaki şartı ekleyecektir.

«Teminat mektubunun belli bir vadeyi muhtevi olmasına rağmen bankamızın bu teminat mektubunun tanzimi nedeniyle bankanıza karşı sorumluluğunun teminat mektubu size iade edilmediği veya muhatap tarafından ibra edilmediğiniz takdirde teminat mektubundan ötürü Türk Hukukuna göre bankanızın sorumluluğu ortadan kalkıncaya kadar vadeden sonra da aynı şekil ve şartlarda devam etmesine ve vadeden sonra ödeme zorunda kaldığımız takdirde vadeden, ödeme anına kadarki devreye ait komisyon vergi ve sair masraflarını da ödemeyi kabul ederiz.»

Kontrgarantilerin bu şartları taşınması karşılığında yabancı bankalar aşırı komisyon, vergi ve sair giderler talep ettiklerinden Türk Bankaları yine zor durumda kalmışlardır.

Amerikan Bankaları kredi mektubu (letter of credit) vermek, bunun uluslararası kurallara tabi olduğunu bildirmekte idi. Bu yüzden uluslararası tekdüze kurallar gereği Amerikan kontrgarantileri de süresiz verilememekte, süresizliği sağlamak için Banka-

(62) Bu konuda bkz. Reisoğlu, Banka ve Teminat mektupları, kontrgarantiler ve ortaya çıkan sorunlar, Ank. 1980, sh. 29.

lar Birliğinin anılan kararı gereğince her altı ayda bir kendiliğinden uzatma gibi kayıtlar konulmakta idi (63).

Bütün bu sakıncalar nedeniyle Bankalar Birliği Yönetim Kurulunun 1.6.1974 gün ve 39 sayılı kararı ile içtihadı birleştirme yoluna gidilerek 11.6.1969 tarihli YİBK. daki görüşe aykırı olan 6.7.1971 tarihli 11.HD. nin kararı ile (64) bu görüşe uygun YHGK. nun 26.1.1974 tarihli kararı ve 11.HD. nin 18.5.1971 tarihli kararı (65) arasındaki çelişkinin 18.5.1971 tarihli karar doğrultusunda giderilmesi istenilmiş ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın 29.4.1977 tarih ve 76/273 sayılı yazıları ile bildirdiği olumlu görüşüne rağmen Yargıtay Birinci Başkanlık Divanı 2.6.1977 tarih ve 43 sayılı kararı ile içtihadı birleştirmeye yer olmadığına karar vermiştir.

Bu sonuç üzerine Türkiye İş Bankası Genel Müdürlüğü'nce Adalet Bakanlığı'ndan yasa değişikliği için çalışmalar yapılması istenmiş, Genel Müdürlük 20.12.1978 gün ve 3617 sayılı yazıları ile;

Ya Borçlar Yasasının 493. maddesine, «teminat sağlamaya yönelik garanti akitlerinde mahdut zaman için garanti veren süre yönünden birinci fıkrada tanınan haktan yararlanır.» şeklinde bir fıkra eklenmesi, ya da Borçlar Yasasının 110. maddesine bir fıkra eklenerek «Üçüncü şahsın fiilini taahhüdün vadeli olması halinde vade içinde taahhüt edene yazılı olarak başvurulmadığı takdirde taahhüt vade sonunda ortadan kalkar.» hükmünün getirilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir.

Adalet Bakanlığı bu önerilere karşılık olarak Borçlar Yasasının 493. maddesine getirilecek ek fıkranın teminat mektuplarının kefalet akdi olduğunun zımnen kabulü anlamına gelip 11.6.1969 tarihli YİBK. nin bertaraf edileceği nedeniyle Borçlar Yasasının 110. maddesine getirilecek ek fıkra ile sorunun halli görüşünde olduğunu belirtmiştir. Nihayet 25 Mayıs 1981 tarihli Hükümet ta-

(63) Bu halde Türk Bankasının tek taraflı beyanı ile belli sürelerle uzatılması hususu garanti mektubuna konulmakta idi. Bu kredi mektupları, görüldüğünde ödenecek poliçeler şeklinde düzenlenmekte, süreli olduklarında belli bir süre içinde Amerikan Bankalarının eline geçmeleri gerekmektedir. Reisoğlu, age. sh. 28.

(64) Y.11.HD. 6.7.1971 gün ve 1971/1626-1971/5187 sayılı kararı ile vadeli teminat mektuplarında geçerlik süresinin sona ermesinden sonra teminat mektubunun ödenmesinin istenebileceğine karar verilmiştir.

(65) Y.11.HD. nin bu kararı için bkz. dipnot 57.

sarısı Milli Güvenlik Konseyince yasa gerekçesi ile birlikte aynen kabul edilerek 8 Haziran 1981 tarihli, 2486 sayılı Yasa ile (66) Borçlar Yasasının 110. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

«Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.»

Yasa gerekçesi tamamen banka teminat mektuplarına hasredilmiş ve 11.6.1969 tarihli YTBK. ile garanti akti niteliğinde sayılan banka teminat mektuplarının vadeli dahi olsa temin edilen riskin vade içinde meydana gelmesi halinde bankaların genel zamanlaşımı süresi olan on yıl süre ile sorumlu olacağı yolundaki Yargıtay'ın görüşü sonucu ortaya çıkan sakıncalar özetlenip (67) Yargıtay Yasasının 20. maddesine göre Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukukî konularda Yargıtay daireleri ve tüm âdalet mahkemelerini bağladığı, içtihadı birleştirme çabalarının sonuçsuz kaldığı nedeniyle de sorunun yasal düzenleme ile çözümlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Aynı gerekçede söz konusu fıkranın (68) Borçlar Yasasının 493. maddesine eklenmemesinin nedenleri de şöyle ifade edilmiştir.

(66) RG., 10 Temmuz 1981 tarih ve S. 17398.

(67) Bu sakıncalar yasa gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir.

1) Türk Bankalarının vadeli teminat mektuplarından dolayı doğacak sorumlulukları vadeden sonra on yıl devam ettiği halde kontrgaranti veren yabancı bankanın sorumluluğu vadede nihayete ermektedir.

2) Bunun doğal sonucu olarak Türk Bankaları vadeden sonra bir ödeme yapmak durumunda kalmaları halinde kontrgaranti veren yabancı bankaya rücu edilememekte ve böylece bankalarımızın maddi kaybı yanında ülkemize bu nedenle girecek dövizden yoksun kalınmaktadır.

3) Bu durumun giderilmesi için, yabancı bankanın vadeden sonraki on yıllık zamanlaşımını süresi için kontrgarantilerini devam ettirmeleri istendiğinde bu süre için ek komisyon istenmekte bu da ihale ve ithalat maliyetlerinin yükselmesine neden olmaktadır.

(68) Borçlar Yasasının 493. maddesine eklenmesi T. İş Bankası'nca önerilen fıkranın metni için bkz. sh. 469.

«.....Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen fıkra yasanın ilke olarak kabul ettiği akit serbestisine uygun olarak düzenlenmiş, 493. maddede olduğu gibi kanundan doğan bir hak düşürücü hükme (69) gerek görülmemiştir. Bunun en önemli nedeni Kanunumuzun kefalet kurumunu özel hükümlerle düzenlemiş olmasına karşın, başkasının fiilini taahhüt kavramına sadece genel hükümler arasında yer vermiş olmasıdır. Yukarıda belirtilen amaca yönelmiş hükmün kefalet kurumu içinde yer alması ne kadar sakıncalı ise genel hükümler arasında yer alan bir maddede özel düzenleyici hükümler de sakıncalıdır. Bu sakıncalara yer vermemek için Borçlar Yasasının 110. maddesine ancak akdın özel çeşitlerinin düzenleyen maddede yer alabilecek özel hak düşürücü süreyi içeren bir hüküm yerine mukavele edilebilirliği sağlayan bir hüküm getirilmiştir..... taraflar Borçlar Yasasının 139. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen akdın butlanına yol açabilecek durumlarla karşılaşma endişesi olmadan teminat mektuplarından doğan sorumlulukların ve haklarını vade sonuyla sınırlayacaklardır.»

Görüldüğü gibi yasa gerekçesi son derece açıktır ve değişikliğin tek nedeni teminat mektuplarına hasredilmiştir. Teminat mektuplarına hasredilen gerekçeye rağmen genel nitelikte bir hüküm olan Borçlar Yasasını 110. maddesinin kapsamına giren her olayda yeni hüküm pek tabii uygulanacaktır.

B — YENİ FIKRANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

I — Hukuki niteliği

Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün (teminat mektubunun) geçersiz olacağına dair taraflarca ve Borçlar Yasasının yeni ikinci fıkrası anlamında konulacak bir şart, Borçlar Yasasının 149. maddesinde düzenlenen «tâliki (geciktirici) şart» dır.(70) Böyle bir şarta ilişkin sorunlar Borçlar Yasasının 149-155. maddelerinde çözümünü bulacaktır.

Sürelî ve süre içinde yazılı başvurma şartını içeren banka teminat mektubunda teminatın paraya çevrilmesi, daha doğrusu

(69) Borçlar Yasası md. 493 — «Bir kimse mahdud bir zaman için kefil olup da bu zamanın inkizasını takip eden bir ay zarfında alacağını bu bapda icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmez, yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten haberi olur.»

(70) Bkz. Reisoğlu, Vadeli teminat mektuplarında bankaların sorumlu olacakları süre, O.F. Berki Armağanı, sh. 752, Tandoğan, Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan akdî teminatlara ilişkin tekdüze kurallarla ilgili tasarının son şekli ve bu konudaki düşüncelerimiz, BATIDER, C. IV, 1978, sh. 597.

bankanın borcu, şartın gerçekleşmesine tâlik edilir. Bu şart tayin edilen süre içinde «yazılı başvurma» şartıdır.

Sözleşme hükümlerinin bir olayın meydana gelmesine bağlanması nedeniyle «müsbet», şartın gerçekleşmesi taraflardan birinin iradesine bırakıldığı nedeniyle de «iradi» şartıdır.

Tâliki (geciktirici) şartın mahiyeti itibariyle yukarıdaki şartı ihtiva eden teminat mektubunun düzenlenmesi ile taraflar birbirlerine bağlanmış, borç ilişkisi doğmuştur. Bu borç ilişkisi nedeniyle banka komisyon, gider vergisi, masraf talep eder.

Ancak, teminat akdinin hükümleri yazılı başvurma şartının gerçekleşmesine bağlı olduğu için, bankanın temin edilen miktarı ödeme yükümlülüğü, yazılı başvurma şartının taraflarca saptanan süre içinde gerçekleşmesi ile doğar (71).

II — Yeni fıkranın temel unsuru -Yazılı başvuru

Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen 2. fıkra da, «Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir» denmektedir.

Burada önemli olan başvurunun yazılı olmasıdır. Başvurunun yazılı olması genel olarak şekle bağlılığın yararlarını taşıması yanında bankacılık uygulamalarında bir geleneğin sonucudur.

Madde metninden tarafların ancak «yazılı başvuru» şartı koyacakları, örneğin sözlü başvuru şartı koyamayacakları gibi bir anlam çıkmaktadır.

Muayyen bir müddet için yapılan üçüncü şahsın fiilini taahhütte yahut bir garanti akdinde müddetin bitimine kadar taahhüt

(71) Sarta bağlı akitde, akde vücut veren unsurlar birbiri ardınca oluşur. Önce, taraflar arasında bir anlaşma yapılır, sonra tarafların koydukları şart gerçekleşir. Anlaşma ile taraflar birbirleri ile bağlanmıştır. Anlaşma hükümleri artık şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Şart meş-kûk olmuğundan sarta bağlı akit askıdadır. Şart gerçekleşene kadar akdin taraflara sağladığı hak eksiktir. Sarta abğlı bir borcun, şart gerçekleşmeden ödenmesi sebepsiz iktisaba vücut verir.

edene yazılı değil de sözlü olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme geçersiz midir?

Madde metnine bakılırsa bu halde ancak yazılı başvuru şartı geçerli, sözlü başvuru şartı geçersizdir. Zira yasa böyle bir başvuru şartının sadece yazılı başvuru şartı şeklinde kararlaştırılabileceğini emretmiştir. Nitekim, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sisteminde yasanın belirli bir şekilde yapılmasını emrettiği tüm halde o şekil, bir sıhhat şartıdır.(72)

Von Tuhr'un açıkça ifade ettiği gibi taraflar eğer alacaklı diğer her hangi bir muameleyi muayyen bir müddet içinde yapmadığı ve örneğin —dava şekli dışında— borçlunun bilgisine arz etmediği takdirde alacağın sükut edeceğini kararlaştırabileceklerdir. Böyle bir kayıt zamanasını sürelerinin değiştirilmesi sayılamayacağından Borçlar Yasasının 127. maddesine aykırı değildir ve tamamen geçerlidir. O halde yasa koyucu zaten geçerli olan sürekli teminat mektuplarındaki yazılı başvuru şartını geçerli kılmak isterken diğer yandan böyle bir kaydın Borçlar Yasasının 127. maddesine aykırı olduğu yanlış sonucunu kabul etmiş görünmektedir.

Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.1.1974 tarih ve 1972/1585 - 1974/76 sayılı kararı ile de, süreli teminat mektuplarının süreden sonra da geçersiz olmaları yolundaki şartın zamanasını süresini değiştiren bir şart olduğu için Borçlar Yasasının 127. maddesi uyarınca geçersiz olduğunu hiç bir şekilde söylememiştir. Bu konu kararda tartışılmamıştır, zira kararın konusunu teşkil eden olaydaki teminat mektubu şu kaydı içermektedir.

«İş bu teminat mektubutarihine kadar muteber olup bu tarihin sonunda hükümsüz kalacaktır.»

Taahhüt edilen fiilin konusu, lehdar firmanın muhatap Etibank'a muayyen tarihlerde taahhü tedilen transformatörlerin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak teslimidir.

Yargıtay, bu teminat mektubunda şart koşulan süreyi, taahhüt edilen fiillerin gerçekleşme süresi, bir başka deyişle, taahhüt süresi kabul etmiş, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin talep edilebileceği süre olarak görmediğinden böyle bir şartın Borç-

(72) Becker, age. sh. 55, Esener, age. sh. 168.

lar Yasasının 127. maddesi uyarınca zamanaşımı süresini değiştirir nitelikte olup olmadığı konusu üzerinde durmamıştır.

Sonuç olarak, madde metnindeki yazılı başvuru şartı yersizdir. Taraflar bu başvurunun sözlü olacağını da kararlaştırabileceklerdir. Buna Borçlar Yasasının 127. maddesi zaten müsaade etmektedir.

C — YENİ FIKRANIN UYGULAMADAKİ SONUÇLARI

I — Genel olarak

Bankalarca düzenlenen ve süresi içinde yazılı başvuruda bulunulmadığı takdirde süre sonunda taahhüdün sona ermesi şartını taşıyan teminat mektupları süre içinde başvuruda bulunulmadığı takdirde süre bitiminde geçersiz olacağından bu süreden sonra mu hatap teminat mektubunun paraya çevrilmesini isteyemeyecektir.

Bankanın bu şekilde taahhüdünden kurtulması sonucu, muhatabın teminat mektubunu derhal iade etmesi gerekir.

Banka ancak süresi içinde başvuruda bulunduğu takdirde talep edilen teminat mektubu bedelini ödeyeceğinden süreli kontrgarantilerle ilgili sorun çözümlenmiş, yabancı banka kontrgarantilerine vadeden sonra başvurma keyfiyeti ortadan kalkmıştır.

Nihayet bankalarımız süreli yabancı kontrgarantilere ödemek zorunda kaldıkları ek komisyon ve ek gider yükümlülüğünden kurtulmuşlardır.

Bundan başka, banka teminat mektuplarına ilişkin uluslararası «tekdüze kurallar» ile bir uyum sağlanmış bulunmaktadır. Zira Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan bu kurallarla ilgili tasarının (76) 5. maddesi uyarınca teminat verene, teminatın sona erme tarihinde veya ondan önce hiç bir talep varmadığı takdirde teminatın geçerliliği ortadan kalkmaktadır.

II — Komisyon ve diğer banka giderleri bakımından sonuçlar

Süreli teminat mektuplarında, süre bitiminde teminat mektubu artık bir hüküm ifade etmeyeceğinden teminat mektubu iade edilmemiş olsa bile süreden sonra banka lehine komisyon, banka giderleri, faiz tahakkuk etmeyecektir.

Yargıtay 11. HD. 2486 sayılı Yasadan önce verdiği 18.5.1971 gün ve 1971/1339 - 1971/4007 sayılı kararında teminat mektubu iade edilmemiş olsa bile, süreden sonra hüküm ifade etmeyeceğinden bu süreden sonra banka lehine faiz, komisyon ve banka giderlerinin tahakkuk etmeyeceğini hükme bağlamıştı. YHGK. nun 26.1.1974 tarihli kararı ile çelişen, bu nedenle de dönülen bu içtihat 2486 sayılı yasa ile eklenen 2. fıkra ile yeniden işlerlik kazanmıştır.

III — 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 83. maddesi ile ilgili sorun

Sosyal Sigortalar Kurumu, sosyal sigorta yardımları ve her türlü yönetim giderlerini karşılamak için (md. 72) sigortalı ve işverenden, 506 sayılı Yasanın 73. maddesinde belirtilen oranda prim alır.

Sigortalının payına düşen prim işverence, sigortalının ücretinden kesilir. İşveren, kendi payına düşen prim tutarını da bu miktara ekleyerek bir ay içinde kuruma öder (md. 80/1).

Prim süresi içinde ve tam olarak ödenmez ise, ödenmeyen kısmına sürenin bittiği tarihten başlayarak gecikme zammı ödenir. (md. 80/3 ve dv.)

506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 83. maddesi uyarınca, Devlet, il ve belediyeler ile sermayesinin en az yarısı Devlet, il ve belediyelere ait her çeşit teşekkül ve müesseseler kamu müesseseleri ve özel kanunlarla kurulan teşekküllerce ihale yolu ile yaptırılan her türlü işlere karşılık gösterilen her türlü teminat, prim ile gecikme zammı kalmadığına dair Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan alınan bir belge gösterilmedikçe geri verilmez.

Ödenmemiş sigorta primleri ve gecikme zammı tutarı bu teminattan kesilerek veya teminat paraya çevrilerek kuruma yatırılır (73).

(73) Teminat verenin, kurum ile aralarında akdibir ilişki olmadığı halde sorumlu tutulmasının Anayasa'nın 40 ncı md. deki sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi özetle; Anayasa'nın 48 nci md. uyarınca kişinin sosyal güvenliğinin korumak için kurulan SSK. nun temel geliri olan primlerin güvence altına alınması amacı ile konulan 83 ncü md. nin Anayasa'ya aykırı olmadığı, zira sayılan bu kuruluşların işlerini üzerine almaya, teminat mektupları vermeye zorlayıcı hüküm olmadığı nedeniyle söz konusu maddenin Anayasaya'ya aykırı bir yönü hat-

Yalnız sigorta primi ve gecikme zammını güvence altına alan bu yükümlülük için ön koşul, işin ihale yolu ile yapılmasıdır.

Prim ile gecikme zammı borçları için kurumca kabul edilecek bir banka teminat mektubu kuruma tevdi edildiği takdirde iş alanların teminatları kurumun vereceği belgeye istinaden geri verilir.

İhaleyi yapan kuruluş, ihaleyi alanın kuruma ödemediği prim ve gecikme zammı borçlarını teminattan keserek kuruma ödemekle yükümlüdür (74).

Kurum, doğrudan doğruya teminat mektubunun paraya çevrilmesini bankadan isteyemez (75).

Anılan madde ile teminat mektubu veren (banka) fiilini taahhüt ettiği lehdarın (müteahhit) taahhüt ettiği fiili (borcu) dışındaki prim ve gecikme zammı borçlarını da teminat mektubu karşılığında ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bu yasadaki doğan bir zorunluluktur. Acaba muhatap ile banka süreli teminat mektuplarına koydukları yazılı bildirim şartı ile yasadaki doğan bu yükümlülüğün kurtulabilecekleri mi? Daha doğrusu süre sonunda geçersiz olduğu taraflarca kararlaştırılan teminat mektubu Sosyal Sigortalar Kurumu'na ödenecek prim ve gecikme zammı borçları için demi hüküm ifade etmeyecektir. Başka bir deyişle 2486 sayılı Yasa ile Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen II. fıkra 506 sayılı Yasanın 83. maddesinin teminat verene getirdiği yükümlülüğün kaçma imkanı mı getirmiştir?

Kanımızca Anayasa'nın yukarıda değindiğimiz kararında da belirtildiği gibi 83. madde Anayasa'nın 84. maddesi gereği kişinin

ta sözleşme özgürlüğü ile doğrudan doğruya ilgisi dahi olmadığı, kaldı ki, bir an için sözleşme özgürlüğünü sınırlar gibi görünürse de bunun Anayasa'nın 40 ncı md. nin II. ci fıkrasına tam uygun, kamu yararı ereği güdülerek yasa ile yapılmış ve çok dar alanda kalmış bir sınırlama olduğu ve özgürlüğün özüne dokunacak kapsamı olmadığı görüşü ile davanın reddine karar vermiştir. AYMK. 20.1.1971, 1979/56-1970/4, AYMKD, 1971/8, sh. 192-193.

(74) İhaleyi yapan 506 sayılı Yasadaki yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, kurum prim ve gecikme zammı için doğrudan doğruya ihale makamına başvurabilir. İhale ile iş yapan işveren ile ihale makamının buradaki sorumluluğu dayanışmalı —müteselseldir, geniş bilgi için bkz. Çemberci, sh. 657 ve dv.

(75) Çemberci, age. sh. 665.

sosyal güvenliğini sağlamak için kurulmuş bir kurumun temel geliri olan prim borcunun kamu gereği güdülerek konulmuş bir güvencesidir. Teminat mektubunu iade etmemek, muhatap; teminat mektup bedelini, prim borcu ve gecikme zammı karşılığını ödemek, banka için yasal bir zorunluluktur. O halde banka teminat mektubunun taraflarının koydukları süre ve yazılı bildirim şartı Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı ileri sürülemez. Süreden sonra hüküm ifade etmeyen teminat mektubunun tarafları 83. maddede sayılan resmi kuruluşlardan olduğu takdirde banka, lehdarın (müteahhitin) prim borçları ve gecikme zammını da ödemek zorundadır.

D — 2486 SAYILI YASA ÖNCESİ DÜZENLENEN TEMİNAT MEKTUPLARINDAKİ SÜRE VE YAZILI BİLDİRİM ŞARTLARININ DURUMU

2486 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 10.7.1981 tarihinden önce düzenlenip süresi içinde başvurulmadığı takdirde taahhüdün hüküm ifade etmeyeceği şartını içeren teminat mektuplarının durumu ne olacaktır?

Eğer böyle bir şartın Borçlar Yasasının 127. maddesi anlamında zamanaşımı süresini değiştirdiği görüşü kabul edilir ise şart Borçlar Yasasının 19/II, 20/I-II. maddeleri uyarınca mutlak butlanla batıldır. Mutlak butlan akdin başlangıcından itibaren (ex tunc) hukuki muamelenin sonuçlarının doğumuna engel olur. Başlangıçta hükümsüz olan akit zamanla geçerli hale gelmez (80). Akdin yapılması anında mevcut hukuka aykırılık daha sonra yasa koyucu tarafından ortadan kaldırılrsa dahi akit yine batıldır (77).

Eğer böyle bir şartı geçerli sayıp teminat mektubunun süre sonunda hüküm ifade etmeyeceğini kabul edersek Borçlar Yasasının 110. maddesine 2486 sayılı yasa ile getirilen ek gereksizdir.

Kanımızca gerçekten de öyledir. Reisoğlunun, Von Tuhr'un görüşünden hareketle değindiği gibi eğer alacaklı borçlunun bilgisine sunmadığı takdirde alacağın sükut edeceğini kararlaştırabilirler. Bu zamanaşımı süresinin değiştirilmesi değildir. Bu nedenle de böyle bir şart Borçlar Yasasının 127. maddesine aykırı olmayıp geçerdir. Kaldı ki daha önce değindiğimiz gibi Yargıtay'ın 26.1.1974 tarihli HGK. da böyle bir şartın Borçlar Yasasının

(76) Becker, age. sh. 114, Von Tuhr, sh. 238.

(77) Von Tuhr, sh. 268.

127. maddesine aykırı olduğu belirtilmemiş ancak «iş bu teminat mektubutarihine kadar muteber olup bu tarihin sonunda hükümsüz kalacaktır kaydını taşıyan teminat mektubundaki bu şartın teminat mektubunun bedelinin talep edileceği süre değil de fiilin taahhüt edildiği süre olarak yorumlamıştır.

S O N U Ç

Borçlar Yasasının 110. maddesine eklenen yeni fıkranın Borçlar Hukuku açısından sonuçları şunlardır:

• Garanti akdi Borçlar Yasasının 110. maddesinde genel mahiyette düzenlenmiştir.

• Teminat mektupları garanti akdi niteliğindedir.

• Teminat mektuplarındaki süre ve süre içinde bildirim şartı Borçlar Yasasının 127. maddesine aykırı olduğu nedeni batıl iken Borçlar Yasasının 110. maddesine bir istisna getirilmiştir.

• Böyle bir başvuru ancak «yazılı» başvuru şartı olabilir.

Tüm bu sonuçlar Borçlar Hukuku ilkelerine uygun olmasa gerektir.

Zira; yasa koyucunun teminat mektuplarına ilişkin düzenlemeyi — teminat mektupları garanti akdi olarak kabul edildiğine göre — 110. maddeye fıkra eklemek suretiyle yapması, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün garanti akdini de kapsadığı, garanti akdinin üçüncü kişinin fiilinin taahhüdünün bir nev'i, yahut garanti akdinin genel olarak bu maddede düzenlendiğinin kabulü anlamına gelir ki kanımızca bu doğru değildir zira garanti akti yasada açıkça düzenlenmemiş kendine özgü bir akittir.

Teminat mektuplarının garanti akti niteliğinde olduğu sonucuna gelince; 11.6.1969 tarihli YİBK., teminat mektuplarının garanti akti niteliğinde olduğunu değil, olay konusu mektubun unsurlarından hareket ederek o teminat mektubunun garanti akti niteliğinde olduğunu kabul etmiştir ki, yasa koyucu ise tüm teminat mektuplarının garanti akdi niteliğinde olduğu yanlış sonucu en azından zımnen kabul etmiştir.

Süre ve süre içinde başvuru şartını taşıyan teminat mektuplarındaki bu şartların Borçlar Yasasının 127. md. ne aykırı olduğu

hareket noktası ve bu hükmün Borçlar Yasasının 127. md. nin bir istisnası olduğu sonucuna gelince, yukarıda belirttiğimiz gibi, belirli bir süre içinde yazılı olarak muhatabın başvurmaması halinde teminat verenin borcundan kurtulacağına dair bir şartın Borçlar Yasasının 127. uyarınca geçersiz olacağına Yargıtay hiç bir şekilde değinmemiş, «iş bu teminat mektubu tarihine kadar geçerlidir» kaydını taşıyan teminat mektubunun neden olduğu olayda bu teminat mektubu ile bu süre içindeki riskin taahhüt edilmiş sayılacağını, risk bu süre içinde gerçekleştiğinde borcun da doğacağı kabul edilmiştir. Yargıtaya göre bu süre taahhüt edilen fiilin gerçekleşme süresidir. Yargıtay'ın böyle bir şartı Borçlar Yasasının 127. maddesi açısından değerlendirmemiş olmasına rağmen yasa gerekçesinde Borçlar Yasasının 127. maddesine göre böyle şartların geçersiz olduğu ve Yargıtay'ın görüşünün de bu merkezde olduğu görüşüne yer verilmiştir.

Yeni fıkradaki başvuru şartı neden «yazılı» başvuru şeklinde düzenlenecektir gerekçede bu konuda bir şey söylenilmemiştir. Bunun nedeni, Adalet Bakanlığına yasa çalışmaları için sunulan metindeki (85) ifadenin aynen alınmış olmasıdır. Gerçi banka muamelelerinin yazılı olması geleneği vardır. Ama bunun bir sıhhat şartı gibi Borçlar Yasasının 110. maddesine alınması doğru değildir.

(BİTTİ)

KISALTMALAR CETVELİ

AD.	Adalet Dergisi
agm.	adı geçen eser
age.	adı geçen makale
AYMK.	Anayasa Mahkemesi Kararı
AYMKD.	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BATIDER.	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BY.	Borçlar Yasası
C.	Cilt
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
İBK.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İBY.	İsviçre Borçlar Yasası

İl. Kaz. İç. Der.	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İst. Bar. Der.	İstanbul Barosu Dergisi
RG.	Resmi Gazete
Res. Kar. Der.	Resmi Kararlar Dergisi
SBF. Der.	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

● KİTAPLAR

AKYAZAN, Sıtkı	Banka ve Ticaret Hukuku ile ilgili inceleme, Ank. 1972
BECKER, H.	İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ank. 1967
ÇEMBERCİ, Mustafa	Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ank. 1977
ESENER, Turhan	Borçlar Hukuku, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliği, Ank. 1969
OSER, H-SCHÖNEN- BERGER, W.	İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Ank. 1950
REİSOĞLU, Seza	Garanti Mukavelesi, Ank. 1963
REİSOĞLU, Seza	Bankacılık Yönünden Borçlar Hukuku Kuralları, Ank. 1970
SAYMEN, F. H. - ELBİR, H.K.	Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, I. C. İst. 1958
TANDOĞAN, Haluk	Garanti Mukavelesi, Ank. 1959
TEKİNAY, S.S.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, IV cü bası, İst. 1979
TUNÇOMAĞ, Kenan	Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I ci C., İst. 1976
TUHR, Von	Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Kısmı, C. II, İst. 1952

● MAKALE, SEMPOZYUM, KARAR İNCELEMESİ, KİTAPÇIKLAR

ARIK, Fikret	Mahkeme kararları kroniği, Başkasının fiilini taahhüt veya garanti akti, SBF. Der. 1955 C. X, s. 45
AŞULLA, Mustafa	Başkasının fiilini taahhüt (Porte Fort) AD. 1953, S. 1-4, sh. 230
GÜNAY, Güven	Teminat mektuplarının mahiyeti ve garanti mukavelesi, İst. Bar. Der. 1967, S. 1-2, sh. 16-24.

- OMAĞ, Semra Banka teminat mektupları mahiyeti ve hükümleri, BATIDER. 1971, C. VI, S. 2, sh. 925.
- REİSOĞLU, Seza Vadeli teminat mektuplarından ötürü bankanın sorumlu tutulacağı süre, O. F. BERKİ Armağanı 1977, sh. 743-755.
- REİSOĞLU, Seza Banka Teminat Mektupları, Yabancı kontrgarantiler, uygulamada çıkan sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ank. 1980
- TANDOĞAN, Halûk Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan akdi teminatlara ilişkin kurullarla ilgili tasarımın son şekli ve bu konuda düşündüklerimiz, BATIDER. 1978, S. 3, C. 9, sh. 575-600.
- TANDOĞAN, Halûk Bankaların akdi bir mükellefiyetin yerine getirilmesi için verdikleri teminat mektupları yüzünden muhataba ödemede bulunmaları halinde lehbara rücu edebilmeleri meselesi hakkında, BATIDER. 1970, C. V, S. 4, sh. 1.
- TANDOĞAN, Halûk Teminat Mektuplarının hukuki mahiyeti, Sempozyum, II ci Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, 1982, sh. 793.

**SORUMLULUK HUKUKU İLE SORUMLULUK VE GENEL
SİGORTALARIN İLİŞKİSİ (*)
(II)**

Mevci ERGÜN ()**

SORUMLULUK SİGORTASI

1 — Genel Kavram :

Dünyanın derli toplu ilk kez Roma hukukunda duyduğu sorumluluk kavramı sonraki asırlar boyu bilinegeldiği halde, bir sigorta ihtiyacı yaratması ancak yüzyıl önceleri mümkün olmuştur (67).

Yalın bir geçmişe sahip sorumluluk sigortası, büyük bir riziko alanına sigorta himayesi sağlamakla beraber Türkiye'de uygulama alanında pek rastlanmamaktadır. Bu sigorta dalı sorumluluk hukuku ile beraber gelmiştir. Sorumluluk sigortasının amacı, sigorta ettireni, bu sıfatı ile, üçüncü şahsa vermiş olduğu zararlarından doğan tazminat taleplerinden beri kılmak, bu taleplere sigortacıyı muhatap etmektir (68).

Başka bir anlatımla, sorumluluk sigortası bir sözleşmedir ki, onunla sigortacı sigortalıyı, üçüncü şahıslar tarafından kendisine isnat edilen sorumluluktan doğan zararlara karşı garanti eder (69).

(*) YD., Cilt: 10, Sayı: 3, Temmuz - 1984'den devam.

(**) **Viranşehir Hâkimi.**

(67) SERGİCİ, E.: Mesuliyet Sigortası Türleri, III. Sigorta Semineri, İstanbul, 4-7 Nisan 1977, Ankara 1977, s. 64.

(68) KENDER, R.: Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, III. Sigorta Semineri, İstanbul 4-7 Nisan 1977, Ankara 1977, s. 3.

(69) PICARD, M. / BESSON, A.: Les Assurances Terrestres En Droit Français, Paris 1950, s. 479.

Bu tanımla, üçüncü şahsın malına ve canına gelebilecek zararlar sorumluluk sigortası ile himaye altına alınmış olmaktadır (TK. m. 1310, 1320, 1335). İlk bakışta sanıldığı gibi sorumluluk sigortası ile, sigorta ettirenin sorumluluğu ortadan kalkmamakta, aksine sigorta ettirenin sorumluluğu karşılanmaktadır.

Sigorta sözleşmesinde akitlerce anlaşılan konular sonucu doğan her türlü sorumluluk sigortacının yükümlülüğü altına girmektedir. Gerçi, sorumluluk sigortasının esas konusu budur ama sigorta bununla sona ermez. Bir kere mağdura iras edilen gerçek anlamdaki zararın yanı sıra sigorta, onun fer'i olarak, sorumlu sigortalı aleyhine hükmedilen mahkeme masraflarını da kapsar. Hele sigortalının haksız olarak kendisine isnat edilen bir sorumluluk nedeniyle takibata maruz kalması, davada kendisini savunmak zorunda kalarak birtakım masraflara katlanması, fakat davayı kaybeden davacının aczi yüzünden bu masrfı ondan tahsil edememesi hali de mümkündür. Kuşkusuz sigortalı, kaynağı bir sorumluluk davası olan bu zarara karşıda güvence altında bulunur. Kısacası sigortalıyı üçüncü şahısların kendisi aleyhine sorumlulukla ilgili olarak başvurdukları bütün talep ve takibata karşı garanti eder. Burada zarar sebebinin, rizikoyu üçüncü şahsın, yargı yoluyla veya onun dışında, ortaya koyacağı hak iddiası ve husumet tevcihi belirlir. Bu hak iddiası daima isabetli olacak değildir, sigortalı sorumlu olmadan da zarar söz konusu olabilir.

İşte sorumluluk sigortası sorumlulukla ilgili taleplere karşı bir sigorta türü olmaktadır (70).

Bu sigorta türünde zarara uğrayan üçüncü şahıs şartlar uygunsa kanun uyarınca zarar veren yerine doğrudan sigortacıya yönelmektedir. Zira üçüncü şahsın sigorta sözleşmesi ile ilgisi bulunmamaktadır. Anılan sözleşme sigorta ettirenin malvarlığında doğması muhtemel bir eksilmeyi himaye altına almaktadır. Sözleşme metninde, muhtemel zararların tümü tespit edilemez ve sigorta değeride yoktur.

Bu husus biraz daha incelenirse, zarar doğuran olay (örneğin; yangın, dolu gibi) önceden sözleşmede yazılı olur.

Ancak olaydan sonra doğacak zararların neler olacağı belirtilemez. Öyleyse sorumluluk sigortasında himayenin kapsamı (riziko alanı) oldukça genişletilmiştir. Böylece sigorta ettirenin bütün

(70) PICARD / BESSON, age. s. 479.

malvarlığının pasif kısmı güvence altına alınmış olup, sigorta ettirenin menfaat ilgisi esas alınmıştır. Bu sebeple dir ki, sorumluluk sigortası bir tür tazminat sigortasıdır (71).

2 — Sorumluluk sigortasının önemi :

Sorumluluk sigortaları, sigortacılık alanında süratli ve sağlıklı bir gelişme içindedir. Teknolojinin gelişmesi, toplumda sigortacılık fikrinin yaygınlaşması, fertlerin malvarlıklarını korumada tam başarılı olamayacakları gerçeği tüm rizikoların neden olduğu kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri bu gelişme nedenleri olarak gösterilebilir. Nitekim bu sigorta dalının gelişmesiyle, uzayla ilgili faaliyetlerinde ilerlemesine önemli katkılarda bulunacaktır. Halihazırda sadece bilimsel amaçlı veya haberleşme aracı olarak kullanılan uyduların sigortalanması (72), ile sınırlı kalan uzay sigortaları, uzayın ticari amaçlar için keşfedilmesi ile daha da alanını büyütecektir.

Sorumluluk sigortalarının önemini açıklamak bakımından diğer bir konuda, hava yolu ile yapılan milletler arası taşımalarda taşıyanın sorumluluğudur.

Yukarıdaki açıklamalar nazara alındığında, sorumluluk sigortasının sorumluluk hukuku üzerinde ne denli büyük etkileri olduğu açıkça görülmektedir. Tüm bu yaklaşımlara karşın, Türk sigorta mevzuatında sorumluluk sigortasının yeterince düzenlenmediği de bir gerçektir.

3 — Sorumluluk sigortalarının doğuşu ve gelişmesi :

Sorumluluk sigortasında mamelek, sorumluluk talep ve davalarının iktisadi neticelerine karşı korunmaktadır (73). Bu sigorta çeşidi kusursuz sorumluluk esasının kabul edilmiş olması ve zarar gören kimseye ödenmesi gereken tazminat miktarının yüksek tutulması nedeniyle doğmuş ve gelişmiştir (74). Sorumluluk kavramına tarihte ilk defa Roma hukukunda rastlanmaktadır.

(71) BOZER, A.: Sigorta Hukuku, BATIHA E Yayın No. 137, Ankara 1981, s. 174.

(72) Sigorta Haberleri Bülteni, Yıl: 3-5, 31 Haziran 1979 (Hazırlayan: GÜLGÜN ÜNLÜOĞLU), s. 654.

(73) KARAYALÇIN, age., s. 50.

(74) BOZER, age., s. 176.

Sergici'ye göre, Almanya'da 1871 yılında kabul edilen Reichhaftpflicht gasetz (RHG), demiryolu işleticileri, endüstri tesisleri, madenler, taş ocakları ve fabrikalar için aynı prensiplerden hareketle ve belli tarifler içinde açıklığa kavuşturulmuş bir biçimde sorumluluğu incelemiş, sigorta fikrini de birlikte getirmiştir (75).

Bozer'e göre ise, sorumluluk sigortası uzun yıllardan sonra ilk kez denizcilik rizikolarına karşı sigortada, donatanın kendisini kaptanın kusurlarından doğacak zarara karşı güvence altına almasını sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Burada donatan kendisini, kendi kusurlu hareketlerinin sonuçlarına karşı güvence altına almamakta, bir başka kimsenin —kaptanın— kusurlu hareketlerinden dolayı olan sorumluluğunu sigortalamaktadır (76).

Kanımıza göre de, trafik kazalarına ait ilk sigortalar, daha doğrusu atlı araba sürücülerinin sorumluluk sigortaları ortaya çıkar çıkmaz, böylesi anlaşmaların dikkatsizliği teşvik edeceği endişesiyle işin prensibi itiraz konusu olmuştur. Böyle olmakla birlikte Paris Mahkemesi'nin 1 Temmuz 1845 tarihli meşhur kararından sonra bu sigortalarında meşru buldukları daima kabul edilegelmiştir. Kaldı ki, 13 Temmuz 1930 tarihli Fransız Sigorta Mukavelesi Kanunu bu sorumluluğu açıkça onaylamıştır (77).

Anılan Kanununun 50. maddesi sorumluluk sigortasını bugünkü anlamı ve mahiyetine uygun biçimde düzenlemiştir. Keza Alman sigorta mukavelesi kanunu ve İsviçre hukukunda da sorumluluk sigortası aynı biçimde anlaşılmaktadır.

Fransız hukukunda 1930 tarihli Kanun öncesi sigorta mukavelesine Medeni Kanunda (m. 1964) baht ve talihe bağlı akitler arasında işaret olunmakla iktifa olunmuştur. 1930 Kanunu başta İsviçre ve Alman Kanunları olmak üzere, yabancı sigorta kanunlarından esinlenerek hazırlanmıştır. Bu yabancı kanunlar arasında 29 Mayıs 1926 tarihli Türk Kanununun da bulunduğunu belirtebiliriz.

Sorumluluk hukukunda, özellikle işletme kazalarında sebep sorumluluğu esas benimsenince, kusur aranmadan ve tesbitine gidilmeden zarar görenler lehine tazminat yolu açılmıştır.

(75) SERGİCİ, E.: Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, İstanbul 4-7 Nisan 1977, Mesuliyet Sigortası Türleri, Ankara 1977, s. 65.

(76) BOZER, age., s. 176 ved.

(77) PICARD/BESSON, age., s. 58.

Fransa ve Almanya'da XIX. yüzyılın sonlarında kabul olunan kanunlar ile sorumluluk hukukunda yeni bir döneme geçilmiştir.

Bugün sigortalının kasdı hariç olmak üzere, diğer bütün sorumluluğu doğuran haller sebebiyle sorumluluk sigortalarının uygulanabileceği ve sorumluluk sigortaları hakkında bazı sigorta kanunlarına özel hükümler konmuş olduğu görülmektedir. Taşımacılık hukukunda mecburi sorumluluk sigortası, iş kazalarında ise gide-rek sorumluluk sigortalarının yerini kaza sigortaları almaktadır (78).

Bir zamanlar işverenlerin, kendileri, işçileri yada memurlarının iş sebebiyle kazaya uğramaları halinde karşılaştıkları rizikolar için iş kazaları sigortası yaptıkları gözlenmekte idi.

Günümüzde ise, bu amaçla yapılan sigortanın sosyal güvenlik içine alınmasıyla, önemini bir hayli kaybetmiştir. Keza sorumluluk sigortalarının önemli bir uygulama alanı da, beşeri faaliyetlerden doğan sorumlulukların güvence altına alınmasında görülmektedir.

Bilim ve teknikteki büyük gelişmeler ve taşımacılık hukukundaki milli hukuk kurallarının yetersizliği karşısında, uluslararası da çeşitli antlaşmalar akdedilmektedir. Taşımacılık hukukundaki uluslararası ilişkilerin önemli boyutlara ulaşması, birçok yeni hukuki sorunların doğmasına sebep olmaktadır. Yurdumuzda da trafik kazalarına uygulanacak kanuna ilişkin 4 Mayıs 1971 tarihli La Haye Konvansiyonu, motorlu araçların neden olduğu zararlardan doğan sorumluluklara ilişkin Avrupa Konvansiyonu (Strasbourg, Mayıs 1973) burada örnek olarak gösterilebilir (79).

İster kusurlu sorumluluk halinde, isterse kusursuz sorumluluk durumunda zarar verenin ika ettiği zarar büyük olabilir. Zarar gören bu durumda alacağını elde edememek tehlikesi ile karşı karşıyadır. Zarar veren ve zarar görenin mağduriyetinin önlenmesi bakımından sorumluluk sigortası doğmuş ve gelişmiştir. Zira zarar verenlerin sorumluluklarının ağırlığı ferdi sorumluluğun yetersiz kalması ve bunun sonucunda kollektif sorumluluğun gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Böylece zarar veren tazminat talebi ile karşılaşmanın iktisadi sonuçlarından korunmak amacıyla sorumluluk

(78) KARAYALÇIN, age., s. 56.

(79) KABAALIOĞLU, H.: Taşımacılık Hukuku: Kara, Hava ve Deniz Ticaret Hukukları, Batıder, Haziran 1978., C. IX, S. 3, s. 915.

sigorta akdini yapar. Bu akit uyarınca da sigorta sigortalıyı üçüncü şahısların kendisi aleyhine sorumlulukla ilgili olarak başvurdukları bütün talep ve takibata karşı garanti eder.

Türkiye'de ise sorumluluk sigortasının dağınık bir biçimde düzenlendiğini görmekteyiz. Sorumluluk sigortası özellikle 232 sayılı kanunla değişik 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununda düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 50 vd.) Ayrıca sorumluluk sigortası Türk Ticaret Kanununda özel bir bölümde düzenlenmemiş olup, çeşitli madde hükümlerinde yangına karşı sigorta (m. 1309, 1310), hırsızlığa karşı sigorta (m. 1320) ve kaza sigortası (m. 1335, 1336) na değinilmiştir.

Ayrıca Borçlar Kanununun 112. maddesi hükmünde sigorta ile temin olunan hukuki sorumluluklarda hüküm altına alınmıştır.

3008 sayılı iş kanunu sosyal ve ekonomik yaşantıda beliren gelişmeleri karşılama konusundaki yetmezliği var ise de (80), işvereni iş kazaları sonuçlarından sorumluluk getirmesi bakımından dikkat çekicidir. Daha sonra kabul edilen 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ise işçiler için mecburi sigortalılığı getirmiştir.

Bu anlatımlardan sonra Türkiye'de, sorumluluk sigortalarına toplumumuzun sigorta bilincine ulaşması sonucu olarak değil, kanuni zorlamalar ile başladığını görmekteyiz (81).

Sonuç olarak sorumluluk sigortasının genç sigorta dallarından biri olduğunu ve ancak 100 yıllık bir geçmişe sahip olduğu belirtilebilir (82). Çağımız insanının sorumlulukları gün geçtikçe çoğalmakta ve çeşitleri artmaktadır. Denebilir ki, günümüzde uygar olabilmenden bir göstergesi de sigortalı olanların çokluğu olarak sayılmak gerekir. Bununla beraber kişiyi maruz bulunduğu bütün sorumlulukları itibarıyla güvence altına alabilecek bir akit türü mevcut olmasa gerekir. Çünkü sorumluluklar pek çok olup, önceden bilinemezler. Sigortalar ancak mukavelede öngörülmüş olan olaylar sonunda karşılaşılan belli sorumlulukları kapsamına alırlar. Böylece de uygulamada pek çok çeşitli sorumluluk sigortaları karşımıza çıkmaktadır (83).

(80) ÇENBERCİ, M.: İş Kanunu Şerhi, B. 3, Ankara 1976, s. I.

(81) SERGİCİ, age., s. 66.

(82) KENDER, R.: Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, İstanbul 4-7 Nisan 1977, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Ankara 1977, s. 3.

(83) PICARD/BESSON, age., s. 485.

4 — Sorumluluk sigortasının mahiyeti :

Sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin sorumluluğu kabul edilmektedir. Sigorta ettiren, bu çeşit sigorta ile malvarlığında ileride doğabilecek azalmayı önlemek amacıyla kendi korunma fiiline karşı üçüncü şahsın korunmasını sağlamıştır. Böylece bir taraftan sigorta ettirenin yararına çalışırken, diğer yandan da üçüncü şahsın alacağı garanti altına alınmış olmaktadır. Bu sebeptendir ki sorumluluk sigortası bir tür tazminat sigortası olup, üçüncü şahsın mal ve canına gelebilecek zararlar nedeniyle, sigorta ettirenin malvarlığında doğabilecek muhtemel eksilme güvenceye kavuşturulmuştur (84). Ancak zarara maruz bırakılan zarar görenin yararı da önemli bir yer tutar. Bu sebeple, mecburi sorumluluk sigortalarının sosyal amaca hizmet ettikleri muhakkaktır.

Sorumluluk sigortasının mahiyetini izah bakımından aşağıdaki niteliklerine eğilmek zorunluluğu vardır. Bunlar sırasıyla başlıklar halinde, bir sigortadır, zarar sigortasıdır, ve bir borç sigortasıdır denilebilir.

• a) Sorumluluk sigortası bir «sigorta» dır.

Sorumluluk sigortasını gayri sorumluluk şartı yada akdinden ayırt edebilmek için bir sigorta olduğunu belirtmek lüzumu vardır.

Sorumluluk sigortası da bir akitir. Bu nedenle sorumluluk akdi ile sorumluluk sigortası bir kimsenin «sorumluluğu» bakımından iki akit gibi gözükse de hukuki mahiyetleri itibarıyla farklılıklar gösterir. Gayri sorumluluk şartı ise sorumluluğu ortadan kaldırarak zararı sorumluluğun alanından çıkararak mağdura yükler. Böylece bu şart, sorumlusunun vermiş olduğu zararın sorumluluğundan kurtulmasını temin eder (85).

Sorumluluk sigortası, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Bu sigorta ile üçüncü şahsın can ve malına gelebilecek zararlar nedeniyle, sigorta ettirenin malvarlığında doğması muhtemel eksilmeyi güvence altına aldığından (TTK. m. 1310, 1311, 1335), sigorta ettirenin sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu sebep sorumluluk sigortası sigorta ettirenin sorumluluğunu bertaraf etmemektedir.

Burada mağdurun durumu güvenceye kavuşturulmuş ve zarar verenin ödeme gücü içinde bulunması alacağına kavuşmasını en-

(84) BOZER, age., s. 174.

(85) BESSON/PICARD, age., s. 480.

gellememektedir. Zarardan sorumlu olanın ödemeye yanaşmaması halinde de, bu sigorta akdinin kendi lehine yarattığı hukuki dayanaktan yararlanarak yargı yolu ile alacağına kavuşabilmektedir.

Sigortalı ise primini ödemekle tazminatların karşılanmasına katılmaktadır. Çünkü, tahsil edilen primlerin çokluğu sayesinde ki, sigortacı mağdura ödeme yapabiliyor. O halde, sonuç itibarıyla ödemeyi aynı yardımlaşma amacı etrafında birleşmiş olan sorumlular yapmaktadırlar. Şu kadar ki, burada sorumluluk biçim değiştirmiş bulunmaktadır (86).

• b) Sorumluluk sigortası bir zarar sigortasıdır

Bilindiği üzere sorumluluk sigortası bir sözleşmedir ki onunla sigortacı sigortalıyı, üçüncü şahıslar tarafından kendisine isnat edilen sorumluluktan doğan zararlara karşı garanti eder. Ancak sigorta bununla da kalmamakta, zarar görene iras edilen zararın yanısıra, onun fer'i durumundaki kendisi aleyhine mahkemece hükmedilen yargı giderlerini de kapsar. Bu giderlere faiz ile birlikte avukatlık ücretide dahil bulunmaktadır. Sigortacı belirtilen bu zararı karşılayacağına, tazmin edeceğine göre sorumluluk sigortası bir zarar sigortasıdır (87).

Sorumluluk sigortasında riziko zarar görenin tazminat talebinde bulunduğu anda doğar. Çünkü, zarar sebebinin, rizikoyu üçüncü şahsın, yargı yoluyla yada bu yola gitmeksizin ortaya koyacağı hak iddiası ve husumet tevcihi belirleyecektir.

Zarar gören yargı yoluyla yada hak iddiası ile sigortacıya başvurmadıkça, sigortacının sigorta ettirene karşı bir yükümlülüğü doğmaz. Bununla beraber böylesi bir talep halinde, sigortacı sigorta ettirenin düşüncesini almadan zarar görene hak ettiği tazminatı ödeyebilir. Zira sorumluluk sigortasının amacı, sigorta ettireni üçüncü şahsa iras ettiği zararlardan doğan tazminat taleplerinden beri kılmak ve bu taleplere sigortacıyı muhatap etmektir. Öyleyse bir kimse bazı şartlar altında, doğrudan doğruya sigortacıya başvurmak imkânını bulmakta ve bu suretle maruz kaldığı zararı giderebilmektedir. Üçüncü şahsın bu hakkının kaynağı kanundur. Diğer bir anlatımla, üçüncü şahsın bu hakkı, sorumluluk sigortasının üçüncü şahıs lehine sözleşme biçiminde nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz. Bu sebeple BK. nun 112. maddesinde düzenlenen sorumluluğu, başkası lehine şart başlığı altında düzenlemek hata-

(86) BESSON/PICARD, age., s. 480 ved.

(87) KENDER, age., s. 8.

lıdır (88). Zira sigortalı bir başkası lehine şart ileri süremez. Sa-
dece kendi yararlarına yönelik hesabına başvurabilir.

Sorumluluk sigortası bir tazminat akdidir. Amacı da sigorta-
cının, sigorta edileni üçüncü şahıslarca kendisine isnat olunan so-
rumluluğa dayalı zararları karşılamaktır. Bu niteliğiyle sorumluluk
sigortası zarar sigortalarının genel hükümlerine tabi olmaktadır
(89).

Sorumluluk sigortalarında, sigorta ettirenin sigorta akdinde
belirtilen bir faaliyetinden dolayı sebebiyet vereceği zarar miktarı
ve bunun ne kadarı için sorumlu olacağı önceden bilinmez (90). So-
rumluluk sigortalarında sigorta bedeli sigorta akdinin asli unsuru
değildir. Sigorta bedeli tesbit edilmemişse sigortacı zarar görenin
bütün zararını, herhangi bir sınır olmaksızın ödemekle yükümlü
olur (Assurance illimitée) (91). Şayet sigorta akdinde bir miktar
gösterilmiş ise, bu bedel sigortacının ediminin enyüksek sınırını
gösterir. Yani zarar görenin uğradığı zarar, sigorta akdinde yazılı
miktardan fazla ise, aşan miktar için sigortacı sorumlu sayılmaz.
Bu halde zarar gören, bu kısım için zarar verene yönelmek duru-
mundadır.

• c) Sorumluluk sigortası bir pasif sigortasıdır

Mal sigortası; sigorta ettirenin malvarlığının aktifi, sorum-
luluk sigortası ise pasifi ile ilgili bulunmaktadır. Fransız hukukun-
da sorumluluk sigortası bir borç sigortasıdır (92). Alman ve İsviçre
hukukunda sorumluluk sigortası mamelek sigortası grubuna dahil
bir sigorta koludur (93).

Eşya sigortası sigortalının aktifi ile ilgilidir. Sorumluluk si-
gortasının bir borç sigortası olması, onu eşya sigortasından ayıran
en önemli bir niteliktir. Mecburi sorumluluk sigortaları, sosyal bir
amaca hizmet ettiklerinden bu nitelik onu eşya sigortalarından ayı-
ran diğer bir önemli özelliktir.

Her iki sigorta türünde de sigortacı, sigortalının zarar görene
iras ettiği zararı güvence altına almaktadır. Bu sebeple eşya sigor-

(88) BOZER, age., s. 174.

(89) BESSON/PICARD, age., s. 481.

(90) KENDER, age., s. 9.

(91) KARAYALÇIN, age., s. 53.

(92) BESSON/PICARD, age., s. 481 ved.

(93) KARAYALÇIN, age., s. 53.

tasını direkt sigorta ve sorumluluk sigortası için endirekt sigorta olarak nitelemenin bir faydalı sonucu gözükmektedir.

Eşya sigortasındaki güvence, sigortalıya ait belirli bir mal nedeniyle aynı yada şahsi bir hakkın ihlal edilmesinden husule gelecek zarara karşı sigortacı tarafından verilir. Bu sigorta türünde iki şahıs mevcuttur. Oysa sorumluluk sigortasında üç şahsın bulunması zorunludur. Bu sigorta da, sigortacı ve sigortalıdan başka bir üçüncü şahıs daha, yani sorumlu durumdaki sigortalının mağdur alacaklısını da kapsamı içine alır. Sorumluluk sigortasında sigortalının kendisini korumak istediği zarar sorumluluktan doğma bir borçtan, bir tazmin vecibesinden kaynaklanır. Bu husus sorumluluk sigortasının en önemli özelliğidir. Sorumluluk sigortalarında söz konusu olan sigortalının zararı olduğu halde sözleşmenin uygulanmasında mağdurun yararı büyüktür. Bu sigorta türünde, zarar gören tarafından sigorta ettirene karşı açılan davaya sigortacı tam yetkiyle müdahale edebilir. Ayrıca zarar gören doğrudan doğruya sigortacıya karşı da dava açabilir.

Sorumluluk sigortasında sigorta değeri yoktur. Zira burada sigorta edilen riziko belli bir değere ilişkin olmayıp sigorta ettirenin malvarlığının tümünü kapsamına alır. Bir sorumluluk veya zararı bir masraf nedeniyle malvarlığında bir eksilme veya bir külfet ortaya çıkar. Sigorta değeri zarar sigortalarından sadece aktif sigortasında mevcuttur (94). Bu nedenle aşkın sigorta ve menfaat değeri altında sigorta zarar sigortalarından sadece eşya sigortalarında vardır.

Sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuracak sebeple üçüncü şahsın ölümü, yaralanması olduğunda cismani zararlar, malvarlığında olursa, eşya zararı olarak söz konusu olur. Bunlara ilave ve bağımsız olarak malvarlığı zararı da olabilir.

Örneğin bir avukat veya bir noter ihmali ile müvekkilinin veya müşterisinin bir hakkını kaybetmesine ve bu nedenle bir mali mükellefiyet altına girmesine sebebiyet vermiştir (95).

Genel bir anlatımla sorumluluk sigortasıyla, üçüncü şahsın hem malına ve hemde canına gelebilecek zararlar sebebiyle, sigorta ettirenin malvarlığında doğabilecek muhtemel eksilme güvence altına alınmış olmaktadır.

(94) KENDER, age., s. 10.

(95) KENDER, age., s. 12.

5 — Sorumluluk sigortasının geçerliği :

Bilindiği üzere bugünkü modern anlam ve mahiyetteki ilk sorumluluk sigortasının onaylandığı daha önce 1930 tarihli kanundan söz ederken belirtilmiş idi. Ancak oğünden bu yana geçen uzun zaman içerisinde bu sorumluluk ilkesi bazılarınca ileri sürülen «kamu düzenine» ilişkin endişelerle itiraza maruz kılınmıştır.

Her ne kadar yangına karşı sigorta, doluya karşı sigorta gibi maddi konulardaki sigortalar tartışma zemini bulmamışlar ise de, trafik kazalarına ilişkin sorumluluk sigortalarına bazı itirazlar olmaktadır. Özellikle trafik kazalarına ilişkin sorumluluk sigortalarının tedbirsizliği ve de dikkatsizliği teşvik edebileceği kuşkusuyla itiraza konu olmuştur. Bu tür sigortalar kişilerin tedbirsiz, dikkatsiz olmalarını bir ölçüde de olsa etkileyecek ve onların kaygısız olmalarına da sebebiyet verebilecektir.

Ancak bu husus sorumluluk sigortaları müessesesini ortadan kaldırmaya, işlemeze hale koymaya yeterli ve inandırıcı olamaz. Zira bu tür sigortaların topluma sağladığı büyük yararlar inkâr olunamaz. Kaldı ki zarar gören [mağdur], doğrudan dava hakkına sahip olmakta ve sigorta edilen ile birlikte ikinci bir borçluya, yani sigortacıya sahip bulunmaktadır. Böylece de sorumluluk sigortası, kamu düzenine aykırılık şöyle dursun, iras edilmiş olan zararların tazminini daha emin kıldığı için ona katkıda bulunmaktadır (96).

İlke olarak sorumluluk sigortasının kamu düzeniyle çatışmadığı açık ise de, geçerliliği aşikâr gözüken kötüye kullanımları ve tehlikeleri önlemek bakımından bazı sınırlandırmalara tabi kılmak gerekir. Öncelikle, bu sigorta cezai sorumluluğa bağlı parasal hiç bir sorunu kapsamına almaz. Belirtilmelidirki, sigortalının fiil ve hareketi cezaya müstahak bir suç teşkil ettiği takdirde ondan tahsil edilmesi gereken para cezası şu yada bu sigortaya konu edilemez.

Hatta hukuki sorumluluk alanında bile sigorta, 1930 Kanununun asgariye indirilmiş bulunduğu bazı tahditlere bağlı kılınmıştır.

Başkasının her kusuru —kasıtlı olmayan ile kasıtlı olanlar— sorumluluk sigortasıyla güvenceye bağlanırken (m. 13), anılan kanunun 12. maddesinde şahsi kusur bakımından kasdın ve hilenin

(96) BESSON/PICARD, age., s. 482.

sigortalanmasını yasaklamakta ve mefhumu muhalif (a contrario) olarak ağır kusurun sigortalanmasına cevaz vermektedir. Kesinlikle yasak olan husus, gerçek hile ürünü kusurun sigortalanmasıdır (97).

Türk hukukunda da rizikonun meşru olması asıldır. Bu nedenle, TTK. nun «caiz olmayan sigorta» başlıklı 1277. maddesinde: «Sigortadan faydalanan veya sigorta ettiren kimsenin kanunla yasak edilmiş ve ahlâka (âdaba) aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamaz» hususu hüküm altına alınmıştır.

TTK. nun 1264. maddesi uyarınca 1277. madde hükmüne aykırı olan mukaveleler batıldır.

Keza hiçbir halde sigortacı sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kasdından veya aksi mukavelede yazılı değilse sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarları tazmine mecbur olamaz (TTK. m. 1278).

6 — Sorumluluk sigortasının ayırımı :

Doktrinde sorumluluk sigortalarının çeşitli ayırımları yapılmaktadır. Ayırımlara esas ise, güvence altına alınan sorumluluğun hukuki mahiyeti ile başkasına verilen zararın mahiyeti olmaktadır. Yapılan ayırımların doktrin açısından yeri olup, uygulama açısından bir önemi olmadığına kuşku yoktur. Sorumluluk sigortasını çeşitli bakımlardan ayırımlara bağlı kılmak mümkündür.

Kişinin sorumluluğunun arttığı günümüzde tümünün ayırımına yönelmek yerine, sadece sorumluluk sigortalarının hukuki özellikleri itibarıyla ilgili olan önemli gördüklerimiz söz konusu edilecektir.

Genel olarak daha önceden de belirtildiği üzere (98), sorumluluk sigortaları, genel mali sorumluluk sigortaları, otomobil mali sorumluluk sigortaları ve varlık [servet] mali sorumluluk sigortaları adları altında üç ana gruba ayrılırlar.

Yangına karşı sigortanın da günümüzde de uygulama alanının geniş olduğunu görmekteyiz. Sorumluluk sigortaları içinde, taşıyıcı veya aracı kullananların sorumluluk sigortaları ile iş kazaları sigortalarını da sayabiliriz. Ancak sosyal sigortalar bunların önemini bir derece azaltmıştır. Ayrıca serbest meslek sahiplerinin ya

(97) BESSON/PICARD, age., s. 483.

(98) Bkz. s. 19.

da fertlerin özel hayatlarında muhatap olacakları sorumlulukların sigortalarını da belirtebiliriz (99).

Hukuki özellikleri nazara alındığında sorumluluk sigortalarını çerçeveli olarak incelemenin öğretimde daha yararlı olacağına inanmaktayız.

Bu yönden sorumluluk sigortası:

I. İhtiyari sorumluluk sigortası ve mecburi sorumluluk sigortası olmak üzere ikiye ayrılır :

a — İhtiyari sorumluluk sigortası: İhtiyari sorumluluk sigortasında sigorta ettiren, bu sözleşmesini yapıp yapmamakta tamamen serbesttir. Ancak sigorta poliçesinin muhtevası kanunla yasak edilmiş ve ahlaka (adaba) aykırı olan hususları içermemek kaydıyla, istenildiği gibi sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılabilir (TTK. m. 1277, 1264). İhtiyari sorumluluk sigortasında sigortalının yararı esas alındığından, sigorta türündeki önemli özelliklerden biri olan bu niteliğin zayıfladığı gözlenmektedir.

Bununla beraber, bazı defilerin ileri sürülmemesi hususunda, bu gibi sorumluluk sigortalarında da, zarara maruz kalan üçüncü şahıs için sigorta ettirene oranla, daha imtiyazlı bir durum yaratılmıştır (TTK. m. 1310) (100).

b — Mecburi sorumluluk sigortası:

aa) Mecburi «dekuver» deyimi:

İster Ticaret Kanunu, ister Karayolları Trafik Kanunu olsun, bunlar ve diğer kanunlarımızda «mecburi dekuver» deyimine rastlamak mümkün değildir.

Karayolları Trafik Kanununda yazılı istisnalar dışında sigorta ettirme mecburiyeti bütün motorlu nakil vasıtalarını kapsamına almaktadır. Kanun koyucu sigorta ettirme mecburiyetini vasıtanın malikine yüklemiştir.

Vasıtanın maliki sigorta şirketine belli bir prim öderse sigorta zararın miktarına ve derecesine göre muayyen bir meblağı karşılamayı üstlenir. Gaye sigortasız vasıta kalmamasıdır. Ancak «mecburi» deyimi muayyen bir meblağı karşılamak içindir. Oysa sigor-

(99) KENDER, age., s. 13.

(100) BOZER, age., s. 175.

talı zararın bir bölümüne (ki zararın derecesi ne olursa olsun) katlanmağa mecbur tutulduğu zaman mecburi dekuver var demektir. Bu pay sabit bir oran (örneğin 1/10) veya muayyen bir meblağ olarak tesbit olunabileceği gibi, ikisinin karması da olabilir. Bu takdirde dekuver muayyen bir meblağı geçmemek üzere oranlı olur (101).

Başta İsviçre ve Alman kanunu olmak üzere, yabancı sigorta kanunlarından esinlenerek hazırlanan Fransız sigorta hukukunda (102), mecburi dekuver deyimine rastlamak kabil ise de, Türk sigorta hukukunda bu ifadenin yer almadığı gözlenmektedir.

bb — Kapsamı:

Çağdaş sorumluluk hukukundaki gelişmeler sonucunda kusur varsayımına dayalı sorumluluk ilkesi yerine tehlike sorumluluğunun kabul görmesi malî mesuliyet sigortasının gelişmesine yol açmıştır. Türk hukuku bakımından, TK. nun işletenin hukuki sorumluluğu kusur varsayımına dayandırılmıştır.

Türk hukukunda, motorlu taşıt aracı işletenin hukuki sorumluluğu 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 232 sayılı Kanunla değişik 50. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, araç sahipleri, madde hükmünde yazılı taşıtların kullanımından ortaya çıkacak maddi ve ölüm dahil bedeni zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

Hukukumuzda işletenin hukuki sorumluluğu aşağıdaki bölümler halinde incelenebilir :

i) İşletenin, asgari sigorta sınırları içerisindeki sorumluluğu, «kusur varsayımı»na dayalı bir sorumluluktur.

ii) İşletenin asgari sigorta sınırları dışındaki sorumluluğu ise, TK 50/V'de genel hükümler»e yapılan yollama nedeniyle, bir «kusur sorumluluğu»na dönüşmektedir (103).

(101) PICARD/BESSON, age., s. 272.

(102) PICARD/BESSON, age., s. 59.

(103) ÖZSUNAY, E.: Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından «Kusur»un Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 89.

Yukarıda belirtilen «kusur»a dayalı sorumluluk ilkesinin, araç işletenin hukuki sorumluluğunu bir «tehlike» sorumluluğu olarak benimseyen sorumluluk hukukundaki gelişmelere uygun olmadığı açıktır. Nitekim Alman hukukunda, Avusturya hukukunda ve İsviçre hukukunda araç işletenin hukuki sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayalı olmayan bir tehlike sorumluluğudur.

Mali mesuliyet sigorta neviinde zarar gören üçüncü şahıslara ödenmesi gereken tazminat sigorta tarafından yapılmaktadır. Zira sigorta sözleşmesiyle sigortacı bu ödemeyi üstlenmiş durumdadır. (TK. m. 1263, f. II). Sigorta açısından, trafik hukukundaki sorumluluğu 232 sayılı Kanunla değişik 6085 sayılı Kanunun 50. maddesi belirler.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası KTK. nun maddesinde düzenlenmiş olup, bu sigortayı yaptıran taşıt maliklerinin ödedikleri primler, zarara uğrayan üçüncü kişilerin bu zararlarını karşılamak üzere bir fon teşkil eder. Böylece üçüncü kişilerin zorunlu mali sorumluluk sigortası hadleri içindeki zararları sigortaca karşılanacaktır (104).

Sigortacının sorumluluğunu Trafik Kanununun 55. maddesinin 7. fıkrasında yer alan zarara uğrayan kişiler, araç ve eşya bakımından da incelemek gerekir. Araç sahibinin kendi aracı içindeyken ileri gelen kazalar sonucu doğan bedenen yada manen uğrayacağı zararları, aracın duçar olduğu zararları, sigortalı araçta veya yedeğinde taşınan malların bozulması, harap olması veya ziyana uğraması suretiyle husule gelen zararlar ile her nevi zararları ve istihdam ettiği veya efal ve hareketlerinden hukuken sorumlu bulunduğu kişilerin aracı bizzat sevk ederlerken uğrayacakları zararları sigortacı tazmine mecbur değildir (105).

Diğer taraftan araç sahibi yada onu işletense eş, usul, füruu ve birlikte oturan kardeşleri bir zarara uğradıkları takdirde bunların giderilmesine ilişkin talepleri sigortaca karşılanmamaktadır. Zira bu sayılan kimseler Trafik Kanununun 51. maddesi göz önüne alındığında, kanunun ön gördüğü biçimde üçüncü şahıs hükmünde kabul edilemez.

(104) ŞENEL, E.: İzinsiz Yararlanılan Motorlu Taşıtların Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, YD., C. 6, S. 1-2, s. 147.

(105) BOZER, age., s. 207.

Mesuliyet sigortasında sigortacının sorumluluğun üst sınırı, sigorta şirketinin, sigorta poliçesinde yazılı kaza başına en çok sorumlu olduğu tutar kadardır. Bu tutarı aşan zarardan sigorta sorumlu olamaz (106). Zarar gören kimse, parasal sorumluluk sigortası ile sağlanan sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı dava açabilir. Bu yönden mecburi mesuliyet sigortası ile bunu aşan ihtiyari mal mesuliyet sigortası arasında bir fark gözetilmemiştir (107).

Zorunlu sigorta sınırlarını aşan zarardan sorumlulukta işe genel hükümlerin uygulaması durumu ile karşılaşılmaktadır (108).

İsviçre'de sorumluluğun sigorta hadleriyle sınırlandırılmamış bulunması, sorumluluğun yerini yavaş yavaş sigortanın almasını bir sonucudur. Ancak İsviçre hukukunda da zorunlu mali sorumluluk sigortası bazı hadlerle sınırlandırılmış olup, bu hadlerin üstündeki zararlar için ihtiyari sorumluluk sigortası yaptırılabilir. 6085 sayılı KTK. nun değişik tasarılarında da sorumluluğun sigorta hadleriyle sınırlandırılmamış olması, aynı ilkenin benimsenmiş olduğunu açıklar vaziyettedir (109).

Sorumluluk sigortalarında geçen diğer bir ayırımda güvence altına alınan sorumluluğun konusuna göre olmaktadır.

II. Konusu muayyen yada gayri muayyen sorumluluk sigortaları :

Konusu muayyen sorumluluk sigortasında sigortalı, sonuçları önceden sınırlanabilen ve böylece kapsamı da bilinebilen bir sorumluluk için garanti edilmektedir. Bu düşünce özellikle, tasarrufundaki şeyi malike iade ile yükümlü bulunan zilyedin sorumluluğunu, bu şey itibarıyla, güvence altına alınan sigortaları amaçlamaktadır.

Zilyedin tasarrufundaki şey onun elinde iken zayi olur veya bzulursa zilyed kaideten şeyin değeri miktarınca sorumlu olur. Dolayısıyla da, bu sorumluluğu güvence altına alan sigortanın konusu da muayyen bulunur. Başlıca kira risklerini sigortalayan kiracı, muhafaza için aldığı şeyi hırsızlığa karşı sigortalayan emanetçi,

(106) 11. HD., 14.3.1979, E./K. 1153/1274, YKD. 1980/2, s. 244-245.

(107) 11. HD., 28.4.1976, E./K. 2183/2257, YKD. 1977/9, s. 1281 ved.

(108) TAYLAN, E.: Sigorta Hukukunda Kusur - Sorumluluk İlişkisi, YD., C. 3, s. 1, paralel sorumluluk, yıl: 1977, s. 186.

(109) ŞENEL, age., s. 147.

nakledeceği malı ziya veya avaryaya karşı sigortalayan nakliyeciyi bakımından da hal böyledir (110).

Muayyen eşyalara iras edilen zararlar dolayısıyla yapılan sorumluluk sigortaları (assurance de responsabilité à objet déterminé, minne sachhaftpflichtversicherung) mal sigortaları esaslarına tabidir (aşkın sigorta, nisbîlik kaidesi gibi) (111).

Konusu gayri muayyen sorumluluk sigortalarında ise, sigortalı kendisinden zarar görmesi ihtimali bulunan üçüncü şahsı ve malı bilmemektedir. Bu nedenle sorumluluğun değerini de önceden tam olarak hesaplayamaz. Böylece bu tür sigortalarda eksik sigorta hali ve bundan dolayı da nisbîlik kaidesi öne sürülemez. Burada sigortalı sigorta poliçesinde taahhüt edilmiş değer ölçüsünde güvence altındadır.

Kuşkusuz sigortalı, sigorta poliçesinde geçen yaklaşık bir değer için kendisini güvenceye almıştır. Fakat, sigorta akdindeki güvence sınırsız olmadığından, poliçenin muhtevası dışındaki zarardan dolayı güvencesi olmayacaktır. Tüm sorumluluk sigortalarında durum böyledir. Bu ayırımın yararı herşeyden önce sigortalanmağa müstahak değer kavramında kendisini belli eder. Konusu muayyen sorumluluk sigortalarında bu değer mevcut bulunduğu halde, konusu gayri muayyen sorumluluk sigortasında bu bilgi edinilemez (112).

Sorumluluk sigortaları bir başka yönden daha ayırıma tabi tutulur. Bazı sorumluluk sigortalarında sigortacı, sigorta ettiren adına davanın yürütülmesini üzerine almıştır. Başka bir kısım sorumluluk sigortalarında da sigorta ettiren davayı kendisi yürütür. Nihayet sorumluluk sigortaları zarar gören üçüncü şahsa doğrudan doğruya müracaat imkanını tanıyan veya tanımayan sigortalar biçiminde ikiye ayrılır (113).

7 — Sorumluluk sigortasının hükümleri :

Sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümler Türk Hukuk mevzuatında, özellikle Ticaret Kanunumuzda dağınık bir halde bulun-

(110) PICARD/BESSION, age., s. 485-486.

(111) KARAYALÇIN, age., s. 52.

(112) PICARD/BESSION, age., s. 486.

(113) BOZER, age., s. 176.

maktadır. Kaldı ki, mevcut sorumluluk hükümleri oldukça eksik ve yetersizdir.

Bu nedenle sorumluluk sigortasının hükümlerini genel esaslardan hareketle incelemekte yarar vardır.

I. Sorumluluk sigortasında tazminatın kapsamı:

Türk Ticaret Kanununda sorumluluk sigortası nedeniyle sigortacının sorumlu olacağı tazminata nelerin dahil olacağı hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece yargı giderleri ve avukatlık ücreti konusunda Motorlu Kara Nakil Vasıtaları Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartlarında bazı hükümler vardır. Genel olarak sigorta tazminatı, yargı giderlerini de kapsamaktadır (114). Buna avukatlık ücreti de dahildir. İlke olarak sigortacı, sigortalının sorumluluğunu güvence altına almaktadır. Bu yükümlülüğün dayanağı sigorta poliçesinin bir fonksiyonu olmaktadır. Sigortacı ile sigortalı arasında bağitlanan akit uyarınca, güvence altına alınan sigorta değeri TTK. nun 1277 ve 1264. madde hükümleri dairesinde serbestçe tesbit olunmaktadır. Ayrıca isterlerse mecburi dekuveri de belirlerler. Her türlüünde de sigortacının üstlendiği sorumluluk önemle belirtilir (115). Dolayısıyla, sigortacı ve sigortalı arasındaki yükümlülükler bir sözleşmeye bağlanmıştır. O halde sigortacının tahhüdünün kaspamını belirleyebilmek için, her olayda taraflarca önceden kabul edilen sigorta poliçesine başvurmak gerekecektir.

Sorumluluktan doğan borç dışında sigortacının yargı giderlerini de güvence altına aldığı daha önceden belirtilmiş idi. Ancak sigorta poliçesinde, sigortalı aleyhine girilen tüm sorumluluk kavuşturulmalarından doğan yargı giderlerinin sigortalıya ait olacağına dar bir hüküm alırsa bu da geçerli olur. Aksine sözleşme kurulmadıkça, sigortalı aleyhine yönelinen bütün sorumluluk davalarından doğan yargı giderlerini sigortacı yükümlenir. Bu sadece mağdurun açmış olduğu davanın giderlerine mahkûm edilmesi için değil, aynı zamanda söz konusu davanın reddi hali için de geçerlidir.

Demek oluyor ki, sigortalı yalnızca kendi sorumluluğuna karşı değil, fakat kendisi aleyhine üçüncü şahıslarla haklı yada haksız surette açılan sorumluluk davalarına karşı da güvence altında-

(114) BOZER, age., s. 176.

(115) PICARD/BESSON, age., s. 488 ved.

dır. Bu güvence sadece hukuk mahkemelerinde değil, ceza mahkemelerinde de geçerlidir (116).

Kusur esasına dayanan haksız fiillerde sigortalının kasdından doğan zararlar sigorta edilemez (TTK. m. 1278). Fakat sigortalı, fiilinden sorumlu olduğu şahısların her türlü kusuru dolayısıyla, sorumluluk sigortası yaptırabilir. Fiilin ihmal, ağır kusur ve kasd sayılmasının bir ehemmiyeti yoktur (117). O nedenle, bu hallerde de yapılan sigorta poliçesine dayanılarak yargı giderlerini sigortacıdan talep olunabilirse de bu sigorta olaylarından (sinistr) doğabilecek para cezaları sigortacı tarafından yükümlenilemez.

Sigortalıya sağlanan güvence kötüye kullanıma elverişli olmayan bir takım esaslara dayandırılmalıdır. Genellikle sigorta değerinin sınırı içerisinde hem sorumluluk ve hem de yargı giderleri sağlanır. Sigortacı dava safahatında yolsuz bazı masraflar yaparsa ve bunun sonucunda sigorta değerine tecavüz olunmuşsa bu fazlalığa katlanmak zorundadır.

Faizin sigorta tazminatına dahil olup olmadığını mağdurun sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava açmak hakkı da gözönüne alınarak incelemek gerekmektedir. Öncelikle faizin sigorta tazminatına dahil olması konusunda mevzuatımızda bir hüküm yoktur.

Faiz, sigorta ettirenin, kazazedeye ödediği faiz ve sigortacının sigorta ettirene ödeyeceği faiz olarak iki biçimde düşünülmelidir (118).

Mağdura, doğrudan doğruya sigortacıya müracaat hakkı tanınmamış ise, sigortalı önce zarar görene tazminatı ödeyecektir. Sonra da sigortacısına karşı alacak talebinde bulunacaktır. Bu durumda sigortacı, tazminattan başka kendisine başvuru tarihinden başlayarak, sigorta değerini aşsa bile, gecikme faizini ödemekle de yükümlüdür. Kaldı ki, sigortalının haklı başvurusu sigortacı tarafından haksız olarak yerine getirilmezse, sigortacı mütemerrit hale düşmüş olur. Bunun sonucunda da sigorta ettiren Türk Ticaret Kanununun genel hükümlerinden hareketle sigortacıdan temerrüt faizi isteminde bulunur.

Sözkonusu faizin sigorta tazminatı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Diğer yandan sigortalının zarar görene faiz borcu ise, ister

(116) PICARD/BESSION, age., s. 489.

(117) KARAYALÇIN, age., s. 58 ve 59.

(118) BOZER, age., s. 181.

telafi isterse gecikme faizi olsun, sorumluluk borcu ile yargı giderlerinin üstüne biner ve onlar gibi sigorta değeri içinde, güvence altına alınmış olur. Zira faizde, sigortalının uğradığı zararın unsurlarından biridir ve kaideten sigortacı tarafından güvence altına alınmıştır. Fakat sigortacı sigorta ettiği kimseye sigorta değerinin üzerinde yüklenen faizle yükümlü değildir. Meğer ki, davaya katılarak yolsuz bir girişimle sinistrin tesviyesini geciktirmiş bulunsun (119).

Zarar görene doğrudan doğruya (direct action) dava hakkı tanınmış olduğu takdirde, doğruca sigortacı aleyhine dava açar. Bu durumda sigorta ettiren için, faiz söz konusu olmamaktadır.

II. Sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleşme zamanı:

Sorumluluk sigortalarında sinistrin (sigorta olayı) ne zaman gerçekleşmiş olduğunun bilinmesinin zamanaşımı, ihbar mükellefiyeti ve sigorta süresi yönünden önemi büyüktür. Bu konuda doktrinde değişik görüşler bulunmakta ve bu da uygulama açısından ehemmiyet göstermektedir.

Sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiği zamanı belirlemek hususunu menfaatler vaziyetine göre (120), tayin etmek gerekmektedir.

• a — Sigorta süresi bakımından: Sorumluluk sigortasında sigortacının borcu sigorta süresi ile sınırlı kılınmıştır. Sigorta süresi sona erdikten sonra vaki tazminat istemi dilenmez. Zira riskin sigortanın korunmasına tabi olabilmesi için zaman itibariyle sigorta süresi içinde gerçekleşmiş sayılması icap etmektedir.

• b — Zamanaşımı bakımından: Sigorta bir akittir ki (TTK. m. 1263), bundan doğan bütün talep hakları, iki yılda zamanaşımına uğrar (TTK. m. 1268).

Türk sigorta hukukunda zamanaşımı süresi, borcun muaccel olduğu tarihte işlemeye başlar. Muacceliyet tarihi ise TK. 1299 f. 1, c. 2'ye göre tesbit olunur (121).

• c — Sigortalının rizikonun gerçekleşmesinden sonra yapılan ihbar yükümlülüğünün bağlı olduğu sürenin başlangıç anını tayin bakımından:

(119) PICARD/BESSON, age., s. 491.

(120) KARAYALÇIN, age., s. 60.

(121) KARAYALÇIN, age., s. 64.

Sigortalının rizikonun gerçekleşmesinden sonra yapılan ihbar yükümlülüğünün tâbi kılınacağı sürenin başlangıç anını tespit edebilmek için, önce sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiği zamanı belirlemek lâzımdır. Bu hususta doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Nitekim sorumluluk sigortalarında rizikonun, sigorta ettirenin sorumluluğu doğuran sinistrin olduğu anda yada sigortalının bunun gerçekleştiğini öğrendiği zaman gerçekleşmiş sayanlar bulunmaktadır (122).

Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Zira sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin malvarlığında muhtemel eksilme güvence altına alınmış olup, sinistrin olduğu anda malvarlığında bir eksilmeden söz edilemez. Kaldı ki zarar görenin zarar veren sigortalıya yada doğrudan doğruya sigortacıya yönelerek tazminat isteminde bulunacağı belli değildir.

Başka bir görüşe göre riziko, zarar görenin sigortalıdan tazminat talebinde bulunmuş olmasıyla yada bu tazminatın ödenmesini sağlayan mahkeme hükmünün kesinleşmesi veya taraflar arasında sulh olunmasıyla riziko gerçekleşmiş olur. Tüm bu görüşleri sorumluluk sigortasının mahiyeti ile bağdaştırmak oldukça güçtür.

Türk Ticaret Kanununda rizikonun gerçekleştiği zaman hüküm altına alınmış değildir. Bununla beraber rizikonun gerçekleşmesi halinde ihbar yükümlülüğünü düzenleyen TTK. nun 1292. maddesinden, sorumluluk sigortası çeşitleri ayrı ayrı gözönüne alınarak tesbiti mümkün görülmektedir.

Nitekim Alman Sigorta Kanunu, sorumluluk sigortalarında sigortalıya çift ihbar yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre sigortalı üçüncü şahsa karşı sorumluluğu doğuran sinistri bir hafta içinde, tazminat istemini ise talebin yapıldığı andan itibaren bir hafta içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Ancak tazminat yargı yoluyla talep olunmuşsa, sigortalının bu durumu, bir hafta içinde bildirmesi gerekir (123).

İhbar yükümlülüğü konusu İsviçre hukukunda ise tartışmalıdır. Türk sigorta hukukunda ise rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalının ihbar yükümlülüğü TTK. nun 1292. maddesi hükmün-

(122) BOZER, age., s. 181.

(12) KARAYALÇIN, age., s. 60-61.

de sorumluluk sigortasının çeşidine göre başlangıç anları ayrı ayrı belirlenmiştir.

Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içinde sigortacıya haber vermeye mecburdur (TTK. m. 1292, f. I, c. I).

Beş günlük ihbar yükümlülüğü aşağıdaki biçimde belirlenebilir:

i — Üçüncü şahsın sigortalıya karşı dava açması halinde sigortacıyı sigortalının müdafaasına yardım etmeye mecbur tutan sorumluluk sigortalarında sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği tarihte,

ii — Sigortalının üçüncü kişiye vereceği tazminatın sigortacı tarafından ödenmesine ait sorumluluk sigortalarında iş hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği veya dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigortalının para ödemiş olması halinde parayı ödemiş olduğu tarihten başlar.

Sigorta ettiren kimse kasden ihbarda bulunmamış ise, sigorta haklarını kayıp edecektir. Sigorta ettiren kimsenin kusuru halinde, kusurun ağırlığına göre sigortacının ödemekle yükümlü olduğu bedel indirilebilir (m. 1292, f. 3).

III. Sorumluluk sigortasında üçüncü şahsın hukuku:

a — Genel olarak : Sigorta bir akittir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatını halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadiseler dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır (TTK. m. 1263/I).

Sorumluluk sigortası ise, üçüncü şahsın hem malına, hem canına verilecek zararlar nedeniyle, sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılan bir akit olup, bununla sigortalının sinistr sonucu malvarlığında doğması muhtemel eksilme güvence altına alınmıştır (TTK. m. 1310, 1311, 1335). Bu sözleşme uyarınca âkit taraflar sigortacı ile sigortalıdır. Zarar gören üçüncü şahıs bu akdin tarafı değildir. Bu nedenle sigorta sözleşmesi ile bir alâkası bulunmamaktadır. Sorumluluk sigortası akdi ile sigortalının malvarlı-

ğının pasif kısmı korunma altına alınmış olup, bir tür tazminat sigortasıdır. Bu niteliği ile, sorumluluk sigortasının zarar gören lehine yorumlanan bir akit olduğu savunulamaz (BK. m. III).

Bununla beraber sorumluluk sigortalarında zamanla sosyal amaç ön plana geçerek sigorta akdinde zarar gören üçüncü şahısta bazı haklara kavuşturulmuştur. Özellikle mecburi sorumluluk sigortaları sosyal bir amaca hizmet ettiklerinden üçüncü şahıs tamamen ön plana geçmiştir bulunmaktadır.

Bilindiği üzere üçüncü şahsın, sigorta akdi ile ilgisi riziko gerçekleşince başlamaktadır. Sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleşmesinden sonra üçüncü şahsın lehine tanınan hakları belirlemede yarar vardır. Bu hakları başlıca iki ana bölümde inceleyebiliriz:

aa — Sigorta tazminatının üçüncü şahsa ödenmesini sağlayan haklar:

Bugünkü mesuliyet kavramı ile geçmişteki mesuliyet fikri farklıdır. İlk zamanlarda şahsın menfaatine öncelik tanınarak mesuliyetin sigorta edilmesi düşüncesi hakim olmuştur. Bu düşünceye göre zarar gören üçüncü şahıs için, sigortacıya karşı doğrudan doğruya (ACTION DIRECTE) dava hakkı tanınmış değildir. Bir an için sigorta ettirenin ödeme kabiliyeti bulunmazsa zarar gören için zararın karşılanması mümkün görülmemektedir.

Sigortacı sigorta ettirene tazminat öderse, ödenenin malvarlığına girerek alacaklılarınca paylaşılırdı. Yazarlar zarar gören üçüncü şahsa sigorta tazminatı üzerinde rüçhan hakkı tanımaya çalışmışlardır. Ancak mahkeme içtihatları «kanunsuz imtiyaz olmaz» kaidesine bu teoriyi kabul etmemişlerdir (124).

Geçmişte sigortalının korunması ilkesinden hareket edilirken, günümüzde tazminat hukukunda yerini sosyal maksad olarak, zarar gören üst tutulmuştur. Böylece zarar görenlerin korunması ilkesi ön plana alınmıştır. Bu ise tazminat hukukunda sorumlu kilmaktan çok zararı karşılamak anlamını ifade eder.

Bu fikrin büyük zarar tehlikeleri kaynağı olan bir işletmeye veya tesisata sahip olmanın, taşıt araçları işletmenin, zararı taşı-

(124) DAMCI, A. / OMAĞ, M.K.: (Planiol, Rcuil Dalloz'dan naklen) Sigortalılığın Geliştirilmesi Semineri, İstanbul 1972, s. 215. dpn. 7.

mak için, kusur gibi ahlâki bir yaptırımdan daha uygun bir hukuki dayanak olduğu bugün kabul görmektedir (125).

Klasik ilkeden hareketle zarar gören üçüncü şahıs doğrudan doğruya sorumlu şahıs aleyhine tazminat davası açar. Sorumlu kimse sigortalı ise, bu davayı sigortalı yerine sigortacı takip eder.

Ancak üçüncü şahsın sigortalı aleyhine dava açmasından vazgeçilerek, doğrudan doğruya sigortacıya karşı açıp açamayacağı hakkının hukuki niteliği hakkında değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Önceleri, doğrudan davanın sigorta akdinden kaynaklandığı ve üçüncü şahıs lehine konan şarta dayandığı görüşü egemendir. Ancak eğer doğrudan dava, gerçekte olduğu üzere, akdin icrasına ilişkinse ve davanın mahiyeti bu akitte aranacaksa, onun dayanağının sigorta akdi olduğu yolundaki görüş yerinde sayılamaz. Zira sigorta yoluyla kendisini güvence altına alan sigortalı gerçekte kendi malvarlığının pasif kısmını koruma altına almaktadır. Zarar gören üçüncü şahıs lehine muhtemel bir rizikoya karşı şartlaşmaya gitmeyi düşünmemektedir.

Nitekim, sigortacı da üçüncü şahsa karşı değil, sadece sigortalıya karşı akdi bir yükümlülük altına girmektedir. Kaldı ki, dava hakkının dayanağı sigorta sözleşmesi oldukça doğrudan doğruya dava hakkı fer'i bir nitelik taşır.

Diğer bir görüşe göre ise, mağdurun açacağı doğrudan doğruya dava, bağımsız bir nitelik taşımaktadır (126).

Gerçekte üçüncü şahsın sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı, sigortalı aleyhinde olduğu gibi, kaynağının sorumlunun sebebiyet verdiği sigorta olayında bulmaktadır. Mağdur hakkının ihlal edilmiş olmasına dayanmak suretiyle, sigortalı hakkındaki davasından başka onun sigortacısı hakkında da dava açmak yetkisine sahip olmaktadır. Sigortalının sigortacıdan alacağını bu yoldan mağdura mal eden, mağdurun sadece sigorta tazminatından yararlanması ve böylece de zararın tazmini bakımından özel bir güvenceye kavuşması amacıyla ona sigortacı aleyhine doğrudan dava hakkını veren hukuki dayanak ise kanundur. O halde

(125) TANDOĞAN, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 13.

(126) BOZER, age., s. 183, dpm. 5.

doğrudan dava mağdurun sorumluya karşı olan davasıyla aynı mahiyettedir (127).

Üçüncü şahsın hukukunu güvence altına almak amacıyla, üçüncü şahsa dava hakkı tanımak yoluna gitmeden önce, türlü tedbirlere başvurulmuştur. Sigortalının iflası halinde, mağdura, sigortacının meblağ üzerinde kanuni rüçhan hakkı tanınması ya da üçüncü şahıs lehine kanuni rehin hakkı tesis etmek gibi.

Bütün bu tedbirler, üçüncü şahsın menfaatini korumak hususunda yeteri kadar etkili değildir. Bu sebeple, onu üzerinde ciddi bir biçimde eğinilmiş, özellikle batı ülkelerinin bazılarında hiç olmazsa bazı sorumluluk sigortaları için mağdura sigortacı aleyhine doğrudan doğruya dava açmak hakkı tanınmıştır. Ancak mağdurun sahip olduğu bu seçenek, onun sigorta ettiren aleyhine dava açmasına engel değildir. Mağdur isterse, sigorta ettirene isterse zarara sebebiyet verene müracaat edebilir (128).

Bazı münferit hükümler yardımı ile ihtiyari mesuliyet sigortalarının da kazazede şahıs lehine doğrudan doğruya bir dava hakkı kabul eden memleket Fransa'dır (129).

Türk hukukunda ise, ihtiyari sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü şahsın sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı açık bir biçimde kanunlarımızda düzenleme görmemiştir.

Yangın sigortasında, sorumluluk sigortasından faydalanan kimse için, sigortacının sigorta ettirene karşı ödemeye mecbur olduğu tazminatı tahsil salahiyeti münhasıran sigorta ettiren kimsenin kendisine karşı sorumlu olduğu şahsa aittir (TTK. m. 1310). Diğer bir anlatımla, yangın sebebiyle sorumluluk sigortasında, üçüncü şahsın sigortacıya doğrudan doğruya dava açmak yetkisi kanun koyucu tarafından hükme bağlanmıştır. Zira tazminatı tahsil salahiyeti sigorta ettiren kimsenin kendisine karşı sorumlu olduğu şahsa ait olup, bu kanundan doğan hukuki bir erktir.

Bu erke sahip bulunan üçüncü şahıs, sigorta ettirene ait tazmini lazım gelen sigorta bedelini dava edebilir. Sigortacı üçüncü şahsa sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer (TTK. m. 1301).

(127) PICARD/BESSON, age., s. 524-525.

(128) BOZER, age., s. 184.

(129) Geniş bilgi için bkz.: KARAYALÇIN, age., s. 67.

Ayrıca doğrudan doğruya dava hakkı Borçlar Kanunumuzda işverenin yaptırdığı ve işçinin, primin en az yarısını ödediği sorumluluk sigortalarında, kazazede işçi lehine kabul edilmiştir (BK. m. 112) (130).

Keza Karayolları Trafik Kanununda, zarar gören kimsenin, mali sorumluluk sigortası ile güvence altına alınan sınırlar içinde, doğrudan doğruya sigortacı aleyhine dava açabileceği ilkesi benimsenmiştir (232 sayılı kanunla değişik 6085 sayılı kanun m. 55/2). Ancak mecburi sınırlar üstünde yapılan mali sorumluluk sigortası yönünden zarar gören üçüncü şahsın, doğrudan doğruya sigortacı aleyhine dava açabileceği hususu tereddüdü mucip olmuştur (131). Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Karayalçın'a göre, doğrudan doğruya dava hakkı ve defilerin dermeyan edilememesi esası memleketimizde sadece 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 53 ile kabul edilmiştir (132). Bu görüşte mecburi sınırlar içinde veya üzerinde mali sorumluluk sigortası ayrımı söz konusu edilmemiştir. Aksi görüşte olanlardan Atabeke göre ise, kanunda belirtilen mecburi sınırlar üstünde yapılan trafik dolayısıyla sorumluluk sigortasında zarar gören üçüncü şahsın sigortacı aleyhine doğrudan doğruya dava hakkı bulunmamaktadır (133).

Kanımıza göre de, Türk Ticaret Kanununun 1310. maddesini kıyasen uygulamak suretiyle, ihtiyari sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü şahıs lehine doğrudan doğruya bir dava hakkı tanımak günümüz realitesine de uygun düşecektir.

c — Bazı def'ilerin ileri sürülmemesi:

Zarar gören üçüncü şahsa, sigortacı aleyhine, sigorta ettirene ait tazmini lâzım gelen sigorta tazminatını doğrudan doğruya dava hakkı tanındığı takdirde şu soru ile karşılaşmak mümkündür: Sigortacının sigorta ettirene karşı ileri sürdüğü defileri zarar gören mağdura karşı da kullanabilir mi?

Karayalçın'a göre, üçüncü şahıs sigortalının yerine kaim olduğu için sigortalıya karşı ileri sürülecek bütün defilerin davacı üçüncü şahsa karşı da ileri sürülebilmesi gerekir. Bu netice so-

(130) KARAYALÇIN, age., s. 69.

(131) BOZER, age., s. 185.

(132) KARAYALÇIN, age., s. 70.

(133) ATABEK, R.: Sigorta Hukukunda Zamanaşımının Başlangıcı, II. Ticaret Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 640.

rumluluk sigortalarında özellikle otomobil kazalarına karşı sorumluluk sigortalarında içtihat ve kanun hükümleriyle bertaraf edilmiştir (134).

Bozer'e göre ise, meydana gelen zarardan sigorta ettirenin sorumlu olmadığı hallerde, sigortacının sorumluluğu yoluna gidilemez. Bu itibarla sigortacının, sigorta ettirenin sorumlu tutulamayacağına ilişkin defî mağdura karşı da ileri sürülebilir. Ayrıca mecburi sorumluluk sigortalarında da sigortacının zarara maruz kalan üçüncü şahsa karşı defîleri sürmesi özellik gösterir (135).

Kanımıza göre de, husule gelen zarardan sigortalının sorumlu sayılamayacağı durumlarda, sigortacının sorumluluğu söz konusu olamayacağından, bu sebeple defî mağdura karşı ileri sürülebilir.

Başka hususlarda sigortacının üçüncü şahsa karşı defî ileri sürmesi kanun hükümlerinde açıkça yazılı olduğu hallerde düşümlüdür.

(SÜRECEK)

(134) KARAYALÇIN, age., s. 68.

(135) BOZER, age., s. 186.

ESKİ VE BUGÜNKÜ HUKUKUMUZDA ŞİRKETLER

Ali KAYA (*)

PLAN: § 1 — Giriş. § 2 — İslam hukukunda şirketler. I — Mülk şirketi. II — İbahe şirketi. III — Akit şirketi. § 3 — Eski hukukumuzdaki şirket akdinin neveleri. I — Sermaye ve kâr oranlarına göre ayırım. 1 — Muvafeze şirketi. 2 — İnan şirketi. II — Şirketin konusunun mahiyeti ve sermayenin nevine göre ayırım. 1 — Emval şirketi, 2 — İşgücü şirketi. 3 — Kredi şirketi. III — Şirket akdinin hükümleri. § 4 — Mudarebe (emek ve sermaye) şirketi. § 5 — Müzarea ve müsakat şirketleri. § 6 — Bugünkü şirketler hukuku ile mukayesesi. § 7 — Sonuç.

§ 1 — GİRİŞ :

İnsanlar, belirli gayeler için topluluklar halinde isteyerek veya tesadüfler sonucu birleşirler. İştirak (ortak olma) fikri kişinin yaşamaya başladığı anda doğmuş ve insanın tabiatı da bu temayüldedir. Toplum hayatı geliştikçe, birleşmeler arasında «ihtisaslaşma» olmuş, kazanç paylaşmak gayesiyle mal ve emeklerini iradi olarak birleştiren kişilerin arasındaki ortaklıklar türemiştir.

Şirket, lûgatte, ortaklık, ortak olmak anlamındadır. Hukuk ıstılahında ise, iki veya daha çok kimsenin beraberce, ekonomik bir gayeye erişmek için, belli ölçülerde emek ve mallarını biraraya getirmeleridir (1). Şirket niteliğindeki iştiraklere Babil'de, eski Yunanlılar'da ve Romalılar'da tesadüf edilmektedir (2). İslâm Huku-

(*) Türkiye İş Bankası Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği Avukatı.

(1) ÖZCAN, Hüseyin: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, sh. 593; ŞEKERCİ, Osman: İslâm Şirketler Hukuku - Emek Sermaye Şirketi, İst. 1981, sh. 81.

(2) Geniş bilgi için bkz: ARSLANLI, Halil: Kollektif ve Komandit Şirketler, I. Kısım, İst. 1956 sh. 1 - 7; MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku C. II, Ticaret Ortaklıkları, Ank. 1972, sh. 6; ŞEKERCİ, sh. 32-42.

kunda da şirket, eski ve köklü bir geçmişe sahiptir. Eski Hukukumuz denilince, Osmanlı Devleti'nde yürürlükte bulunan ve dolayısıyla İslâm Hukuku sistemi söz konusu olduğundan incelememizi İslâm Hukukundaki şirketler hakkında yoğunlaştırmakta yarar görüyoruz. Şirketin İslâm Hukukundaki anlamı ise birden fazla kimselere birşeyin ait olması ve onların bu şeyle başkalarından ayrılmış olmalarıdır (3). İslâm Şirketler Hukukunun kaynakları, İslâm Hukukunun dolayısıyla İslâm dininin kaynaklarıdır. Zira meşruiyetinin dayanağı, Kur'an-ı Kerim, sünnet, icmal ve kıyasla sabittir. Bir ayette, kadim tarihten beri insanlar arasındaki şirketlerin varlığına işaret olunmuş (4). diğ er bir ayette de «onlar terekenin üçte birine ortaklırlar (5) buyurularak mülk şirketine temas edilmiştir. Hem sözlü ve hem de yazılı sünnetle, şirketin meşruluğuna delil gelmiştir (6). Bu çerçeve içinde İslâm hukuk sisteminin uygulanmasıyla yeni yeni çözüm şekilleri ve fetvalarla - kazuistik bir metod izlenmiştir. Kanunlaştırma yapılmamıştır. Bu yönüyle ilk kanunlaştırma hareketinin Mecelle ile olduğunu görmekteyiz.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin şirkete ilişkin olan onuncu kitabı «Kitâbu'ş-Şirket»tir (7). Milli bir hukuk olma ve fıkıh hükümlerini geniş bir şekilde tedvin etmesi bakımından önemli bir rol oynadığından incelememizde Mecelle'nin hükümlerini temel almaktayız (8).

Mecelle «şirketi; fil'asl birden ziyade kimselere bir şeyin ihtisası ve onların ol şey ile imtiyazıdır» diye tanımlamaktadır (md. 1045). «Birden ziyade kimselere birşeyin ihtisası» deyimini, şirket mamelekinin o şirketle ilgili bulunanlara (yani ortaklara) hasr ve

(3) Mecelle m. 1045.

(4) Kur'an-ı Kerim: Sad Suresi, Ayet 24.

(5) Kur'an-ı Kerim: Nisa Suresi, Ayet 12.

(6) Hz. Muhammed (S.A.) de: «Ortaklardan biri diğ erine hiyanet etmediğ i müddetçe Allah'ın eli her iki ortağında üzerindedir. Biri arkadaşına hiyanet ederse Allah elini üzerlerinden kaldırır» gibi hadiste olduğu gibi. Konuyla ilgili değ iş ik hadisler ve geniş bilgi için bkz: BİL-MEN, Ömer Nasuhi; Hukuki İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye. KAMUSU, cilt V, Nazir Akbasan Matbaası. 1952, sh. 463-464; ŞEKERCİ, sh. 83 ve dev.

(7) Mecelle, m. 1045-1448.

(8) Mecellenin tedvin şekli, fıkıh hükümlerini alma biçimi, bir mezhebin hükümlerini içermesi, İslam dünyasının hukuk tarihine yaptığı tesirler, çeşitli yönlerde incelenebilir.

tahsis olduğunu ifade eder. Keza, imtiyaz da bu anlamda kullanılmış bulunduğundan Mecelle ile bugünkü hukuk sistemimiz şirketi mal ve insan topluluğu olarak kabul etmiş ve tanımını o şekilde yapmıştır (9). Borçlar Kanununa göre «şirket bir akittir ki, onunla iki veya ziyade kimseler, saylerini ve mallarını müştereken bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler» (BK. m. 520)

§ 2 — İSLÂM HUKUKUNDA ŞİRKETLER :

İslâm Hukukçuları, muhteva bakımından şirket yapısına benzeyen herşeyi şirket kapsamına almışlardır. Bu bakımdan şirketler başlıca; a) Mülk Şirketi, b) İbahe Şirketi, c) Akit Şirketi kısımlarına ayrılır.

I — Mülk şirketi :

Birden çok kimselerin bir malda satın alma, vasiyet ve tavârûs gibi nedenlerle, yahut da iki malın birbirine karışmasıyla husule gelen bir iştiraktır (10).

Mülk Şirketi, ihtiyari ortaklık ve cebri ortaklık olmak üzere ikiye ayrılır (11). Şirket tarafların rızaları, Mecellenin tabiri ile fiilleri ile doğmuşsa ihtiyaridir (12). Örneğin iki kişi bir malı müştereken satın almışlar veya ödünç vermişlerse mülk şirketi ortakların fiilleri ile meydana gelmiş olur (13). Buna karşılık iştirak ortakların fiilleriyle olmayıp, başka bir sebepten meydana gelmişse (kendiliğinden doğmuşsa) cebri sayılır (14).

Miras ve malları karıştırmak suretiyle meydana gelen ortaklık, bu nevi bir müşterekliktir (15).

Mülk Şirketi, ayrıca malın nevi bakımından şirketi ayn ve şirketi deyn olmak üzere de ikiye ayrılır.

(9) ŞEKERCİ, sh. 81.

(10) Mecelle, m. 1060; BİLMEN, s. 458-464 vd.; YAVUZ, A. Fikri: İslam Fıkhı ve Hukuku, İst. 1970, sh. 146; ANSAY, S. Ş.: Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Bası Ank. 1958, sh. 88; ŞEKERCİ, sh. 128.

(11) Mecelle m. 1062; BİLMEN, sh. 458-464.

(12) Mecelle m. 1063.

(13) Mecelle m. 1094.

(14) Mecelle m. 1064.

(15) Mecelle m. 1064-1065.

Şirketi ayn, birden çok kişinin mevcut olan bir malda ortaklaşa malik olmalarıdır. İki kişinin bir koyunda veya bir sürü koyundaki ortaklıklarında olduğu gibi (16).

Şirketi deyn, alacakta iştiraktır (17). İki kişinin başka birinin zimmetinde olan şu kadar para veya mal alarak aralarında müşterek olmalarında olduğu gibi (18).

Ortaklardan her biri hissesini dilediği gibi tasarruf edebileceği (19) gibi, müşterek malı da ortaklar ittifakla diledikleri şekilde tasarruf edebilirler (20). Ortaklar böyle bir müştereklikte birbirlerinin vekili değildirler (21). Hisseler birbirinin elinde emanet hükmündedir (22). Rızası alınmayan ortak, ortağın tasarrufuna engel olma hakkına sahiptir (23).

Şirketi deyn'in, şirketi ayn'dan farklılıkları vardır. Paradan ibaret olan borç (veya alacak) taksimi mümkün kabul edildiğinden müşterek alacaklılardan her biri kendi alacağını (hissesine düşen kısmı) borçludan isteyebilir (24). Buna karşılık alacaklı kendi hissesini isteyebilmesine rağmen tahsil ettiği meblağda tasarruf yetkisini haiz değildir. Zira alacaklılar alacaktan her ne katedelerse aralarında müşterek olur (25).

II — İbahe şirketi :

(Kullanımı kamuya bırakılmış eşyadaki şirket)

Su, göl gibi umuma ait mallarda ve sahipsiz şeylerde ferdin yararlanma hakkını düzenleyen bir iştirak şeklidir (26). Mecelle,

(16) Mecelle m. 1067; ŞEKERCİ, sh. 131.

(17) Mecelle m. 1068-1091.

(18) Mecelle m. 1068; BİLMEN, sh. 471.

(19) Mecelle m. 1088.

(20) Mecelle m. 1070; ANSAY, sh. 88.

(21) Mecelle m. 1075; ŞEKERCİ, sh. 130; - BİLMEN, sh. 466.

(22) Mecelle m. 1087; BİLMEN, sh. 468.

(23) Mecelle m. 1070. «Karışmak ve karıştırılmak sureti ile meydana gelen ortaklıktan başka kendi hissesini başkasına satabilir, ortağına da satabilir.» YAVUZ, sh. 146.

(24) Mecelle m. 1100 - ARSLANLI, sh. 10.

(25) Müşterek alacağın genel hükümleriyle ilgili olarak bkz: Mecelle m. 1092-1096 - 1101; BİLMEN, sh. 474.

(26) BİLMEN, sh. 459.

1234. maddesine göre su, ot ve ateş mübahtır, insanlar bu üç şeyde ortaktır (27).

Mülk Şirketi bugünkü hukuktaki «müşterek mülkiyete» benzerdir. İştirak halinde mülkiyet eski hukukumuzda yoktu (28). Aslında her iki şirket türü (mülk ve ibahe şirketi) modern hukuk anlamında şirket niteliğinde değildirler, özellikle «affectio societatis» unsurundan yoksundurlar (29). Latince deyimini ile ifade edilen bu unsur, geniş anlamı ile ortakların şirket gayesinin elde edilmesine faal (aktif) olarak katılma niyetlerini ifade eder (30).

III — Akit şirketi :

İki veya daha fazla kimseler arasında sermaye ve kârın müşterek olmak üzere aktetmekten ibarettir (31). Mecellede de şirket akdi Borçlar Kanununda olduğu gibi açık veya zımni, icap ve kabul beyanları ile doğar (32). Eski Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu şirket akdini tanımlamamıştır. Türk Hukukunda şirket akdi, Borçlar Kanununun 520. maddesinde tanımlanmıştır. Şirket akdi çerçevesinde İslâm Hukukunda yer alan tanımlarla, Türk Hukukunda yapılan tanımlar karşılaştırıldığında kişi, akit, sermaye ve müşterek gaye unsurları bakımından farklar bulunduğu görülmektedir. Lâkin şirket akdinin geçerliliği için «sermaye

(27) Mecelle m. 1234-1261, Karş. MK. m. 461; Geniş bilgi için bkz: BİLMEN, sh. 477 vd.; ŞEKERCİ sh. 54, 117-127.

(28) Türk Hukuk doktrininde MK. 628-631 arasında düzenlenen iştirak halinde mülkiyetin eski hukuk sisteminde olmadığı görüşü hakimdir. Örn: «Eski Hukukta ve Fransız MK. da iştirak halinde mülkiyet müessesesi yoktur. Roma Hukukunda da bulunmayan bu usul Cermen Hukukundan Alman MK. na girmiş ve sonra da İsviçre MK. da yer almıştır. (BERTAN, Suad. Aynî Haklar, MK. num 618-764. maddelerinin şerhi - C. I sh. 423.) «İştirak halinde mülkiyet müessesesi daha doğru bir tabir ile iştirak halinde mülkiyete ait hukuk prensibi Türk Hukukuna çok yeni 1926 hukuk inkılâbı ile girmiştir. Daha önce hukukumuz, böyle bir prensibe yabancı bulunuyordu. Orada kollektif mülkiyetin yalnız «Müşterek Mülkiyet» şekli tanınmakta idi. (ÖKTEM, İmran. İştirak Halinde Mülkiyet. İst. 1946 sh. 7-9.

(29) ARSLANLI, sh. 10-11.; MİMAROĞLU, sh. 8.; DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, İst. 1978 - sh. 5.; ŞEKERCİ, sh. 54, 118, 131.

(30) KARAYALÇIN, Yaşar: Tic. Huk. II - Şirketler Huk. 2. Bası Ank. 1973 sh. 61. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU: Ortaklıklar Huk. C. I, 2. Bası İst. 1975 s. 39. MİMAROĞLU, sh. 57-58.

(31) Mecelle m. 1329; BİLMEN, sh. 459, 479.

(32) Mecelle m. 1330; BİLMEN, sh. 480.

ve faideye» ilişkin irade beyanları yeterli olmayıp, akitte kârın (1/2, 1/3, 1/4, 1/5 gibi) belirli oranlarda taksim şekli de açıkça belirtilmesi gerekir (33). Kâr oranı belirtilmemişse şirket batıl ve fasıt olur (34). Eğer ortakların müteselsil sorumluluğunu doğuran muvafeze şirketi kurulmak isteniyorsa icap ve kabulde bu deyimim ifade edilmesi veya muvafeze şartlarının belirtilmesi de şarttır, aksi takdirde «İnan Şirketi» doğar (35).

Şirket akdini yapmaya âkil ve mümeyyiz olanlar ehildir (36). Muvafeze Şirketi vekaleti mutazammın olduğu gibi kefaleti de mutazammın olduğundan ortakların kefalete de ehil olmaları gereklidir. İnan Şirketinde «mezun» olan küçükler de ortak sıfatını kazanabilirler (38).

Ş 3 — ESKİ HUKUKUMUZDAKİ ŞİRKET AKDİNİN NEV'İLERİ :

İslâm Hukukçuları şirketleri çeşitli şekillerde tasnif ve taksim yapmışlardır. Bu şirketlerin bir kısmını hepsi kabul etmiş ve bir kısmında ise ihtilâf etmişlerdir. Mezhepler arasındaki bu değişik anlayış ve taksim şeklinin yanında Hanefi Mezhebi otoriterleri dahi, şirket taksiminde iki değişik tasnif yapmışlardır. Bir grup Hanefiler şirketleri; Muvafeze, İnan, Sanayi ve Vucuh şirketleri (39), diğer bir grupta; İnan ve Muvafeze şirketlerinin Emval, Amal ve Vucuh kısımlarına (40) ayırmışlardır.

Biz ikinci gruptaki ayırıma göre konuyu incelemeyi uygun bulduk.

I — Sermaye Ve Kâr Oranlarına Göre Ayırım

1 — **Muvafeze şirketi** : Ortakların aralarında tam (tasarrufta, malda, kârda, şirketin faaliyeti sırasında) bir eşitliğin olması şartıyla yapılan şirket akdidir (41). Bu ortaklık, hür, müslüman,

(33) ARSLANLI, s. 10; BİLMEN, s. 482; ŞEKERCİ, sh. 154.

(34) Mecelle m. 1336; ŞEKERCİ, sh. 154.

(35) Mecelle m. 1333; BİLMEN, sh. 500; ŞEKERCİ, sh. 192-193.

(36) Mecelle m. 1333.

(37) Mecelle m. 1934; BİLMEN, sh. 481; ŞEKERCİ, sh. 133.

(38) Mecelle m. 1335; BİLMEN, sh. 481 - ŞEKERCİ, sh. 153.

(39) Çeşitli tasnifler için bkz: ŞEKERCİ, sh. 167-171.

(40) BİLMEN, sh. 479; YAVUZ sh. 146, 149.

(41) Mecelle m. 1356; BİLMEN, sh. 459.

akıl-baliğ kişiler arasında olur. Veyahut ta her iki ortağın zimni olması lazımdır. Hüür ile köle veya çocuk ile baliğ veya Müslüman ile gayrimüslüm arasında geçerli değildir (42).

Bu ortaklık vekillik ve kefillik esasına dayanır. Ortaklardan herbirinin ailesinin yiyeceği ve giyeceğinden başka satın aldığı herşey şirketin hesabınadır. Ortaklardan birine mal satan bir kimse bedelini dilediğinden ister (43). Bu ortaklıkta malların teslim edilmesi ve her iki ortak malının birbirine karıştırılması zorunlu değildir.

Muvafeze şirketi ancak akit yapılırken «muvafeze» kelimesinin söylenmesi ile veya bu ortaklığın gerektirdiği bütün şartları açıklamakla kurulur. Şirket sermayesinin nakit ve tedavülde geçerli bir para olması gerekir (44).

2 — **İnan şirketi** : Belli bir nevi veya umumi olarak ticarete bulunmak için iki veya daha fazla kişinin belli bir sermaye koyup, kârı aralarında anlaştıkları oranda paylaşmak şartıyla kurdukları bir şirkettir (45).

Bu ortaklık vekillik esası üzerine kurulur. Kefillik üzerinde kurulmaz. Ortak olanların sermayelerinin ve kâr paylarının diğerlerinden fazla veya birbirine eşit olabilir. Ortakların sermaye olarak koydukları malları eşit olduğu halde kâr ve zararın farklı dağıtımını şart koşmuşlarsa, kâr şarta göre, zarar ise sermayedeki mallarına göre paylaşılır (46). Ortaklık ancak konan malları kapsar ve belli ticari işlere de hasredilebilir (47).

II — Şirketin Konusunun Mahiyeti Ve Sermayenin Nev'ine Göre Ayırım

İslâm Hukukunda mal (nakit ve mal), işgücü (a'mal) ve itibar olmak üzere üç sermaye çeşidi kabul edilmiştir. Gerek muvafeze ve gerekse inan şirketinden her biri ya emval (mal) şirketi ya a'mal (işgücü) şirketi veya vucuh (kredi=itibar) şirketi olabilir. Böylece akde dayanan şirket altı nevi olmaktadır.

(42) ANSAY, sh. 178; ŞEKERCİ, sh. 178.

(43) Mecelle m. 1333 - 1334 - 1356 - 1360 - 1387 - 1388.

(44) Mecelle m. 1339; ŞEKERCİ, sh. 181.

(45) Mecelle m. 1365 vd; BİLMEN, sh. 459.

(46) Mecelle m. 1361, 1362, 1365, 1384; BİLMEN, sh. 487.

(47) Mecelle m. 1366; ŞEKERCİ sh. 199.

1 — **Emval şirketi** (Sermaye şirketleri) : İki veya daha fazla kimse tarafından kâr ve zarara ortak olmaları şartıyla ticaret yapmak için belli bir meblağla (nakit ve mal) sermayeye iştirak üzere yaptıkları akittir (48).

2 — **İşgücü şirketi** (Şirketü-l Ebdan=Sanat Ortaklığı) : İki yahut daha çok kimsenin belli bir işi yapma yahut işi kabullenme hususunda ortak olmalarıdır. Anlaştıkları esas üzerine kazançta kâr payına ortak olurlar. Bu şirket işgücüne yahut düşünce çabasına dayanan bir şirkettir. Örneğin: İki terzi dikmek için elbiselik kumaş kabul etmede şirket kurarlar. Bu şirket daha çok sanat sahibi kimseler arasında kurulduğu için «Sanat Ortaklığı» veya «Tekabul Şirketi» de derler. Bedeni çalışmayı gerektirdiğinden «Ebdan Şirketi» ve «a'mal şirketi» de kullanılmaktadır (49).

3 — **Kredi şirketi** (Şirketü-l Vucuh) : Sermayesi olmayan iki veya daha fazla kimselerin kredi ile mal alıp satarak hasıl olacak kârı aralarında taksim etmek üzere akdedilen bir şirkettir. Başka bir deyişle, halk ve tacirler nezdindeki itibarlarına dayanarak birşeyi alıp satma hususunda iki kişinin anlaşmasıdır (50). Bu şirket vecahet ve itibar sahipleri tarafından akdedileceği için «Şirket-i Vucuh», sermayeleri bulunmadığı yönüyle de «Şirket-i Me-falis» adını almıştır (51).

III — Şirket Akdinin Hükümleri

Ortakların idare hakları bir vekalet ilişkisine dayanır. İnan şirketinde ortakların idare hakları kural olarak şirket maksadı (iştilgal konusu) ile sınırlıdır, yani sınırlı mesuliyetli bir şirkettir (52). İnan şirketinde hukuki akit BK. nun adı şirketlerde olduğu gibi ancak âkide (akdin taraflarına) aittir (53). Muvateze şirketinde hem vekaleti ve hem de kefaleti ihtiva ettiğinden idare hakları bakımından büyük farklılıklar vardır (54).

(48) Mecelle m. 1332, 1358, 1364, 1363 vd.; BİLMEN, sh. 460; ŞEKERCİ, s. 172 vd.

(49) Mecelle m. 1332, 1385, 1398; BİLMEN, sh. 460; YAVUZ, sh. 147.

(50) Mecelle m. 1332 - ŞEKERCİ, sh. 238.

(51) Mecelle m. 1332, 1360/2, 1399, 1403; BİLMEN, sh. 460.

(52) ARSLANLI, sh. 12.

(53) Mecelle m. 1384; ARSLANLI, sh. 12 vd.

(54) Mecelle m. 1334; ARSLANLI sh. 12; BİLMEN, sh. 498.

Ortakların birbirine kefilliği, ister muvafeze şirketinin mahiyetinden doğsun, isterse inan şirketinde akitte şart edilerek doğsun hukuki anlamıyla müteselsil mesuliyet sonucunu doğurur (55). Bu yönüyle kefaleti ihtiva eden muvafeze şirketi, mesuliyet bakımından kollektif şirketlere benzemektedir (TTK. m. 153-242) (56). İslam Hukukunda bu mesuliyet prensibi o kadar ileri gitmiştir ki, ortak kişisel ihtiyacı için bir mal satın alsa dahî satıcı malın bedelini diğer ortaktan isteyebilir (57).

Şirket akdinde ortaklar diğerlerinin emini durumundadırlar. Ortaklar arasında güven ilkesi geçerlidir. Ortakların elinde bulunan mallar vedia hükmündedir (58). Bu da göstermektedir ki, iç ilişki de şirkete özgü bir mamelekin varlığından sözedilebilir. Dış ilişkideki hukuki durum pek açık değildir (59).

İslam Hukukunda ortakların rekabet yasağına ilişkin hükümler de mevcuttur. Muvafeze şirketinde ortakların her biri, ortağının iznini almadan başka bir kişi ile inan şirketi kurabilir. Zira inan şirketi muvafazeden daha özeldir. Buna rağmen inan şirketinde ortaklardan biri, diğerinin iznini almadan başka biriyle inan veya muvafeze şirketine girişemez (60).

Kârın dağıtımını şirket mukavelesindeki hükümlere göre tayin olunur. Şirkette kâr payının nasıl dağıtılacağı meçhul bırakılırsa, şirket fâsıt olur (61). İnan şirketinde ortaklara kâr dağıtımını eşit olabileceği gibi farklı da olabilir. Fakat muvafeze şirketinde mutlaka eşit şekilde müşterek dağıtılma şartı zorunludur (62). Kredi şirketinde ortakların kâr hakları, borç aldıkları eşyadaki hisselerine göredir, yani her ortak yüklendiği borç oranında kâr alır (63).

Şirketin fesih ve infisahına ilişkin hükümleri de İslâm Hukukunda geniş bir şekilde görmekteyiz. Vekaletin ve kefaletin sona ermesine dair hükümler burada da geçerlidir. Kural olarak şirket,

(55) Mecelle m. 1356; BİLMEN, sh. 498.

(56) ARSLANLI, sh. 7.

(57) Mecelle m. 1357; ŞEKERCİ, sh. 186.

(58) Mecelle m. 1350; BİLMEN, sh. 486.

(59) ARSLANLI, sh. 14.

(60) Mecelle m. 1379; ŞEKERCİ, sh. 196.

(61) ŞEKERCİ, sh. 199.

(62) Mecelle m. 1358; BİLMEN, sh. 480.

(63) Mecelle m. 1400, 1402, 1403.

ortakların feshi ihbar etmeleri ile münfesihi olur, yalnız feshin geçerliliği için diğer şerikin feshi öğrenmesi gereklidir (64).

§ 4 — MUDAREBE (EMEK VE SERMAYE) ŞİRKETİ :

İslâm hukukçularının üzerinde ittifak ettikleri ve Mecellede de düzenlenen bir şirket türüdür. Sermayenin düzenlenmesi ve diğer vasıfları bakımından Mudarebe şirketi ile Roma ve Ortaçağ Hukukunun Commenda'ları arasında yakın bir benzerlik vardır (65).

İslam Hukukunda mudarebe; bir taraftan sermaye, diğer taraftan emek olmak üzere kâr üzerine yapılan bir anlaşmadır (66). Emval, işgücü ve kredi şirketinde ortakların koyacağı sermaye muhteva bakımından kural olarak birbirinin aynı olması gerekli iken, mudarebe de sermaye, çalışma ve maldan meydana gelir. Sermaye sahibine «Rabb-ul Mal» ve iş görene de «Mudarib» denir. Bu şirket de icap ve kabul ile gerçekleşir. Kitap, sünnet ve icma ile meşru kılınmıştır (67). Mudarebe şirketinin geçerli olabilmesi için şu şartlar aranır: Mudarebe için geçerli bir paranın olması, akit zamanında sermayenin bildirilmesi ve sermayenin çalışana teslim edilmesi, kârın her ikisi arasında orantılı ve herkese bu oranın bildirilmesi gerekir (68).

Kâr üzerine yapılan bir şirket olduğundan zararı rabb-ul mal çeker. «Zıyan çalışana aittir» şartını koymak batıldır, zarar sermayeden düşülür (69). Mudarib emindir, onun elindeki sermaye kısmen vedia hükmündedir (70).

Şirketin konusu ve mudaribin yetkileri tarafların, bilhassa rabb-ul malın arzusu ve ortaklığın gayesine göre sınırlandırılabilir veya genişletilebilir. Örneğin, mudarebeyi zaman, yer, ticaretin türü, ortağın girişeceği kişiler bakımından sınırlandırılmasının mümkün olduğu gibi (71). Mudarebe şirketinin konusu geniş tutulmuşsa, mudarib akit gereği yapmaya yetkili sayılır (72). Mudaribin yet-

(64) ARSLANLI, sh. 15. Şirket akdinin son bulmasına ilişkin geniş bilgi için bkz: ŞEKERCİ, sh. 346 vd.

(65) ARSLANLI, sh. 17; ŞEKERCİ, sh. 56.

(66) Mecelle m. 1404; BİLMEN, sh. 501; ŞEKERCİ, sh. 249.

(67) Geniş bilgi için bkz: ŞEKERCİ, sh. 230 vd.

(68) Geniş bilgi için bkz: BİLMEN, sh. 503.

(69) Mecelle m. 1413; YAVUZ, sh. 199.

(70) BİLMEN, sh. 505.

(71) Mecelle m. 1407; ARSLANLI, sh. 15, 16; ANSAY, sh. 180.

(72) Mecelle m. 1414; BİLMEN, sh. 506.

kileri sınırlanmışsa, konulan şart ve kayıtlara mudarib uymak zorundadır. Aksi takdirde yetki sınırını aşarak gasip olup, yaptığı işlemlerin zararı kendisine ait olur (73).

Mudarebe şirketi karz ve işi idare için verilen vekaletten farklıdır. Mudarebe de kârın bir kısmının rabb-ul mala ait olmasına rağmen, bütün kârın resülmalı olana ait olacağı şart edilirse verilen para karz olur. İş idare için verilen vekalette kâr tamamıyla res'ul mala ait olur. Bu kimse sadece bir vekil olduğundan kâr, ücret alamaz ve ne de yok olmasından bir mesuliyeti söz konusu olmaz. Mudarebe ise kâr payında bir şirkettir (74). Mudarebe fâsıt ve batı olduğu takdirde icare hükmüne girer ve kârın tamamı rabb-ül male ait olur. Mudarib de onun ücretle çalışan kimsesi gibi bilirkişinin takdir ettiği ücreti alır (75). Mudaribin şirket işinden dolayı yapmaya mecbur olduğu yol masrafları ve nafakası mudarebe malından alınır (76). Kârdan sonra zarar meydana gelse, kâr paylaştırılmış gibi kabul edilerek sonra ki zararın mudaribe etkisi olamaz (77).

Mudarebe şirketi, bir süre ile sınırlanmışsa sürenin geçmesi, ortaklardan birinin ölmesi veya gaip olması, hacir altına alınması, tarafların birinin azli ve istifası ile infisah eder (78).

§ 5 — MÜZAREA VE MUSAKAT :

İslâm Hukukunda mudarebe şirketi dışında müzarea ve musakat adı altında iki çeşit şirket daha vardır.

Mûsakat ise, bir taraftan ağaç (veya üzüm bağı) diğer tarafelde edilen mahsulü aralarında bölmek üzere yapılan ortaklık şeklidir (79).

Mûsakat ise, bir taraftan ağaç (veya üzüm bağı), diğer taraftan bunları terbiye, bakım işçiliği yaparak meydana gelen meyva-

(73) Mecelle m. 1420, 1421/2; BİLMEN, sh. 507.

(74) ANSAY, sh. 180 - Mecelle m. 1379, 1413.

(75) Mecelle m. 1426.

(76) Mecelle m. 1419; ŞEKERCİ, sh. 307 vd.

(77) Mecelle m. 1428; BİLMEN, sh. 509.

(78) Mecelle m. 1429 vd. Geniş bilgi için bkz: BİLMEN, s. 509 vd.; ŞEKERCİ, s. 323 vd.

(79) Mecelle m. 1431, 1440 - Geniş bilgi için bkz: BİLMEN, sh. 525, 529; YAVUZ, sh. 200-201.

ların aralarında bölünmesi üzere akdedilen bir nev'i ortaklıktır (80).

§ 6 — BUGÜNKÜ ŞİRKETLER HUKUKU İLE MUKAYESESİ

Bugünkü hukukumuzda düzenlenen ticaret şirketleri, tüzel kişiliği haizdir. Ticaret Şirketleri, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibarettir (TTK. m. 136).

Buna rağmen adi şirket hukukumuzda bir ana şirket fonksiyonundadır. Ticaret şirketlerine, kuruluşlarını tamamlayana kadar ve hüküm bulunmayan diğer hallerde adi şirket hükümleri uygulanır. Adi şirket hakkındaki hükümler sadece derneklere ve ticaret şirketlerine uygulanmakla kalmaz, kanun tarafından adi şirket hükümlerine tabi tutulan diğer ilişkiler de vardır. Örneğin, birden fazla müellif birlikte bir eser meydana getirecek olursa kendilerine adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır.

İslam Hukukunda bugünkü anlamıyla tüzel kişilik yoktur(81). Bundan dolayı da ticari faaliyetler, ancak bugünkü hukukumuzdaki adi şirketlere (BK. m. 520 vd.) tekabül edebilen akdi şirketler tarafından yapılmıştır. Çünkü bu şirketlerde ortaklar tasarruflarından bizzat sorumludurlar ve ayrıca bir şirket mümessili de yoktur. Başka bir deyişle memleketimizde işletmeler tüzel kişiliği bulunmayan Mecelle ile kodifiye edilmiş İslam Hukuku şirketleri tarafından işletilegelmektedir. Tüzel kişilik sahibi şirketler, hukukumuzda ancak 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ile Fransız sisteminden alınmak yoluyla gelmiştir. Kanunname-i Ticaret ile İslâm Hukuku çatışmış olmasına rağmen 1926 yılına kadar uygulanmıştır. Özellikle faiz konusu büyük çekişmelere yol açmıştır. Kanunname-i Ticaret, bugünkü TTK. nunda yerine bulan şirketleri (kollektif, komandit, anonim) şirketlerini düzenliyor, faizi kabul ediyordu (82).

Şu halde nasıl bir sonuca varıyoruz? İslâm Hukukunda tüzel kişilik mümessesesinin olmadığı, ticari faaliyetlerin tüzel kişiliği haiz şirketlerce yürütülmesine, teşkilatlanmasına cevaz verilmediği sonucunu çıkarabilir miyiz? Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştık.

(80) Mecelle m. 1441-1448, Geniş bilgi için bkz: BİLMEN, sh. 529-531; YAVUZ, sh. 201.

(81) ÜÇÖK/MUMCU; Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı Ank. 1976, sh. 126, 329.

(82) POROY (T/Ç), Ortaklıklar I, sh. 12-13; ÜÇÖK/MUMCU, sh. 329.

Kanunname-i Ticaret hakkında geniş bilgi için bkz: MİMAROĞLU, s. 9.

ğımız şirketler dışında ortaklıkların olamayacağı, yani Mecellede sayılan şirket nev'ileri ile bağlı olunacağı, İslâm Hukukunun bu nev'i şirketlere müsaade ettiğini iddia etmemizin mümkün olup, olmayacağı soruları aklımıza gelmektedir.

§ 7 — SONUÇ :

İslam Hukukunda beytul mal, vakıf ve devlet gibi tüzel kişiliği haiz büyük topluluğa hitap eden müesseseleri görmekteyiz(83). Tüzel kişilik hayat ihtiyaçlarına göre yürürlükteki hukukun kabul ettiği bir varsayımdır. Tüzel kişiliğin tanınmasının en önemli sonucu, bunların gerçek kişiler gibi hak sujesi olabilmeleridir (84). Zamanın ihtiyaçlarının çoğalması, sosyal ve ekonomik meselelerin yeni uyumsuzluklara çözüm getirmek lüzumunu hissettirmesi hukukçulara ve kanun koyuculara böyle bir düzenleme zorunluluğunu tabiatıyla getirmiştir (85). Bugünkü şirketler, sosyal ve ekonomik şartların sonucunda tüzel kişiliği aşan ve uluslararası organizasyona yönelen boyutlara ulaşmıştır. Holdingler, karteller, tröstler bunun en açık örneğini oluştururlar. Bu müesseseleşme ve çok yönlülük, tüzel kişilik mefhumunu doğurduğu gibi ticari faaliyetlerin ve gelişen toplum hayatının sosyal durumu, ilişkileri ve ihtiyaçlarının uzantısıdır (86). İslamda faiz yasak, ticaret serbesttir. Ticari faaliyetler şirketleşmeyi doğurur. Ticaret canlı, gelişen, kendini yenileyen, yeni yeni düzenlemelere ihtiyaç duyan bir faaliyet alanıdır. İslam Hukukunda faizden ve haksız kazançtan kaçınılmıştır. Bu nedenle şirket akdi ve diğer şirket çeşitleri kollektif olmaktan çok birkaç kişinin kurduğu ortaklık olarak kalmış ve gerekli olduğu yeri bulamamıştır. Yalnız emek ve sermaye şirketi olan mudarebe-yi her dönemin hukukçuları yaşadıkları şartlara ve ekonomik ihtiyaçlara uygun olarak bu modeli genişletmişler ve ihtiyaçları cevapsız bırakmamışlardır. «Kâr ortaklığı», «Faizsiz Banka», «Biriktirme sandıkları» gibi ileri sürülen görüş ve müesseseler Mecelle' de düzenlenen ve eskiden Kirad diye bilinen «Mudarebe şirketinden» başka birşey değildir (87).

(83) KARAMAN, Hayrettin; Mukayeseli İslâm Hukuku, İst. 1974, sh. 206 vd.

(84) ARSLANLI, sh. 71; KARAMAN, sh. 211.

(85) Tüzel kişilik ve tarihsel gelişimi için bkz: HÂTEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I (Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar) İst. s. 45.

(86) KARAMAN, sh. 211.

(87) Geniş bilgi için bkz: ŞEKERCİ, sh. 337-341.

KAYNAKLAR

- ANSAY, Sabri Şakir : Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 3. Bası, Ank. 1958
- ARSLANLI, Halil : Kollektif ve Komandit Şirketler, İst. 1960
- BERKİ, Ali Himmet : Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye) 3. Bası, İstanbul, 1982.
- BERKİ, Ş/HÂMİDİ, H. : İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, Ank. 1962.
- BERTAN, Suad : Aynî Haklar, Medeni Kanununun 618-764. maddelerinin Şerhi - C. I (M.K. m. 618-702)
- BİLMEN, Ömer Nasuhi : Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu C. 5, Nazir Akbasan Matbaası, 1952.
- DOMANIÇ, Hayri : Anonim Şirketler, İstanbul, 1978.
- HATEMİ, Hüseyin : Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, C. I (Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar) İstanbul, 1979.
- İSLAM ANSİKLOPEDİSİ: Cilt 11, M.E.B. Yayınları, 1970.
- KARAMAN(, Hayreddin : Mukayeseli İslâm Hukuku, İstanbul 1974.
- KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku - II - Şirketler Hukuku, 2. Bası Ankara 1973.
- MEYDAN LAROUSSE : Büyük Lügat ve Ansiklopedi. Cilt 11.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, C. II, Ticaret Ortaklıkları. Ank. 1973.
- ÖKTEM, İmran : İştirak Halinde Mülkiyet, İst. 1946.
- ÖZLAN, Hüseyin : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü.
- POROY, Reha / Tekinalp, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin : Ortaklıklar Hukuku, C. I - 2. Bası İstanbul, 1975.
- ŞEKERCİ, Osman : İslâm Şirketler Hukuku (Emek Sermaye Şirketi) İstanbul, 1981.
- ÜÇOK, Coşkun / MUMCU, Ahmet : Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı Ankara, 1976.
- YAVUZ, A. Fikri : İslâm Fıkhı ve Hukuku, İstanbul 1970.

**VIDEO SANAYİİ — YASAL GELİŞİM
CEZAI VE HUKUKİ SORUMLULUK**

Cemil SAATÇIOĞLU (*)

PLAN: I — Giriş. II — Türkiye’de yasal gelişim ve tanım. III — Sorumluluk. a — Cezai sorumluluk. b — Hukuki sorumluluk. IV — Video film ile müzik show oynatma sorumluluğu. 1 — Cezai sorumluluk. a — TCK. nun 426-427. maddeleri ile konusunun diğer maddelerdeki suçu kapsamı halinde ilgili maddeler. b — TCK. nun 526. maddesi. 2 — Hukuki sorumluluk. a — Tazminat. b — Diğer tedbirler. 1 — Cezai sorumluluk. a — Filmin konusu müstehcen ve genel ahlâka aykırı ise. b — Suçun unsurları. c — Suçun faili. ç — Suçun konusu. V — Videoda bant ile gösteri. 1 — Oynanan film ise. 2 — Ranim muhtevası müzik show olursa. VI — Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yönünden. 1 — Ceza davaları. 2 — Suçlar. 3 — Diğer suçlar. 2 — Hukuki sorumluluk. VII — Temenni.

I — GİRİŞ :

Kitle haberleşme araçları Dünyanın dört bir tarafına yayıldığı gibi ülkemizde de yaygın hale gelmiştir. Gerek özel ve gerekse umumi yerlerde küçüğünden büyüğüne kadar her yaşta ve her seviyedeki kişileri ekran başında görmekteyiz. Bu nedenle video kasetleri doldurulmakta ve oynatılmaktadır.

Önceki dönemlerde telefon, telgraf, telsiz gibi alıcı ve verici haberleşme araçları olduğu halde gelişen teknik ve sanayi’i yeni buluşlarla bunlara daha ileri seviyede araçları eklemiştir. Önce radyo ve sonra televizyon ve en son olarak da video haberleşme araçları arasına girmiştir.

(*) Yargıtay 2. CD. Tetkik Hâkimi.

Ülkemizde 1968 yılında siyah, beyaz televizyon yayını devreye girmiş, son zamanlarda ise renkli televizyon yayını yaygınlaşmaya başlamıştır. Bunun sonucu video devreye girmiş, bununla da video sanayii doğmuştur. Her yeni buluş ve bu buluşla gelişen sanayii kendisiyle birlikte bazı sorunlar doğurmuş, mevzuat boşluğu meydana gelmiştir. Toplum üzerindeki etki, kişi ve toplumu olumlu ve olumsuz yolda etkileyen, sosyal ve ekonomik alanda etkili olan video sanayininin başı boş bırakılmaması ve bazı tedbirler alınması zarureti doğmuştur.

Yasalarımızda videoya yer verilmediği halde 2954 sayılı Radyo ve Televizyon Yasası buna yer verdiği gibi 2936 sayılı Yasa ile değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Hakkındaki Kanun da videodan söz etmiş ve bazı kurallar koymuştur.

Bugün kentlerden kırsal alanlara kadar yapılan canlı yayınların hukuki bir statüye tabi tutulması kaçınılmaz olmuştur. Gelişen video sanayi dolayısıyla çeşitli adlarda, yasal ve yasal olmayan bir çok kaset doldurucu ve satıcıları ortaya çıkmış, mevzuat boşluğundan yararlanılarak başı boş bir yarışma başlamıştır. Bu nedenle de oynatılan video kasetlerinin denetimi gerekmiş ve müeyyidelere bağlanma yoluna gidilmiştir. Adli ve idari tedbirler alınmış, hukuki ve cezai sorumluluk doğmuştur. Her zaruret sorun doğurunca, mevzuat eksikliği farklı uygulamalara neden olmuştur. Bunun sonucu suç teşkil etmeyen kasetlere de güvenlik kuvvetleri tarafından elkonmuş, bunlardan bir kısmı hakkında C. Savcılığı takipsizlik kararı verirken bazı C. Savcıları ise dava açmıştır. Açık ve seçik yasal düzenleme olmadığı için hâkimler dayanak bulmada güçlük çekmiş, güvenlik kuvvetleri tarafından tutulan tutanak ve sözü edilen mevzuata dayanılarak kurulan hükmü, Yargıtay dayanağı araştırılmadan ve ne gibi emirlere aykırılık olduğu belirtilmeden gerekçesiyle bir çok kararları bozmuştur.

Video kasetlerinin gelişi güzel oynatılmaması bunun bir kurala bağlanması hukuki ve cezai sorumluluk gerektiği düşünülmüştür.

II — TÜRKİYE'DE YASAL GELİŞİM VE TANIM

Ülkemizde 3222 sayılı Telsiz Kanunu ile 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Hakkındaki Kanunu konumuza değinmekte, bazı durumlarda Borçlar Kanunundan da yararlanılmaktadır. 3222 sayılı Yasanın 38. maddesi «ruhsatsız, televizyon ve video» gibi kav-

ramlara yer vermemiştir. Çünkü yasa kabul edildiğinde bunlar bulunmuyordu. Ancak yasada genel anlamda geçen alıcı ve verici kavramları bunları da kapsamına almaktadır. Sözü geçen yasa yürürlükten kaldıran 2813 sayılı Telsiz Kanununun 23/a maddesi «Radyo ve Televizyon yayınlarını almaya yarıyan cihazlar için ruhsat alma zorunluğunu getirmiş ise de ruhsatsız cihaz kullananlar için müeyyide göstermemiştir. Ancak, 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe giren 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 63/b maddesi ile bunu müeyyideye bağlamıştır. Sözü edilen maddeye göre «Radyo ve televizyon yayını almaya ve kaydetmeye yarıyan cihazlar ile kapalı devre televizyon yayını yapmaya yarıyan cihazları ruhsat almadan veya cihazı ruhsatname ücretini ödediği yer türü dışında kullananlardan, ruhsatnamenin düzenlenmesi sırasında gerekli bilgileri yanlış beyan edenler, veya yanlış ruhsatname düzenleyenlerden tanzim edilmiş her türlü ruhsatname üzerindeki her türlü değişikliği ilgili mercie bir ay içinde bildirmiyenlerden, mühürleme, hurdaya ayırma ve benzeri şekilde kullanım dışında kalmış cihazı ilgili mercie haber vermeden kullananlar 10.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu fıkrayı takip eden fıkralarda ise diğer müeyyideler gösterilmiştir. Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 13.12.1983 tarihli kararı ile bu hususu açıklamıştır.

2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanununun 3. maddesi videonun tanımını yapmıştır. Maddenin (İ) bendinde «Televizyon yayınları alıp, kaydetmeye ve bir ekran vasıtasıyla seyretmeye yarıyan cihazlar» diye tanımlamaktadır.

38. madde, radyo ve televizyon yayınlarını almaya ve kaydetmeye yarıyan cihazların imal, ithal ve satışını yapanların üçer aylık dönemler itibarıyla Kuruma bildirilmesi,

39. madde yukarıda belirtilen araçların perakende satışının her yılın üçer aylık dönemler itibarıyla Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumları'na bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Adı geçen maddeden anlaşıldığı gibi satıcıların videoları bildirme zorunluluğu yoktur. Ancak alıcılar için yükümlülük vardır. Netekim 2954 sayılı Kanunun 63. maddesi «Aşağıda belirtilen fiilleri işleyenler bu fiilleri başka bir suç oluşturursa bile ayrıca bu madde hükümlerine görede cezalandırılır diyerek bir nevi müteselsil suç kabul etmiştir. Bu yükümlülük ise cezaidir. Kullananların daha iyi denetlenebilmesi için kanımızca yasada değişiklik yapıp video satıcılar için de yükümlülük kabul etmek gerekir.

III — SORUMLULUK

Sorumluluğu: a — Cezai sorumluluk,

b — Hukuki sorumluluk,

olarak iki bölümde incelemek gerekir. Bu incelemeyi yaparken de yasalarımızdaki bu konuya değinen hükümler, Yargıtay İçtihatları, İdari mercilerce çıkartılmış tebliğler üzerinde durmamız gerekir.

**IV — VİDEO FİLM İLE MUZİK SHOW OYNATMA
SORUMLULUĞU****1 — Cezai sorumluluk**

a) TCK. nun 426-427. maddeleri ile konusunun diğer maddelerdeki suçu kapsamaması halinde ilgili maddeler.

b) TCK. nun 526. maddesi.

2 — Hukuki sorumluluk

a) Tazminat,

b) Diğer tedbirler.

Yukarıda belirttiğimiz hususları açıklamaya çalıştığımızda mevzuat boşluğunun bazı zorlamaları getirdiğini ve zamanla alınması gereken tedbirlerde değişikliğe zorladığını gözleyeceğiz.

1 — Cezai sorumluluk

Özel ve umumi yerlerde her türlü kaset film, müzik show oynatıldığı, bunlar ise kişi ve toplumu iyi ve kötü yönde etkilediği için tedbir alma yoluna gidilmiş, umumi yerlerde geliş güzel oynatılmaması için denetimler başlamıştır.

Bunların umumi ve özel yerlerde oynanıp gösterilmesi halinde suç teşkil edip etmediği ayırımı üzerinde durmak gerekir.

Bu ayırım yapma nedeni özel yerlerde oynatılıp gösterildiği taktirde suçun oluşmuyacağıdır. Çünkü aşağıda izah edeceğimiz gibi durumu mevcut mevzuata göre değerlendirmek gerekir. Ülkemizde cezaların kanuniliği prensibi benimsenmiştir. Bir hususun ahlak yönünden iyi karşılanmaması, ahlaki ve manevi değerleri rencide etmesi, bazı kişi ve kuruluşlarca benimsenmemesi başka,

suç teşkil edip etmediği başka hususlar olup değerlendirilmelerine buna göre yapılması gerekir.

• a) — Filmin Konusu Müstehcen Ve Genel Ahlaka Aykırı İse:

Filmin konusu müstehcen ve ahlaka aykırı ise bunun müeyyidesini TCK. nunun 426 ve 427. maddelerinde bulmaktayız. Oynanan filmin konusuna göre durumu değerlendirmek icap eder. Burada önce madde metinlerini yazıp sonra unsurları üzerinde duralım.

TCK. madde 426: «Müstehcen ve hayasızca yazılmış her nevi kitap, gazete, risale, varaka, makale ve ilanları veya bu kabil resimleri, tasvirleri fotoğrafları, sinema şeritlerini yahut diğer eşyayı teşhir veya bu kabil asar ve mevzuatı tiyatro veya sinemalarda ve sair umumi mahallerde temsil veya gerek bunları veya gerek bukabil gramafon plâklarını bilerek tevzi veya fûruht edenler ve ettirenler yahut ticaret veya tevzi yahut teşhir kasdiyle tersim, tasvir, hak, imal ve tabii veya teksir ve gramafon plaklarını imal eden veya ettirenler yahut ithal ve ihraç ve Türkiye dahilinde bir mahalden diğer mahalle nakıl eden ve ettirenler ve bunlar üzerinde her ne suretle olursa olsun muamelede bulunanlar veya bunların ticaretini kolaylaştırmak kasdiyle bu fiilleri icra edenler veya bu kabil evrak ve eşyanın gerek bilvasıta ve gerek bila vasıta ne suretle tedarik edileceğini her hangi şekilde olursa olsun ilan eden veya bildirenler ve umumi mahallere bu kabil hitabeleri iradeler bir aydan iki seneye kadar hapis ve onbeş liradan 500 liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır.»

• b — Suçun Unsurları:

a) Bir kimsenin, b) Müstehcen şeyleri, c) Teşhir, temsil, tevzi eylemesi, satması, yapması, taşınması, yurda sokması, çıkarması, ilanı ve hernesuretle olursa olsun bunlar üzerinde bulunulması, d) Fiili bu kasıt altında işlenmesi.

• c — Suçun Faili:

Herhangi bir kimse olabilir.

• ç — Suçun Konusu:

Müstehcen şeylerdir. Yargıtay'ın görüşüne göre halkın ar ve haya duygusunu incitecek nitelikte olanlar müstehcendir. Sayın Ord. Prof. Sulhi Dönmezer'de aynı tanıımı yapmaktadır.

Bilim adamı LOGOS «Hâkim davaya konu olan şeyin müstehcen olup olmadığını şeyin mahiyetine, güdülen gayeye ve failin maksadına göre taktir eder görüşündedir. Yalnız burada bir hususu açıklamamız gerekir. İhtisasa taallük eden bir şeyde hâkim

kendi bilgi ve görgüsünü değil bilirkişi beyan ve görüşünü göz-
önünde bulundurarak hüküm kuracaktır.

Belirtilen bu hususlar suçun maddi unsurlarını oluşturur. Su-
çun manevi unsuru özel kasdır.

Üzerinde drulması gereken en önemli husus suçun meydana
gelişip gelmemesinde aleniyetin bulunup bulunmadığıdır. Türkçe
sözlük aleniyete açık olma hali, herkesin içinde olarak tanımla-
maktadır. Ceza hukuku alanında aleniyet herkesin girip çıkabile-
ceği ve işiteceği şeklinde nitelendirilir. Bu nedenle her umumi yer
alenidir, fakat her aleni yer umumi değildir.

Şimdide bu konudaki Yargıtay, içtihatları üzerinde durmaya
çalışalım : «Sanık savunmasında suç konusu afişlerin (Kıvrıl, fa-
kat kırılma) adındaki filme ait olduğunu, filmin sansürden geçti-
ğini, sinemalarda gösterildiğini ileri sürdüğüne göre adı geçen fil-
min merkez film komisyonunca oynatılmasına izin verilip, verilme-
diği, izin verilmiş, ise afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup
olmadığı afişlerin filim kontrol komisyonunca görülüp görülmedi-
ği hususları araştırılıp sonucuna göre eylemin kast yönünden suç
teşkil edip etmediğinin tayin ve taktiri gerekirken eksik inceleme
ile karar verilmesi gerekçesiyle verilen hükmü Yargıtay bozmuştur
(Y. 5. CD., 26.4.1974 T. ve 1530/1450 sayı).

Sinema işleticisi sanık (R) ve sinema makinisti (H) nin nor-
mal seanslardan sonra kendi arkadaşlarından 4-5 kişi için kapıları
kapatıp söz konusu olan seks filimleri özel olarak göstermiş bu-
lunmalarına göre eylemde suç unsuru teşkil eden aleniyet yoktur.
Bu itibarla müstehcen neşriyatın maddi ve manevi unsuru olma-
dığını belirtmiştir (Y. 5. CD., 10.10.1976 T., 3108/3110 sayılı kararı).

TCK. nun 427. maddesi sorumlu müdürler hakkında yukarı-
daki maddede açıklanan cezayı ön görmektedir. Buradaki sorumlu
müdürden murat kitap makale, varaka ve ilanlarla ilgili sorumlu
müdürdür, yine maddeye göre yazarlarda aynı hükme tabidir.
TCK. nun diğer maddelerine giren bir suçu oluşturduğu taktirde
ona göre kovuşturmaya tabi olur. Bu paragrafta açıklamasına ça-
lıştığımız hususlar videoda oynatılıp, seyredilen ve dinletilen filim-
ler ile müzik showlar için de söz konusudur. Aşağıda bu konuda
Yargıtay görüşüne değinilecektir.

V — VİDEODA BANT İLE GÖSTERİ

Burada iki hususu ayırmak gerekir:

- 1 — Oynanan film ise,
- 2 — Bantın muhtevası müzik show olursa.

1 — **Konu film ise :** Bunun kişiler ve toplum üzerinde zararlı etkileri olduğu ve zararları bulunduğu için gelişi güzel oynatılması gerekir. Bunu düşünen yetkililer tedbir alma zaruretini duymuşlardır. Bunun içinde Emniyet Genel Müdürlüğü menşeli İçişleri Bakanlığı tarafından valiliklere 10.8.1981 tarih ve 130094 sayılı buyruk gönderilmiştir.

Söz konusu genelgede «1 — Yasal olmayan yollarla yurda sokulan örf ve adetlerimize aykırı ahlak bozucu rejim aleyhtarı video kasetlerin kahvehane, birahane, ve lokanta gibi umuma açık yerlerde halka gösterildiği cerayen eden işlemlerden anlaşılmıştır.

Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlemesi Hakkındaki Tüzüğün 20. maddesine göre halka gösterilmesine izin verilen filimlerin Emniyet genel müdürlüğünce verilen gösterme izin belgesini filmin bütün kopyalarının başında ve okumaya olanak sağlayacak uzunlukta gösterilmesi ve ayrıca anılan tüzüğün 28. maddesine göre bu belgenin güvenlik kuvvetlerince her istediklerindegösterilmesi zorunlu olup, aksi halde filmin gösterilmesinin durdurulması gereklidir.

Bu duruma göre yerli ve yabancı filimler denetim hükümlerine tabi olup, ellerinde kurul kararı ile filmin gösterme izin belgesi bulunanlar filimleri sadece sinamalarda gösterebilirler.

Her nesuretle olursa olsun Kahvehane, birahane, ve lokanta gibi umuma açık yerlerde sinama filimlerinin gösterilmesi mümkün görülmemektedir. Aksi halde izinsiz film göstermekten sorumlular hakkında adli ve idari işlem yapılması gerekmektedir. Bu nedenle umuma açık yerlerde gösterilmesine teşebbüs edilen filimlerin oynatılması müsaade edilmemesine, oynatanlar hakkında yasal işlem yapılmasını ve sonucunda Bakanlığımıza bilgi verilmesini rica»

denmek suretiyle yukarıda belirtilen umumi yerlerde film gösterilmesi yasaklanmıştır. Bu buyruğu gözönünde bulunduran Yargıtay İkinci Ceza Dairesi aykırı hareketi suç olarak nitelendirmiş ve eylemin TCK. nunun 526. maddesine girdiğini mustakâr içtihatlarında belirtmiştir.

Eylemin suç teşkil ettiğini ve buna uyan maddenin ne olduğunu açıkladığımızı göre niçin ve nasıl oluyorda bu maddeye girdiğini değerlendirmek için maddeyi ve suç unsurlarını açıklamamız gerekmektedir.

TCK. nunun 526. maddesi muayyen konulara taallük etmekle beraber suçların kanuniliği kuralını koyan aynı Yasanın 1. maddesi açıklığına rağmen bir takım eylemleri suç haline koyma hususunda bazı makam ve mercilere yetki vermiştir. Bu itibarla :

1) Verilen emir (buyruk), alınan tedbir muayyen hususlara diğer bir deyimle adli işlemlere, kamu güvenliğine, kamu düzenine veya Hıfzısıhaya taallük edecektir,

2) Emri veren makam ve yetkili olacaktır,

3) Emir yasalara aykırı olmayacaktır,

4) Fiil ayrı bir suç teşkil etmemelidir.

Olayımızda kamu düzeni ve kamu güvenliği dolayısıyla, yetkili merci, yasanın kendisine verdiği yetkiye dayanarak buyruk çıkartmıştır. Yasalarda özel hüküm var ise, veya ayrı bir suç teşkil ediyor ise artık TCK. nun 526. maddesi değil özel madde uygulanacaktır. Sonuç olarak: a) Bu hususta yasa yetki vermelidir, b) Suç sayılacak eylemin cezalarını yine yasa saplmalıdır, c) Usulen ilân edilmelidir, d) Tüziük, yönetmelik, karar veya buyruk yasalara aykırı olmamalıdır.

2 — **Konu müzik show olduğu takdirde:** Bunun suç olup olmadığı hususu üzerinde durmak gerekir. Bu hususu da ikiye ayırmak gerekir. Konu ayrı bir suç teşkil ediyor ise bu suçun uygun olduğu maddenin müeyyidesi uygulanacaktır. Müstehcen olması veya komünizm propogandası oluşturması gibi. Suç teşkil etmeyen sadece müzik showdan ibaret bir kaset bant ise suç teşkil etmeyecektir. Bunun dayanağına gelince: İçişleri Bakanlığı adına Emniyet Genel Müdürlüğü'nce gönderilen 21 Eylül 1982 tarih ve basın 91128/142 sayılı Genelgede «Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlemesi Hakkındaki Tüzüğü'nün 20. maddesine göre halka gösterilmesine izin verilen filimlere (Emniyet Genel Müdürlüğü'nce verilen film gösterme izin belgesinin) filmin bütün kopyalarının başında okunaklı ve okumaya olanak sağlayacak uzunlukta gösterilmesi ve ayrıca anılan tüzüğü'nün 28. maddesine göre bu belgenin güvenlik kuvvetlerince her istendiğinde gösterilmesinin zorunlu olduğuna» değinilmekte, yerli ve yabancı filmlerin denetim hükümlerine tabi olup, ellerinde kurul kararı ile film gösterme izin belgesi bulunanların filmleri sadece sinamada gösterebilecekleri, her ne surette olursa olsun kahvehane, birahane ve lokantalar gibi umuma açık yerlerde sinama filmlerinin gösterilmesinin mümkün olmadığı bildirilmektedir. Bununla da 10.8.1981 günlü Genelge ile teyit edilmektedir. Bu genelgede müzik show gibi çeşitli programları içeren video kasetlerinin gösterilmesinin sakıncalı bulunmadığına değinilmektedir. Ancak konu suç oluşturduğu taktirde ilgili madde uygulanacaktır.

Emniyet Genel Müdürlüğü kaynaklı olan İçişleri Bakanlığı tarafından valiliklere gönderilen 3.5.1983 tarih ve 100139 sayılı Genelge ile önceki yasakların kapsamı biraz daha daraltılmakta suç oluşturmayan (TCK. nun 526. maddesi yönünden) istisnalar genişletilmiştir. Bunlar genelgenin 1. maddesinde «Aktüalite, belgesel, reklam ve aile filmleri olarak nitelendirilmekte», genelgenin 2. maddesinde ise «Yasak kapsamı dışında kalan güncel, belgesel, müzik show gibi kaset filmlerinin ancak konusu suç oluşturduğu» taktirde yasal işleme tabi tutulacağını açıklamaktadır.

Genelgede video kulüpler ile ilgili olarakta «Genel güvenlik, ahlâk ve adaba aykırı film temin edip çoğaltıp dağıtmamaları için tedbir alınmasını şart koşmaktadır.

Yukarıda sözü edilen genelgelerin hukuki dayanağı 6.7.1980 tarih ve 7/17890 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan «Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesi Hakkındaki Tüzüğü 20 ve 28. maddeleridir.

Yargıtay İkinci Ceza Dairesi 14.2.1984 tarihli kararında «Sanıkta yakalanan bantlardan üç adedinin müzik show niteliğinde olduğu açıklandığına göre 6.7.1979 gün ve 7/17890 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesi Hakkındaki Tüzük celb edilerek adı geçen bantların çalınmasının yasaklanıp yasaklanmadığının tesbitinden osna zor alımına karar verilip verilemeyeceği gözetilmeden hüküm verilmesi isabetsizliğinden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Yine Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 7.9.1983 gün ve 4535/4913 sayılı ilamıyla «Dosya arasında mevcut Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 22 Eylül 1982 tarihli tavih yazısında müzik show gibi çeşitli programları içeren video kasetlerinin halka gösterilmesinin yasaklar dışında olduğu ifade edilmiş olmasına göre sanığın gösterdiği müzik show niteliğinde olup olmadığı araştırılıp bu nitelikte olduğu tesbit edildiği taktirde eylemin suç teşkil etmeyeceğinin göz önüne alınmaması gerekçesiyle verilen mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.

Bir hususu da açıklamakta zaruret bulunmaktadır. Yukarıdaki izahatımızdan anlaşılacağı gibi suçun oluşması için aleniyet veya umuma açık yer olması gerekir, özel yerde oynatıldığı taktirde suç teşkil etmez.

VI — FİKİR SAN'AT ESERLERİ KANUNU YÖNÜNDEN

5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanunu ile bunu değiştiren 2936 sayılı Kanunda eserler için bazı özel müeyyideler konmuştur. Bunlara da özet olarak değinmek istiyoruz:

1 — Ceza Davaları:

5846 sayılı Yasanın 71-72. maddeleri manevi haklara tecavüz, diğer suçlar başlığı altında olmak üzere durumu müeyyide altına almıştır.

2 — Suçlar:

• a) Manevi haklara karşı işlenen suçlar, 5846 sayılı Kanunun 14. maddesi «Eseri umuma arz etme yetkisine tecavüzdən bahsetmekte, eseri veya çoğaltılmış nüshalarına eser sahibinin izni olmadan ad koymayı, başkasının eserini kendi eseri olarak göstermeyi, veya başka türlü değiştirmeyi, 15. maddesinde kaynak göstermemeyi veya aldatıcı, yetersiz biçimde göstermeyi tecavüz kabul etmektedir.

• b) Malî haklara karşı işlenen suçlar: İşletme, çoğaltma, yayma, temsil, radyo ile yayım gibi haklara karşı tecavüzdür.

3 — Diğer suçlar:

Bir eserin haksız olarak çoğaltılması suretiyle diğer nüshalarının satışının yapılmasıdır.

5846 sayılı Yasada video yer almamış iken bunu değiştiren 2936 sayılı Yasada videoya da yer verilmiştir Nitekim 5846 sayılı Yasanın 38. maddesini değiştiren 5 maddesinde «Bütün fikir ve san'at eserlerinin yayınlanma veya kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus belli sayıda nüshalara münhasır kalmak şartıyla, çoğaltılması mümkündür. Ancak, ses ve görüntü tekrarına yarayan vasıtalarla alınmış sinema filmleri, video kasetleri ve benzerleri hakkında bu hüküm uygulanmaz denerek video kasetleri istisna tutulmuştur.

Aynı yasanın 41. maddesini değiştiren 6. maddesinin 2. fıkrasında «Ancak, özel olarak işaretlenmemiş plâk, video, kaset ve ses kasetlerinin eser sahibinin veya yetkili kıldığı hallerde meslek birliğinin uygun bir bedeli tazminat olarak isteme hakları saklıdır» diyerek fıkradaki diğer eserlerin umumi yerlerde çalınması ve gösterilmesi suretiyle temsil edilmesine bir ayrıcalık tanımıştır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız manevi haklara tecavüzle ilgili 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 71. maddesi 2936 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değiştirilerek:

1) Alenileşmiş olsun veya olmasın, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arzeden veya yayınlayan,

2) Sahip ve halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koyan,

3) Başkasının eserini kendi eseri veya kendi eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15. maddenin 2. fıkrasına aykırı hareket eden,

4) 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40. maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren, kimseler hakkında bir aydan üç aya kadar hapis ve 30.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunur.

Mali haklarla ilgili 72. maddede 2936 sayılı Kanununun 12. maddesi ile değiştirilmiştir.

Değişen maddeye göre:

Hak sahibinin yazılı izni olmaksızın bu kanuna aykırı olarak kasden:

1) Bir eseri her hangi bir şekilde işleyen,

2) Bir eseri her hangi bir şekilde çoğaltan,

3) Bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya satışa veya tedavüle arzeden,

4) Bir eseri veya işlenmelerini temsil veya teşhir eden yahut umumi yerlerde gösteren veya radyo, yahut bunlara benzer vasıtalar ile yayın

Kimseler hakkında bir aydan üç aya kadar hapis ve 30000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunur.

Diğer suçlarla ilgili madde de 13. madde ile değiştirilmiş ve 73. madde ile cezalar bir aydan 3 yıla kadar hapis ve 50000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunacağı kabul edilmiştir.

2 — Hukuki sorumluluk

Video kasetler ile müzik show ve film oynatmak için eser sahibinin rızasını almak gerekir. Aksi taktirde hukuki sorumluluk meydana gelir. Bu hukuki sorumluluğun dayanağı «2790 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın —Temel Hak ve Hürriyetleri— başlığını taşıyan 12. maddesindeki (Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerine sahiptir» ilkesinin sonucu kişiye bağlı hak ile 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanunu ve bunu değiştiren 1.2.1983 tarihinde kabul edilen 2936 sayılı Kanun ile Borçlar Kanunudur.

İnsan, insanlığın ortak kültür yaratıcısıdır.

Basın, radyo, video televizyon, yayıncılık, konser ve benzerler kültür hayatının hukuk kuralları ile düzenlenmiş önemli unsurlarıdır.

Eser sahibi onu yaratan kişi olduğu için korunması şarttır.

Bunu koruyan ise yukarıda belirttiğimiz Fikir ve San'at Eserleri Yasası'dır. Eser sahibinin haklarını maddi ve manevi diye ayırmamız gerekir. Yabancı bilim adamlarının görüşüne göre eser sahibinin hakkı tabii hukuktan doğmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 27. maddesi «Herkesin edebiyat, yahut san'atla ilgili eser sahipliğinden doğan manevi ve mameleki yararının korunması gerekir.

«Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 1. maddesinde yapılan tanımda: Bu kanuna göre eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve aşağıda hükümler uyarınca ilim ve edebiyat, musiki, güzel san'atlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve san'at mahsulüdür» denmektedir. Tanım yorumlandığında video kasetlerindeki film ve müzik showları da kapsadığı anlaşılır.

5846 sayılı Yasanın 13. maddesine göre eser sahibinin hakları malî ve manevi olup korunması gerekir.

Yasa 14. maddesinde umuma arz yetkisi, 15. maddesinde adın belirtilmesi yetkisi, 16. maddesinde eserde değişiklik yapılmasını menetmek, 17. maddesinde eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları, mali hakları ise; madde - 20 genel olarak alenileşmemiş bir eserden yararlanma hakkı, madde - 21 işletme hakkı, madde - 22 çoğaltma hakkı, madde - 23 yayma hakkı madde - 24 temsil hakkı olarak, saymamız mümkündür.

Eser sahibinin açabileceği davalar: 1) Tecavüzün kaldırılması, 2) Tecavüzün önlenmesi, 3) Haksız rekabet ilkesinin çiğnenmesinden doğan davalar, 4) Tazminat davalarıdır.

Olayımıza ışık tutan ve orijinal bulunan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı üzerinde durmak istiyoruz:

«Çile Bülbülüm Çile adlı eseri (E.S.) bir televizyon programında okumuş, (S.A.) isimli san'atkâr imtiyaz sahibinden izin alınmadığı ve orijinalliğini de bozduğu için manevi tazminat davası açmıştır. Mahalli mahkeme Fikir ve San'at Eserleri Kanununa dayanarak 200000 TL. manevi tazminata hükmetmiş, Davalı TRT. Kurumu'nun temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi «Eserin kamuya mal olduğunu, eser sahibinin adının değiştirildiği, üzerinde değişiklik yapıldığı ileri

sürülmediği, malikinin şeref ve itibarını kırıcı eylem olmadığı Bestekâr Sadettin Kaynak'ın mali hakları devredip, manevi hakları devretmediğini Bu nedenlerde davanın reddedilmesi gerekçesiyle verilen hükmü bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında dırınması üzerine HGK. 11.2.1983 gün ve 1981/47 esas, 123 sayılı kararında «Bestekâr Sadettin Kaynak'ın her türlü telif haklarını 3.7.1954 tarihli temlikname ile Çile Bülbülüm Çile adlı Şarkıyı (S.Y.) ya devrettiği ve bu arada manevi hakkında devredildiğinin anlaşılmasına, 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 16/f. 2 hükmüne göre eserin mahiyet ve hususiyetlerinin bozulması manevi tazminat istemeyi gerektireceğine, ancak (E.S.) isimli ses san'atkârı ile İran uyruklu diğer bir san'atkâr tarafından birlikte ve eserin Türk san'at müziğine ve onun icra edilmiş şekline göre —mahiyet ve hususiyetlerini— bozucu bir tarzda icra edip etmedikleri yönü ile keza aynı eserin televizyon programında söylenirken çalınan müzik aletinin çıkardığı ses bakımından eserin özelliğinin haleder olup olmadığının ve diğer bir deyişle dava konusu olayda Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 14-16 ve 70. maddeleri hükümlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

3 Kasım 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2936 sayılı Kanunla değişik 5846 sayılı Kanunun 43. maddesini değiştiren 8. maddesi Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun yayınlarında fikir ve san'at eserlerinden faydalanma yetkisi hususunu ilave etmiş ve «Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu, Radyo ve Televizyonla yapacağı yayınlarda faydalanacağı Türk veya yabancı uyruklu yazar, besteci ve diğer eser sahiplerinin tesbit şekli ne olursa, olsun, umuma arz edilmiş ve koruma süresi dolmamış bütün eserlerini, eser sahiplerinin, mali hak sahiplerinin ve meslek birliklerinin izni almaksızın;

- 1) Sesli ve görüntülü yayınlarında kullanma,
- 2) Radyo ve televizyon program tekniklerinin gerektirdiği ve eserin özünü bozmayan her türlü işlemlere tabi tutma,
- 3) Uygun bulunacak sanatçı veya sanatçılara icra ettirme,
- 4) Sesli ve görüntülü yayınlarda kullanma ve eğitim, kültür kurumları ile yabancı radyo ve televizyon kuruluşlarına gönderilmek üzere her türlü teknik usullerle tesbit ve çoğaltmalarını yapma,

5) Programlarda yer verdiği yayınlanmış müzik eserlerini ses nakil ve tekrarına yarayan aletlere alma,

yetkisine sahiptir diyerek, TRT. Kurumu'na geniş hak tanımıştır. Ancak Eserin Özünü bozmaması gerekir diyerek bir istisna getiril-

miştir? O da sözlü ve sözsüz sahne eserlerinin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu tarafından kullanabilmesinin eser sahibinin iznine bağlı olmasıdır.

VII — TEMENNİ :

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, mevzuatımızda boşluk bulunmaktadır. Bundan dolayı ayrı yerlerde ayrı uygulamalar yapılmaktadır. Bir çok yerlerde suç oluşmadığı halde güvenlik kuvvetleri suç olduğu görüşü ile tutanak düzenlemekte C. Savcılıkları da buyruklara aykırı olduğu iddiasıyla kamu davası açmakta, dayanağı olup olmadığı araştırılmadan hüküm kurulmaktadır. Gelişen video sanayii dolayısıyla boşluğun genelgelerle giderileceği yerine kalıcı ve esaslı düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bunun içinde:

1) Çeşitli adlarla faaliyetini sürdüren kuruluşlar bir meslek kuruluşu olarak örgütlenmeli ve video sanayi'i ve kasetleri ile uğraşı gösterenlerin meslek kuruluşuna üye olma zorunluğu getirilmelidir.

2) 2936 sayılı Kanunla değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve San'at Eserleri Kanununun 42. maddesine 5. fıkra olarak Video Sanayi'i meslek kuruluşu birliği fıkrası ilave edilmek suretiyle yasada değişiklik yapılmalıdır. Bununla zıt yararların çakıştığı kuruluşların video sanayiini kösteklemesi ilerleyip ve gelişmesinin engellenmesi önlenecektir.

3) Günün şartlarına uygun yasa hazırlanması için ilgili Bakanlık, kuruluş ve bu işlerden anlar hukukcular ve tekniklerden müteşekkil komisyon İçişleri Bakanlığı çabası ile bir an önce teşkil edilip çalışmalara başlanmalıdır.

4) Yasaklar ve uygulanacak kurullar açık ve seçik olmalı iltibasa ve tereddütlere yer verilmemelidir. Video kaseti, ithal, ihraç ve oynatma ile başkalarına ve kuruluşlara kiraya verme işlemleri kurallara bağlanmalı ve oynatılacak ve seyredilecek kasetlerin ülke şartlarına uygun tarzda düzenlenmesi yöntemine gidilmelidir.

YARARLANAN ESERLER

- 1) Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhine Cürümler, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer.
- 2) Hukukta Fikir ve San'at Eserleri Ürünleri, Prof. Dr. Nuşin Ayiter.
- 3) Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Dr. İur. Abdullah Pulat Gözübüyük.
- 4) Adalet ve Yargıtay Kararları Dergileri.
- 5) Yargıtay kararlar kartonu.

FEDERAL MAHKEME KARARLARI

● TAHKİM — HAK VE NASAFETE GÖRE VERİLMİŞ HAKEM KARARI — FEDERAL MAHKEMENİN İNCELEME YETKİSİ

Çeviren : Kemal DAYINLARLI (*)

—Hakemleri, hak ve nasafete göre hüküm tesis etmeye yetkili kılan tahkim sözleşmesi— Kanton makamı nezdinde bir tarafın yaptığı iptal müracaatı; ret — Federal Mahkeme tarafından reddedilen kamu hukuku müracaatı

CİA Kantonlararası tahkim anlaşması (CİA) nın madde 3 bent f
madde 31 fıkra 3 ve madde 36 bent f.

1 — Tahkim konusunda kamu hukuku müracaatı ancak tahkime ilişkin kantonlararası anlaşmanın 3. maddesinin (f) bendi ile 36. maddesinin uygulandığı Kanton Mahkemesi kararına karşı yöneltilebilir (c. 1).

2 — Hakemler hak ve nasafete göre karar vermeye yetkili kıldıkları zaman (anlaşmanın 31. maddesinin 3. fıkrası) emredici nitelikte olan katı hukuktan ayrılabilirler. Kamu düzeni ile ilgili hükümler bu kuralın dışındadır: Böyle durumda, Kanton makamı hakem kararını ancak hak ve nasafete açıkça aykırı olduğu takdirde keyfi olarak niteler (c. 2a ve b).

3 — Hak ve nasafete göre hakemlerin vermiş oldukları bir karar hakkında Kanton Mahkemesinin hükmü söz konusu olduğu zaman, Federal Mahkeme ancak anlaşmanın 36. maddesinin f bendinin ihlâli nedeniyle bu hükmü, hakem kararının hak ve nasafet kuralına açık bir ihlâlini içeren tanımamanın kabule şayan olması halinde iptal eder (c. 2).

Bettydo S.A. c. Torriani et Tessin, İstinaf Mahkemesi, 8 Nisan 1981; RO 107 Ib 63. Bettydo A.Ş. ile Mühendis Torriani, mühendi-

(*) Avukat.

Kaynak: JOURNAL DES TRIBUNAUX, 30.4.1983 gün, sayı: 8, yıl: 131.

sin ücretiyle ilgili bir ihtilâfı hakem yoluyla çözmek için iki mühendis ve bir mimardan oluşan hakem heyetini görevlendirdi. Hakemler «*de bono et aequo*» (hak ve nasafet) e göre hüküm vermeye yetkili kılınmışlardır. 1 Şubat 1980 tarihli kararıyla hakem heyeti teferruatı ile birlikte şirketi 903.149,35 Fr. lık bir meblağı mühendis Torriani'ye ödemeye mahkûm etti. Şirket, Tessin İstinaf Mahkemesi'nin 2. Hukuk Dairesi nezdinde iptal müracaatında bulundu, mahkeme 1 Temmuz 1980'de bu müracaatı reddetti. Kamu hukukundan hareketle müracaatta bulunan Bettydo Anonim Şirketi, Kanton makamının kararının iptalini Federal Mahkemedен istedi. İstinaf mahkemesi hiçbir itiraz ileri sürmedi. Torriani ise müracaatın reddini istedi.

Federal Mahkeme bu müracaatı reddetti.

GEREKÇELER

1 — İstinaf mahkemesi 2. Hukuk Dairesi Tessin Kantonu için 1 Ocak 1972'den beri geçerli olan (CİA, RS 279) Tahkime İlişkin Kantonlararası Anlaşması'nın 3. maddesinin (f) bendi ve 36. maddesinin (f) bendi ve 36. maddesi anlamında temyiz makamı olarak hüküm vermiştir. Bizzat hakem kararı istisna edilerek sadece Kanton yargılama makamının kararı kamu hukuku müracaatına konu olabilir (RO 103 Ia 357). Hakem kararına karşı doğrudan doğruya ileri sürülen çeşitli nedenler Kanton makamının kararına karşı ortaya atılan keyfilik iddiasını kanıtlamadığı ölçüde kabul edilebilir değildirler.

Federal Mahkeme Kanton makamınca anlaşma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasını serbestçe inceler (RO 100 Ia 422 ss, c. 3, 4 ve 5); buna karşın iptal müracaatı makamı olarak CİA'nın 36. maddesinin ona verdiği görevden çekinen Kanton makamının bu tarz bir keyfilikliğini sınırlı açıdan inceler (RO 103 Ia 358 s., c. 2 ve 3).

2.a — Temyiz edilen karardan, hakem kararından ve tahkim usulü muamelelerinden —bu hususa zaten itiraz edilmiş değildir— anlaşıldığına göre «*amiabiles compositeurs*» (uzlaştırıcı hakemler) olarak (md. 31 fıkra 3 CİA) hakemler hak ve nasafete göre hüküm vermeye yetkili kılınmışlardır. Öğreti ve içtihat, hak ve nasafet doğrultusunda karar vermek, kamu düzeni hükümleri istisna olmak üzere, usul kuralları dahil, katı hukuk kurallarının uygulamasından çekinmek için hakemleri yetkili kılan bir şartı tanımakta-

dır (cf. Habscheid, İsviçre özel yargı hukuku, sayfa 521; Steinbrüchel, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid im privatem Schidgericht nach den kantonalen chersischen Zivilprozessordnung, pp. 484 s.n. 3; d'un avis contraire, Kummer, Grundrisse des Zivilprozesrechts, p. 283 no: 2, Fransız hukuku için Leval bakınız, 14 Mayıs 1980 tarihli tahkime ilişkin kararnamenin dostça çözümleme 1980 tahkim mecbuası no 4 pp 651 ss; İtalyon hukuku için; Biamonti, «Arbitrato» in Enciclopedia del diritto, Giuffre, II pp. 922 ss n. 27 - 30; Carnaccini, «Arbitrato rituale», in Nouissimo digesto Italiano, UTET, 2/2, pp. 902 ss. n. 34 et les auteurs citées.). Hak ve nasafet kavramı üzerinde her ne kadar fikirler farklılık gösterse de şurası kesindir ki, —Özgürlükleri çerçevesinde taraflarca istenmiş olduğundan— uzlaştırıcı hakemler bizzat kanunun böyle bir kavrama yollama yapması halinde ancak hak ve nasafet kuralına müracaat edilebilen hukuka göre ihtilâfı çözümlmek için başvuru olan bir hakemden çok daha fazla hüküm verme özgürlüğüne sahiptirler. (cf. Caprez, le concordat sur l'arbitrage, RSJ p. 235; Poudrez / Würzburger, Code de Procédure Civile vaudois et concordat sur l'arbitrage, 2ème éd., no 6 ad ar. 36 lettre f et no 2 ad art. 3 du concordat, ainsi que la jurisprudence citée.). Hukuka göre ihtilâfı çözümlmek için müracaat edilen hakemlerle, hak ve nasafete göre hüküm vermeye yetkili hakemler arasında esaslı fark, CİA'nın 36. maddesinin (f) bendindeki ifadedden çıkmaktadır. Bu bent gereğince keyfilik iptal nedeni olarak, dosyadaki belgelerle aykırılık halinde olan olayların müşahadesi, hukukun açık bir ihlâli, ve nihayet, hak ve nasafet ilkelerinin açık bir ihlâli durumunda var olabilir. Oysa, dosyadaki belgelere aykırı olayların müşahadesine dayalı itiraz, CİA'nın 31. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen her iki hakem kararına karşı ileri sürülebilir ve hukukun açık ihlâlinden doğan şikâyet, hukukun uygulanması suretiyle verilen hakem kararlarını, hak ve nasafet ilkelerinin açık ihlâlinden doğan itiraz ancak hak ve nasafete «de bono aequo» veya, BK. nun 26. maddesinin 2. bendindeki durumda olduğu gibi, hak ve nasafete yollama yapan yasal hükümlerin uygulanması suretiyle verilen hakem kararları ile sınırlı kalır (Carpez, loc. cit. Poudrez / Würzburger, loc. cit.; RSJ 1979 p. 134 no 38).

b) O halde, bir hakem kararının keyfi olup olmadığını (RO 103 Ia 359) incelemek için CİA'nın 36. maddesinin (f) bendi gereğince, temyizen müracaat edilen Kanton makamının durumu, hakem kararının hukuka veya hak ve nasafete dayanarak verilmiş olmasına göre farklıdır. Öyle ki, birinci durumda örneğin bir hukuk

kurulunun açık ve tartışmasız olarak ihlâlini keyfi olarak ilân edilecek, ikinci durumda böyle bir sonuca varabilmek için hakem kararının hak ve nasafete açıkça aykırı olması, yani bu durumun açıkça haksız görünmesi gerekecektir. Hakem kararı emredici bir hukuk normunu açık bir şekilde ihlâl etmiş görünse bile —ortaya çıkarmaya yer vardır— böyle bir durum olmazdı. Gerçekten, en azından ilke olarak, öğretilerde kabul edildiğine göre hakemler uzlaştırıcı hakem olarak yetkilendirildiği zaman âmir hukuk normlarına da yayılır: Bu sadece, âmir hukuk ve tasarruf hukuku arasındaki farkın belirsiz olabileceğinden değil, ve fakat emredici normların uygulamasının (örneğin süre konusunda) haksız sonuçlara sevk edileceğindedir (*Sträuli / Messmer, op. cit. pp. 484 s., özellikle n. 3; cf. Piapoloulos davasında 10.6.1980 tarihli Federal Mahkeme Kararı, burada Federal Mahkeme, anlaşmanın (concordat) hükümlerinin uygulandığı için değil, fakat Zürih kantonu hukuk usulü kurallarının uygulanması ile aynı sonuçlaar varmıştır.*).

c) Bu özel durum, zorunlu olarak da, bir kamu hukuku temyizinde yetkili mahkeme olarak Federal Mahkemenin durumunu etkilemektedir. Genel biçimde içtihadın onu ortaya çıkardığı gibi (RO 103 Ia 358 c. 2) CİA'nın 36. maddesinin (f) bendi ile ilişkili olarak Anayasa hâkiminin inceleme yetkisi iki yönden sınırlıdır: Zaten, keyfilik yönünü Kanton mahkemesinin incelemesi sınırlı olduğundan, Federal Mahkeme de Kanton Mahkemesinin bizzat böyle bir keyfiliğe düşüp düşmediğini inceleyerek kontrol edebilir. Hak ve nasafete göre tahkimlerde, inceleme makamının yetkisinin zaten sınırlı olduğu keyfilik itirazında, hak ve nasafet sadece açık zararalarda daha da azaldığını, ilâve etmek gerekir. Böyle durumlarda, CİA'nın 36. maddesinin (f) bendinden çıkan bir nedenle hak ve nasafete ilişkin «*de bono et aequo*» bir tahkimle ilgili Kanton makamının kararının iptali, pratik olarak ancak bu makam, sadece hukuku değil, fakat hak ve nasafeti açık olarak ihlâl eden bir hakem kararının, bu durumunu, kabul edilmez bir biçimde tanımadığı zaman, yani şiddetli bir biçimde adalet hissini sarstığı zaman dikkate alınır (RO 102 Ia 3s., 90 I 139; Favre, in RDS 1962 II 587).

Kamu hukuku I. Dairesi: MM Haefliger, Antognini, Levi, Kuttler et Rouiller
Lugano avukatlarından: Me. Elio Barradori ve Me. Arnaldo Pelligrini.

● BİR GAYRİMENKUL İRTİFAK HAKKININ KAPSAMI İKTİSAP SENEDİNİN YORUMU

—Malik tarafından bir arazinin parselenmesi ve sonra inşa etme hakkını sınırlayan her parseli diğer tüm parsellerin lehinde takyit eden bir irtifak hakkı tesisi — Bir parsel edinen tarafından takdim edilen inşaat projesi — Diğer parsel sahiplerinin irtifak hakkının ihlâlinin tesbiti davası — Kanton yargısı tarafından kabul edilen dava — Davalının karar düzeltme müracaatı — Bu müracaatın kabulü ve talebin reddi.

MEDENİ KANUN Madde 738

Bir irtifak hakkına ilişkin iktisap senedinin yorumu iyiniyet ilkesine göre yapılmalıdır. Tarafların oradaki beyanları, iyiniyet kurallarına göre, dikkatli ve objektif düşünen bir kimse tarafından öyle anlaşılırsa bağlayıcıdır. Bu üçüncü kişi tarafından bilinmeyen, irtifak hakkının teşkiline iştirak edenlerin kişisel niyet ve sebepleri, iktisap senedinin yorumu esnasında dikkate alınamazlar.

B.AG c. K. ve dava arkadaşları, 25 Kasım 1982

RO 108 II 542

Oberland'ın bir bölgesinde Bay L. büyük bir arazi iktisap etti, niyeti bu araziyi parsellemek ve inşaat arazisi olarak parselleri satmaktı. 1961'de parselleme esnasında, tapu kütüğünde, her yeni binanın diğerleri lehine inşaat hakkını takyit eden (*Baubeschräkung*), bir trafik hakkını tescil ettirdi. Tescili gösteren belge aşağıdaki kaydı içeriyordu:

No. lu tüm parseller kendi arazileri üzerinde sadece bodrum katı, zemin katı ve çatıda bir kat içeren evler yapabileceklerdir. Düz çatı yapmak yasaktır.

L. bu davada tanık olarak dinlendi. Bölgede bu yeni evlerin cezbettığı yabancılara karşı yerli halkın öfkesi nedeni ile irtifak hakkını tesis etti. Bu bölgede yaygın olan mimari biçimi korumak ve büyük bina inşaatını engellemek istiyordu. İrtifak hakkı sayesinde, arazi satın alanlara güzel manzara garanti etmişti: Esas olan «*chalet*» tipinde büyük oteller inşa etmemekti; fakat sadece küçük villa tipi inşa etmekti, bu da ülkede yaygın bir inşaat şekli idi. İrtifak hakkının amacı evlerin boyutlarını ve yüksekliğini sınırlamaktı.

L. parsellerden birini üçüncü şahsa sattı, o da bunu B. AG'ye sattı. Satıcıdan bir proje alan bu şirket çok lojmanlı bir ev inşa

etme istemini açığa vurdu. Buna engel olmak için komşu 4 parsel sahibi Bern Kantonu istinaf mahkemesinde dâva açtılar. 19 Mart 1982 tarihli kararı ile istinaf mahkemesi, irtifak hakkına aykırı olan projenin uygulamasını dâvalıya yasakladı.

Davalı karar düzeltme istemi için temyiz hakkını kullandı. Federal Mahkeme kararı iptal ve davayı reddetti (özet).

GEREKÇELERİN ÖZETİ

2. Medeni Kanununun 738. maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

Tescil irtifak hakkından doğan hakları ve borçları açıkça belirttik bir kural meydana getirir.

Onun kapsamı, tescilin sınırları içinde, ya menşesine [*Erwerbsgrund*] ya da iyiniyetle itirazsız uzun zaman irtifak hakkının kullanılması tarzında belirlenebilir.

İhtilâflı irtifak hakkı, tapu kütüğüne «*baubeschränkung*» inşa etme hakkının kısıtlanması olarak tescil edilmiştir, başka bir kayıt yoktur, yalnız kanıtlayıcı belgeye yollama vardır. Tescilin kendisi irtifak hakkının kapsamını belirtmiyor. O halde, iktisap senedine başvurmak gerekir. Taraflar da bu noktada mutabıktırlar.

Olayımızda, iktisap senedi, eski malik tarafından yapılan karşılıklı olarak bir irtifak hakkının tüm parseline takyit eden bir muameledir (Medeni Kanun madde 733). İrtifak hakkının kapsamına ilişkin L'nin tanıklığını ilk hâkimler kesin kabul ediyorlar. İrtifak hakkını tesis ederken izlediği amaç hakkında ona soru sordular. Onun beyanını «*resmî bir yorum*» olarak kabul ettiler; ona mantıklı olarak verilmesi gerekli anlamı verdiler. Onların tezlerini desteklemek için Piotet'in anlayışını öne sürerler; Liver'in aksine, bu yazara göre iktisap senedini yorumlamak için, onu tesis edenin veya edenlerin gerçek niyetini ortaya çıkarmayı denemek gerekir.

Her iki tarafın fikrinden hareketle Kanton yargısı Liver ve Piotet arasındaki aykırılığı fazla tahmin etti. Davacılar haklı olarak, yazarlardan biri ve diğeri arasında bir fark olduğunu ileri sürdüler. Her ikisi de iktisap senedinin yorumunu güven ilkesine tâbi tutmaktadır.

Liver (2 ème éd. no 94 ad. art. 738 cc)'e göre iktisap senedinin yorumu üçüncü bir kişinin hakkını etkilediği zaman şahsi ve münferit hal ve şartları, hatta tarafların gerekçelerini dikkate almaksızın yorum yapmak gerektiği kanısındadır. Senette gösterilen irade beyanları, iyiniyet kurallarına göre dikkatli ve objektif olarak muhakeme eden bir kimsenin verdiği anlamda kesinlik kazanırlar. Aynı yazar (op. cit., no 90) borçları düzenleyen basit bir sözleşme halinde ise daha ileri bir objektiflikten söz ediyor. Bir Alman yazarı olan (*Westermann*) gibi objektif olarak kabul edilebilen hal ve şartlara dayanan bir yorumu teklif etmektedir...

... Piotet ise (*Traité de droit suisse, v. 3, 7 p. 65*), aşağıdaki gibi yazmaktadır:

Bizim için yorum, iktisap senedini düzenleyen veya düzenleyenlerin gerçek iradesini ortaya çıkarmaya yönelik olmalıdır (BK. madde 18); beyanın kendisine ulaşan kimsenin bildiği veya bilmesi gerektiği tüm durumları hesaba katmak gerekir tabii eğer kabule tâbi bir muamele söz konusu ise... Buna karşın senedin amacını belli etmek için eğer bildiği veya bilmesi gerekli hal ve şartları dikkate alan ve kendisi için mantıklı olarak senedin ifade ettiği anlama bağlı kalan üçüncü şahsın korunmasını kabul ediyoruz...

İrtifak hakkını tesis edenlerin kişisel ve ferdi durum ve gerekçeler (iktisap senedinin yorumunda üçüncü şahısları karşı ileri sürülemez). Liver, üçüncü şahsın normal olarak bilmediklerini açıkça düzenlemektedir. İktisap senedi, aynî hakların aleniliğini sağlamaya mahsus tapu senedinin içine girer; senetten bizzat doğmayan kişisel niyetleri dikkate almakla tapu senedinin hak intikal ettiren rolünü tanımamış oluruz (*cf. aynı yönde: K.K. Neageli, Die Auslegung der Grunddienstbarkeiten, th Zurich 1935 p. 137*). İrtifak hakkını tesis edenin iradesini daha geniş olarak dikkate almayı istediği ölçüde Piotet'yi takip edemeyiz.

3. Olayımızda, iktisap senedine yarayan kanıtlayıcı belge, irtifak hakkının kapsamı hakkında davalıya bilgi veriyordu: Katların sayısının sınırlanması (bodrum katı, zemin katı ve çatı katı) ve düz çatı yasağı. Davalı bu kadarını dikkate alma hakkına sahiptir. İnşaatme hakkına getirilen kısıtlamanın sebepleri üzerinde araştırma yapmakla yükümlü değildir. L.'nin ulaşmak istediği amaçları üzerinde ona soru sorma zorunda değildir. Davalılar (temyizde) —davalı gayrimenkulü satın aldığı —zaman birkaç komşu malikin inşaat projesinin irtifak hakkına aykırı olduğunu söylediklerini, ve bunun gerçekleşmesine karşı çıktıklarını biliyordu. Kanıt, irtifak hakkının kapsamını tayin etme sorununa yabancıdır. İktisap senedi katların sayısını sınırlamakla yetiniyordu ve düz çatıyı saf-

dışı ediyordu. Davalı, komşuların fikirlerini dikkate almadan, iktisap senedindeki kayıdı tam görüyordu. Daha önce parsellenmiş arazi üzerine yapılan inşaatların tipi, irtifak hakkının kapsamını başka türlü anlamasını gerektirmiyordu. Eğer diğer malikler daha büyük inşa etmedilerse, bu mutlaka onların —davacılar ne düşünürlerse düşünsünler ve kat sayısı hakkında ne anlarırsa anlasınlar— irtifak hakkına riayet etmelerinden değildir. Komşuları tarafından inşa edilen evlerin tipi ne olursa olsun, davalı iktisap senedinde yazılı olana uygun bir evi kendi arazisi üzerinde inşa etme hakkına sahip olduğunu düşünebilirdi.

Tesis senedindeki yazıya göre davalının iyiniyetle anlayabileceği irtifak hakkı böyle kabul edilirse başka türlü yapılamaz. Bu muamele, tesis edenin görüşlerini ancak kat sayısında ve çatının şeklinde yansıtıyor. Hiçbir zaman oradan inşaatların hacmi veya yüzölçümünün genel olarak kısıtlandığını anlamak mümkün değildir. Sadece bunların azamî yüksekliği— dolaylı olarak ve belirsiz biçimde— katların sayısının sınırlanmasından çıkabilmektedir.

Tesis edenin tanıklığına dayanan Kanton Mahkemesi, iktisap senedinden daha geniş olarak irtifak hakkını tayin etmektedir. İrtifak haklarının yorumu ile ilgili federal hukuk ilkelerini ihlâl etmiştir. Bununla birlikte, tesis edenin niyetleri binaların dış boyutlarını genel bir tarzda sınırlamıyor. Davalının projesi dikkate değer bir biçimde, diğer evlerden daha uzun, daha geniş ve daha hacimli bir inşaat öngörmektedir. Bu bakımdan, en azından irtifak hakkına uymaktadır. İlk hâkimler ve davacılar ne düşünürlerse düşünsünler, irtifak hakkını tesis edenin kişisel görüşlerinin önemi yoktur. Aynı şekilde, diğer maliklerin, yaptıkları gibi inşa etmeye götüren sebepleri de önemli değildir. İktisap senedi tapu kütüğüne tescilin kanıtlayıcı belgesi özellikle kat sayısına ve çatı biçimine dokunan hususlarda inşa hakkını sınırlamaktadır. Başka bir hususu içermez.

II. Hukuk Dairesi — MM. Forni, Castella, Lüchinger, Mme BIGLER ve M. JUNOD - Me Hans BRUNNER ve Me Jürg RİEBEN, Bern avukatlarından.

— O —

Karşılaştırma için:

İ.M.K. m. 738

T.MK. m. 711

İ.M.K. m. 733

T.M.K. m. 706

İ.B.K. m. 18

T.B.K. m. 18

DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER

Bülent AKMANLAR (*)

ŞİDDET SUÇLARI KIYGIN (MAĞDUR) LARININ ZARARLARININ KARŞILANMASINA İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ

SUNUŞ

Şiddete dayanan suçların amaçları açısından günümüzde değişkenlik (siyasal, terörist, ekonomik, vd.) gösterdiği bilinmektedir. Bu suçların kıygın [mağdur]ları genelde, suçluların belli olmaması ve yakalanamamaları nedeniyle, kişisel hakka dayalı olarak maddi ve manevi zararlarını yargı yoluna başvurarak karşılamak olanağından yoksun kalmaktadırlar. Bu konuda çoğu ülkede yasal bir düzenleme de yoktur. Örneğin ülkemizde, son (5-6) yılın olaylarından zarar gören kişilerin, suçlusu bilinmeyen veya bulunamayan eylemlerden doğan maddi zararları için yönetime karşı idari yargıya başvurmak yolunu seçtikleri bilinmekte ise de dağınık bir görünümdeki yasal düzenlemenin bu gereksinimi yeterince karşıladığı söylenemez.

İşte bu bu gerçeklerden ve özellikle (viktimoloji) ilkelerinden kaynaklanan bir yaklaşımla Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerin 1974 yılında Viyana'da toplanan Adalet Bakanları Dokuzuncu Konferansı'nda, bu konuda görüş ve bilgi alışverişinde bulunulması kararlaştırılmıştır. 1975 yılında toplanıp bilgi değerlendirmesi ve değişimini amaçlayan Uzmanlar Komitesi raporu, 1977 yılı Eylül ayın-

(*) Yargıtay 8. CD. Üyesi.

da Bakanlar Komitesine sunulmuş ve 1978 yılında yayınlanmıştır. Bu tarihten başlayarak bazı ülkelerde yasal düzenlemeler yapılmış ancak, sözleşme tasarısı 24 Kasım 1983 tarihinde imzaya açılabilmiştir.

İmza koyan Devlet olarak Türkiye'de de temel kurallarını aşağıya aldığımız sözleşme doğrultusunda yasal bir düzenleme için Adalet Bakanlığı ile diğer ilgili Bakanlıklarda çalışmalar yapıldığını öğrenmiş bulunuyoruz.

SÖZLEŞMENİN TEMEL İLKELERİ

1 — Kıygın [mağdur]ın zararının giderilmesini gerektiren eylemler:

- Kasıtlı,
- Şiddete bağlı,
- Kıygın'ın doğrudan bedenine veya sağlığına karşı ağır bir saldırı niteliğinde olmalıdır.

Kusura bağlı eylemlerden doğan zararlar genellikle Sosyal Sigorta ve özel sigortalarca karşılandığı için sözleşme, kasıtlı eylemlerle sınırlandırılmıştır. Suçlunun şiddete dayanan eyleminin fiziksel bir eylem olması gerekmez. Kıygın'ın ölümü veya sağlıkça ağır bir zarara uğramasıyla sonuçlanan ağır tehdit gibi bir eylem de ödense nedeni sayılabilir. Sözleşme, kıyğının yaşamına, bedensel bütünlüğüne ve sağlığına karşı saldırıları öngörmektedir. Sağlık kavramı, Devletlerin iç hukuklarına göre fizik olduğu kadar zihinsel sağlığı da içermektedir. Saldırıları ağır olmalı ve suç ile eylemin sonucu arasında doğrudan kesin bir nedensellik bağı bulunmalıdır.

Sözleşme, beden veya sağlığa karşı az vahim veya suça doğrudan bağlı olmayan eylemler ile mala ve diğer yasal haklara karşı saldırıları ödense kapsamında düşünmemiştir.

Zehirleme, ırza geçme ve kasıtlı yangın, kasıtlı şiddet eylemleri kapsamında sayılmaktadır.

2 — Zararı karşılanacak kişiler :

- Kıygın,
- Şiddet eylemi sonucu ölen kıygın'ın bakmakla yükümlü olduğu kişiler,

olmak üzere iki kesimde belirlenmiştir.

Suçu önlerken, güvenlik güçlerine yardım ederken, suçluyu yalarken veya kıygın'a yardım ederken yaralanan veya ölenler de şiddet eylemi kıyğını sayılabilirler. Kıygın'ın bakmakla yükümlü olduğu (çocuklar, eş, vd.) kişiler de Devletin özel yasa hükümlerine göre saptanır.

3 — Kıygın'ın zararının giderilmesi, eylem sanığı hakkında yapılacak soruşturma ve hükümlülük kararları ile bağımlı değildir.

Bazı durumlarda ulusal yasalar bir kesim suçlular (küçükler, akıl hastaları, vd.) haklarında soruşturma yapılamaması ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler gibi hükümler taşımaktadır. Öte yandan (zorunluluk durumu) örneğinde olduğu gibi suçlu hakkında soruşturma yapılmakta ancak hükümlendirilememektedir.

4 — Sözleşme, zararın, suç topraklarında işlenen Devlet tarafından karşılanması ilkesini benimsemiştir.

Eğer suç oluşturana ögeler bir kaç ülkede gerçekleştirilmiş ise zarar, kıygın'ın veya onun yerini alabilecek (hale) kişilerin, topraklarında sürekli oturdukları Devletçe karşılanır. Ancak, suç oluşturana ögelerden birinin ödemeyi yapacak Devlet topraklarında gerçekleştirilmiş olması gereklidir. Avrupa Konseyi Üyesi olan tüm Devletlerin vatandaşları ile sözleşmeyi imzalayan diğer Devletlerin vatandaşları da bu haklardan yararlanacaklardır.

1974 yılında Budapeşte'de toplanan (Uluslararası Onbirinci Ceza Hukuku Kongresi) kararı uyarınca, dayanışma ve eşitlik ilkeleri gereği olarak ve özellikle yabancı işçilerin durumu da gözönüne alınarak bu haklardan karşılıklılık (mütekabiliyet) gözetilmeden yararlanmaları kabul edilmiştir.

5 — Varlıkları kanıtlanmak koşulu ile karşılanması gereken zararlar:

- Kaybedilen gelirler (İşten geri kalma nedeniyle),
- Tıbbi giderler (Ambülans, ilaç, diş bakımı),
- Hastahane giderleri,
- Cenaze giderleri,
- Bakmakla yükümlü bulunan kişiler (çocuklar, eş, vd.) açısından beslenme giderleri,

olarak belirlenmiştir. Bunlardan başka;

- Manevi ödençe (pretium doloris),
- Yaşamdan umulan kayıplar,
- Eylemden doğan sakatlık nedeniyle artan yükümlülük,

gibi zararlar da iç hukuka göre göz önüne alınmalıdır.

Zarar, karşılayacak devlet tarafından yürürlükteki Sosyal Sigorta veya Özel Sigorta çizgelgeleri ile özel hukuk uygulamalarına göre hesaplanacaktır.

6 — Ödencenin üst ve alt sınırının saptanması:

Şiddet suçu kıygınlarının zararları için ayrılan fon sınırsız değildir. Bu nedenle ödencenin üst sınırının saptanması zorunludur. Öte yandan, belli bir sınırın altında kalan zararların da ödenmesi gerekir. (minimis non curat praetor)

Bir Devletten öteki Devlete değişen kaynaklar ve yaşam koşulları gibi nedenlerle bu sınırlar sözleşme ile saptanamaz. Bu durumda, kıygın'ın konut seçtiği ülkedeki yaşam düzeyinin gözönüne alınması gerekir. Sınır saptamada;

- Yönetmel zorunluluklar (Devletin elinde bulunan kaynak olanakları),
- Ekonomik etkenler (gelir düzeyi, hekim ve hastahane ücretleri) gözetilmelidir.

7 — Başvuru süresi:

Her devletin yürürlükteki usulüne göre başvuruların, suçun işlenmesinden hemen sonra ve en kısa süre içinde yerine getirilmesi, kıygın'ın maddi ve manevi sıkıntısına hemen yardım edilebilmesi ve zararın zorluklarla karşılaşılmadan saptanması ve hesaplanması için gereklidir.

8 — Kıygın'ın veya kendisinden sonra gelen hak sahiplerinin ekonomik koşulları, bir ödenceyi gerektirmeyecek kadar elverişli olabilir. Böyle bir durumda Devlet, ödenceyi bir ölçüde azaltabilir veya hiç vermeyebilir.

Öte yandan kıygın ile suçun eylemcisi (faili) arasında kıyğının tutumundan kaynaklanan karşılıklı bir etkileşim bulunabilir. Suç, kıygın'ın kışkırtması (tahriki) ile işlenmiş, kendisi de aynı eylem içinde bir suç işlemiş, zararın artmasına neden olan davranışlarda bulunmuş (tıbbi tedaviden sebepsiz olarak kaçınmak gibi), suçu

güvenlik güçlerine veya adalet görevlilerine bildirmeyi savsaklamış, örgütlü suç veya şiddet suçu işleyen kesimlere katılarak bu suçları işlemiş (uyuşturucu trafiği, terorist örgütler) ise artık sosyal dayanışmanın duygusallık ve sevecenliğinden [şefkatinden] yoksun kalmalıdır. Bu yoksunluk, kıygın'ın bakmakla yükümlü olduğu kişiler açısından da geçerli sayılmalıdır.

9 — Kıygın'ın mal varlığında gereksiz bir artışı önlemek amacı ile, doğrudan doğruya suçlu tarafından karşılanmış olan tutar, devletin ödiyeceği zarardan indirilebilir. Ancak bu konuda daha önce yasal düzenleme yapmış bazı üye devletlerde, özel sigorta kuruluşlarının ödedikleri tutar, ödenceden düşülmemektedir.

Zararının devlet tarafından karşılanmasından sonra kıygın, suçlu veya bir üçüncü kişi yahut başka bir kamu kuruluşundan ödence almış ise devlet veya yetkili kuruluş, ödemenin tümünü veya bir bölümünü geri isteyebilir. Öte yandan kıygın veya kendisinden sonra gelen hak sahiplerine ödeme yapmış olan Sosyal Sigorta gibi kaynaklar da iç hukuka göre Devlete veya yetkili kuruluşa rüce edebilirler.

10 — Bu düzenlemeyi yapmış olan Devletlerde bile başvuruların az oluşu, konunun kamu oyuna yeterince tanıtılmamış olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, suçun işlenişini öğrenen güvenlik güçleri, kovuşturma ve soruşturma ile görevli adalet organları ve hastahaneler, kıygın'a bu konuda bilgi vermeli ve yetkili kuruluşlar, özel olarak hazırlanmış broşürler basın, radyo ve televizyon aracılığı ile kamu oyunu aydınlatmalıdırlar.

Kaynak: «Rapport explicatif sur la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes» Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1984.

SAYIN NUSRET OZANALP VE EMEKLİLİK GERÇEĞİ

Zekâi ÖZDİL (*)

Mesleğinin, hakkın, tarafsızlığın âşığı, çalışkanlığın örneği olan Sayın Ozanalp'ın yaş sınırı nedeniyle emekliliğe ayrılışına inanmakta güçlük çektik.

Resmi görevlerinin sona erdiği günün son saatına, son saniyesine kadar, içten ve engin bir sorumluluk duygusu, en iyisini, en doğrusunu yapabilme kaygusu içinde çalıştı. Mesleğine başladığı ilk günün aşk ve heyecanını, ayrılışının son anına kadar, hiç eksiltmeden sürdürebilmiş olmasını büyük bir hayranlıkla izledik.

Çantasını ve kitaplarını toplarken dalıp giden gözlerinin derinliklerinde « sevgiliden ayrılmamanın » çok belirgin, çok içli üzüntüsünü gizlemeye çalışıyor, bir taraftan da bizi teselli etmeye gayret gösteriyordu. Gerçekten de onun sağlam kafa yapısını, meslek ve hukuk felsefesini açıklayan şu değerli sözleri, içimizin burukluğunu bir anda gidermeye yetti.

— «Hukukçuluk yalnız hâkimlikten ibaret değildir. Amaç, Türk hukukuna, Türk Milleti'ne hizmet vermektir. Kalemimi bırakmıyorum. Daima çalışacağım. Yazacağım, eser vereceğim. Hâkimlik görevinden ayrılıyorum amma, hukuktan, hukukçuluktan asla..»

Yaşamının 65, mesleğinin 42 yılını geride bırakmışa hiç benzemiyor, zinde vücudunda herhangi bir yorgunluğun izi görülüyordu.

Dostluğunun 29 yılını paylaşabilme mutluluğuna erdiğim Sayın Ozanalp sağlıklı, düzenli yaşam kurallarıyla, Atalarımızın «Sağlam

(*) Yargıtay 1. HD. Üyesi.

kafa, sağlam vücutta bulunur» sözünü daima kanıtlamış, «işlenen demir» gibi her zaman «ışıldamıştır».

Çalışma hayatında disiplinden, ciddiyetten, içtenlikten ayrıldığı görülmemiştir.

22 yıl Hukuk Genel Kurulu'nda ve Başkanlığını yaptığı Yedinci Hukuk Dairesi'nde hukukla bütünleşmiş, kendi öz dinamosunu çalıştırarak, Yurdumuzun gerçeklerine uygun nice içtihatların doğup yerleşmesine büyük çabalar harcamıştır. Çoğu kez nuru ile yolunu aydınlatmış, verdiği eserlerle «tek kaynak» olabilme onurunu kazanmıştır.

Sayın Ozanalp'in soylu kişiliğinde mevcut olan vakar ve ciddiyeti, onun çok duyarlı, çok merhametli kalbiyle uyum içerisinde. Geniş bir hukuk kültürüne ve ufkuna sahip olduğu için de konuşma, tartışma ve susma sanatını en dengeli bir şekilde kullanma becerisini daima sergilemiş, her düşünceye saygılı olmuş, başkalarını dinlemesini bilmiş, yanıldığını anladığı anda düzeltmeyi de erdemlilik saymıştır.

Özetle denebilir ki; Sayın Ozanalp çok usta bir hukukçu, çok mükemmel bir hâkim, iyi bir hatip olmanın tüm özelliklerini üzerinde toplamıştır.

Herkes tarafından paylaşılan kanaat şudur: Sayın Ozanalp, hazine değerindeki bilgi stoku ile Yargıtay'da daha uzun yıllar meyve verecek ulu bir ağaç idi. Yaş sınırı yasasının gerçeklere ve ihtiyaçlara uymadığını kanıtlayarak veda etti. Buna da bir çıkar yol, bir çözüm bulmak gerek.. Ayrıca, hukuka böylesine emek verenleri unutmamak gerek.

Ne mutlu Sayın Ozanalp'e ki, kendisinden Türk hukuku yararlanmaya devam edecek, Türk hukukçuları onu asla unutmadan sevecektir..

Yeryüzünde sevilerek yaşamak kadar güzel bir şey var mıdır?

Ankara: 4.7.1984

BİBLİYOGRAFYA

1984 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

● Konulara Göre (**)

I — GENEL HUKUK

RENDA, Nihat. 1984-1985 Adalet Yılına Açış Konuşması. X (4) 1984, 373-388.

EVREN, Teoman. 1984-1985 Adalet Yılıının Açılışında Yaptığı Konuşma. X (4) 1984, 389-394.

1 — KARAR ELEŞTİRİSİ (Tahlili)

AKYOL, Selman Faris. Yargıtay'ın İki Kararı Üzerine Düşünceler. X (1-2) 1984, 170-174.

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. Hukukun Genel İlkelerinden «Eşitlik» İlkesi ve Suç Ortaklığı Hakkında Yargıtay'ın Bir Uygulaması. X (3) 1984, 332-337.

2 — BİBLİYOGRAFYA

GENİŞ, Ali Rıza. 1984 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası. X (4) 1984, 552-556.

3 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

DAYINLARLI, Kemal. Sözleşme Özgürlüğüne Eylemli Engeller; Borçlunun Temerrüdü, Paradaki Kur Kaybı; Tahkim, Üçüncü Hakemin Tazini. X (3) 1984, 338-348.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

(**) Sıralamada, makalenin yayımlandığı dergi cilt sayısı ile sıra sayısı esas alınmıştır.

DAYINLARLI, Kemal. **Tahkim, Hak ve Nesafete Göre Verilmiş Hakem Kararı, Mahkemenin İnceleme Yetkisi; Bir Gayrimenkul İrtifak Hakkının Kapsamı, İktisap Senedinin Yorumu.** X (4) 1984, 537-544.

4 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

AKMANLAR, Bülent. **Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler.** X (1-2, 3, 4) 1984, 175-177; 349-353.

5 — KİTAP TANITMA

GENİŞ, Ali Rıza. «**Hukuk Terimleri Sözlükleri.**» X (3) 1984, 354-355.

6 — ANI

ÖZDİL, Zekâi. **Sayın Nusret Ozanalp ve Emeklilik Gerçeği.** X (4) 1984 550-551.

7 — YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza. **Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yitirdiklerimiz.** X (1-2, 3, 4) 1984, 178-179; 356-358; 557-563.

8 — DUYURULAR

Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler. X (1-2, 3, 4) 1984, 182-200; 359-367; 564-572.

II — USUL HUKUKU

SEYHUN, Şerafettin. **Hukuk Muhakeme Usulünde Kısa Karar Sorunu.** X (1-2) 1984, 5-8.

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. **Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları (II).** X (1-2) 1984, 9-32.

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar. **Hazırlık Soruşturması Yapılırken Dikkate Alınacak Önemli Noktalar Üzerinde Bir İzah Denemesi (II).** X (1-2) 1984, 33-54.

İNAN, Atillâ. **Genel Olarak İçtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay'da İçtihatları Birleştirme.** X (1-2) 1984, 55-69.

ERKOÇ, A. Suat. **Şahsi Dava veya Şikayete Bağlı Suçlarda Davadan Vazgeçmenin Diğer Sanıklardaki Sirayeti.** X (3) 1984, 205-207.

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Ceza Usulünün Temeli.** X (4) 1984, 395-399.

CİVELEK, Zeki. **2494 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Durumuna Göre Hukuk Usulümüzde Temyiz Süreleri ve Uygulaması.** X (4) 1984, 400-410.

İNAN, Atillâ. **Sayıştay Yargılamasındaki Sorumluluk Anlayışının Yeni Anayasamız Karşısında Değerlendirilmesi.** X (4) 1984, 411-423.

III — CEZA HUKUKU

LİVANELİOĞLU, M. Sabri. **Ceza Davasında Sanığın Kişiliği.** X (1-2) 1984, 93-101.

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Müstehecenlik**. X (1-2) 1984, 102-106.

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Faili Bilinmeyen Adam Öldürme**. X (3) 1984, 208-217.

SOYASLAN, Doç. Dr. Doğan. **Şiddet ve Terör (I) (II)**. X (3, 4) 1984, 218-229; 424-438.

YURTCAN, Doç. Dr. Erdener. **İçtihadı Birleştirme Kararı Dolayısıyla Önödeme Üzerine Düşünceler**. X (3) 1984, 230-234.

GÜNDEL, Ahmet. **Müşterek ve İştirak Halindeki Mülkiyette Hırsızlık**. X (3) 1984, 235-251.

IV — MEDENİ HUKUK

ÖZDİL, Zekâi. **Müşterek Mülkiyete Yönelik Davalar**. X (1-2) 1984, 70-74.

ŞAKAR, Müjdat. **Türk Hukukunda İsmi Değiştirilmesi**. X (1-2) 1984, 75-92.

V — BORÇLAR HUKUKU

DURA, Dr. Suat. **Eser (İstisna) Sözleşmesi (III)**. X (1-2) 1984, 107-124.

DUMAN, İlker Hasan. **Gabinli Sözleşmenin Bozulması**. X (1-2) 1984, 125-129.

ÖZDEMİR, Atalay. **Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları (I) (II)**. X (3,4) 1984, 252-271; 467-481.

KOÇHİSARLIOĞLU, Dr. Cengiz. **Karîne ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi**. X (3) 1984, 272-286.

ERGÜN, Mevci. **Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi (I) (II)**. (3,4) 1984, 287-306; 482-508.

ÖZDİL, Zekâi. **Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin «Muvaaza» İddiası**. X (4) 1984, 439-447.

YAVUZ, Nihat. **Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kuramı Açısından Yargıtay Uygulamasına Eleştirisel Bir Yaklaşım**. X (4) 1984, 448-466.

VI — TİCARET HUKUKU

İYİMAYA, Ahmet. **Teminat Alacaklılarına Ödeme Yeri Banka İskonto Haddi Oranında Ticari Temerrüt Faizi Yürütülmesi**. X (3) 1984, 307-317.

KAYA, Ali. **Eski ve Bugünkü Hukukumuzda Şirketler**. X (4) 1984, 509-522.

VII — İCRA VE İFLAS HUKUKU

ÖNEN, Prof. Dr. Ergun. **Hacze İmtiyazlı (Takipsiz) İştirak**. X (1-2) 1984, 130-157.

ERDOĞAN, İhsan. **Konkordatonun Müsterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi (İİK. m. 295) (I) (II)**. X (1-2, 3) 1984, 158-169; 318-331.

VIII — FİKİR HUKUKU

SAATÇIOĞLU, Cemil. **Video Sanayii —Yasal Gelişim— Cezai ve Hukuki Sorumluluk** X (4) 1984, 523-536.

— O —

• Yazar Soyadlarına Göre :

— A —

AKYOL, Selman Faris X (3) 1984, 332-337
AKMANLAR, Bülent X (1-2, 3, 4) 1984, 175-177; 349-353; 545-549.

— C —

CİVELEK, Zeki X (4) 1984, 400-410.

— Ç —

ÇAĞLAYAN, Muhtar X (1-2) 1984, 33-54

— D —

DAYINLARLI, Kemal X (3, 4) 1984, 338-348; 537-544.
DUMAN, İlker Hasan X (1-2) 1984, 125-129
DURA, Dr. Suat X (1-2) 1984, 107-124

— E —

ERDOĞAN, İhsan X (1-2, 3) 1984, 158-169; 318-331
EREM, Prof. Dr. Faruk X (1-2, 3, 4) 1984, 102-106; 208-217; 395-399.
ERGÜN, Mecvi X (3, 4) 1984, 287-306; 482-508.
ERKOÇ, A. Suat X (3) 1984, 205-207
EVREN, Teoman X (4) 1984, 389-394.

— G —

GENİŞ, Ali Rıza X (1-2, 3, 4) 1984, 178-179; 356-358; 557-563; 564-572.
GENİŞ, Ali Rıza X (3, 4) 1984, 354-355.
GÜNDEL, Ahmet X (3) 1984, 235-251

AÇIKLAMA: X (Dergi Cilt Sayısı, = 10. Cilt), (1-2) (3) (4) (Dergi Sayısı), 1984 (Dergi yayın yılı), 332-337 (Dergi sayfa numaraları)

— I —

- İNAN**, Atilla X (1-2, 4) 1984, 55-69; 411-423.
İYİMAYA, Ahmet X (3) 1984, 307-317

— K —

- KAYA**, Ali X (4) 1984, 509-522.
KOÇHİSARLIOĞLU,
 Dr. Cengiz X (3) 1984, 272-286

— L —

- LİVANELİOĞLU**, M. Sabri X (1-2) 1984, 93-101

— Ö —

- ÖZDEMİR**, Atalay X (3,4) 1984, 252-271; 467-481.
ÖZDİL, Zekâi X (1-2, 4) 1984, 70-74; 439-447; 550-551.
ÖNEN, Prof. Dr. Ergun X (1-2) 1984, 130-157

— R —

- RENDA**, Nihat X (4) 1984, 373-388.

— S —

- SAATÇIOĞLU**, Cemil X (4) 1984, 523-536.
SEYHUN, Şerafettin X (1-2) 1984, 5-8
SOYASLAN, Doç. Dr. Doğan X (3,4) 1984, 218-229; 424-438.

— Ş —

- ŞAKAR**, Müjdat X (1-2) 1984, 75-92

— T —

- TOSUN**, Prof. Dr. Öztekin X (1-2, 3) 1984, 9-32; 332-337

— Y —

- YAVUZ**, Nihat X (4) 1984, 448-466.
YURTCAN, Doç. Dr. Erdener X (3) 1984, 230-234.

YARGITAY'DAN HABERLER

YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

●● YENİ SEÇİLENLER

● NİHAT RENDA



1921 yılında Yanya'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, 1946 senesinin Nisan Ayı'nda Iğdır Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlayan Renda, bu mesleğini sırasıyla; Lüleburgaz Ceza Hâkimliği ve Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü yaparak sürdürmüştür.

21 Aralık 1964 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nihat Renda, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyeliği ile aynı Dairenin Başkanlığı görevlerinde de bulunmuştur. Hukuk alanında yayımlanmış kitapları ile yazıları bulunan Renda, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı bulunduğu sırada 10.7.1981 günü Yargıtay Birinci Başkanvekilliğine

seçilmiş, bu görevini sürdürdüğü bir sırada da Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 17.9.1984 gününde Yargıtay Birinci Başkanlığına seçilmiştir.

● DURSUN CEMİL SONBAY

1925 yılında Hopa'da doğmuş, 1948'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 10.3.1952 günü Tunceli Hâkim Yardımcısı olarak mes-

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

leğe giren Sonbay sırasıyla; Tunceli Ceza Hâkimliği, Fatsa Sorgu Hâkimliği, Samun C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği, Başmüfettişliği, Müşavir Müfettişliği ile İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi C. Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

28.4.1975 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Cemil Sonbay, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyeliği ile Yedinci Hukuk Dairesi Üyeliği de yapmış, Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev sürdürürken aynı dairenin başkanlığına 14.9.1984 günü seçilmiştir.

● A. MAZHAR AKMAN

Neşehir 1922 doğumlu Akman, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1945-1946 ders yılında bitirdikten sonra, 1950 yılında Rize C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve bu mesleğini Konya, Feke, Karacabey C. Savcı Yardımcılıkları, Şebinkarahisar, Ankara Hâkimliği ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen A. Mazhar Akman, Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● S. SEZAI AYTan

23.5.1924 yılında İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1947-1948 öğretim yılında bitirdikten sonra, 25.6.1952 günü Ardahan Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiştir. Amasya Sulh Hâkimi, Fatsa Ceza Hâkimi, Çanakkale Ceza Hâkimi, Zeytinburnu Ceza Hâkimi ve Kadıköy Hukuk Hâkimi olarak mesleğini sürdüren Aytan, 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

«İcrada Takip Yolları» adlı yayınlanmış eseri bulunan S. Sezai Aytan, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● MACİT BAŞESEN

1930'da Adana'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1953 yılında bitirdikten sonra, 1957'de Şirvan C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve bu mesleğini sırasıyla Hozat Hâkim Yardımcılığı, Silifke C. Savcı Yardımcılığı, Kırıkhan C. Savcılığı, Düzce C. Savcı Yardımcılığı ve Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

Yargıtay Üyeliğine 19.7.1984 günü seçilen Macit Başesen, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● AHMET CEMAL GÖĞÜŞ

Gaziantep 1938 doğumlu Göğüş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, 22.8.1962 günü Ağrı Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, sırasıyla Ağrı Sulh Hâkimliği, Niğde Sulh Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği ve Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ahmet Cemal Göğüş, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● ŞAKİR KALELİ

Tunceli 1939 doğumlu Kaleli, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra Ağrı Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe 1967 yılında başlamıştır. Hacıbektaş Hukuk Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Ankara Ahkâmı Şahsiye ve Tereke Sulh Hukuk Hâkimliği yaparak görev sürdüren ve son olarak Ankara Üçüncü Asliye Hukuk Hâkimi bulunduğu sırada 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve çeşitli dergilerde mesleki yazıları yayımlanan Şakir Kaleli Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● SABİH KANADOĞLU

20.5.1938 günü Menemen'de doğmuş, 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. Okul bitimini izleyen dört yıl sonra, Orhaneli C. Savcı Yardımcısı olarak 1963'de ilk mesleğe başlayan Kanadoğlu, bu mesleğini Erzurum C. Savcı Yardımcılığı, Bingöl Sulh Hâkimliği, Tokat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, İzmir Ceza Hâkimliği ve Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak çeşitli yurt köşelerinde sürdürmüştür.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Sabih Kanadoğlu, Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● SEYFETTİN KARAASLAN

Kayseri 1927 doğumlu Karaaslan, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1949-1950 öğrenim yılında bitirdikten sonra, Kasım 1953'de Samsun Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlamıştır. Sason Cumhuriyet Savcılığı, Sungurlu Cumhuriyet Savcılığı ile Adalet Müfettişliği görevlerinde de bulunmuştur.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Seyfettin Karaaslan Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak mesleğini sürdürmektedir.

● GÜNAY KAYNAK

1938 yılında Mucur'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1967'de Ağım Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Kaynak, Yeşilhisar Sorgu Hâkimliği ile Keskin Hâkimliği yaparak görevini sürdürmüştür.

Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Günay Kaynak, aynı dairede üye olarak görev yapmaktadır.

● CAHİT NALBANTOĞLU

1927 İstanbul doğumlu Nalbantoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 yılında bitirdikten sonra, Trabzon C. Savcı Yardımcısı olarak 1953'de mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla Posof Hâkim Yardımcılığı, Eskişehir C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği, Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcılığı

çılığı ve aynı Kuruluş Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Başmüşavirliği ile Genel Müdürlüğü yaparak sürdürmüştür.

«Ticari İşletme Rehni Kanunu», «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» adlı kitapları ile mesleki dergilerde yayımlanmış yazıları bulunan ve 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cahit Nalbantoğlu Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● O. VAHDETTİN OKTAY

13.1938 günü Çankırı'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 27.11.1945'de Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe girmiş ve bu mesleğini sırasıyla; Kargı Hâkim Yardımcılığı, Kastamonu C. Savcı Yardımcılığı, Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Vahdettin Oktay, Beşinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● Dr. EMİN AYDIN ÖZKUL

1937 yılında Ankara'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, Eskişehir Sorgu Hâkimi olarak 1969'da mesleğe başlamıştır. Daha sonra mesleğini Eskişehir Sulh Hâkimliği, Eskişehir Hakimliği ve Anayasa Mahkemesi Geçici Raportörlüğü yaparak sürdürmüştür.

Mustafa Sadrettin Aykonu ile ortaklaşa yazdığı «Anayasa Yargısı» adlı yapıtımdan başka «La Protection Des Dessins Et Modèles En Droit Français Et En Droit Turc» başlıklı eseri bulunan ve 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Özkul, Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● ERBAY TAYLAN

Yozgat 1940 doğumlu Taylan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961 yılında bitirdikten sonra, aynı yıl Ankara Hâkim Adayı olarak mesleğe başlamıştır. Sırasıyla; Mazgirt Tapulama Hâkimliği, Ulus (Zonguldak) Sorgu Hâkimliği, Ulus (Zonguldak) Hâkimliği, Simav Tapulama Hâkimliği ve Hukuk Hâkimliği, Yargıtay Onüçüncü Hukuk ve Dördüncü Hukuk Daireleri Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunan Erbay Taylan, 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

«Adi Ortaklık» adlı ortak yapım eseri ile «Yasa Sözlüğü» başlıklı kitapları ve hukuk dergilerinde yayımlanmış yazıları bulunan Erbay Taylan, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● M. BİRSİN TÜZÜNAL

1940'da Gediz'de doğmuştur. 1961 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 23.8.1964 günü Çınar (Diyarbakır) Hâkimi olarak mesleğe başlayan Tüzüenal, Birecik (Urfa) Sorgu Hâkimliği, Geyve Ceza Hâkimliği ve Kastamonu Ceza Hâkimliği de yapmıştır.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Birsin Tüzüenal, Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

• İŞİL ULAŞ

14.3.1940 günü Karacabey'de doğmuş, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1963 de bitirmiştir. 1969 yılında Hıms Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla; Çayıralan Hukuk Hâkimliği, İskilip Hâkimliği, Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği, Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İşil Ulaş, Tetkik Hâkimi olarak görev sürdürdüğü Onbirinci Hukuk Dairesi'nde bu kez üye olarak görev yapmaktadır.

• M. NACİ ÜNVER

Hacıbektaş 1938 doğumludur. 1962'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Kulp Hâkim Yardımcısı olarak 1967 yılında mesleğe başlamış, mesleğini Çayıralan Sorgu Hâkimliği, Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Sekizinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve çeşitli günlük gazeteler ile hukuk dergilerinde yargı sorunlarına değinen yayımlanmış yazıları ve «Hukukumuzda Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi» başlığı altında ortak bir yapıtı da bulunan M. Naci Ünver, Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

• M. RAUF YARDIMCI

1929 yılında Mardin'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1952'de bitirdikten sonra, 8.8.1955 günü Hakkâri Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, sırasıyla; 19.7.1958 Diyarbakır C. Savcı Yardımcılığı, 6.11.1961 Saray C. Savcılığı, 7.5.1962 Maraş C. Savcı Yardımcılığı, 31.6.1963 Maraş C. Savcılığı, 13.11.1972 Rize C. Savcılığı, 6.9.1974 Altındağ C. Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Son olarak Yargıtay C. Başsavcı Yardımcısı olarak görev yaptığı bir sırada 19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Rauf Yardımcı, Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

●● EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● 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 Hukuk Hâkimliği ve Eskişehir Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

28 Ekim 1963 günü Yargıtay Üyeliğine, 7 Haziran 1973'de Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilen Derviş Turhan, bir ara Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı da yapmıştır.

Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığını sürdürürken, Yargıtay Büyük Genel Kurulunca 15 Eylül 1980'de Birinci Başkanlığa seçilmiş ve bu görevden de 3.8.1984

günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● A. NUSRET OZANALP

1919 yılında İstanbul'da doğmuştur. 1942'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1946 Haziran'ının 11'inde Ordu Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiştir. Sırasıyla; Kars Hâkim Yardımcılığı, Silifke Sulh Hâkimliği, Silifke Asliye Hukuk Hâkimliği, Konya Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunarak mesleğini sürdürmüştür.

5 Ekim 1963 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ozanalp, Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi iken 2.7.1976 günü anılan dairenin başkanlığına birinci kez, 2.7.1980'de ise ikinci kez seçilmiştir.

«Tapulama Kanunu Şerhi» adlı yapıtı bulunan A. Nusret Ozanalp ek görev olarak bir ara Yayın Kurulu Başkanlığı da yapmıştır. Emekli oluncaya kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanvekilliği ile Yedinci Hukuk Dairesi Başkanlığını birlikte yürüten Ozanalp, 4.7.1984 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● ŞEVKET TÜMER

1918 yılında Karaman'da doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirmiştir. Mesleğe Nusaybın Hâkim Yardımcısı olarak 30.5.1946 günü başlayan Tümer, sırasıyla Yenice Sorgu Hâkimliği, Eğridir, Ordu, Afyon, Yozgat C. Savcılıkları görevlerinde bulunmuştur.

1962 Haziran'ında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği de yapan Şevket Tümer, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliğinden 12.8.1984 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen RENDA, SONBAY, AKMAN, AYTAN, BAŞESEN, GÖĞÜŞ, KALELİ, KANADOĞLU, KARAASLAN, KAYNAK, NALBANTOĞLU, OKTAY, ÖZKUL, TAYLAN, TÜZÜNAL, ULAŞ, ÜNVER, YARDIMCI'ya yeni görevlerinde başarılar; emeklilik nedeniyle de aramızdan ayrılan TURHAN, OZAN-ALP ve TÜMER'e de sağlık ve mutluluklar dileriz.

● Y A S A L A R

● T Ü Z Ü K L E R

● Y Ö N E T M E L İ K L E R

● Y A S A L A R

Resmi Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı
1.6.1984	18418	1	Kanun No : 3009 Kabul Tarihi : 23.5.1984 20.11.1981 Tarihli ve 2560 Sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve bu Kanuna Üç Ek ve Üç Geçici Madde Eklenmesine İlişkin 5.8.1983 Tarihli ve 56 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
1.6.1984	18418	9	Kanun No : 3010 Kabul Tarihi : 24.5.1984 Anadolu Üniversitesi 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 ve 1982 Mali Yılları Kesinhesap Kanunu.
1.6.1984	18418	14	Kanun No : 3011 Kabul Tarihi : 24.5.1984 Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun.
7.6.1984	18424	1	Kanun No : 3012 Kabul Tarihi : 30.5.1984 18.5.1955 Tarihli ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanuna 11.10.1983 Tarih ve 2912 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici Madenin Üçüncü Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun.
18.6.1984	18435	1	Kanun No : 3014 Kabul Tarihi : 5.6.1984 Bursa (Uludağ) Üniversitesi 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 Malî Yılları Kesinhesap Kanunu.

18.6.1984	18435	9	Kanun No : 3017 Kabul Tarihi : 7.6.1984 Çukurova Üniversitesi, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 ve 1982 Mali Yılları Ke-sinhesap Kanunu.
18.6.1984	18435	19	Kanun No : 3018 Kabul Tarihi : 7.6.1984 2953 Sayılı 1984 Mali Yılı Bütçe Kanununu ve Bu Kanuna Bağlı Cetvellerde Değişiklik Ya-pılması Hakkında Kanun.
20.6.1984	18437	1	Kanun No : 3016 Kabul Tarihi : 6.6.1984 20.7.1966 Tarihli ve 775 Sayılı Gecekondu Ka-nununun 26 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
22.6.1984	18439	1	Kanun No : 3019 Kabul Tarihi : 12.6.1984 14 Nisan 1930 Tarih ve 1580 Sayılı Belediye Kanununun 15 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
22.6.1984	18439	1	Kanun No : 3020 Kabul Tarihi : 12.6.1984 Urfa İli Adının Şanlıurfa Olarak Değiştiril-mesi Hakkında Kanun.
22.6.1984	18439	2	Kanun No : 3021 Kabul Tarihi : 13.6.1984 6085 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkın-da Kanun.
22.6.1984	18439	4	Kanun No : 3022 Kabul Tarihi : 14.6.1984 2.1.1981 Tarih ve 195 Sayılı Basın-İlan Kuru-mu Teşkiline Dair Kanunun 5, 9, 10 ve 42 nci Maddelerinin Değiştirilmesine Dair 23 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirile-rek Kabulü Hakkında Kanun.
22.6.1984	18439	5	Kanun No : 3023 Kabul Tarihi : 14.6.1984 3.6.1942 Tarih ve 4250 Sayılı İspirto ve İspir-to lu İçkiler İnhisarı Kanununun 19 ve 31 inci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
28.6.1984	18445	1	Kanun No : 3029 Kabul Tarihi : 21.6.1984 22.11.1934 Tarihli ve 2644 Sayılı Tapu Kanu-nunun 35 inci Maddesi ile 18.3.1924 Tarih ve 442 Sayılı Köy Kanununun 87 nci Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun.
29.6.1984	18446	1	Kanun No : 3026 Kabul Tarihi : 20.6.1984 Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Kararların Tanınması ve Yerine Getirilmesi Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uy-gun Bulduğuna Dair Kanun.

29.6.1984	18446	1	Kanun No : 3027 Kabul Tarihi : 20.6.1984 Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
29.6.1984	18446	2	Kanun No : 3028 Kabul Tarihi : 20.6.1984 Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesinin Tasdikinin Uygun Olduğu Hakkında Kanun.
4.7.1984	18448	1	Kanun No : 3024 Kabul Tarihi : 19.6.1984 İnönü Üniversitesi 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 ve 1982 Malî Yılları Kesinhesap Kanunu.
4.7.1984	18448	6	Kanun No : 3025 Kabul Tarihi : 20.6.1984 Karadeniz (Teknik) Üniversitesi 1978, 1979, 1980, 1981 ve 1982 Mali Yılları Kesinhesap Kanunu.
9.7.1984	18453	1	Kanun No : 3030 Kabul Tarihi : 27.6.1984 Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
9.7.1984	18453	10	Kanun No : 3031 Kabul Tarihi : 27.6.1984 21.6.1927 Tarihli ve 1111 Sayılı Askerlik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bu Kanuna Bir Ek ve Üç Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
9.7.1984	10453	13	Kanun No : 3032 Kabul Tarihi : 27.6.1984 22.4.1983 Tarihli ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun 61 nci Maddesine Bir Bent ve Aynı Kanuna Bir Ek Madde ile Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
9.7.1984	18453	14	Kanun No : 3033 Kabul Tarihi : 28.6.1984 14.4.1930 Tarihli ve 1580 Sayılı Belediye Kanununun 15 nci Maddesinin 58 nci Bendine Dört Fıkra Eklenmesine Dair Kanun.
9.7.1984	18453	14	Kanun No : 3034 Kabul Tarihi : 28.6.1984 25.10.1963 Tarihli ve 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 8 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine ve 95 nci Maddesinin 3 üncü Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun.
28.7.1984	18472	1	Kanun No : 3035 Kabul Tarihi : 11.7.1984 8.6.1965 Tarihli ve 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Geçici Bir Maddesinin Kaldırılması, Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.

28.7.1984	18472	5	Kanun No : 3036 Kabul Tarihi : 11.7.1984 Bölge Valiliği Hakkında 71 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Reddine Dair Kanun.
28.7.1984	18472	6	Kanun No : 3040 Kabul Tarihi : 13.7.1984 29.4.1959 Tarihli ve 7258 Sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.

● T Ü Z Ü K L E R

Tarihi :	No :	Sayfa :	Tüzüğün Adı :
16.6.1984	18433	2	Karar Sayısı : 84/8078 Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğü.
22.6.1984	18439	7	Karar Sayısı : 84/8211 Toplu Konut Fonunun Kullanım Şekline İlişkin Tüzük.
27.7.1984	18471	1	Karar Sayısı : 84/8298 Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Tüzük.

● Y Ö N E T M E L İ K L E R

Tarihi :	No :	Sayfa :	önetmeliğin Adı :
4.6.1984	18421	11	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Aaalet Yüksek Okulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliği.
6.6.1984	18423	2	1615 Sayılı Gümrük Kanununa Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 1165 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
9.6.1984	18426	14	Dernek Gelirlerinin Toplanmasında Kullanılacak Alındı Belgeleri Hakkında Yönetmelik.
14.6.1984	18431	5	3 Şubat 1973 Günlü 14437 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 14451 Mükerrer Sayılı, 17.2.1973 Günlü Resmi Gazete'de Yayımlanan Ekine (Ek: 13)'e Yapılan İlaveye Dair Yönetmelik.

23.6.1984	18440	3	Toplu Konut Kanunu Uygulama Yönetmeliği
28.6.1984	18445	35	Basın İlan Kurumu Yönetmeliğinin 70, 111, 112. Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
6.7.1984	18450	3	Karar Sayısı : 84/8125 Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği.
9.7.1984	18453	15	Karar Sayısı : 84/8100 İçkili Yerlere Verilecek İzinlerde Gözönünde Bulundurulacak Esasları Gösterir Yönetmelik.
12.7.1984	18458	13	Orman Kanununun 84 üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik.
12.7.1984	18458	18	Orman Kanununun 112, 113 ve 114 üncü Maddelerinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik.
20.7.1984	18464	3	Orman Kanununun 31, 32, 33 üncü Maddelerinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik.
24.7.1984	18468	8	Amatör Telsizcilik Yönetmeliği.
31.7.1984	18475	6	Derneklerin İzinle Kurabileceği Tesisler Hakkında Yönetmelik.
3.8.1984	18478	31	Karar Sayısı : 84/8277 Fonlar İhale Yönetmeliği.
4.8.1984	18479	8	Karar Sayısı : 84/8213 Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği.
4.8.1984	18479	24	14.6.1984 Tarih, 3023 Sayılı Kanunla Değişik 4250 Sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhissarı Kanununun 19 uncu Maddesine göre, İspirto ile Bira ve Şarap Dahil Her Çeşit İspirtolu İçki Satmak İsteyenlere Tekel İdare-since Verilecek Ruhsatnamelere Dair Yönetmelik.
9.8.1984	18484	24	Karar Sayısı : 84/8323 Orman Kanununun 35. Maddesindeki Yapı Sistemlerinin Tesbiti ve Uygulanmasına Dair Yönetmelik.
9.8.1984	18484	27	Karar Sayısı : 84/8325 Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliğinin Geçici 1 inci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

11.8.1984	18486	2	Taşınır Tabiat ve Kültür Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmelik.
12.3.1984	18487	2	Gecekondu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
13.8.1984	18488	4	Ormanlarda ve Orman İçinde Bulunan Otlak Yaylak ve Kışlaklarda Hayvan Otlatma Yönetmeliği.
13.8.1984	18488	13	Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik.
17.8.1984	18492	3	Muhafaza Ormanlarının Ayrılması ve İdaresi Hakkında Yönetmelik.
23.8.1984	18498	30	Basın İlan Kurumu Yönetmeliği'nin Değişik 73. ve 81. Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmelik.
24.8.1984	18499	39	Karar Sayısı : 84/8389 Telsiz Çağrı Cihazları, Halk Bandı ve VHF Deniz Telsiz Cihazlarının Temel Standartları Hakkında Yönetmelik.
31.8.1984	18505	7	Karar Sayısı : 84/8296 Orman Kadastro Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik.

SAYIN OKUR

Ofset olarak ikinci basımının yapıldığını duyurduğumuz sekiz ciltlik «*Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*» adlı serinin beş ciltten oluşan *HUKUK BÖLÜMÜ*'nün tamamının basımı ile bu bölümün birinci, ikinci, üçüncü ciltlerinin ciltlenmesi bitirilmiş, dört ve beşinci ciltlerin cilt iş ise sürdürülmektedir.

Her cildinden 3000'er adet basılan Hukuk Bölümü serisinin 500'er adetlik kısmının cildi, birinci basımının cilt düzeni (sırt kısmı yeşil) gibi yapılmış, geriye kalan 2500'er adedine ise değişik bir cilt düzenlemesi uygulanmıştır.

Cilt düzenlemesi birinci basımındaki gibi olanlar; serinin bazı ciltlerini edinip diğerlerini edinemeyenler, cilt düzenlemesi değişik olanlar ise eserin hiçbir cildini alamayan okurlarımız içindir.

Cildi; birinci basımının aynısı olan kitaplar tek tek, yeni ciltli olanlar ise takım halinde satılacaktır. Ciltlerin değişik olmasına karşın, kitap bedellerinde farklılık yoktur.

Tamamı ciltlendikten sonra satışına başlanacak olan beş ciltlik HUKUK BÖLÜMÜ'nden almak isteyen okurlarımız, arka sayfada belirtilen kitap bedellerini şimdiden göndermeleri durumunda, kendilerine öncelik tanınacak ve sıraya alınacaklardır. Daha sonra istekte buldukları ciltler yine bu sıralamaya göre adreslerine postalanacaktır.

Okurlarımız kitap bedeli gönderirken, hukuk bölümü ile ilgili ciltlerden daha önce alıp almadıklarını gözönünde bulundurmaları ve seçimlerini buna göre yapmaları gerekmektedir. Çünkü ciltlerde iki türlü uygulama olduğundan, kitaplığımızdaki bütünlüğün bozulmamasına özen gösterilmiştir.

Saygılarımızla.

**YARGITAY
YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ**