



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 12, SIRA SAYI : 48

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 12

EKİM 1986

SAYI : 4

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce yılda dört kez (**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 KDV. dahil **495,— TL.**, abone bedeli **1980,— TL.** dir.

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

25 16 32

Tel : 25 16 49

17 53 80 (20 hat)
17 90 36 (4 hat) } **2385, 2484, 2486**

YAYIN KURULU :

Başkan : İ. Teoman OZANOĞLU	(10. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye : Yavuz İsmet AYER	(3. Ceza Dairesi Üyesi)
Üye : İhsan ÖZMEN	(8. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye : Hakkı YAŞAR	(4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye : Ayhan KILIÇCIOĞLU	(2. Ceza Dairesi Başkanı)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
1 — GENEL KONULAR	
a) Nihat RENDA : 1986 - 1987 Adalet Yılına Açış Konuşması	373 - 387
b) Teoman EVREN : 1986 - 1987 Adalet Yılına Açılışında Yaptığı Konuşma	388 - 395
2 — USUL HUKUKU	
a) Ersin ŞEKERCİ : Medeni Usul Hukukunda ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik (II)	396 - 409
3 — CEZA HUKUKU	
a) Prof. Dr. Faruk EREM : Çek Kanunu ve Karşılıksız Çek	410 - 428
b) Yrd. Doç. Dr. Doğan SOYASLAN : İhkak-ı Hak Cürümü	429 - 448
4 — MEDENİ HUKUK	
a) Mithat SANCAR : Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı (I)	449 - 465
5 — TİCARET HUKUKU	
a) Veli DEĞİRMENCİ : Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine Karşı Şikâyet (İİK. m. 170/a)	466 - 486
b) Ünal SOMUNCUOĞLU : Banka Kredi Sözleşmeleri Üzerine Bir İnceleme	487 - 492
6 — FİKİR HUKUKU	
a) Nail SUCU : Birleşik Devletler Antitröst Hukukunda Yeni Gelişmeler : Patent Antitröst Ortak Yüzü (I)	493 - 505

**7 — FEDERAL MAHKEME
KARARLARI**

- a) **Kemal DAYINLARLI** : Medeni Kanununun 151 Ve 152. Maddeleri Arasındaki İlişki; İstisna Akdi - İfa İmkânsızlığı; İstisna Akdi - Ayıba Karşı Tekeffül - Tamirat Davası 506 - 516

**8 — TÜRK HUKUKUNUN
YABANCI MAHKEMELERCE
UYGULANMASI**

- a) **Dr. Şeref ÜNAL** : Boşanma Ve Velayetin Tevdi 517 - 524

9 — ANI

- a) **Edip ŞİMŞEK** : Bir Mehmet Emin Arıkan Vardı 525 - 526

10 — KİTAP TANITMA

- a) **Ali Rıza GENİŞ** : «Les Motifs d'Infirmité des Sentences Arbitrales en Droit Turc»
«Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku» 527 - 528

11 — BİBLİYOGRAFYA

- a) **Ali Rıza GENİŞ** : 1986 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası 529 - 532

12 — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) **Ali Rıza GENİŞ** : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yitirdiklerimiz; Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler; Yargıtay Yayınları ... 533 - 542

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Nihat
RENDA'nın 1986 - 1987 Adalet Yılına
Açış Konuşması. 8.9.1986

**SAYIN CUMHURBAŞKANIM,
TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN SAYIN BAŞKANI,
CUMHURBAŞKANLIĞI KONSEYİNİN SAYIN ÜYELERİ,
SAYIN BAŞBAKAN,
YÜKSEK YARGI ORGANLARININ SAYIN BAŞKANLARI,
SAYIN KONUKLAR,
AZİZ ARKADAŞLARIM,
BASININ VE TRT.'NİN SAYIN MENSUPLARI.**

Bugün, adli teşkilâtın, insan gücünü aşan yoğun çalışmaları ile geçen bir Adalet Yılına daha, tarihin yanılmaz hükmüne terkederken, yine sorunlarla dolu yeni bir Adalet Yılına girmiş bulunuyoruz.

Yargının bu en anlamlı gününe, yüksek huzurlarıyla onur katan aziz Cumhurbaşkanım, aynı zamanda güzel ve kalıcı bir geleneği de başlatmış olması nedeniyle şükranlarımı arzederken, varlıkları ile bizlere onur veren mümtaz konuklarımızı da derin saygılarımla selâmlıyor ve 1986 - 1987 Adalet Yılı'nın yüce Milletime hayırlı olmasını yürekten diliyorum.

Bu arada, geçen yıl sonsuzluğa göçen Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarına, avukat meslekdaşlarıma, adalet mensuplarına Ulu Tanrı'dan rahmet dilemeyi, gerek yaş sınırı nedeniyle, gerekse kendi istekleriyle emekli olan değerli arkadaşlarıma, unutulmaz hizmetlerinden dolayı şükranlarımı ve yeni yaşamlarında sağlık, esenlik ve mutluluk dileklerimi sunmayı, özellikle de kısa bir süre önce Yargıtay Üyeliğine seçilen ve üstün çalışmalarıyla bize güç katan yüce hâkimlere başarılar dilemeyi öncelikle yerine getirilmesi gereken zevkli bir görev sayıyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bugün dünyamız olağanüstü kritik günler yaşamaktadır. Geçen Adalet Yılı açış konuşmamda da belirttiğim gibi, hukukun ve uygarlığın öncülüğünü yaptıklarını iddia eden devletler başta olmak üzere, her devlet yalnız kendi çıkarını düşünmekte, giderek evrensel hukuk, adalet ve ahlâk kuralları dahil, diğer devletlerin haklarına bile saygılı davranmamaktadırlar.

Öte yandan, bazı devletlerin desteği sonucu büyük tırmanış gösteren terörizm ile barışı, sosyal ve ekonomik kalkınmayı engelleyen silâhlanma yarışı ve özellikle de dünyanın bir bölgesindeki açlık olgusu, insanlığın geleceği yönünden ümit kırıcı gelişmelerdir.

Hele, son günlerdeki, vahşet derecesine varan, insanlık dışı şiddet ve katliam olayları, konunun önemine büsbütün yeni boyutlar kazandırmış ve milletçe hepimizi derin bir ye'se boğmuştur.

Kayı yaratıcı bu olaylar, bizlere bu dönemde milletçe daha çok birlik ve beraberlik içinde bulunmak, her yönden daha güçlü olmak mecburiyetini yüklemektedir.

Bugün, Yurdumuzun çözüme kavuşturulması gereken birçok sorunları, mevcut hukuk düzeni yönünden bazı sıkıntıları elbette vardır. Esasen kusursuz hiçbir rejim dünya üzerinde mevcut değildir. Bunun gibi, hukuk devleti idealinin hiçbir ülkede tam olarak gerçekleştiği de iddia edilemez.

Gerçek şudur ki, yurdumuzda insan hakları ve özgürlükler konusunda «olması gereken» ile «olan» açılarından yapılan karşılaştırma ve değerlendirmeler, bu ikisi arasında çok önemli mesafeler kaydettiğini ortaya koymuştur.

O halde, sorunlara asla karamsarlık, umutsuzluk içinde değil, iyimserlikle yaklaşarak, yakın tarihimizde ve gözlerimizin önünde cereyan eden olaylardan sonuçlar çıkarılarak gelecekteki tutum ve davranışımızı belirlemek, sanıyorum en isabetli bir yol olacaktır.

Çünkü, demokrasinin temel öğelerinden biri ve en önemlisi, toplumda hoşgörü ve saygı ortamının yerleşmesidir. Böyle bir ortam oluşmadıkça, siyasal inançlara ve faaliyetlere yadırgamadan ve düşman olmadan bakabilme alışkanlığı toplumda bir duygu olarak yerleşmedikçe, fertler ve siyasal güçler arasındaki ilişkiler yumuşak ve esnek bir zeminde sürdürülmedikçe, Anayasanın ve yasaların tanıdığı haklar ve özgürlükler ne kadar mükemmel olursa olsun, toplumun huzurunun ve uygar ilişkilerin giderek bozulması mukadderdir.

İnanıyorum ki bu duyguyu yüreklerimize doldurduğumuz; mevcut hukuk düzenini oluşturan kurallara karşı gelmediğimiz; önyargıları ve saplantıları, özellikle bilgili ve daima haklı görünmek tutkusunu terkettiğimiz takdirde, siyasal rejimimiz giderek daha güçlenecek, böylece özlemini çektiğimiz düzeye erişecektir.

Bugün yapacağım konuşmamda, değişik bir yöntem izlemek, önceki açış konuşmalarından bazı bölümleri sizlere okumak; bu arada millet ve hak yolunda, adalet hizmetinde neredeyse 120 yılını idrak

edecek olan ve köklü mazisi, anıtlamış kararlarıyla kalplerde ve kafalarda büyük bir saygınlık yaratmış buunan Yargıtay'ın, daha iyi anlaşılıp değerlendirilebilmesi için bazı rakamları dile getirmek istiyorum.

Amacım, 1943 yılından beri sürdürülen bu anlamlı toplantılarda yapılan konuşmalardan sunacağım birkaç bölümle, sizleri yargının nasırlamış sorunları içinde dolaştırmak, Türk adalet teşkilâtının yıllarca çok ağır bir yükün tüyler ürpertici sorumlulukları altında nasıl çalıştığını, bugün ne durumda olduğunu sizlere anlatmak ve geleceği hakkında sizlerin sağlam bir yargıya varmanızı sağlamaktır.

Sizlere aktaracağım bölümler asla özellikle seçilmiş değildir. Bütün açış konuşmalarında değişik ifadelerle tekrarlanmış olan sorunlardır. Hatta, bundan 10, 20, 30 yıl önceki konuşmalardan birisi bu yıl yapılan törende okunmuş olsa, yadırganacağını sanmıyorum.

Yargının sorunları, gelmiş geçmiş bütün yasama ve yürütme organlarınca bilinmektedir. Beş yıllık kalkınma plânları ile icra programlarında bütün bu sorunlar hem de çözümleriyle birlikte en ufak ayrıntılarına kadar tespit edilmiştir.

Ancak, yarım yüzyıla yakın süredir, çözümleri ile birlikte ısrarla tekrarlanan genel ve hayati nitelikteki sorunlarımızın çoğuna, hâlâ arzulanan düzeyde âdil, kalıcı ve gerçekçi bir çözüm getirilememiş olması son derece üzücü ve düşündürücüdür.

ÇAĞDAŞ HUKUK DEVLETİ VE YARGI

Sayın Cumhurbaşkanım,

Çok iyi bilinir ki, devlet denilen müessese, sosyal ve ekonomik gelişmenin belli bir evresinde, toplum yaşamının bir ürünü olarak doğmuştur. Çağlar boyu verilen bir mücadelenin doğal sonucu ve çağdaş uzantısı olarak ortaya çıkan devletin modern tipine, yani sosyal hukuk devleti aşamasına ulaşması, Batı'da uyanış devrinden, reform hareketlerinden, nihayet sanayi devriminin başlamasından sonradır. Bu tarihi çağların ürünü olan devletin temel amacı, insanı her yönden koruması, yüceltmesi ve onu kendisine hizmet edilmesi gereken tek gerçek değer olarak benimsemesi olmuştur.

Devlet artık insanını her yönden korumak ve geliştirmek durumunda, hatta zorunluluğundadır. Bu bakımdan çağımızın insanı, en güçlü otorite olan devletinden pek çok şey beklemeye başlamıştır.

Günümüzün çağdaş devleti, hukuk kurallarından örülmüş bir düzeni ifade eder. Gerçek hukuk devleti, çağdaş gelişmeleri yasalarına,

geniş bir anlatımla hukuk düzenine aktaran devlettir. Bu bakımdan, (devletle hukuk) ve (hak ile yasalar) arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Ne var ki insanlar, ötedenberi, (hak ile yasa) ve (hukuk ile devlet) arasında esaslı bir fark sezmiş, hakkın yasa ile eşit olmadığına ve hukukun devletten ayrı ve üstün bir varlığı bulunduğuna inanmış, yasanın üstünde ve yasa koyucuların daima gözönünde bulundurulması gereken bir hakkın var olduğuna sarsılmaz bir kanaat beslemişlerdir.

Çağdaş gelişmeler sonucunda, hukuk devleti düşüncesinin, yasa devleti görüşünü ikinci plânda bırakması işte bu düşünceden kaynaklanmıştır. Gerçekten hak, yasadan ibaret değildir. Hak, sosyal bir fikir, toplum yaşamının ürünü, dolayısıyla bir idealdir. Yasa ise, bunun iyi ya da kötü bir ifadesi, bir klişesidir.

Bu özellik, mevcut hukuk düzeninin ne oranda hukukun evrensel ilkelerini ve bilimsel gerçekleri, dolayısıyla hukukun yüceliğini yansıttığı ve özellikle de ne oranda adaleti gerçekleştirdiği konusunda bir değerlendirme yapmaya, daima insanları sevk etmiştir.

Kuşkusuz, hukukun, devlet düzeninde egemenliği, yalnız yasalara değil, hak ve adalet ilkelerinin de egemenliği anlamına gelir. Artık bir hukuk devletinde yasaların egemenliği yeterli değildir. Yürürlükteki hukukun, hak ve adalet düşüncesine dayanan ve bu düşünceden kaynaklanan eleştirilere açık bulunması, bu bakımdan çok doğal sayılmalıdır. İnsanlık tarihi de, insan düşüncesinin hukuk karşısında hiçbir zaman hareketsiz kalmadığını, hukuk düzenini adalet duygusu ve bilinciyle daima eleştirdiğini göstermektedir. Çünkü adalet, bir toplum içinde barış, uyum, eşitlik ve düzen yaratma görevleriyle, hukukun özü ve amacıdır.

Hukukun temel ve evrensel ilkelerini içermeyen, yapısı ve içeriği bakımlarından fertlerin adalet duygusu ve anlayışları ile bağdaşmayan ve yalnız istikrar ve disiplini gerçekleştirme amacı güden bir hukuk, sadece eksik değil, Anayasamızın 5 ve 10. maddeleri karşısında aynı zamanda yetersiz bir hukuktur.

Hukuk devleti, ancak toplumu oluşturan fertlerin ve bu arada özellikle devlet içinde hâkim durumda olan idare edenlerin, bütün işlerinde ve işlemlerinde, yürekten inanarak, seve seve, yasalara ve yargının kararlarına bağlı olmaları, büyük bir gelişim gösteren sosyal yapının, ihtiyaçlarına cevap verecek, çağdaş hukuk sistemlerine ve demokratik hukuk kurallarına uygun yeni düzenlemelere kavuşturulması ve en önemli olarak da bütün kurum ve kuruluşların

mükemmel bir şekilde teşkilâtlanması ve işlemesi halinde gerçekleştirilebilir.

Bunun için fert de, devlet de güçlü ve adaletli bir hukuk düzeyine inanmak ve bunu gerçekleştirmek için gerekeni yapmak zorundadır.

Artık çağdaş devlet, geçmişin ve geleneğin kalıplaşmış kurallarını bir tarafa itmek, akla, bilgiye ve yaşamını yakından izleme durumunda olduğu toplumun gerçek ihtiyaçlarına göre düşünüp, yeni yeni düzenlemelere gitmek ve özellikle de kendisini sağlam ve ayakta tutacak kurumları ve bu arada bütün yargı kuruluşlarını en üst düzeyde teşkilâtlandırmak zorundadır.

Çünkü, sürekli bir yenileşme ve kendini aşma özlem ve tutkusıyla dolu Türk toplumu da, artık, hukuk devleti kavramının ifade ettiği anlamı ve böyle bir devlet yapısı içersinde yargı gücünün, dolayısıyla yargı denetiminin değerini yeterince kavramıştır.

YARGININ GENEL DURUMU

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Geçmiş uzun döneme bir göz atıldığı takdirde, Yurdumuzun en öncelikli sorununun daima ekonomik alanda kalkınma olduğu görüşüyle sadece bu soruna önem verildiği ve dolayısıyla sosyal ve özellikle de adli kalkınmanın ihmâl edildiği görülür. Böyle bir düşünce ve uygulamayla adli kalkınmanın yıllarca ihmâl edilmiş olması, ne yazık ki arzulanan düzeyde bir hukuk düzeninin gerçekleşmesini de engellemiştir. Oysa, gerçek ekonomik kalkınma, ancak toplumun değişen ihtiyaçlarına cevap verecek düzenlemelerin zamanında yapıldığı, toplumda yasalara saygı ve uyum bilinciyle, adalet duygusunun yerleştiği ve adalet işlerinin aksamadan yürütüldüğü bir düzenin varlığı halinde başarıya ulaşabilir.

Değişmeyen bir gerçektir ki, her toplumun doğasında karmaşa eğilimi vardır. Bunun nedenleri hiç kuşkusuz, yaşam ve çalışma alanlarında oluşup duran olumsuz olaylar, sağlıksız kentleşmeler, sosyo-ekonomik çöküntüler, eğitim yetersizliği, fertlerin ruhsal sıkıntılıdır.

Ancak bir devlette, uygar bir hukuk düzeni ve dolayısıyla ferdin hak ve özgürlüklerini her türlü sataşmalardan koruyacak güçlü ve etkin bir adalet cihazı mevcutsa, o toplumda karmaşanın yeri elbette olmayacaktır.

Çünkü, bir toplumun gelişme düzeyi hukuksal yapısının ve adli teşkilâtının güçlülüğü ile orantılıdır. Bir devletin yargı sistemi, o devletin nitelik ve bünyesini gösteren bir ölçüdür. Hukukun ve adaletin egemen olduğu, mahkemelerin doğru, etkin ve sür'atli karar verdikleri bir ülkede toplum daha mutlu, daha huzurludur; daha yapıcı, daha yaratıcıdır. Yargının gerçek gücü ve bağımsızlığının yadırganmadığı, yargının her yönüyle yüceliğe kavuşturulduğu bir ortamda devlet daha güçlüdür; uygarlığın gelişmesi ve özellikle de sosyo-ekonomik kalkınmada başarı sağlanması, böyle bir ülkede daha kısa sürede mümkün olur.

Ama ne yazık ki, bugüne kadar ülkemizde, vatandaşların adalet sorunları ile ilgili haklı yakınmalarına ve yargı teşkilâtının sorunlarına geniş kapsamlı ve kalıcı çözüm getirecek plânlı ve ciddi bir adalet politikası güdülmemiş, yapılması düşünülen bazı iyileştirmeler de maalesef kadro ve personel yetersizliği, bütçe mülâhazası gibi nedenlerle ve bazı etkenlerle gerçekleştirilememiş, dolayısıyla yargı bugüne kadar anayasal gücü ve yeri ile orantılı düzeye çıkarılamamıştır.

Bugün, yargının genel durumuna bir göz atılacak olursa, hiçte iç açıcı olmadığı görülür. Yıllardan beri süregelen ve bugün ağırlığını çok daha fazla hissettiren sıkıntılar, hem ilk mahkemeler hem de Yargıtay yönünden bizi ciddi endişelere sevketmiştir.

Adalet Yılı açış konuşmama esas olmak üzere, Adalet Bakanlığı'ndan aldığım resmî rakamlara göre, teşkilâttaki hâkim kadrosu **4278**, Cumhuriyet savcı kadrosu da **2478** olmak üzere **6756**'dır.

Askerî Yargıtay'da, sıkıyönetim mahkemelerinde, Adalet Bakanlığı'nda, Yargıtay ile Cumhuriyet Başsavcılığı'nda görevli olanlar hariç, münhâl hâkim adedi **1112**, savcı adedi **665** olmak üzere toplam **1777**, boş hâkim adayı kadrosu da **419**'dur.

Biraz önce belirttiğim yerlerde çaişan **283** hâkim ve **87** Cumhuriyet savcısının da fiilen mahkemelerde görev yapmadıkları düşünülürse, basit bir hesapla **2800** kadar ilk mahkeme hâkimi, **1985** yılında (**1.311.679** adet ceza ve **1.815.610** adet hukuk davası olmak üzere) toplam **3.127.289** adet davaya bakmak; bunun gibi, **1700** Cumhuriyet savcısı da, aynı yıl içinde **1.164.016** adet hazırlık soruşturması yapmak bu arada Asliye Ceza ve Ağır Ceza Mahkemelerinin duruşmalarına çıkmak ve ayrıca **816.370** adet ilâmın infazını sağlamak durumu ile karşı karşıya bırakılmışlardır ki, bu üzüntü verici bir olgudur.

Hâkimlerin baktığı işlere ilişkin bu rakamlara, delil tespiti, tedbir kararı, tereke tespiti ve buna benzer büyük adetlere ulaşan müteferrik işlerle, mahkeme binaları dışında yapılması gereken keşif işlemleri de dahil edilirse, ortaya çıkacak tablo, daha da ürkütücü olacaktır.

Davaların irade dışı uzamasına, giderek artan yakınmalara ve eleştirilere neden olan ve dolayısıyla adalete karşı inanç ve güveni zedeleyen bu durumun manevi sorumluluğunu, yargı mensuplarının daha fazla taşımaya, sanıyorum artık gücü kalmamıştır.

Bu üzüntü verici tabloya rağmen, şu an eğer hâlâ yargıdan, özellikle geciken adaletten yakınmalar sürdürülüyorsa, bunun nedenini ve sorumluluğunu sadece yargıya yüklemek, haksızlıkların en büyüğü olacaktır.

YARGITAY'IN GÜNÜMÜZDEKİ DURUMU

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bugün Yargıtay, çok daha zor günler yaşamaktadır.

Yargıtay Hukuk ve Ceza Daireleri ile Genel Kurulları **1984** takvim yılında **35.150** dosya devralmış ve **1985** takvim yılı içinde gelen **262.693** dosya ile birlikte bir yıl içinde **297.843** adet dosyaya bakmak durumunda kalmıştır. Bu işlerden **61.904** adedi bozma (ki görüşülen işlerin % 33'ü oranındadır) **135.973** adedi onama, **48.464** adedi de diğer bir karar türü ile sonuçlanmış ve fakat 1986 yılına **51.502** dosya devredilmiştir.

Bu iş hızının devam etmesi halinde, Yargıtay her yıl ortalama 30.000 kadar daha fazla dosyaya bakmak zorunda kalacaktır.

Özellikle tapulama işlemlerinin yurt düzeyinde yaygınlaştırılması, devlet yatırımları yüzünden gün be gün artan kamulaştırmalar, konut sorununun ve yoğunluk kazanan ekonomik ilişkilerin karmaşıklığının beraberinde getirdiği uyumsuzluklar, 2912 ve 3012 sayılı Yasalara göre açılan kira tesbit davaları yüzünden daha da çoğalacak olan dava ve icra işlerinin, giderek bütün sistemi çalıştırmayacak duruma sokacağını tahmin etmek hiç de güç olmayacaktır.

Hal böyle olunca, Yargıtay'ın bundan böyle tüm üye ve bugün büyük boyutlara varan tetkik hâkimi açığının doldurulması halinde dahi, bu iş yükünün üstesinden gelmesine imkân kalmıyacaktır.

Durum, Cumhuriyet Başsavcılığı yönünden de değişik değildir. 1984 yılından 30.602 ceza dosyası devralan Cumhuriyet Başsavcılığına, 1985 yılında 90.687 dosya gelmiş, toplam 121.289 dosyanın 88.150 adedi tebliğnameye bağlanarak Ceza Genel Kurulu ile ceza dairelerine gönderilmiş ve 1986 yılına da 33.139 dosya devrolunmuştur. Başsavcılıktaki incelemenin bir yıla yakın bir gecikmeyle yapıldığı ve bu dosyaların ilgili kurul ve dairelerde de bir süre inceleme için beklediği düşünülürse, bu gecikmenin beraberinde ne denli büyük sakıncalar getireceği kolaylıkla anlaşılır.

İlk mahkemelerde esasen yıllarca süren bir davanın Yargıtay'da 8 ay ile 3 - 4 yıl inceleme sırası beklemesi, verilen kararlar ne kadar doğru ve âdil olursa olsun, Yargıtay'ı zaman içinde yıpratacak ve mevcut olumsuz çalışma koşulları yüzünden kararlarına gölge düşürecektir.

Oysa, Yargıtay ve mahkemeler, Devleti, Cumhuriyeti ayakta tutan, yurttaki nizamı ve düzeni sağlayan kuruluşlardır. Bunları sağlam ve itibarda tutmak devlete sadece güç kazandırır.

Sorunlar yeni değildir. 1940'lı yıllardan günümüze uzanan büyük bir ihmalin sonucudur.

Şimdi izin verirseniz sizlere, önceki açış konuşmalarından bazı bölümleri aynen aktarmak istiyorum.

Değerli bir Başkanımız, büyük hukukçu Halil ÖZYÖRÜK, 1943 - 1944 yılı açış konuşmasında, fonksiyonunu yitiren teşkilât yasasından, hâkimlik mesleğine rağbet edilmemesinin gerçek nedenlerinden söz ederken, bakınız ne diyor :

(... Modern hayatın ilerlemesiyle birlikte adalet kaplarına yapılan başvuruların yaratacağı bunalmayı ve hazımsızlığı vaktinde önlemek için, artık gerçek hüviyetini kaybetmiş olan adli teşkilâtla ilgili kanun yerine yenisinin konulması zamanı gelmiştir... Bugün adalet organlarını faaliyetleri içersinde sıkıştıran, bunaltan ve bazen eksik bir şekilde işlemek zorunda bırakan şey, mahkemeler kuruluşunun belli ve kesin esaslara dayanmayışıdır. Bazı yerlerde savcı ve sorgu hâkimi bulundurulamıyor; bu yerlerde asliye mahkemeleri savcısız iş görmek zorunda kalıyorlar. Bu hal, mahkeme kürsülerini işgal edecek yargıç sayısının fakirliğinden ileri geldiğine şüphe yoktur. Bu bakımdan yargıç sayısını çoğaltmak zarureti karşındayız. Yargıçlık niteliğini kendilerinde topalayabilenlerden pek az bir kısmı bu mesleğe girmektedir.

Rağbetsizliğin sebebi malûm! Yargıç, genel hükümlere göre, yani devlet memurlarının bağlı olduğu aylık ve ödenek hükümlerine göre para alır ve bu paradan başka hiçbir kazancı da yoktur. Çünkü bizzat Anayasa, yargıcın, gerek genel ve gerekse özel hiçbir görev alamıyacağını söylemiştir. Buna karşılık gene Anayasa'nın 56. maddesinde bahsettiği —1924 Anayasası— «yargıçların aylık ve ödenekleri» hakkında özel kanunlar henüz çıkarılmamıştır. Bunların yokluğu sebebiyle de yargıçlar bu bakımdan bütün memurlar hakkındaki genel hükümlere bağlı tutulmaktadırlar... Öte yandan, kendilerini hâkimlik kürsülerinde adaleti tatbik etmek üzere yetiştirdiğimiz genç elemanların meslekten uzaklaştıklarını görmekte duyduğumuz üzüntüyü gidermek için, mesleğin lâzım gelen çekiciliği kazanmasına bir an evvel teşebbüs edileceğine de asla şüphemiz yoktur...)

Aynı Başkan 1946 - 1947 yılında da sorunu, şu sözlerle dile getirdiyordu:

(... Hukuk Fakültelerini bitiren gençlerden yargıçlık mesleğini seçenler mahdud kimselerdir... Asıl dava, yargıçlık mesleğini çekici, arzu edilir, imrenilir bir duruma ulaştırmak davasıdır. Bunun da halli, ancak yargıca bahşedilecek maddi ve manevi imkân ve üstünlüklerin sağlanması ile kabil olur...).

Yıl 1986 ve Anayasamızın 140. maddesi şöyle diyor :

(... Hâkim ve savcıların aylık ve ödenekleri... mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir...)

1924 Anayasasındaki aynı hüküm ve 62 yıldır çıkarılamayan bir yasa.

Aynı Başkan, 1944 - 1945 yılı açış konuşmasında da günün Yargıtay'ı için şöyle bir değerlendirme yapıyordu :

(... Yargının iki büyük sorunu şudur : Birincisi, İstinaf Teşkilâtı, yani Üst Mahkemeler. Bu teşkilât faydalıdır. İkincisi, temyiz yükünü hafifletmek. Bu ise zaruridir. Çünkü, temyiz yükünü hafifletmeyi temin edecek olan çareleri düşünmeyecek ve gerekli tedbirleri vaktinde almıyacak olursak, muazzam bir kaza cihazını adli vazifesinden uzaklaştırmak gibi, telâfisi mümkün olmayacak bir zararla karşılaşmış olabiliriz. Temyiz mahkemesinin işi, binlerce ve binlerce dosya devretmek ve muvaffakiyetini astronomik rakamlarla can-

landırmak değildir. Temyiz bir prensip mahkemesidir. Temyiz mahkemesi, sayıya tâbi bir kurul haline girdiği gün, adalet de rakamla ifade edilir hale gelir ve bir hesabı cari zihniyetinin karanlık girdabı içersinde boğulma tehlikesiyle karşılaşır...).

Bir başka değerli Başkan Recai **SEÇKİN**, 1962 - 1963 yılı açış konuşmasında, hâkimlik mesleği ile ilgili görüşlerini de şöyle belirtiyordu:

(... Adalet kapısı, bilhassa yönetim yerlerinin haksızlığını düzeltecek son kapı olunca adalet işleri, sosyal bakımdan, yönetim işlerinden daha önemli işler niteliğini kazanır... Son kapı olan mahkeme kapısı, gayet sağlam bir kapı olmalıdır ki, haksızlık oradan içeri sızmasın. Bu kapının sağlamlığı, sadece, konulan kanun hükümleriyle hâkimin, yönetim erkinin veya işle ilgili bir yurttaşın etkisi dışında, kanun ve vicdan ile başbaşa bırakılması yoluyla sağlanmış olmaz. Kanunun gereği gibi uygulanabilmesi ve hatta hâkimin okuduğunu ve söyleneni gereği gibi dinleyebilmesi ve anlayabilmesi, kendisinde herhangi bir sıkıntı ve üzüntü bulunmamasına, yani iç rahatlığına sahip olmasına bağlıdır. Şayet hâkim, maddi ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek güce sahip değilse, ne kadar iyi niyetli olursa olsun, ruhi bakımdan kendisini işe veremez ve böyle bir hâkimin kararı, büyük bir ihtimalle doğru olmaz... Hâkimlerin büyük bir çoğunluğu, pek çok akşamlarını evlerinde dinlenerek geçiremedikleri gibi, hafta tatilinden de hemen hemen faydalanamazlar. Bu yaşama şartları, diğer meslektekilerinden daha çabuk yıpranıp hastalanmaları veyahut mesleğe tam manasıyla yararlı olabilecekleri olgun bir çağda meslekten çekilip, serbest hayata atılmaları ve durumu yakından bilen yeni hukukçuların da hâkimliğe rağbet etmemeleri sonucunu doğurmaktadır... Bugüne kadar hâkim olan yanlış bir düşünceye, hukuk devleti olma yoluna kesin olarak girmemizden sonra artık değer vermemek gerektir. O da, hâkimin dahi devletin bir memuru bulunması sebebiyle diğer memurlardan farklı bir malî hakkı olamayacağı ve öbür memurların işlerinin dahi hâkimin işi kadar önemli bulunduğu düşüncesidir...).

Yine 1951 - 1952 yılı açış konuşmasında adli teşkilât için :

(... Adaletin temel taşı teşkilâttir. Bugünkü teşkilâtımızın karışık ve dağınık bir halde olduğunu görüyoruz. Bunun

ıslâhı için 1932 yılından beri çalışılmaktadır. Bugün Bakanlıkta tetkik edilmekte olan tasarının biran evvel ikmalıyla tatbik mevkiine konularak bu karışık ve dağınık duruma son vermek lâzımdır...) diyen Başkan Mustafa Fevzi **BOZER**, üst mahkemeler için de şöyle bir değerlendirme yapıyordu:

(... Üst mahkemelerin leh ve aleyhinde söylentiler varsa da her davanın iki derecede görülmesi ilmi bir zarurettir. Dünya milletlerinin hepsi bir dereceli hükme kani olmaya-
rak behemahâl bir ikinci hüküm mahkemesi aramak ihtiya-
cını hissetmişlerdir. Üst mahkemeler, istinaf mahkemeleri
namı altında bizde de mevcuttu. 8 Nisan 1340 (8 Nisan 1924)
tarihinde ilga olunmuştur. İlk mahkemelerle Yargıtay ara-
sında bir derece mahkemesi olan ve mühim davalarda bir
süzgeç vazifesini gören istinaf mahkemelerinin kaldırılması,
çok hatalı ve isabetsiz bir iş olmuştur. Bu yanlışlığın fena ne-
ticeleri çok geçmeden kendini gösterdi. Yargıtay'ın daire sa-
yıları çoğaltılmak suretiyle bu yanlış tasarrufun tevhit etti-
ği mahzurları durmadan azaltmaya çalıştık. 6 dairenin 12'ye
çıkartılmasına rağmen, bir inat ve ısrarla artan işleri önlemek
kabil olmamıştır. Bir istinaf yerine, ısrar, mürafaa ve tashi-
hi karar gibi kanunî imkânlar tanıdık. Yine bir fayda sağla-
namadı. Bil'akis, Yargıtay teşkilâtı genişledikçe ilk mahke-
meler daima zaafa ve büyük sarsıntılara maruz kalmıştır. Bir
tarafından da yüksek mahkeme fonksiyonunu ifa hususunda
türlü müşküllere uğramıştır. Çünkü Yargıtay bir derece
mahkemesi değildir. Üst mahkeme gibi maddi hadise ve delil-
leri takdir ile uğraşmaz. Ancak yurttaki kanunların yeknesak
olarak uygulanıp uygulanmadığını murakabe ile ve hukuk
yaratmakla mükelleftir. Bugünkü Yargıtay için bu mühim
vazife, ikinci plânda kalmıştır. İşte yüksek mahkemenin
fonksiyonunu lâyıkıyla yerine getirememesi, işlerin gecikme-
si, hep bundan ileri gelmektedir. Üst mahkemelerin ihyası
için 20 seneye yakın bir zamandan beri uğraşmaktayız. Bu-
günkü teşkilâta yeni bir istikamet verecek olan bu tasarının
bir gün evvel çıkarılarak bu karışık ve dağınık hale son ver-
mek zamanı geldiğini tekrar etmek mecburiyetindeyim...).

Evet, yıl 1986, Yargıtay 24 daire ve 201 üyeden oluşuyor, 300.000 sınırına varan dosya ... yarım asır önce başlatılan çalışmalar ve hâlâ üst mahkemelerin kurulması tartışılıyor.

YARGININ TEMEL SORUNLARI

Aziz Cumhurbaşkanım,
Seçkin Konuklar,

Sizleri daha fazla yormak istemiyorum. Yargının sorunları bellidir. Yargı mesleği yaklaşık yarım yüzyıldan bu yana özelliğini ve çikiciliğini yitirmiştir. Bunun gerçek nedeni, hakların ve özgürlüklerin güvencesi olan yargı hizmetinin lâlettayin bir kamu hizmeti telâkki edilmesidir.

Yasama ve yürütme organlarının, yargının içinde bulunduğu zorlukların aşılmasında zaman zaman gösterdikleri değerli çabaları şükranla anmamak mümkün değil. Ne var ki, bugüne kadar yapılan iyileştirmelerin kalıcı ve sorunu kesin nitelikte çözücü kapsamda olmadığı da meydanda. Bu itibarla yürütme organınca üzerinde titizlikle ve yepyeni bir anlayışla durulduğunu yakından bildiğimiz 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili bu hayati sorunun Adalet Bakanlığınca sunulan öneriler doğrultusunda artık nihaî ve kalıcı bir çözüme ulaştırılması mesleğin geleceği yönünden en içten dileğimizdir.

Bugünkü Türkiye, her yönden güçlü bir devlettir. Bütçe mülâhazası, sorunlarımızın hâlinde asla engel olmamalıdır. Hiç kimsenin kuşkusu olmasın. Bugün yurdumuzda yargı hizmetlerini üst düzeyde yürütebilecek büyük bir potansiyel mevcuttur. Bunlar, üstün yeteneklerine rağmen geçim kaygusuyla mesleğe yönelmek istemeyen değerli hukukçular ve özellikle, meslekte başarılı olmalarına rağmen çeşitli nedenlerle istifa ederek veya erken emekli olarak görevlerinden ayrılmış hâkim ve savcılardır. Mesleğin özelliği, farklı olması, anayasal gücü ve devlet katındaki yeri gözönüne alınıp son derece çekici ve özlenir hale sokulduğu takdirde, bunların mesleğe yönelmeleri sağlanmış olacaktır.

Öte yandan Adalet Bakanlığının, mesleğe kaynak sağlama yönünden yaptığını, yine yakından bildiğimiz çalışmalarının sonuçlanması halinde boş kadroların, çok kısa bir sürede ve hem de yetenekli hâkimlerle doldurulması imkânı doğacaktır.

Yargının ciddi sorunlarından birisi de yeniden teşkilâtlanması gerektiği hususudur. Bugün mevcut hâkim ve savcı kadrosuyla adalet hizmetlerinin yürütülmesi zorlaşmıştır. Boş kadroların doldurulması ile beraber teşkilâtın genişletilmesi için kadroların artırılması yoluna da gidilmesi ve bu arada yeniden hazırlanan teşkilât yasası ile birlikte üst mahkemeler sorununun da kesin çözüme bağlanması suretiyle yargının çağdaş bir hüviyete kavuşturulması son derece yararlı olacaktır.

Yargıtay-Adalet Bakanlığı işbirliği içinde sürdürülen meslek içi eğitimin ve bölgesel sempozyumların genç meslekdaşlarımız yönünden büyük yararlar sağladığını görmekten özellikle mutluluk duyuyoruz. 3221 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen meslek içi eğitim müessesesinin en üst düzeyde teşkilâtlanması ve bir an önce hizmete girmesi, mesleğin niteliğini, giderek gücünü yüceltecek, ayrıca adalet personelinin eğitimine de büyük katkılar sağlayacaktır.

Lise dengi okulu bulunmayan tek kamu kurumu yargıdır. Yargının hızlı ve doğru çalışabilmesinin bir önemli koşulu da iyi eğitilmiş, yetenekli ve bilgili personeldir. Bu mesleğin, belirli bir eğitimle edinelebilen bir meslek durumuna getirilmesi için meslek okullarının açılması yararlı olacaktır. Bu konuda da son aşamaya geldiğini bildiğimiz çalışmaların bir an önce bitirilmesi; özellikle bu mesleğe yönelmeyi sağlayacak ekonomik ve sosyal iyileştirmeler yapılması halinde, yardımcı personelin durumu da düzelecek ve haklı yakınmalar ortadan kalkacaktır.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİM GÜVENCESİ

Sayın Cumhurbaşkanım,

Hâkim, toplumsal yaşam ve devlet faaliyetlerinin her alanında son sözü söylemek yetkisiyle donatılmış bir kamu görevlisi olarak, son derece ağır ve sorumlu bir görev üstlenmiştir. Bu ağır sorumluluk nedeniyledir ki hâkimlere özel bir statü sağlanması zorunluğu doğmuştur. Yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesi, bu özelliklerden biri ve fakat en önemlisidir. Çünkü, hâkim güvencesinin gerçek amacı hâkimlerin her türlü kaygıdan ve etkiden uzak, serbestçe ve tarafsız olarak karar verebilmelerini sağlamak ve dolayısıyla topluma, adaletin bu şekilde dağıtıldığı hususunda inanç ve güven vermektir.

Bu bakımdan, uzun yıllar önce var olan coğrafi güvencenin, Türkiye'mizin daha ileri bir demokratik düzeye ulaştığı dönemde 1970'li yıllarda kaldırılmış olması büyük bir talihsizlik olmuş, bu güvenciyi amacından uzaklaştırmak sonucunu yaratmıştır. Çünkü, bir kurulun iradesi ile de olsa, yerini kaybedeceği endişesine kapılan bir hâkim, görevini adalet gereklerine uygun şekilde yapmakta güçlüğüne uğrayacak, dolayısıyla bağımsızlığını kaybedecektir.

Bağımsızlık ve güvence hükümlerinin geçmişte bazı hâkimler tarafından kötüye kullanılmış olması ve bundan böyle de kötüye kullanılma ihtimâli bulunması, çok kez dile getirildiği gibi ayrı durumlar ve aksaklıklardır. Bu itibarla böyle bir gerekçeyle hâkimi gerçek gü-

venceden ve bağımsızlıktan yoksun kılmak, güvenceyi ve bağımsızlığı kötüye kullanan bazı hâkimlerin varlığına katlanmaktan çok daha sakıncalı ve tehlikelidir.

Öte yandan, 2462 sayılı Yasa ile getirilen denetim sistemi de yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir. Bu nedenle denetimde siyasi müdahalenin etkisiz hale getirilebilmesi için, Teftiş Kurulu'nun Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlanması ve müfettişlerin gerekli hallerde kurul tarafından görevlendirilmesi yerinde olacaktır.

PROTOKOL SORUNU

Bilinen şeyleri, özellikle de def'alarca dile getirilen rahatsızlıkları tekrarlamak istemiyorum. Sadece bir derdi özellikle vurgulamakta yarar görüyorum.

Devletin temeli olan adaletin arzulanmış şekilde işleyebilmesi için, adalet dağıtanların sadece bilgili ve sağlam karakterli olmaları, yeterli çalışma koşullarına sahip bulunmaları yetmez; onların ayrıca saygı görmeleri, kararlarına karşı güven beslenmesi için, devlet katında yüksek ve onurlu bir yerlerinin bulunması gerekir. Nitekim görevlilere gereken itibarlı durumun sağlanmadığı zamanlar, devlet işlerinin aksadığı çok kere görülmüştür. Anayasamızda, yasama, yürütme ve yargı, özellikle de yüksek yargı organlarının üyeleri arasında bir üstünlük sıralaması mevcut olmadığına göre, üç gücü oluşturan üyeler arasında bir fark gözetmek hiçbir haklı nedene dayanamaz. Sayı çokluğu itibarıyla böyle bir düzenleme yoluna gidilmesi ve Yargıtay Daire Başkanları ile Üyelerinin devlet protokolünde görevleri ve onurları ile bağdaşmayan bir sıraya tâbi tutulması, bizlerin değil, yargının saygınlığını zedelemiştir.

Öte yandan il ve ilçelerde uygulanan ve hâkimleri âdeta bir şube müdürü gibi telâkki eden protokol düzenlemesinin de hâkimler üzerinde onur kırıcı bir durum yarattığını yakından biliyoruz. Gerek toplumun değer yargılarını zedeleyen ve gerekse millet adına adalet dağıtan hâkimlerin itibarını ve çalışma gücünü sarsan bu uygulamanın da bir an önce düzeltilmesi içten dileğimizdir.

Aziz Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Sözlerimi çok uzattığımı, sabır ve tahammülünüzü yine taşıdığımı biliyorum.

Ancak yaşamının 45 yılını devletine ve kutsal adalet hizmetine vermiş, mesleğin dertleriyle bütünleşip âdeta özdeşleşmiş olan ve bir

bakıma veda konuşmasını yapan bir kişi olarak beni bağışlayacağınızı biliyorum. Şu an son dileğim ve özlemim, bütün sorunlardan arındırılmış, yeterli bağımsızlığa ve güvenceye kavuşturulmuş, gücüne ve kararlarına saygı ve güven duyulan bir yargı teşkilâtının yurdumuzda bayraklaşmasıdır.

Nedenler ve sonuçlar belli olduğuna göre, günümüzün her yönden güçlü Türkiye'sinde, bu sorunların hem de en üst düzeyde halledilmesi asla zor olmayacaktır.

Değerli Başkan **ÖZYÖRÜK**'ün veciz deyişiyle (...*yeter ki Türk hâkimi, Türk yurdunda adaleti daima muzaffer kılmak fikrini, dimağında bir meş'ale olarak yanık bulundursun...*).

Bu inanç içinde hemen belirtmeliyim ki, ortaya çıkan ve bir yönü ile acı olan tablo kimseyi umutsuzluğa düşürmesin; vefakâr Türk hâkimleri, bugüne kadar olduğu gibi, bundan böyle de bütün olumsuz koşullara rağmen, onurlu görevlerini yine büyük bir özveri ile başarıya ulaştıracak, Yüce **ATATÜRK**'ün,

(... *Adliyemizin emin olduğumuz yüksek iktidarı sayesindedir ki Cumhuriyet mukadder tekâmülünü takip edecek ve her türlü şekil ve kılıktaki tecavüzlere karşı vatandaşın hukukunu ve memleketin nizamını masun tutacaktır...*)

sözleriyle belirttiği güven duygusundan da güç alarak, adaleti ve devleti kararlarıyla yüceltecektir.

Bu güzel duygular içinde sizlere veda ederken, beni sabırla dinlemek lütfunda bulunan aziz Cumhurbaşkanımıza ve izinleriyle siz seçkin konuklarımıza şükranlarımı arz ediyor, değerli mesai arkadaşlarımı, büyük bir özveri ve yüksek görev aşkı ile her an Türk Milleti'nin, hakkın ve adaletin hizmetinde bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarını, fedakâr adalet mensuplarını ve tüm meslektaşlarımı en içten sevgilerle selâmlıyor, yeni Adalet Yılı'nın, Yüce Milletime mutluluk getirmesini yürekten diliyorum.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın
Teoman EVREN'in, 1986 - 1987 Adalet
Yılı'nın Açılışında Yaptığı Konuşma.
8.9.1986.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Çok Değerli Sayın Konuklar

Yargı Organlarımızın Sayın Başkanları, Üyeleri Ve Yargıçları,

Aziz Ve Değerli Meslektaşlarım,

Yeni Adli Yılın başlaması nedeni ile bu derece saygın ve seçkin bir topluluğa savunma mesleğinin düşüncelerini sunmak olanağını bulmaktan onur duymaktayım. Her yıl tekrarlanan Adli Yıl törenlerinde Türkiye Barolar Birliği'nin dili ile belirtilen görüşler, bütün hukukcuların Adalet uğrunda birlikteliğinin anlamlı görüntüsünü sergilemektedir.

İnsanlığın en köklü asaleti haksızlığı kabullenmemek için verdiği mücadeledir. Haksızlığa karşı insanların savaş verdikleri toplum yaşamında, dirlik ve düzenlik Adaletin sağlanması ile gerçekleştirilebilmektedir. Adaleti yerine getirebilmeyi düşünebilmiş olmak, insan aklının en büyük zaferidir.

İşte bunun için Adalet monarşik devletlerde bile ihmal edilmesi olanaksız bir kavram olarak dikkate alınmış, önce mülkün, giderek devletin, özgürlüğün ve demokrasinin temeli olmuştur. Günümüzde bütün dertlerin dermanı, karamsarlıkların huzur veren aydınlığıdır. Yargısal ve Yönetimsel Adaletsizlik toplum hayatında kargaşanın ve mutsuzluğun baş nedeni olarak ortaya çıkmakta, devletler adalette yücelmekte, adaletsizlikle batmaktadır.

Adaletin sağlanması ve dağıtılması yargı gücünün görevini oluşturmaktadır. Yargının son derece önemli bir görev olması onun bu özelliğinin doğal sonucudur. Hukukun üstünlüğünü benimsemiş devletlerde yargı kişisel çekişmelerin ötesinde, yönetim ile fertler arasındaki anlaşmazlıkları da çözümlenmekte, hatta yasama tasarrufunun hukuka uygunluğunu da denetleyebilmektedir.

Ülkemizde bugünkü idari mahkemelerin ilk temelini Osmanlı İmparatorluğu devrinde atılmış olması büyük bir olaydır. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası ile hukuk yaşamımıza katılması, bu gün de varlığını sürdürmesi Milletçe mutluluğumuzu oluşturuyor. Ancak İdari ve Anayasal yargı alanlarındaki denetim işlevinin çeşitli

şekilde kısıtlamasının ciddi rahatsızlıklara neden olduğu zaman içinde daha belirgin yaşanmaktadır.

Yüksek Seçim Kurulu'nun hiçbir haksızlığa ve yakınmaya neden olmaksızın siyasi hayatımızı şekillendirmesini sevinçle karşılamaktayız. Yüksek Seçim Kurulunun yargısal nitelikteki bir kısım görevlerinde dolaylı politikacılarımızın duyduğu güven hissi yargının onurudur.

Her Adli Yıl bir öncekinden daha fazla yük getirmekte, hizmet gerektirmektedir. Adliyenin kapısına dertli gelen huzur içinde dönmelidir. Yargı organı mensuplarının büyük özveri ve gayretlerine karşın toplumumuzun Adliyenin görevlerini yerine getirmesinden şikâyetçi olmadığı söylenemez. Yargılamanın yavaş işlediği, Adaletin çok geç gerçekleştiği, her yıl tekrarlanan önemli bir sorundur. Gecikmiş Adalet az çok adaletsizliktir. İletişim araçlarının fevkalade gelişmesi, para değerinin önemli oranlarda düşmesi karşısında gecikmeden doğan Adaletsizlik daha da büyümektedir.

Yargılamadaki gecikmenin nedenini bütünüyle Adliye görevlilerinde aramak doğru değildir. Diğer devlet kuruluşları ile kıyaslandığında yargı yerlerindeki çalışma koşullarının tarih boyunca Milletlere örnek olmuş Türk Adaletine nasıl yakıştırılabildiğini anlamakta güçlük çekmekteyiz. Hızlı nüfus artışı, sağlıksız kentleşme, ticari yapıdaki gelişmeler yargısal çekişmeleri alabildiğine körüklerken, ters orantılı olarak yargı açığı her gün biraz daha artmaktadır. Yargılamanın hızlandırılması için ceza ve hukuk usulü yasalarında yakın zamanda gerçekleştirilen değişikliklerin hiçbir yararı olmamıştır. Zira sorun herşeyden önce insan sorunudur.

Yargı açığındaki artış maddi ve manevi iki nedenden kaynaklanmaktadır.

Ülkemizde yürütmenin güçlenmesinin gerektiğini savunanlar yargıyı bir engel olarak görmüşler, yürütmenin güçlenmesini yargının zayıflamasına, yürütme erkinin kontrolünde olmasına bağlamışlardır. Bu görüşlerin etkisi altında getirilen yeni düzenlemeler, yargı alanında hoşnutsuzluklara neden olmuştur.

Anayasanın kabulünden önce çıkarılan, 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2568 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, yargı erkini

yürütme erkine karşı bir engel olarak gören ve gösterenlerin etkisi ile şekillenmiştir.

Yargı denetiminden duyulan rahatsızlıktan kaynaklanan yeni düzenlemeler, yargı bağımsızlığı açısından sakıncalı sonuçlara varmıştır. Bugün pek çok yargıcımızın tedirginliğini, düş kırıklığını, bu yapılanmada aramak yerinde olacaktır. Adliyemizi yöneten sistemin sakıncaları yaşanmaya başlamıştır. Hiçbir partiyi ve şahsı kastetmeden, hiçbir ön fikre saplanmadan belirtmek isterim ki, gelecek günler siyasi alanda partizan bir örgütlenmeye yönelirse, bu kuralların ne kadar büyük sakıncalar içerdiğini, üzüntü içinde yaşamak durumunda kalacağız. Yargıç açığının büyümesinde mesleğin onursal niteliklerindeki aşınmanın kuşkusuz etkisi bulunmaktadır.

Yargıçların maddi açıdan karşılaştıkları güçlükler giderek çok büyük boyutlara varmıştır. Yargıcılık gibi önemli bir göreve memur edilmiş, bu görevi sağlıklarını hiçe sayarak, büyük bir özveri ile gerçekleştiren insanlar açısından maddi nedenlerden bahsetmek istemezdim. Özenle kaçındığım bu olay artık günlük makalelere konu olmaktadır. Hoyrat servetlerin her türlü değer yargısını ortadan kaldırdığı ortamda yargıç ve savcılarımızın aldıkları ücretlerle onurlu mesleklerine yaraşır bir hayat sürmelerine olanak kalmamıştır. Yaygınlaşan istifalar sonucu yargı büyük bir bunalım içine girmiş, duyulan karamsarlık her gün biraz daha artmıştır. Ayrılmaları engelleyecek, katılımları hızlandıracak yargıcılığı özendirme önlemleri vakit geçirilmeden alınmalıdır.

Davaların yıllarca uzaması, insanların istemiye istemiye haksızlığa katlanmalarına veya pek çok haklarından fedakârlık ederek sulh olmalarına sebep olmaktadır. Daha da kötüsü başkalarının haklarını çiğnemeyi alışkanlık haline getirmiş kimseler yüreklenerik kendilerine haksız çıkarlar sağlamaktadırlar. Duyan kulaklar, gören gözler, sızlayan vicdanlar karşısında yargı için tehlike çanları çalmaktadır. Ardarda celseler yargıç yokluğu yüzünden ertelenmekte, aylar yıllar boşuboşuna akıp gitmektedir, yasalardaki kurallar davaları hızlandırmaya yetmemektedir. Nitekim Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu duruşmaların bir günde veya bir bütün teşkil eden sürekli yargılama ile sona erdirilmesi amacını güder. Ancak bu amaca uygun bir yargılamanın yapılabilmesi duruşma öncesi aşamada ceza davasının olgun bir duruma getirilebilmesi ile mümkündür.

Yasaları uygulayan kimse nihayet bir insandır. Sağlığı ne kadar iyi, bilgisi ne kadar fazla, zekâsı ne kadar üstün olursa olsun büyük bir iş yükü altında beklenen titizliği göstermesi, çalışmalarını

nın gereken yeterlikte olması bir hadden sonra imkânsızlaşır. Belli sayıda ve üstün nitelikte yargıcı adaletin hizmetine özgüleyemedikçe bütün önlemler sonuçsuz kalmaya mahkûmdur.

Yargılamanın gecikmesinin yargıç açığı dışında çok önemli başka nedenleri de vardır. Usul Yasalarının, gereksiz, yararsız, karışık kuralları bir çeşit adli bürokrasi yaratmıştır. Bu kuralların pek çoğu biçimsellikten öte hiçbir yarar sağlamamaktadır. Yargıya intikal etmesine gerek olmayan, idari ve sosyal tedbirlerle süratle çözümlenmesi mümkün pek çok hukuk ve ceza davasının adliyei daha da bunalmış hale getirmesine hiç gerek yoktur. Eskimiş, etkinliğini yitirmiş, uygulama olanağı kalmamış yasa kuralları yargının işleyişinde önemli engeller oluşturmaktadır. Yeni yasaların özensiz bir acelecilik içinde, demokratik oluşum ve etkileşim olanakları hiçe sayılarak hazırlanmasından dolayı beklenen amacı karşılayamaması üzerine, sık sık değiştirilmesi hem yargılamayı uzatmakta hem de yargıya güveni sarsmaktadır. Toplum aynı olaylar karşısında farklı uygulamalardan dolayı yargı eliyle adaletsizlik yapıldığı kanısı ile huzursuz olmaktadır.

Ceza davalarındaki gecikmeler, bir kısım kimselerin suç işlemlerini kolaylaştırdıktan başka, cezanın amaçlarından sosyal ibret, pişmanlık duyma özelliklerine de ters düşmektedir.

Ceza davalarının uzamasında Adliyenin yetki ve denetimi altında bir kolluk gücünün bulunmayışı önemli rol oynamaktadır. Cumhuriyet Savcıları mahkemelerin duvarları arasında kolluk gücünün bulunduğu belgeleri iddianame haline getirmekle görevli memurlar haline dönüşmüşlerdir. Suçun kovuşturulması ve soruşturulması aşamasındaki yönetme görevlerini bütünüyle kolluk gücüne devretmişlerdir. Bu kabuğuna çekilmişliğin baş nedeni, emir ve denetimleri altında bir kolluk gücünün bulunmamasıdır. Zabıta makamları ceza hukuku ilkelerini dikkate almadan hazırlık tahkikatını yürütmekte, bu nedenle yargı ve vatandaşlar çeşitli sorunlar karşısında kalmaktadırlar. Hukuki bilgi ve deneyime sahip, Cumhuriyet Savcılarının hiyerarşik yetki ve denetimlerine tabi, bir kolluk gücünün teşkilatlandırılarak yargının hizmetine sunulması ceza davalarında etkinlik, sürat, adalet sağlanması açısından kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Yürürlükte bulunan mevzu hukukun amacı her şeyden önce adaletli bir düzen kurmaktır. Her ülkede yürürlükteki hukuk adalet kavramı ile bağlantılı olarak oluşur. Bu bağlantı düzenle birlikte sürer. Sadece düzen kaygısına saplanan, toplumsal barışı ve dengeyi salt istikrar ve disiplinde arayan bir kurullaşmanın toplumsal ilişki-

leri düzenlemeye yeterli olamayacağı deneysel olarak saptanmıştır. Adalet fikrini ve içerdiği öğeleri dışlayan, bunlara önem vermeyen bir pozitif hukuk düzeninin yalnız eksik değil aynı zamanda yetersiz bir düzen olacağı kuşkusuz. Bu nedenle hukuku oluşturan kaynakların başında gelen yasama işlevinin hukuk kurallarını koyarken bunun adaletli bir kural olmasına özen göstermesi zorunludur. Yasama faaliyetlerinin, ürünlerini değerlendirirken bunların adalet düşüncesi ile uyumlu olup olmadığını denetleme, hukukçunun kendiliğinden yapması gerekli bir işittir. Hukukçuluk onurlu olduğu kadar güç bir meslektir. İdeal adaletin gerçekleşmesi amacına yönelik büyük bir sorumluluk ve çaba içinde bulunmayı gerektirir. Mesleğimizin doğal yapısından kaynaklanan bu güçlük hukukun üstünlüğüne olan inanç, adaletin gerçekleşmesinden duyulan sevinç, içinde bilinçli bir görev anlayışı ile yenilir.

Mahkemelerde mevzu hukukun adalete uygulanması daha dinamik, bir görevin ifası şeklinde yapılmaktadır. Dava konusu olaya uygulanacak kurala duyulan ilgi sıradan bir gözlemden ibaret değildir. Yargıç, savcılarının iddialarını, avukatların savunmalarını, tarafların beyanlarını, dikkate alarak hukuku yaşama uygulayacaktır. Bu işlem pasif bir saptama niteliğinde olmayıp aktif bir yaratma eylemidir. Hukuk kuralını adalete uygun hale koymak yargı için bir ödev sayılır.

Mahkemelerin işlevlerinin doğal bir bölümünü oluşturan bu tür çabalardan doğmuş örnekler bizim hukukumuzda da rastlanmaktadır. Taşınmaz kiralalarının son 20 yıllık gelişmesi çok önemli bir örnek olarak gösterilebilir. İşte bu nedenle mahkemeler bir hukukçunun deyimi ile hukukun doğum evleridir. Bu derece önemli görevin işlerliğinin kusursuz sağlanması için devletçe her türlü özveriye katlanmaya değer. İnsan yüzlü mahkemeler yaratma çabası vatandaşı mutlu etmek isteyen modern devletin başlıca hedefidir.

Konuşmamın bu kısmında adli yardım konusuna da değinmek istiyorum. Demokratik bir ülkede haksızlık yüzünden haklarını aramayan insanların bulunması adaletin ayıbıdır. Birçok yaşamızda adli yardımla ilişkili çeşitli düzenlemeler bulunmasına rağmen yoksullara ufak bir hizmetin bile sunulabildiği söylenemez. 1136 sayılı Avukatlık Kanununa göre Adli Yardım görevi bütünüyle Barolara yüklenmiştir. Barolarımızın seve seve yüklenmeye hazır olduğu bu yardımların işlerliğini temin için öngörülen sistem yetersizdir. Yasada «il veya belediye bütçelerinden yahut hayır müesseselerinden baroya tahsis edilen yardımlar, ile baro lehine yapılan hertürlü bağışlar» Adli Yardım için kaynak gösterilmiştir. Barolarımıza bu güne

kadar gösterilen kaynaklardan tek kuruş aktarılmamıştır. Bu şekli ile aktarılması da olanaksızdır. Barolarımız ancak maddi yük getirmeyen bazı yardımlarda bulunabilmektedirler. Bu müessesenin işlerlik kazanması için Avukatlık Yasası değişikliğinde önerilerimiz dikkate alınmamıştır. Yoksullara yardım herşeyden önce bir sosyal devlet sorunudur. Yasalarımızda değişik şekillerde yer alan adli yardımla ilgili hükümlerin bir araya toplanması, devlet kuruluşları ile Barolarımızın elbirliği içinde yoksulluk nedeni ile insanların haksızlığa uğramalarını önlemeleri kaçınılmaz olmaktadır. Hak arama ve yasa karşısında eşitlik ilkeleri ancak adli müzaheret müessesesinin işlerliğinin sağlanması ile gerçekleşir. Hak aramanın engellenmesi ile parasızlık nedeni ile hak arayamamak arasında fark yoktur. Barolarımızın ve meslekdaşlarımızın hiçbir yarar düşünmeden en geniş çapta Adli Yardım hizmetine amâde bulunduğunu bu vesile ile bir kere daha vurgulamak isterim.

Uygarlık ile savunma ilk çağlardan beri birbirine destek olmuş, insanlık tarihinde aştıkları çetin yolu tüm baskıları yenerek katetmişlerdir. Savunma hakkının tanınması yeterli değildir. Duraksanmadan kullanılabilmesi için gerekli ortamın da sağlanması şarttır. Adalet gafil avlanmak değildir. İthamın başlandığı anda savunmada başlamalıdır. Hazırlık tahkikatı aşamasında uzun bir süre sanıkların savunma olanaklarından yoksun, kanıtlardan habersiz kalmaları karşısında, ileride kendilerini gerektiği gibi savunabilme imkânını bulabilecekleri kuşkuludur. İtham ile savunma arasındaki bu eşitsizlik adli hatalara, haksızlıklara, yanılığara yol açabilmektedir. Bu aşamada zorunlu nedenler dışında genel bir gizlilik anlayışının anlaşılır ve makul karşılanır bir yönü yoktur. Sanıklar günlerce bütün ilişkileri ortadan kaldırılmış bir halde gözetim altında bulundurulabilmektedir. Bu devrede işkence iddiaları yoğunlaşmakta, gerçeğin anlaşılabilmesi güçleşmektedir. İtham ile savunmanın aynı anda başlamasının bu iddiaları önleme açısından da en iyi çare olduğu düşüncesinin yetkili makamlarca ifade edilmesi oldukça önemli bir gelişmedir.

Yargı savunma üzerinde kurulur. Adalet mülkün, savunma ise adaletin temelidir. Savunma kendisine karşı olanlara bile kucak açan insancıl yaklaşımın en güzel görüntüsüdür ve birgün herkese lâzım olur. Savunmasız bir yargılamada iddia hüküm, mahkeme ise onay merciidir. Ceza yasalarını ihlâl etmemek şahsın elindedir. Ancak hiç kimse haksız yere itham edileceğinden emin olamaz.

Bütün bu gerçeklere karşın meslekdaşlarımız çok güç şartlar karşısında büyük bir özveri ile görevlerini sürdürmektedirler. Ya-

salarda tanınmış savunma olanaklarının bile karşısına olmadık engeller çıkmaktadır. Önümüzdeki yıl yasaların sağladığı iş koşullarının savunucusu ve kollayıcısı olacağız. En büyük üzüntümüz savunma ile ilgili yasal haklarımızın subjektif değerlendirmelerle hukukçular tarafından engellenmekte olduğunu yaşamaktan doğmaktadır.

Avukattan evrak ve dosya saklamak, keyfi davranışlarla avukatları duruşmalardan çıkarmak yetkisi tanıyan yasal kuralların savunma hakkının özü ve niteliği ile bağdaşmasını uygun karşılama-mıza imkân yoktur. Mesleğin onurunu da ağır ve onurulmaz bir şekilde zedeleyen bu kuralların değiştirilmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Yeni bir Adli Yılın başladığı günde savunma mesleğinin her gün ağırlaşan dertleri ile huzurunuzu daha fazla işgal etmek istemiyorum. Ancak Yüce Yargıtayımızın çatısı altında yaptığım konuşmada bir küçük serzenişte bulunmamı hoşgörmenizi diliyorum. Ülkemizin 20.000 avukatı için Yüce Yargıtayımızda yasa gereği özgülenmiş bulunan küçük bir odanın hiç bir mesleki gereksinmeyi karşılamadığını belirtmek isterim. Gene Yargıtayımızın kalemlerinde Avukatların dosya incelemeleri için ayrılmış bir masa ve sandalye bile bulunmamaktadır. Meslekdaşlarımız bu en büyük mahkememizde dahi güç ve onur kırıcı şartlar içinde görev yapmaktadırlar. Yüce yargıçlarımızın bütün mahkemelere örnek olarak bu sorunu kolayca çözebileceklerine inanıyor ve yeni yılda böyle bir uygulamayı bekliyoruz. Yargıtayımızın yeni baştan onarılıp düzeltildiği bu dönemde meslekdaşlarımızın görevlerinin onuruna uygun yerlere ve olanaklara kavuşması için Türkiye Barolar Birliği her türlü katkıya hazırdır.

Adliye personelinin durumlarına da değinmek bizim için yerine getirilmesi zorunlu bir borçtur. Büyük sorumluluk ve iş yükü altında, insan üstü çabalar harcıyarak, bütün olumsuz koşullara rağmen, yargının işlerliğinde önemli katkıları olan bu görevlilerin hali son derece acıdır. Paranın bu günkü değeri karşısında aldıkları ücret; gördükleri işin niteliği, yüklendikleri sorumluluğun ağırlığı, çalışmalarının yoğunluğu ile kıyaslandığında fevkalade düşüktür. Adliye personeli bütün devlet memurları içinde ilk öncelikli maddi olanaklara kavuşması gereken kamu görevlileri olmalıdır. Bu kadar olumsuz koşullar içinde yargı görevinin yürüebilmesinde bu insanların azımsanmayacak katkıları vardır.

Laik Cumhuriyet çağdaş hukukumuzun gök kubbesini oluşturmaktadır. Yüce Atatürk'ün bu en büyük eseri içte ve dışta bazı saldırganlara hedef olmaktadır. Saldırıları en anlamlı karşılığı onun veciz ifadesi ile seslendirmek istiyorum. «**Adliyemizin emin olduğum yüksek iktidarı sayesinde ki, Cumhuriyet mukadder tekamülünü**

takip edecek ve her türlü şekil ve kılıktaki tecavüzlere karşı vatandaşın hukukunu ve memleketin nizamını masun tutabilecektir.»

Yeni Adli Yılda en büyük güvencemiz Atatürk ilke ve devrimlerinin gölgelenmez aydınlığı ile yetişmiş yargıç ve savcılarımızın büyük bir tarafsızlık anlayışı içinde görevlerini sürdürecektir.

Bu duygu ve düşünceler içinde yeni Adli Yılın Ülkemize mutluluk Milletimize huzur verecek aydınlık bir çalışma döneminin başlangıcı olması dileği ile yürekten saygılarımı sunarım.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA VE İDARİ YARGILAMA
USULÜNDE DERDESTLİK (*)
(II)

Ersin ŞEKERCİ (**)

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DERDESTLİK

Ş 6 — GENEL OLARAK İDARİ YARGILAMA USULÜNE İLİŞKİN
KURALLARIN DÜZENLENİŞİNDEKİ ÖZELLİKLER

Adaletin devlet mahkemeleri eliyle dağıtılması ve yargılama sırasında birtakım usul kurallarına uyulması zorunluluğu çağdaş hukuk sistemlerinin vazgeçilmez bir ilkesi durumuna geldiğinden; bu ilke çağımızda artık yasalar çerçevesi içerisinde bırakılmayıp anayasal güvenceye de bağlanmıştır. Hukuk devleti ilkesinin ortaya çıkıp yerleşmesiyle birlikte gerçek anlamda idarî yargı yolu da açılmış ve idarî rejimi benimsemiş ülkelerde, idarî yargı organları ile adli yargı organları arasında, gördükleri görevin niteliği bakımından doğal olarak bir farklılaşma açığa çıkmıştır. Buna göre, adli yargıda başlıca amaç adaletin dağıtımı, diğer bir deyişle bir hakkın meydana çıkarılması ve teslimidir. Buna karşılık, idarî yargı organlarının başlıca görevi, İdarenin eylem ve işlemlerinin yasaya uygunluğunun denetimidir (Anayasa m. 125).

İdarî yargı organlarının başlıca işlevlerinin, İdarenin eylem ve işlemlerinin yasaya uygunluğunun denetimi olması nedeniyledir ki, idarî yargıda yargılama usulü adli yargıdan değişik hükümlere uyruk tutulmuştur (67).

(*) YD., Cilt : 12, Sayı : 3, Temmuz - 1986, Sayfa : 206 - 226'dan devam.

(**) İzmir Barosu Avukatlarından.

(67) İdarî yargıya ilişkin kurallar, 1982 yılında çıkarılan İYUK. nda yer almaktadır. Ayrıca, Sayıştay ile ilgili olanlar Sayıştay Kanununda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili olanlar da bu kuruluşla ilgili yasada yer almıştır.

İdarî faaliyetlerin yapıları gereği esnek olması yanında devletin temel işlevlerinde açığa çıkan değişim sonucu kamu hizmetlerindeki artışlar, idarî yargıda yargılama usullerinin önceden ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesini adetâ gereksiz ve olanaksız kılmaktadır.

Ayrıca idarî yargılama usulünde adli yargıda olduğu gibi ayrıntılı bir düzenleme yapılmamasını gerektiren bir diğer neden; idari yargıya ilişkin kuralların hızla değişen ve gelişen durum ve koşullara ayak uydurabilmesini sağlamak amacı ile kodifiye edilmeyerek esnek bırakılması zorunluluğudur. Bunlara ek olarak atıf yolu ile genel usul hükümlerine başvurulması ve aslında bir içtihat hukuku olan idarî yargıda usul hükümlerinin de içtihatlarla doldurulabileceği düşüncesi de bir neden olarak sayılabilir.

Tüm bunlara rağmen, İdarî Yargılama Usulü Kanunu ile yapılan oldukça ayrıntılı düzenleme ile idarî yargı organlarının başlıca işlevlerinin, İdarenin eylem ve işlemlerinin yasaya uygunluğunun denetimi olduğu yeterince gözönüne alınmadan, idarî yargılama usulü aşırı ölçüde hukuk davalarının görülüş ve çözümleniş yöntemine benzetilmiştir (68). Ancak görülen hizmetin yargısal niteliği zaman zaman ortak hükümlere bağlı kalınması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, İYUK ile açıkça atıfta bulunulmayan durumlarda, yargılama usulüne ilişkin olarak karşılaşılabilecek boşlukların, Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma özelliğinin bulunması nedeniyle hukukun genel ilkelerinden daha doğrusu HUMK. nda yer alan hükümlerden yararlanılarak doldurulması doğaldır. Durum hukukumuzda oldukça müteReddit ve istikrarsız bir özellik göstermiştir. Danıştay 1937 tarihli bir kararında; idarî yargılama usulünde açıkça belirtilmemiş olan durumlarda da medenî usul hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiş iken (69); 1954 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile bu karardan dönmüştür (70).

Bununla birlikte Danıştay yine de açıkça atıfta bulunulmayan durumlarda zaman zaman HUMK. hükümlerinden yararlanmaktadır.

I — İYUK İLE HUMK. NA ATIFTA BULUNULAN DURUMLAR

Görülen hizmetin yargısal niteliği nedeniyle, idarî yargılama usulünde de, idarî yargılama usulünün özelliğine ilişkin konular dışında, HUMK. na atıfta bulunularak bazı konularda açıkça bu kanundan yararlanma yoluna gidilmiştir.

(68) Duran, Lütfi, İdarî Yargı Adlileşti (II), İBD., c. 56, 1982, Sayı: 7-8-9, s. 257.

(69) DDUH no: 37/238 (DKD. sayı: 1, s. 587).

(70) DİBK 5.2.1954, 2-604/K. TİK, 1954, sayı: 9, s. 649.

İYUK bu konuda hükümler taşımaktadır; İYUK m. 31:

«Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.» hükmünü içermektedir.

İYUK m. 53/3 de :

«Yargılamanın yenilenmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, süreye ilişkin hükümleri, kıyas yolu ile uygulanır.»; Yargılamanın yenilenmesine ve Kararın Düzeltilmesine ilişkin Özel Hükümler» başlığını taşıyan İYUK m. 55/3'de: «Tarafların yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesi istemleri, kanunda yazılı sebeplere dayanmıyor ise, isteğin reddine karar verilir ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu husustaki hükümlerine göre para cezasına da hükmolunur.» denilmektedir.

HUMK. na açıkça atıfta bulunan belirttiğimiz bu hükümler dışında yine İYUK. m. 54'de düzenlenen karar düzeltme nedenleri ile İYUK. m. 53'de değinilen yargılamanın iadesi nedenleri de HUMK. nun bu konuları düzenleyen 440 ve 445. maddeleri hükümlerine benzer biçimde düzenlenmişlerdir.

II — İYUK İLE HUMK. NA ATIFTA BULUNULMAYAN DURUMLARDA HUMK. NUN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

İYUK. ile HUMK. na atıfta bulunulmayan durumlarda bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düşünülebilir. Ancak İYUK. nda bu kanun ile açıkça atıfta bulunulan durumların dışında HUMK. na başvurulamayacağı yolunda açık bir hüküm de bulunmamaktadır.

Danıştay ve diğer alt dereceli yargı yerleri birer mahkemelerdir. Bu nedenle idarî yargının kendine özgü (sui generis) ilkeleri dışında kalan konularda boşlukların doldurulmasında kıyasen medenî usul hukuku ilkelerinden yararlanılması doğaldır. Danıştay uygulamasında da yasa ile açıkça atıfta bulunulmayan durumlarda zaman zaman HUMK. hükümlerinden yararlanılmaktadır. Dava açma süresinin hesaplanması, davanın ihbarı, davaların ayrılması ve birleştirilmesi, id-

dia ve savunmaların genişletilmesi bunlara örnek olarak gösterilebilir (71).

Bugünkü düzenlemeye göre, davanın ihbarı konusunda İYUK. m. 31/1 açıkça HUMK. na atıfta bulunmakta, davaların ayrılması ve birleştirilmesi konusunda İYUK m. 38 vd. maddelerinde hükümler yer almaktadır.

İdarî yargılama usulünde derdestlik durumu ve bu konuda HUMK. hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin olarak aşağıda açıklamalarda bulunulacaktır.

§ 7 — İDARİ YARGILAMA USULÜNDE DERDESTLİK DURUMUNUN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

I — GENEL OLARAK

521 sayılı eski DK. nda derdestlik konusunda herhangi bir hüküm yer almadığı gibi bu konuda HUMK. na dolaysız ya da dolaylı olarak da atıfta bulunulmamıştır. Aynı durum 1982 tarihli İYUK. için de sözkonusudur. Ancak bu konuda gerek eski 521 sayılı DK. nda ve gerekse İYUK. nda bir hüküm bulunmaması idarî yargılama usulünde derdestlik durumunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

Davanın açılması ile dava konusu uyuşmazlığın bir yargı yeri önünde «derdest» duruma geldiği; aynı taraflar arasında, aynı dava konusuna, aynı dava sebebine dayanılarak ikinci bir davanın, birinci davanın açıldığı mahkemede ya da diğer bir mahkemede açılması durumunda derdestlik itirazında bulunulabileceğine ilişkin olarak medenî usul hukukundaki durum birinci bölümde incelenmiştir.

Aynı şekilde, dava idarî yargı yerinde açılmakla da, dava konusu uyuşmazlık idarî yargı yeri önünde derdest duruma gelir. Bu durumda aynı taraflar arasında, aynı dava konusuna ve aynı dava sebebine dayanılarak ikinci bir dava açılmaz. Böyle bir davanın açılması durumunda diğer taraf olan İdare derdestlik iddiasında bulunabilir.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile

(71) Bu konuda bkz. Eroğlu Yaşar, Danıştay Kanunıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı, Danıştay Dergisi, sayı: 8, 1973, s. 24-32; Gözübüyük, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Beşinci Bası, S. Yayınları Ankara, 1982, s. 315-317, 315-345; Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, İstanbul, 1966, s. 1962-1967; Aral, Kenan, Danıştay Muhakeme Usulü, Ankara, 1965, s. 172-175, 205-210, 239-245.

bizde de Fransa'da olduğu gibi alt derece idarî yargı yerleri kurulmuştur. Bu durumda çeşitli olasılıkları gözönüne almak gerekecektir :

a. Bir idare mahkemesinde açılmış ve görülmekte olan tarafları, dava konusu, dava sebebi aynı olan bir dava aynı ya da başka bir idare mahkemesinde açılmış olabilir;

b. Bir vergi mahkemesinde açılmış ve görülmekte olan tarafları, dava konusu, dava sebebi aynı olan bir dava aynı ya da başka bir vergi mahkemesinde ikinci kez açılmış olabilir;

c. Bir idare mahkemesinde açılmış ve görülmekte olan tarafları, dava konusu, dava sebebi aynı olan bir dava ikinci kez bir vergi mahkemesinde açılmış olabilir;

d. Bir vergi mahkemesinde açılmış ve görülmekte olan tarafları, dava konusu, dava sebebi aynı olan bir dava ikinci kez bir idare mahkemesinde açılmış olabilir;

e. Danıştay'da açılmış ve görülmekte olan tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan bir dava ikinci kez Danıştay'da ya da bir diğer idare mahkemesinde (ya da vergi mahkemesinde) açılmış ve görülmekte bulunabilir.

Yukarıda sıraladığımız olasılıklarda, tarafları, dava konuları ve dava sebepleri aynı olan davaların açılıp görülmekte olduğu idarî yargı yerleri aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresi içerisinde yer alabilecekleri gibi değişik bölge idare mahkemelerinin yargı çevreleri içerisinde de yer alabilirler.

Kuramsal olarak, idarî yargı yerleri önünde yukarıda sıralanan olasılıkların (özellikle c ve d olasılıklarının) gerçekleşmeyeceği söylenebilir. Çünkü idarî yargıda yetkiyi (görevi) düzenleyen ve kamu düzeninden olan kuralların özellikleri gereği aynı anda, aynı uyumsuzluk için iki mahkemenin yetkili olmaları olanaksızdır (72). Ancak istisnaen de olsa böyle durumlarla karşılaşılabilir. Bütün bu ihtimallerde ikinci davanın açıldığı idarî yargı yerinde İdare derdestlik iddiasında bulunabilir. Derdestlik iddiasında bulunulması ya da derdestlik durumunun re'sen gözönüne alınması üzerine nasıl karar verilmesi gerektiği aşağıda incelenmiştir.

Şimdiye değin yapılan açıklamalar, aynı yargı yolu (yargı düzeni); diğer bir deyişle idarî yargı yoluna dahil yargı yerleri için ge-

(72) Debbasch, Charles, Contentieux Administratif, Deuxième Édition, Dalloz, Paris, 1978, s. 496.

çerlidir. Bunun yanında, ayrı yargı yollarına (düzenlerine) dahil yargı yerlerinde (mahkemeler) görülmekte olan davalar bakımından da derdestlik durumu söz konusu olabilir.

Bir de aynı yargı yoluna (düzenine) dahil olmakla birlikte, genel idarî yargıya dahil mahkemelerle askerî idarî yargıya dahil mahkeme (AYİM)de görülmekte olan davalar bakımından da derdestlik durumu söz konusu olabilir.

Kanımızca derdestlik konusunda İYUK.nda hüküm bulunmaması idarî yargılama usulünün içtihadî ve sui generis nitelikte bulunmasına; sonuçta da bu konuda durumun gereklerine uygun olarak anlaşmazlıkların çözümlenmesine olanak sağlanmasına bağlanabilir.

II. İYUK.NDA İLK İTİRAZ VE DERDESTLİK MÜESSESELERİ DÜZENLENMEMİŞTİR

İYUK.nda, HUMK.nda düzenlenen ilk itiraz müessesesi yer almamıştır. HUMK.nda ilk itiraz olarak nitelendirilen, davanın başında, daha davanın esasına girilmeden taraflarca ileri sürülebilen belirli itiraz nedenleri bulunmaktadır ki derdestlik durumunun da bizim medenî usul hukuku sistemimize göre ilk itirazlar arasında yer aldığı ve bunun sakıncaları konusunda birinci bölümde açıklamalarda bulunulmuştu (73). İlk itirazlar (ya da itirazatı iptidaiye) denilen bu itirazlardan birisinin varlığı durumunda artık o hakkın varlığı ya da miktarı gibi konular araştırılmadan, dava baştan reddedilmektedir.

HUMK. m. 188'e göre bir davada ilk itirazların taraflarca hep birlikte ve davanın esasına girilmeden önce ileri sürülmesi gerekmektedir.

Hâkim, bu ilk itiraz nedenlerini kendiliğinden (re'sen) de gözönüne alamamaktadır (74).

İYUK. ilk itiraz müessesesini düzenlememiş olmakla birlikte; idarî davalarda, işin esasına girilmeden, mahkemede taraflarca ileri sürülmesi bile, kendiliğinden gözönüne alınarak ve daha davanın başlangıcında reddini gerektiren nedenler bulunmaktadır. Böyle idarî davalarda, davanın esasına girilmeden, davanın ya da dava dilekçesinin reddini gerektiren ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözönüne alınabilen nedenler, İYUK. m. 14/3'de gösterilmiştir.

(73) Bu konuda bkz. yukarıda § 2., II.

(74) İlk itirazlar konusundaki açıklamalar için bkz. yukarıda § 2., II.

İYUK. m. 14/6'ya göre de; işin esasına girilmeden, mahkemede taraflarca ileri sürülmesi bile kendiliğinden gözönüne alınarak; daha davanın başlangıcında reddini gerektiren nedenler, davanın esasına girildikten sonra farkedilse bile kendiliğinden gözönüne alınabileceklerdir.

İYUK.nda açıkça ilk itiraz müessesesi düzenlenmemiş olmakla birlikte, İYUK. m. 31 ile atıfta bulunulan HUMK. genel hükümlerinin uygulandığı müesseselerde, ilk itiraz müessesesine de yer veren bu kanun hükümleri uygulanarak idarî yargılama usulünde de «ilk itiraz» müessesesine doğrudan doğruya olmasa bile dolayısıyla yer verilmiştir (75). Örneğin, İYUK. m. 31'de; karşılık davada ve teminat talebinde HUMK. genel hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Gerek karşılık dava müessesesinde, (HUMK. m. 187/8) ve gerekse Türkiye'de ikâmetgâhı bulunmayanlardan teminat talebi müessesesinde (HUMK. m. 187/1) ilk itiraza yer verilmiştir.

İYUK. m. 31'de derdestlik konusunda HUMK. hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak bir hüküm bulunmadığına ve İYUK. ile HUMK.na atıfta bulunulmayan durumlarda HUMK. hükümlerinin kıyasen uygulanmasının idarî yargının sui generis ilkeleri dışında kalan konularda boşlukların doldurulmasında yararlı olacağı gerçeği ve pratik çözümü karşısında «derdestlik» konusunda da HUMK.nun ilgili hükümlerinden yararlanılması gerekir (76). Ancak derdestlik baştan beri belirttiğimiz gibi HUMK.nda ilk itiraz durumları içerisinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uygulamada aynı taraflar arasında, aynı konuda, aynı dava sebebine dayanılarak ikinci bir davanın açılıp görülmesini önlemekten uzak kalmaktadır. Bu nedenle derdestlik konusunda HUMK.nun ilgili hükümlerinin idarî yargılama usulünde de uygulanması yerinde görülebilir ise de; İYUK.nda «ilk itiraz» müessesesinin düzenlenmediği de gözönüne alınarak derdestlik durumu idarî yargı yerinde ilk inceleme sonucu anlaşılıyorsa HUMK. m. 194'e izafeten davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Eğer derdestlik durumu ilk incelemeyen sonra anlaşılıyorsa (ki bu durum kendiliğinden anlaşılabilir gibi davalı İdarenin derdestlik itirazında bulunması ile de mümkün olabilir!) bu nedenle yine HUMK. m. 194'e izafeten davanın açılmamış sayılmasına karar verilmek gerekir. Böyle yapılmayıp ikinci davanın birinci dava ile birleştirilmesi-

(75) Aral, s. 239.

(76) Aynı görüşte Kuru, c. III, s. 3021.

(77) Medenî usul hukukundaki öneriler ve Fransız medenî usul hukukundaki durum için bkz. yukarıda § 2., II.

ne karar verilmesi durumunda bile (ki her iki davanın da aynı dava dairesinde açılıp görülmekte olması durumunda Danıştay uygulaması bu yöndedir) uygulamadaki sonuç değişmeyecektir (77).

AYİMK.nda da derdestlik konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 25 Aralık 1981 tarihli, 2568 sayılı Kanun ile değişik m. 56: «Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde; İdarî Yargılama Usulü Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri kıyasen uygulanır» demektedir. Bu durumda derdestlikle ilgili HUMK. hükümlerinin kıyasen AYİM.nde uygulanması mümkündür. Hatta bu konuda AYİMK.nin İYUK.na göre daha esnek olduğu söylenebilir.

Sovyet hukukunda ise; RSFSC Medenî Usul Kanunu, idarî eylemlerden doğan davalara da SSCB ya RSFSC'nin diğer kanunları ile istisna edilmedikçe bu Kanun hükümlerine göre bakılacağını (m. 232) (78);

Aynı K. m. 231'de :

Mahkemenin :

- (1) Seçmen kütüklerindeki yanlışlıklara ilişkin başvuruları,
- (2) İdarî organların eylemlerine karşı başvuruları,

(3) Geciken Devlet alacaklarının ve mahalli vergilerin tahsiline, vatandaşların yükümlülüklerini yerine getirmelerine, zorunlu sigorta ve kendiliğinden vergilendirmeye (self-taxation) ilişkin davaları inceleyeceğini (79);

Yine aynı Kanun m. 236 : «İdarî organların dava edilebilir eylemlerine karşı açılan davalar» başlığını taşımakta olup; hukuken cevaz olan durumlarda, mahkeme tarafından, yurttaşların ve kamu görevlilerinin; idarî organlar ya da kamu görevlilerince bir kanunun kendilerine verdiği yetkiye dayanarak idarî usulüne uygun olarak alınan zorunlu tahsilata ilişkin başvurularından doğan davaların inceleneceği» (80) belirtilmektedir.

Bu hükümlerden çıkan sonuca göre; idarî yargı rejiminin söz konusu olmadığı (?) Sovyet hukukunda idarî eylemlerden doğan davaların bir kısmının görülmesi SSCB ya da RSFSC kanunları ile istisna edilmedikçe RSFSC Medenî Usul Kanunu hükümlerine tabidir (Aynı K. m. 232). Bu durumda RSFSC Medenî Usul Kanununun-

(78) The CC and the CCP of the RSFSR, s. 219.

(79) The CC and the CCP of the RSFSR, s. 219.

(80) The CC and the CCP of the RSFSR, s. 220.

da yer alan derdestliğe ilişkin hüküm (m. 129, f. 2, bend: 3) (81); idarî davalar bakımından da uygulanacaktır. Bu hükmün, davanın esasına girilmeden önce hâkim tarafından yapılan inceleme sonucunda karar verilebilmesi nedeniyle İYUK. m. 15 hükmüne benzediği söylenebilir. Diğer bir deyişle İYUK. m. 15'de yer alan ve daha davanın başında, davanın esasına girilmeden davanın reddini gerektiren nedenlerde olduğu gibi RSFSC Medenî Usul Kanunu m. 129'da gösterilen durumlarda da (derdestlik dahil) dava (dava dilekçesi) reddedilmektedir.

III. HER İKİ DAVANIN DA AYNI DAVA DAİRESİNDE GÖRÜLMEKTE OLMASI DURUMUNDA DERDESTLİĞE İLİŞKİN DANIŞTAY UYGULAMASI

Derdestlik konusunda Danıştay uygulamasına bakılacak olursa: HUMK.nun derdestliğe ilişkin hükümlerinin uygulandığı söylenemez. Buna göre, eğer derdestlik durumu, ilk inceleme sırasında (ya da işin esasına girildikten sonra) anlaşılıyorsa HUMK. m. 194'e göre «davanın açılmamış sayılmasına» karar verilmeyip; genellikle tarafları, dava konusu ve dava sebebi birinci dava ile aynı olan ikinci dava; birinci dava ile birleştirme kararı verilerek birleştirilmektedir. Bu birleştirme kararından sonra da tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan iki dava işin esasına girilerek birlikte incelenmekte ve karar verilmektedir.

Uygulamada daha çok idarî işlemlerin iptâline ilişkin olarak açılan iptâl davaları nedeniyle derdestlik durumu ile karşılaşılmaktadır (82). Buna göre, İdarenin tesis ettiği idarî bir işleme karşı davacı tarafından aynı dava konusuna ve aynı dava sebebine dayanılarak ikinci kez dava açılmaktadır. Bu durumda biraz önce de açıklandığı gibi açılan ikinci dava birinci dava ile birleştirilerek incelenmektedir. Örneğin bir Danıştay kararında : «... tarafından, Üniversite ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptâli isteğiyle Orta Doğu Teknik Üniversitesi Rektörlüğü'ne karşı açılan davaya ait dosya incelendi :

Bu dava dosyasının tarafları, konusu ve dayandığı nedenler aynı olan Dairemizin 1979/1418 esas sayısına kayıtlı dava dosyası ile birleştirilmesine... karar verildi.» denilmektedir (83).

(81) Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda § 5.

(82) Bu konudaki karar örnekleri : Dn. 10. D. 23.6.1980, 2217/1818; Dn. 10. D. 30.4.1980, 564/1178; Dn. 6. D. 23.7.1980, 1980/2378 E; Dn. 6. D. 9.3.1978, 6859/992; Dn. 12.D. 20.2.1973, 5429/457; bkz. aşağıda dipnot: (83) deki karar (Bu kararlar özel olarak sağlanmıştır).

(83) Dn. 8. D. 13.6.1979, 2007/2143.

Bir diğer karar da : «...tarafından komşu parselde tecavüzlü olan ve içerisinde kiracılarının oturduğu gecekondunun yıktırılmasına ilişkin 14.2.1979 günlü, Ks. 1512 - 836 sayılı işlemin iptali dileğiyle İstanbul Belediye Başkanlığı'na karşı açılan davaya ait dosya incelendi :

Davacı tarafından yukarıda sözü edilen işlemin iptali istemiyle Danıştay Altıncı Dairesi'nin 1980/2138 esas sayısında kayıtlı bir davanın daha açıldığı, 1981/355 esas sayılı bu dava ile 1980/2138 esas sayılı davanın taraf ve konusunun aynı olduğu anlaşıldığından her iki davanın birleştirilmesine, E. 1981/355 esas sayılı dosyanın 1980/2138 esas sayılı dosyanın içerisine konulmasına... karar verildi.» (84) şeklindedir.

Danıştay kararlarından verilen bu örnekler her iki davanın da idarî yargı yerinde daha doğrusu aynı Danıştay dava dairesinde açılıp; görülmekte olması durumuna ilişkindir. Bunun yanında birinci dava adli yargı yerinde açılmış ve görülmekte iken ikinci davanın idarî yargı yerinde açılmış olması durumunda derdestlik itirazında bulunulabileceğini yukarıda birinci bölümde belirtmiştik (85).

Davalı süresinde derdestlik itirazında bulunmazsa (ya da derdestlik durumu mahkemece kendiliğinden gözönüne alınmazsa) ya da hukuk mahkemesi (ya da idarî yargı yeri) derdestlik itirazının reddine karar verirse, aynı (diğer bir deyişle tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan) dava, hem hukuk mahkemesinde hem de idarî yargı yerinde görülür. Anılan bu durumda, hem hukuk mahkemesi hem de idarî yargı yeri bu aynı dava için kendilerini görevli sayan kararlar verirlerse (davaya bakmaya devam ederlerse), hukuk mahkemesi ile idarî yargı yeri arasında aynı dava için olumlu görev (yargı yolu) uyuşmazlığı doğmuş olur (UMK. m. 17, I) (86).

Bu olumlu görev uyuşmazlığının çözülmesinde, olumsuz görev uyuşmazlıklarına ilişkin usul kuralları (UMK. m. 14 - 16) uygulanır (UMK. m. 17, I).

Derdestlik durumunun farkedilmemesi ya da farkedildiği halde ileri sürülmemesi nedeniyle ayrı yargı düzenlerine tabi iki ayrı yargı yerinde (örneğin hem adli yargı yerinde hem de idarî yargı yerinde) görülmekte olan tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan iki ayrı davanın ayrı ayrı incelenerek iki ayrı hüküm tesis olunması

(84) Dn. 6. D. 9.2.1981, E. 1981/353 (Bu karar özel olarak sağlanmıştır.).

(85) Bkz. yukarıda § 3., I.

(86) Kuru, Baki, En Son Değişikliklere Göre Hukuk Muhakemeleri Usulü, I. ve II. Ciltlere Ek Kitap, Eylül, 1981, s. 41.

kaçınılmazdır. Bu iki ayrı hüküm de kesinleşirse hüküm uyuşmazlığı müessesesine başvurmaktan başka çıkar yol kalmamaktadır (UMK. m. 1/1, 24/1) (87).

S O N U Ç

Şimdiye değin yapılan açıklamalarda medenî usul hukukunda ve idarî yargılama usulünde derdestlik durumu incelenmiştir.

Bu incelemeden çıkan sonuç medenî usul hukukunda derdestlik durumuna ilk itiraz durumları içerisinde değinildiği (HUMK. m. 187/4; m. 194) halde; İYUK.nda (ve AYİMK.nda) derdestlik konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca derdestlik konusunda; HUMK.na İYUK ile dolaylı ya da dolaysız olarak da atıfda bulunulmamaktadır. Ancak bu durum derdestliğin idarî yargıda bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Sorun idarî yargıda düzenleme konusu edilmeyen derdestlik konusunda HUMK. ile idarî yargı usulü arasında bir paralellik kurulup kurulamayacağı; derdestlik konusunda bu Kanun hükümlerinin idarî yargı usulünde de uygulanıp uygulanamayacağında toplanmaktadır. İYUK ile HUMK. na atıfda bulunulmayan durumlarda (ve bu arada derdestlik konusunda) HUMK. hükümlerinin kıyasen uygulanmasının işin niteliğine uygun düşeceği kabul edilmek gerekir (Hatta AYİMK. m. 56, bu Kanunda aksine hüküm yoksa HUMK. ve İYUK hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirttiğinden askerî idarî yargıda derdestlikle ilgili HUMK hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğuna yukarıda değindik! (88)). Ancak Danıştay uygulamasında bu konuda HUMK. hükümlerinin uygulandığı söylenemez. Uygulamada aynı Danıştay dava dairesinde tarafları, dava konusu ve dava sebebi birinci dava ile aynı olan ikinci bir davanın açıldığı ilk incelemede ya da daha sonraki aşamada anlaşılırsa genellikle ikinci dava birinci dava ile birleştirilerek incelenmektedir ki bu da derdestlik konusunda HUMK. düzenlemesinden değildir. Bunu da idarî yargılama usulünde ilk itiraz müessesesinin bulunmamasına bağlamak yanlış olmayacaktır.

(87) Gözübüyük, s. 358.

(88) Bkz. yukarıda § 7., II.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ANSAY, Sabri Şakir** : Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Ankara, 1960.
ARAL, Kenan : Danıştay Muhakeme Usulü, Ankara, 1965.
BELGESAY, Mustafa Reşit : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, c. I - II, ikinci tabı, İstanbul, 1939.
BERKİ, Şakir : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1959.
BERKİN, Necmeddin : Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.
BİLGE, Necip-ARSLAN, Ramazan : Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Üçüncü baskı Ankara, 1977.
BİLGE, Necip - ÖNEN, Ergun : Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. baskı, Ankara, 1978.
- ÇATALKAYA, Cevdet-TARIKOĞULLARI, Abdurrahman-ÖZCAN, Mustafa Hamdi** : (yeni içtihatlı) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1965.
DEBBASCH, Charles : Contentieux Administratif, Deuxième Edition, Dalloz, Paris, 1978.
DOMANIÇ, Hayri : Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, İstanbul, 1964.
DURAN, Lütfi : İdarî Yargı Adlileşti (II), İBD., c. 56, 1982, sayı : 7 - 8 - 9, s. 257 - 265.
EROĞLU, Yaşar : Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atrf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı, Danıştay Dergisi, sayı : 8, 1973, s. 24 - 32.
ERSOY, Rifat : Notlu - İzahlı - İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1966.
GÖZÜBÜYÜK, Şeref : Yönetmelik Yargı, Beşinci Bası, S Yayınları, Ankara, 1982.
GÜRDOĞAN, Burhan : Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960.
HERZOG, Peter : Civil Procedure in France (with the collaboration of Martha Weser), Martinus Nijhoff, The Hague/The Netherlands, 1967.
- KARAFAKIH, İsmail Hakkı** : Hukuk Muhakemeleri Esasları Ankara, 1952.
KARAOK, Hasan : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Buna Ait İçtihatlar, Alakâlı Kanunlar ve Tamimler ve Tebliğler, 2. bası, 1957.
KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt : III, Dördüncü Baskı, Ankara, 1982.
KURU, Baki : En Son Değişikliklere Göre Hukuk Muhakemeleri Usulü, I. ve II. Ciltlere Ek Kitap, Eylül, 1981.
KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt : II, Dördüncü Baskı, Ankara, 1980.

- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt : 1, Dördüncü Baskı, Ankara, 1979.
- KURU, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Genişl. 3. bası, Ankara, 1974.
- KURU, Baki** : Tespit Davaları, Ankara, 1963.
- NOMER, Ergin** : Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, İHFM, cilt : XXXIV, sayı : 1 - 4, s. 343 - 374.
- ONAR, Sıddık Sami** : İdare Hukukunun Umumî Esasları, c. I - II - III, İstanbul, 1966.
- ORHANER, Baki** : Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1966.
- OZANALP, Nusret** : Tapulama Kanunu Şerhi, Ankara, 1976.
- ÖNEN, Ergun** : Medenî Yargılama Hukuku, Ankara, 1979.
- ÖZTEK, Esat-KAZANCI, Sadi** : (Nazarî ve Tatbiki İçtihatlı) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1957.
- POSTACIOĞLU, E. İlhan** : Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975.
- ROGGEMANN, Herwig** : Procedure Civile Sovietique, Faculté de Droit, Liège et Martinus Nijhoff, La Haye, 1972.
- SZIRMAI, Z.** : The Civil Code and the Code of Civil Procedure of the RSFSR, 1964 (İngilizcesi : A.K.R. Kiralfy), A. W. Sijthoff-Leyden, 1966.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : Medenî Yargılama Hukuku, c. I - Yargılama Safhası, 2. bası, İstanbul, 1977; c. II - Kanun Yolları ve Tahkim, 3. bası, İstanbul, 1977.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet** : Türk Medenî Hukuku, c. I, cüz : 1, Umumî Esaslar, 5. bası, İstanbul, 1956.

K I S A L T M A L A R

- ABD** : Ankara Barosu Dergisi.
AD : Adalet Dergisi.
AYİM : Askerî Yüksek İdare Mahkemesi.
AYİMK : Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu.
bas. : bası.
Bkz. : Bakınız.
c. : cilt.
D : Dairesi.
DDUH : Danıştay Dava Daireleri Umumî Heyeti.
DİBK : Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı.
DK : 521 sayılı Danıştay Kanunu.
DKD : Danıştay Kararlar Dergisi.
Dn. : Danıştay.
genişl. : Genişletilmiş.
HD : Yargıtay Hukuk Dairesi.
HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
İBD : İstanbul Barosu Dergisi.
İHFM : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası.
İİK : İcra ve İflâs Kanunu.
İKİD : İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi.
İYUK : İdarî Yargılama Usulü Kanunu.
K. : Kanun.
m. : madde.
RG : Resmî Gazete.
RKD : Resmî Kararlar Dergisi.
RSFSC : Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti.
s. : sayfa.
Si : Son İçtihatlar.
TD : Yargıtay Ticaret Dairesi.
TİK : Türk İçtihatlar Külliyesi.
UMK : Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun.
YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi.
yuk. : yukarıda.

ÇEK KANUNU VE KARŞILIKSIZ ÇEK

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Gelişim. II — Karşılıksız çek suçunun hukuksal niteliği. III — Kusurlu çek. IV — Karşılık. a — Genel anlamda karşılık. b — Karşılık zamanı. c — Sonradan sağlanan karşılık. ç — Sonradan sağlanamayan karşılık. d — Tasarrufu imkânsız karşılık. e — Tanzim tarihi doğru olmayan çek. f — Çekten cayma. g — Karşılığın miktarca tayini. h — Kabul. V — Suçun sübjektif unsuru. a — Kasıt. b — Kastın sübutu. c — Taksir. ç — Karşılığın tahkik lüzumu. VI — Suçun Faili. VII — İhbar ve düzeltme. VIII — Lehdarın durumu. IX — Muhatabın durumu. a — Karşılıksız ödeme. b — Yetkisiz çek. c — Bankadan gayrısı üzerine çekilen çek. X — Cezaya etkili sebepler. XI — Kanunlar ihtilâfı. a — Türkiye’de ödenen çek. b — Türkiye’de tanzim edilen çek. XII — Usul konuları. a — Suçun maddi konusu. b — Kamu davasına müdahale. c — Suçun işlendiği yer.

Çekin kanuni himayesi, bilhassa «karşılıksız çek» konusunda önemlidir. Zira çeklerde «sahtecilik» suçunun diğer ticari senetler meyanında «resmî evrak sahteciliği»ne benzetildiği, bu itibarla kâfi bir himayeden faydalandığı görülmektedir. ÇK. nun (=Çek Kanunu) 14. maddesiyle şu hükmü getirmiştir : «Bu kanuna göre çek bastırabilecek kuruluşlar dışında çek karnesi basan veya bastırılan hakkında TCK. nun 323. maddesi uygulanır». Çünkü çek «itibarî amme kağıdı» sayılmıştır, «filigranlı» olması şart değildir.

I — GELİŞİM

Karşılıksız çek konusu mevzuatımızda değişik safhalar geçirmiştir (1). Çekler Hakkındaki Eski Kanunun 3. maddesi, o zaman yürürlükte olan Ceza Kanununun 155. maddesine göre ceza verileceğini tasrih etmekte idi. Daha sonraları Ticaret Kanununda bir sarahat mevcut bulunmadığından bu boşluk TBMM.nin bir kararı (17.1.1929, n. 471) ile doldurulmuştu. Bu karara göre karşılıksız çek çekenlerin TCK. nun 503. maddesine göre cezalandırılması icap etmekteydi. Ceza Genel Kurulu’nun bu konudaki ilke kararında şunla-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Bk. Osman, Çeklere Dair, Ceride-i Adliye, 1327, no. 31 sh. 155; bk. Menahim, Çeklerde Karşılık, İstanbul Barosu Mec. 1927, sh. 213.

ra değinilmektedir : «TBMM. nin 17.1.1929 tarih ve 471 sayılı tefsir kararında (TCK. nun 503. maddesinde dolandırıcılık hakkındaki şerait ve ensarı cürmiye karşılıksız çek keşide edenlerin hareketlerine tamamen tetabuk etmekte bulunduğundan bu suretle karşılığı olmadan çek keşide edenlerin cezai bir teşdidi kanuniden vareste tutulabilmelerine imkân olmadığı) belirtildikten sonra bu gibi hallerde (ahkâmı cezaiyede aranılan kasdı cürminin fıktanı sebebiyle cürüm telakki olunmaması) vurgulanmıştır» (CGK. 4.11.1980, 242/343) (2).

Nihayet «Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hâmillerinin Korunması Hakkında Kanun» (19.3.1985, n. 3167) yürürlüğe girdi. Kanunun Hükümet gerekçesinde şunlar yazılıdır : «Hazırlanan Tasarı ile TTK. nda çekle ilgili olarak yer alan prensipler güçlendirilirken çek hâmillerinin korunması hususunda çek keşide edenlere ve bankalara mükellefiyetler getirilmektedir. Ayrıca karşılıksız çek keşide edenler yönünden caydırıcı olabilecek cezai müeyyideler getirilmekte ve konulan, esaslara aykırı hareket edenlerin fiillerinin cezasız kalmaması gözönünde tutulmuş bulunmaktadır».

Yabancı dillerde genel olarak «karşılıksız çek» terimi (cheques sans provision) kullanılmaktadır. İtalyan doktrininde ise daha ziyade «açığa çek» (Assegno Bancario a vuoto) terimi tercih edilmektedir.

İtalyan Yargıtayı, bankadan gayrısı üzerine çekilen çekin «karşılıksız çek» suçunun esas unsurlarından birini taşımadığından, faile bu suçun cezasının verilemeyeceğini ifade etmiştir (3).

(2) Bk. **Dönmezer** (S). Ceza Hukuku (Hususi Kısım) Şahıslara karşı ve mal aleyhine cürümler (5. Baskı, İstanbul) sh. 296; **Uluç** (M) İtalyan hukukunda çekin cezai himayesi, Batider, III. no. 1, sh. 36; **Cittan** (S) Karşılıksız çek, Ankara Barosu Dergisi, no. 1), sh. 21, 17.1.1929 tarih ve 471 sayılı TBMM. Kararının metni şudur : «Karşılığı olmadığı halde çek keşide edenlere ceza tertibine dair Ticaret Kanununun 610. maddesine bir fıkra ilâvesi teklif olunmuş ise de TCK. nun 503. maddesindeki dolandırıcılık hakkında şerait ve anasırı cürmiye karşılıksız çek keşide edenlerin hareketine tamamen tetabuk etmekte bulunduğundan bu suretle karşılığı olmadan çek keşide edenlerin cezai bir tehdidi kanuniden vareste tutulabilmelerine imkân olmadığı ve böylece muhatabın yedinde çek muhteviyatını ödeyecek karşılık parası veya sair nakdi olmayanların sania, hile, suiniyet lakaydi ve ihmâl ile çek keşide cürmünü mürtekip olacakları aşıkâr ve bilhassa Ceza Kanununun umumî hükmünün tatbiki halinde bazan hesabının kat'i neticesini bilmeyerek zuhulen çek keşide edenlerin hareketini de yine ahkâmı cezaiyede aranılan kasdı cürminin fıktanı hasebiyle cürüm telakki olunmasının da tahtı teminde bulundurulduğundan Ticaret Kanununun mezkur 610. maddesine bir fıkra ilâvesine mahal olmadığına» karar verilmiştir.

(3) İtalyan YG. Kararı : 15 Temmuz 1967, bk. Zanobini, s. 2274.

II — KARŞILIKSIZ ÇEK SUÇUNUN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Karşılıksız çek suçu kanunda (m. 16) şöylece tanımlanmıştır : «ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler» cezalandırılır, mahkeme ayrıca «işlenen suçun mahiyetine göre bir yıl ile beş yıl arasında bir müddet için failin Bankalarda çek hesabı açmasının ve çek keşide etmesinin yasaklanmasına karar verir». «Ceza» ile «yasaklanma» farklıdır. Yasaklanma «zorunlu güvenlik tedbiri»dir. «Mahkûmiyetin neticesi» olduğundan mahkemece Merkez Bankası'na, tüm bankalara duyurulmak üzere bildirilir.

Karşılıksız çekin cezası (md. 16) «bir yıldan beş yıla kadar hapis»tir. «Takibi şikâyete bağlı suç»un cezasının bir yıldan başlaması düşündürücüdür.

Karşılıksız çekin hangi nitelikte bir suç sayılacağı önemli bir konudur. Zira kabul edilen niteliğe göre çıkarılacak neticeler, diğer deyimle karşılıksız çekin cezai statüsü farklı olacaktır.

Halen çeklerde sahtecilik «resmi evrakta sahtecilik» sayılmış ve Ceza Kanunumuzun «ammenin itimadı aleyhine cürümler» bölümündeki hükümlerle cezalandırılmıştır. O halde bu açıdan çek, kanunumuzda özel menfaatlere karşı bir suç telakki edilmemiştir. Halbuki açık bir hüküm bulunmadığı için TBMM. kararı gereğince karşılıksız çek «dolandırıcılık» sayılmak icap ediyordu. Dolandırıcılık suçları Ceza Kanunumuzda «mala (mülkiyete) karşı suç» bölümünde yer alır. O halde bu açıdan karşılıksız çek özel menfaate karşı suç sayılmıştır. Bu farkı anlamak imkânsızdır.

Esasen karşılıksız çekin özünde «sahtecilik»e yabancı olmayan bir nitelik de yok değildir. Çek, karşılığının olduğu beyanını da ihtiva eder. O halde karşılıksız çekte maddi olmasa dahi fikri bir sahtecilik mevcuttur. Bu sahte beyan yalnız çekin lehdarını değil, çeki itimat hususundaki kamu faydasına da zarar vermektedir. Hatta bir dereceye kadar karşılıksız çeki kambiyo senetleri sahtekârlığından ayrı bir suç saymaya imkân olmadığını da ileri sürmek mümkündür. (4). Karşılıksız çeki, hem hamile karşı işlendiği hem de çeki itimadı sarstığı için amme itimadına karşı suç saymış olsak dahi, ikinci nitelik, ekseriya sınırlı olan birinci niteliğe tercih edilmek lâzımdır. Bu

[4] Bk. Manzini (V), Trattato di diritto penale italiano, 1950, VI, sh. 705, nt. 7, **Uluç**, sh. 42, kşz. **De Semo** (G) Trattato di diritto cambiario (Padova, 1963), sh. 762, no. 760.

itibarla karşılıksız çekin «zarar suçu»ndan ziyade «tehlike suçu» sayılması daha doğru olur (5).

Karşılıksız çek suçunu «emniyeti suistimal» suçunun bir çeşidi sayan görüşlere de rastlanmıştır. Fakat çek, varaka olarak bir «kıymet» sayılamayacağından bu görüşte isabet yoktur (6). Fakat, bankaların memurlarının ortaklığı ile işlenen ve bankaca ödenen karşılıksız çekte suç» hizmet sebebi ile emniyeti suistimal»dir (TCK. 510). Fail, çekin karşılığı olmadığını bilerek ödeyen banka memuru ile anlaşmış ise olayın «Hizmet sebebi ile emniyeti suistimal» (TCK. 510) suçunu teşkil etmesi kesinlikle kabul edilmektedir.

Karşılıksız çek suçunda suçun «maddi konusu» ve «hukuki konusu» bakımlarından bazı mülâhazalarda bulunmak mümkündür (7). «Posta çeki» ayrı bir konu sayılmalıdır (8).

Karşılıksız çek «takibi şikâyete bağlı suç» sayılmıştır (ÇK. 16/2). Şikâyet hakkı «hâmil» indirdir. Şikâyet süresi gösterilmemiştir. «Hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacağı»na göre (ÇK. 1/2) süre «failden ve fiilden haberdar olduğundan itibaren altı ay»dır (TCK. 108) hak düşümü süresi olduğundan kesilme, durma bahis konusu olmaz.

Fakat «düzeltme hakkı»nın kullanılması (ÇK. 8) veya «zararın ödenmesi» halinde «şikâyet hakkı» doğmamış sayılır. «Hükümün kesinleşmesi»nden sonra şikâyetten vazgeçme etkisizdir (ÇK. 16/2).

Çekin bir «tediye vasıtası» olarak daha fazla kullanılmasını teşvik etmek isteği ile karşılıksız çekin suç sayılması arasında bağdaşmazlık olduğu da ileri sürülebilir. Ceza tehdidi çek kullanmak isteyenleri korkutabilir. Fakat çekin çok kullanılan bir vasıta haline gelebilmesi kadar, çok kullanılan emin bir vasıta haline gelmesi de önemlidir.

Karşılıksız çek suçu «neticesi devam eden âni suçlardandır» (9).

Eğer karşılıksız çek, bir olayda daha ağır bir suçu teşkil ediyorsa «fikri içtima» (TCK. 79) uygulanacaktır. Bazı yabancı kanunlar (örneğin İtalyan Çek Kanunu, m. 116) bunu açıkça belirtmiştir.

(5) Kşz. **D'Espinosa** (L.B.) Le Leggi cambiarie (Milano, 1961) sh. 510 no. 134.

(6) Kşz. **Menez** (Y) Cheques sans provision et effets de complaisance (Rennes 1932), sh. 28.

(7) **De Semo**, sh. 742, no. 760.

(8) Bk. **Bouzat** (Cronique...) 1967, no. 4, 847, no. 6, **D'Espinosa** (L.B.) Le Leggi cambiarie (Milano, 1961), sh. 509.

(9) Kşz. **Zanobini**, s. 2282.

III — KUSURLU ÇEK

Yeni Çek Kanunu «kusurlu çek»e temas etmemiştir.

Umumi hükümler gereğince herhangi bir noksan veya kusurdan dolayı muteber sayılmayan bir çekin karşılığı da yok ise durum ne olacaktır? Çekin, hâmile aldatması için mutlaka muteber bir muamele olması lâzım geldiği iddia edilemez. Hususi hukuk bakımından muteber olmanın suçluluğu azaltmayacağı ileri sürenler vardır (10).

Kusurlu çekin, bir başka suçu meydana getirip getirmeyeceği ayrı bir konudur. Fakat «karşılıksız çek» müstakil bir suç sayılacak olursa onun çek olarak muteber olması gerektiği düşünülebilir. Fakat bazı yabancı kanunlar kusurlu çek - keşidesini ayrıca bir müeyyideye tabi tutmak yolunu seçmişlerdir (11).

Esasında çekte herhangi bir kusurun mevcut olmasının keşideciyi karşılıksız çek suçunun cezasından kurtarabilmesini izah mümkün olamaz. Nitekim Fransız Yargıtayı, şekil şartlarını ihtiva eden çekin karşılıksız olması halinde suçun faili cezalandırılırken kusurlu - kusursuz çek farkını kaldırmıştır (12). İtalyan Yargıtayı uzun süre, asli şartlarında kusur bulunan karşılıksız çekin cezalandırılmasını kabul etmiş iken 1958 yılından sonra içtihadını, bazı şartlar bakımından değiştirmiştir (13).

IV — KARŞILIK

a) **Genel anlamda karşılık** : Karşılık «mevcut bakiye veya kredi vaadi sebebi ile çek bedelinin karşılanması» şeklinde (14) anlaşılmaktadır. Karşılığın mevduat veya kredi şeklinde olması mümkündür. Kredinin «açık kredi» olması karşılığın mevcut olmadığı sonucunu vermez (15). Fransız Yargıtayı karşılığın yok sayılamayacağına karar vermiştir (16). Fakat iştirah senetleri hasılının çek hesabına yatırılmasından sonra bu senetlerin ödenmemesinden aynı neticeye varmak doğru olmasa gerekir. Çekin karşılığının hiç mevcut olmaması ile karşılığın eksik olması arasında fark bulunmamak icap eder. İtalyan çek kanunu «yeterli karşılık bulunmaması» deyimini tercih

[10] Bk. **Bouzat** (P), *cronique de jurisprudence* (Revue de science criminelle et droit penal compare, 1946), sh. 242, kşz. **D'Espinosa** sh. 516 no. 135.

[11] Bk. **Menez**, sh. 42.

[12] Fransız Yg. Kararı : 26 Mart 1925, bk. **Menez**, sh. 43, nt. 25, bk. **De Semo** sh. 743 no. 762.

[13] İtalyan Yg. Kararı : 11 Kasım 1958 : bk. **D'Espinosa** sh. 518.

[14] **Yüksel** (A.S.) Karşılıksız çek, Batider 1963 no. 1 sh. 39, bk. **Menez**, (Y), *cheques sans provision et effets de complaisance* (Rennes 1932) sh. 13.

etmiştir (17). Yeni Çek Kanunu «kısmen veya tamamen karşılığın bulunmaması»ndan sözeder.

Karşılıksız çek ile karşılığı keşideden sonra çekilmiş çek iki ayrı suç değil, aynı nitelikte suç sayılır (18).

b) Karşılık zamanı : Çekin karşılığının hangi anda mevcut olması lâzımdır? Keşide anında mevcut olan karşılığın ibraz süresinden evvel geri alınması halinde çek yine karşılıksız sayılacaktır.

Bazı Kanunlar (meselâ Belçika Kanunu) ihdas tarihinden üç ay geçmeden karşılığın tamamen veya kısmen çekilmesini sarih bir hükümlerle suç saymışlardır. Fransız Kanunu yalnız karşılığı veya yeterli karşılığı olmayan çeki değil, keşideden sonra karşılığı çekilmiş çeki de suç saymıştır (19). İtalyan Kanunu da (20) ibraz müddetinden evvel karşılığı kısmen veya tamamen çeken veya başka şekilde tasarruf eden keşideciyi cezalandırmıştır.

Eski TK. nunda karşılığın keşide anında bulunması lâzım geldiği hükmü vardı. Yeni TTK. nda böyle bir hüküm yoktur, konu tartışılmalıdır. Bazı müellifler karşılığın ibraz gününde bulunmasını «lâzım ve kâfi» sayarlar (21). Fransız ve Alman ceza mahkemeleri içtihadı da böyledir (22). Keşide anında çekin karşılığının bankaya gönderilen bir havale şeklinde yolda olması veya keşideden sonra her hangi bir şekilde karşılığın temin edilmesi gibi hallerde keşide anında mevcut bulunmadığı gerekçesi ile ibrazda karşılığı olan ve fiilen ödenmiş bulunan bir çeki karşılıksız saymak haklı gözükme-yecektir. Bunun aksini düşünenler de vardır, gerekçeleri şöyledir : Çek, esas itibarıyla ibrazında ödenen bir senettir. «Çeki bu iktisadi fonksiyonundan uzaklaştırmak, dolayısıyla poliçe gibi bir kredi vasıtası haline sokmak istemiyorsak bu neticeyi kabul zaruridir» (23).

[15] **Menez**, sh. 45.

[16] Fransız Yg. Kararı 21 Ocak 1929, **Menez**, sh. 45 nt. 28.

[17] İtalyan Çek K. 116, bk. **Uluç**, sh. 39, **Menez**, sh. 28.

[18] Kşz. **Zanobini**, s. 2283.

[19] 14 Haziran 1865 Fransız K, tadilleri : 2 Ağustos 1917, 30 Ekim 1935 bk. **Menez**, sh. 18, 46 bk. **Bouzat** (cronique...) 1962, sh. 102, no. 2, bk. 1 Mart 1961 tarihli Belçika K. 1, (**Menez** sh. 17, **Çittan**, sh. 21).

[20] 21 Aralık 1933 n. 1736, disposizioni sull'assegno bancario e sull'assegno circolare, m. 116, bk. **Lattanzi** (G). Icodici penali (Milano 1962/, appendice XIV. sh. 1635, bk. **Uluç**, sh. 39 bk. **Navarrini** (U), La cambaile e l'assegno bancario (roma, 1950), sh. 371, no. 316.

[21] **Karayalçın**, sh. 13, bk. **Menez** sh. 28.

[22] Bk. **Bouzat** (cronique...) 1954, sh. 550 no. 4.

[23] **Yüksel** sh. 4 y, 43.

Bu hususta bir Yargıtay kararına rastlanamamıştır. Fakat böyle bir olay vuku gelirse umumi kurallar gereğince, mağdur bakımından «zarar», fail bakımından «haksız menfaat» husule gelmemiş olacağından Yargıtayımız karşılığın ibrazda mevcut olması halinde tecziyeyi kabul etmeyeceği tahmin olunabilir.

Yeni Çek Kanunu «ibraz anında» çek karşılığının bulunmasını yeterli saymıştır.

Çekin karşılığının bulunacağı zamanı tayin bakımından çekin tarihi önemlidir. Belçika mahkeme içtihadına göre karşılığı olmayan tarihsiz bir çekten dolayı da keşideci cezalandırılacaktır (24).

Keşideden sonra fakat çekin ibrazından evvel karşılığın çekilmesi sebebine göre cezai durum değişebilecek midir? Keşideci çeki hâmile verdikten sonra, bu çekin verilmesini gerektiren muameleden rücu sebebi ile (meselâ satın aldığı ve bedelini çek ile ödediği bir malın ayıbını tesbit etmek bedelin tahsilini önlemek maksadıyla) karşılığı çekecek olursa durum ne olacaktır? Fransız Temyiz Mahkemesi çekin bir tediye vasıtası olduğuna, taraflar arasındaki başkaca def'ilerin dinlenmeyeceğine karar vermiştir. Görülüyor ki bu anlayış çeki özel menfaatlerden gayri bir nitelik tanımakla mümkün olabilmektedir. Fransız doktrini çekin kesin bir tediye vasıtası olduğunu ihtiva ettiği meblâğın mutlaka ödeneceği kanaatini vermesi gerektiğini ileri sürerek bu içtihadı doğru bulmaktadır (25). İtalyan Yargıtayı, dolandırmak suretiyle kendisinden bir çek alınan keşidecinin dolandırıldığını anlaması üzerine, bankaya ödememe emrini vermesinin dahi karşılıksız çek suçunu kaldıramayacağına, zira dolandırıcılığa karşı gelebilmek için bu yola değil, adli makamlara müracaat lüzumuna işaret etmiştir (26).

Yeni Çek Kanunu (m. 4) ibraz edildiği anda karşılığı bulunan çekin hesabın bulunduğu Banka şubesi tarafından ödenmesini «mecburiyet» halinde kabul etmiştir. Fakat bir «yargı tedbiri»nin bulunması halinde aynı şekilde düşünülemez.

c) Sonradan sağlanan karşılık : Keşide anında mevcut bulunmayan fakat ibraz anında sağlanan karşılık fiili suç olmaktan çıkaracak mıdır?

[24] Gand Mahkemesi Kararı : 25 Haziran 1960, bk. *Revue de droit penal et de criminologie*, 1966-1967, sh. 750.

[25] Bk. *Bouzat* (cronique...) 1965, sh. 426, no. 2, *Donnedieu de Vabres*, aynı dergi 1936, no. 431.

[26] İtalyan Yg. Kararı, 13.4.1959, bk. *Uluç*, sh. 45.

Bir anlayışa göre çekin özel hukuk niteliği esas tutulmalıdır. Çek tediyeye vasıtası ise ve tediyeye tahakkuk etmiş ise ne «zarar»dan ne de «haksız menfaat»den bahsedilemez.

Diğer bir anlayışa göre çekin inanılır bir tediyeye aracı sayılabilmesi için ona itimat edilmesi gereklidir. Eğer keşideden sonra karşılık sağlanması ümidine imkân tanınmış olursa bu ümidin tahakkuk etmediği olaylarda cezasızlık izahsız kalacaktır. İtalyan Çek Kanunu bu anlayışı benimsemiştir. İtalyan kanununa göre karşılık keşide anında bulunmalıdır. Keşideci, mevcut olmayan karşılığı ibrazdan evvel temin ederse İtalyan Çek Kanununa göre (27) bu hal fiili suç olmaktan çıkaramaz, bu husus cezayı azaltıcı kanuni bir sebep sayılır.

Fransa'da 3 Ocak 1972 tarihli «Çekler»e ilişkin ve 72/10 sayılı yeni bir kanun yapıldı. Daha evvel mevcut 30 Ekim 1935 tarihli emirname çeklere ilişkin suçların artması nedeni ile yeterli sayılmadı. Yeni kanun iki maksat gütmektedir : Çekin ödenmemesi hallerini azaltıcı tedbirler, karşılıksız çek ve benzeri suçların tedibinde daha süratli bir usul. Bunlardan birincisine «önleyici tedbirler» adı verildi. Bu tedbirlerin bazıları şunlardır : Çeke ilişkin suç işleyenlerin, belli bir süre çek kullanmaktan yasaklanmalarına mahkemenin karar vermesi. Süre altı aydan beş seneye kadar değişik takdir edilecektir. Kendisine çekle tediyeye yapanın hüviyetini sormaya ve belge istemeye çeki kabul edenin hakkı olduğu kabul edildi. Çeke ilişkin suç işleyenlerin süratle kamuya duyurulması da tedbirler arasındadır. Suçlunun maksadı, niyeti ve verdiği zararın miktarı gibi hususları nazara alan yeni kanun karşılıksız çek konusunda sanıklar lehine bazı hükümler getirmiştir. Eğer karşılıksız çeki keşide etmiş olan kimse keşide tarihinden itibaren on gün içinde karşılığını temin ederse ceza görmez. Fakat bu süre içinde karşılığı temin etmemiş olanların, karşılıksız çeki kasten keşide etmiş sayılmaları gerekir. Bu suretle bilmeden, tedbirsizlik, yanılma gibi nedenlerle, kasıtsız olan keşideciler korunmuş, buna mukabil on gün içinde karşılığı sağlamayanlar hakkında fiili bir kast karinesi yaratılmış bulunmaktadır. Karşılıksız çek mağdurunun hakkını süratle alabilmesi için kanun çek miktarınca mağdurun lehine tazminata hükmetmeye ceza mahkemesini yetkili kılmıştır. Bu şekilde daha süratle mağdur olacağını almaktadır. Bundan gayri uğradığını iddia edebileceği diğer zararları da mağdur ayrıca dava edebilir.

(27) İtalyan Çek K. 116, bk. Semo (G), Trattato di diritto cambiario (Padova 1963), sh. 745, no. 764, bk. D'espinoza, sh. 512.

c) Sonradan sağlanamayan karşılık : İbraz tarihinde sağlanacağı ümidi ile mefruz karşılık için çek çekilmiş olabilir. Buna, bankaya tahsile verilen senetlerin vâdelerine nazaran ibrazından evvel bu senetlerin tahsili ile karşılığın teşekkül edeceği ümidi ile hareket edilen hallerde rastlanır. Bu hal, suç kasdını bertaraf edemez. Zira sadece bir ümit kanuna uygun hareket edilmiş olması anlamına gelemez (28).

Bazı hallerde «iştirâ senetleri»nin tahsil edilmemesinden karşılık eksik kalmış olabilir. Tahsil senetleri ile iştirâ senetleri arasındaki farka göre bir tefrik faildeki «kast» bakımından önemli olmak icap eder (29).

d) Tasarrufu imkânsız karşılık : Karşılığın nakit olarak hazır olması lâzım gelip gelmediği de tartışılmaktadır. Mevcut, fakat hesap sahibinin henüz tasarruf edemeyeceği bir karşılık (meselâ vâdeli hesap) veya hesap sahibinin tasarruf imkânını kaybettiği bir karşılık (meselâ hacizli, temlikli hesaplar) halinde suç teşekkül etmiş sayılacak mıdır? Tasarruf imkânı olmayan meblağ «karşılık» sayılamayacağından fiilin suç olacağı kabul edilmelidir.

Keşidecinin bankadan herhangi bir sebeple alacaklı olması karşılık sayılamaz, bankanın çek ile ödeyebileceği bir karşılık bulunmalıdır. Fransız mahkeme içtihadı, bankaya tahsile verilen ve fakat tutarlarının çek hesabına geçirileceği hakkında müşteri talimatını ihtiva etmeyen senetler de çeki karşılıksız saymaktadır (30).

e) Tanzim tarihi doğru olmayan çek : Bazı olaylarda çekin tanzim tarihinin evvelki veya sonraki bir tarih olarak atıldığına rastlanmaktadır. Doğru olmayan tarih atılmasında ibraz müddetinin tanzim tarihinde esasen dolmuş olmasını temin veya sair iyi olmayan niyetlerle hareket edilmiş olması mümkündür. Bu sebeple doğru olmayan tarih atılmasını, çek için bir butlan sebebi olmamasına rağmen İtalyan Çek Kanunu cezayı mucip saymıştır (31). Bunun sebebi gelecek bir tarihin atılması suretile çekin ödeme vasıtası olmaktan çıkarılarak bir kredi vasıtası haline gelmesini önlemektedir (32).

f) Çekten cayma : Keşideden sonra muhataba çekin ödenmesi hususunda verilen talimatın karşılıksız çek suçunu meydana

[28] De Semo (G) Trattato di diritto cambiario (Padova, 1963), sh. 745 no. 764.

[29] Bk. Bouzat (cronique...) 1952 sh. 457, no. 6.

[30] Bk. Bouzat (cronique...) 1952, sh. 457. no. 6.

[31] Bk. Navarrini, sh. 375, no. 322a.

[32] D'espinoza, sh. 518.

getirip getirmeyeceği de tartışma konusu olmuştur. Türk hukukunda böyle bir konu olmamak icap eder. Zira, ibraz müddetinin dolmasından evvel çekten cayma mümkün değildir (TTK. 771). Bu sebeple ödeme talimatı bu süre içinde hükümsüzdür. «Çekteki havaleden ibraz müddeti zarfında cayılamıyacağı hakkındaki hüküm çekin ödeme vasıtası olmasından ileri gelmektedir. Cayma tehlikesinin ibraz müddeti zarfında mevcut olmaması çekin emniyetle tedavülünü sağlar» (33). Keşidecinin bankaya bir süre için bedelin bloke edilmesi talimatının da aynı sebeple hükümsüz olması gerekir (34). Fakat mahkemelerden alınacak «tedbir kararları» bakımından bazı tereddütler mevcut olacaktır.

g) Karşılığın miktarca tayini : Çekin ihtiva ettiği meblağın ne olduğunda tereddüt edilen hallerde (rakam ve yazı ile gösterilen meblağların aynı olmaması gibi) hangi meblağa göre karşılık tamam veya eksik sayılacaktır. İtalyan Yargıtayı bir kararında, Çek Kanununun 9. maddesi hükmüne göre yazı ile gösterilen meblağın esas tutulacağı, buna göre çekin karşılıklı veya karşılıksız sayılacağı sonucuna varmıştır (35).

h) Kabul : Çek, ibrazında tediye gerektiren bir senet olduğundan «kabul»e tabi değildir. İngiliz - Amerikan sistemi de böyledir (36). Hatta bu husus Türk mevzuatına göre «kabul yasağı» olarak da isimlendirilebilir (TTK 696). Çek üzerinde kabul şerhi mevcut olsa dahi bu yazılmamış sayılır. Bu itibarla keşidecinin böyle bir kayıt düşürmek sureti ile karşılıksız olan çekin cezasızlığını evvelden sağlamak isteği tahakkuk etmeyecektir.

V — SUÇUN SÜBJEKTİF UNSURU

Karşılıksız çek suçu «cürüm» sayılacağına göre (TCK. 45/1) «kast» aranacak, buna mukabil «taksir»li sorum (TCK. 45/2) mümkün görülemeyecektir. Araştırılması gereken sadece suç kastı da değildir. «Karşılıksız çek keşidecinin dolandırıcılık suçunu oluşturabilmesi için sadece çekin karşılığının bulunmaması yeterli olmayıp kasıt dahil olmak üzere sözü edilen suçun bütün unsurlarının tekevvün eylemesi» şarttır (6. CD., 4.5.1977, 3135/3137). Aksi takdirde bu fiil «şekli suç» haline dönüşecektir ki, dolandırıcılık suçunun yasal yapısı buna olanak vermemektedir. Bu itibarla karşılıksız

(33) Karayalçın, sh. 133 nt. 17, bk. Menez, sh. 30.

(34) Bk. Fransız Yg. Kararı : 19 Mart 1902, Menez, sh. 34.

(35) İtalyan Yg. Kararı : 1.6.1958, bk. Uluç, sh. 40, nt. 15.

(36) Broglio (A), La cambiale e Cheque nel diritto Anglo - Americano, sh. 332, bk. Karayalçın, sh. 131 no. 11.

çek, suçunu «şekli suç» saymaya imkân yoktur (CGK. 14.2.1981 360/428).

Bazı sistemlerde karşılığın olmaması (veya yetersizliği) «kast'ın kabulü için «kanuni karine»dir, başkaca bir araştırmaya lüzum yoktur.

a) Kasıt : Yeterli karşılığın mevcut olduğunu zanneden keşideci «kasıt» kabul edilmeyecektir. Zira suçun maddi unsurlarından birinde «hata» ceza hukukunun genel kuralları gereğince, kasıtı kaldırmış olacaktır. Yeni Kanuna göre «ihtar» ve «düzeltme hakkı» (m. 7, 8) bu mahzurları kaldırır.

Keşidecinin irade dışı karşılıksız çek çekmiş duruma düşmesi halinde de, kasıt mevcut olmayacaktır. Karşılığı teşkil eden kredinin bankaca kat'edilmiş, keşidecinin bundan haberdar olmamış bulunduğu haller misâl gösterilebilir. Fakat bu hallerde bankaca «ihbar süresi»ne riayet şart olduğuna göre, ihbardan sonraki keşidelerde kasıt mevcut olacaktır.

b) Kastın sübutu : Diğer bütün suçlarda olduğu gibi karşılıksız çek suçunda dahi sübjektif unsurun sübutu takdire bağlıdır. Çekin ödeneceği hesaptaki mevcuttan cüz'i miktarda fazlalık gösteren çeklerde suç kasıtı mevcut olmayabilirse de çok büyük bir fark «hata» ile izah edilemez. Çok hareketli cari hesaplarda, küçük farklar hatayı haklı gösterebilir. Fransız Temyiz Mahkemesi câri hesabının sonucunu öğrenmek ihtimamını göstermeyen ve işlerinin durumu bu hesapta kendisinin alacaklı olduğuna inanmasını haklı göstermeyen keşideciyi «kasıt»lı kabul etmiştir (37).

Bankanın, karşılığı olmayan çeki, müşterisi ile olan ilişkileri nedeni ile ödemiş olmasının suçu kaldırmayacağına karar veren İtalyan Yargıtayı, daha evvel bankasının aynı şekilde ödemeler yapmış olmasından cesaret alan keşidecinin, bu kerre de ödeneceği ümidi ile hareket etmiş olmasının suç kasdını kaldıramayacağı sonucuna varmıştır (38).

c) Taksir : Taksirli sorum istisna olduğuna ve kanunumuzun sistemine göre ancak açık hükümlerle cezalandırılmış ise böyle bir sorumun kabulü icap edeceğine nazaran kasdın sabit olmadığı, fakat

(37) Fransız Yg. Kararı : 4 janv. 1951; bk. **Bouzat** (cronique..) 1952, sh. 457 no. 6; **Hich** (C.A.), Les mauvais usagers du cheque, la vie judiciaire, 31 Ekim 1966, sh. 1, 5, 6; kşz. **De Semo**, sh. 764, nd. 765; bk. **D'espinoza**, sh. 510, no. 134.

(38) İtalyan Yg. Kararı : 10.4.1964, bk. **Zanobini**, sh. 2283.

keşidecinin büyük bir ihmâl içinde karşılıksız çek çektiği, bir olayda ceza vermek mümkün olmayacaktır. Çekin emin bir tediye aracı olmasını sağlamakta cezai himaye lüzumlu ise bu suç hakkında da taksirli sorum şeklinde ihtiyaç vardır.

Bu ihtiyaç İtalyan mahkeme içtihadında hissedilmiş ve adeta taksirin, kasda eşit olduğu neticesine varılmıştır (39). Fakat bizce bu anlayış, daha ziyade ceza hukukunda «şüphe, bilmek sayılır» kuralına tabidir. Bu açıdan, taksir sanılan pek çok konu esasında kasıttır. Fakat bu kuralın geriye hiçbir taksir hali bırakmadığı iddia edilmemelidir.

ç) Karşılığı tahkik lüzumu : Çek kullananın karşılığı daima göz-önünde tutması zımnen mevcut bir «kanuni vazife» sayılabilir. O halde bir kimsenin bu vazifeyi ihmâl etmiş olması kasit mı, taksir mi sayılacaktır.

Bir anlayışa göre bu vazifenin yerine getirilmemesi kasdın yokluğu şeklinde anlaşılabilir (40). Diğer bir anlayışa göre, «kötü niyet», «izrar niyeti» gibi unsurların da aranması lâzımdır. Çek tatbikatında «mazur görülebilen hatalar» (41) mevcut olabilir.

İtalyan Çek Kanununa (m. 116) göre eğer karşılığın varlığında «hata» «mazur görülebilecek bir hale dayanıyorsa», faile ceza verilemez. Bu cezasızlık sebebini, İtalyan Yargıtayı makûl bir ihtimam neticesinde bertaraf edilmesi mümkün olmayan, beklenilmeyen bir sebepten dolayı hataya düşülmüş ise mazeret sebebi olarak kabul etmektedir (42).

VI — SUÇUN FAİLİ

Bu suçun faili ancak hesabın sahibi olan kimsedir. O halde hesap sahibi ile çeki imzalayan aynı kimse olmalıdır. Eline geçirdiği başkasına ait çek karnesini imza taklidi ile (TTK. 724) kullanan kimse «sahtecilik»ten (TCK. 349) cezalandırılacaktır.

Çek karnesini ele geçiren ile karne sahibinin birbirine pek yakın kimseler olması halinde bazı tereddütler meydana gelmektedir. Sadece soyadlarını imza olarak kullanan karı - kocadan birinin diğerinin çekini kullanması halinde çekin sahibini, Fransız mahkemeleri cezalandırmış ve gerekçe olarak da, çek karnesini saklamak ihtima-

[39] İtalyan Yg. Kararı : 16.2.1959 bk. **Uluc**, sh. 51; **D'espinoza**, sh. 510, no. 134.

[40] **Bouzat** (P), cronique de jurisprudence (Revue de science criminelle et de droit penal compare, 1952), sh. 457.

[41] Bk. **Menez**, sh. 50 kşz. **De Semo** sh. 764 nt. 1.

[42] İtalyan Yg. Kararı : 22 Nisan 1970, bk. **Zanobini**, sh. 2267.

minin gösterilmediği düşüncesi esas tutulmuştur. Bu karar tenkid edilmiş ve ikisi anlaşmış iseler ortada «suç ortaklığı»nın bulunacağı, böyle bir anlaşma yok ise karne sahibi bakımından sadece bir taksir bahis konusu olduğundan tecziyenin mümkün olamayacağı, başkasının fiilinden sorunun istisna teşkil ettiği ileri sürülmüştür (43).

Uygulamada karşılığı olmadığını bilen kişinin çeki kabul ettiği, sonra bunu ciro ettiği görülmektedir. Böyle hallerde suçun faili keşidecisi değil, karşılıksız çeki ciro eden kişi olmak gerekir. «Karşılıksız çeki ciro etmek dolandırıcılık suçunu teşkil eder» (4. CD., 12.12.1951 9931/9931).

Çek Kanunu Tasarısında ve Adalet Komisyonunun benimsediği metinde «karşılıksız olduğunu bildiği çeki ciro edenler» çeki keşide edenler gibi cezalandırıyordu. Kabul edilen metinde «ciro edenler» çıkarılmıştır. Fakat bu hal onların cezasız kalacağı anlamına gelmez. Çünkü Kanunun (m. 16) karşılıksız «çeki keşide eden kişiler»den sözeder. Fakat bu bir «yorum»dur.

VII — İHBAR VE DÜZELTME

a) Çek Kanununa göre (m. 7) «yeterli karşılığı olmadığı için çeki kısmen veya tamamen ödemeyen muhatap Banka (Çekle işleyen hesabın açıldığı Banka şubesi), hesap sahibinin kendisinin veya vekil ve temsilcisinin elinde bulunan bütün çek karnelerini aldığı Bankalara geri vermesini, düzeltme işlemlerini (m. 8) yerine getirmeden bir yıl müddetle çek keşide edemeyeceğini ve aksine davranışların cezai müeyyideleri (m. 13) gerektireceğini, hesap sahibine iadeli teahhütlü mektupla tebliğ etmek zorundadır», bu «tebligat» ibraz tarihini izleyen on gün içinde yapılmalıdır. İbraz günü on güne dahil değildir. Tasarı beş gün içinde tebligatın yapılmasını önermişti, kabul edilmedi. Yine önerilen «Banka görevlileri eliyle tebligat» usulü de benimsenmedi. İhtarlar, adres değişikliği bildirilmediği takdirde çek hesabı sahibinin hesabı, adres değişikliği bildirilmediği takdirde çek hesabı sahibinin hesabı açtırırken bildirdiği adrese yapılır (m. 12). Çek karnelerinin iade süresi yedi gündür (m. 13). İade etmeyi banka, savcılığa ihbar zorundadır.

b) Hesap sahibi yedi işgünü içinde çek tutarını (veya karşılıksız kalan bölümünü) % 10 tazminat ve gecikme faiziyle birlikte hâmil adına muhatap Bankaya yatırdığı takdirde çek keşide hakkını

(43) **Bouzat** (P), *chronique de jurisprudence* (Revue de science criminelle et de droit penal compare 1952), sh. 101, 263.

yeniden kazanır (ÇK. 8). Yasa Düzeltme hakkının bir yıl içinde ancak iki kez kullanılabileceğini kabul etmiştir (ÇK. 8/2).

VIII — LEHDARIN DURUMU

Bazı olaylarda karşılıksız olduğunu hâmil bilerek çeki kabul etmektedir. Alacaklının, borcun ödeneceğini teminat altına almak üzere, karşılıksız çeki bilerek kabul ettiği hallerde suç meydana gelmiş sayılacak mıdır? Fransız Temyiz Mahkemesi böyle bir hâmilin «müdahil davacı» olabileceğine karar vermiştir (44).

Bu konunun çözümü, cezaî himayenin özel hukuk veya kamu itimadı bakımından çekin hangi nitelikte kabul edileceğine bağlıdır. Eğer karşılıksız çek özel menfaatleri ihlâl eden bir suç olarak kabul edilirse lehdarın karşılıksız çeki bilerek kabulü halinde suç mevcut sayılamayacaktır. Hattâ karşılıksız çekte dolandırıcılık şartları aranacak olursa «mağdur»un «hataya düşürülmüş» (TCK. 503) olduğu iddia edilemez. Dolandırıcılık suçunda mağdurun «hulûs» ve saffetinden istifade» şart sayıldığına göre böyle bir durumun mevcut olmadığı hallerde karşılıksız çek suçu da meydana gelmeyecektir. Karşılığın olmadığını bilen aldatılmış olması mümkün değildir. Diğer bir deyimle karşılığın bulunmadığını «tanzim tarihi»nde mağdur biliyorsa (karşılıksız çeki bilerek kabul etmiş ise) ortada suç yoktur. Böylesine kabul çeki «âdi senet»e dönüştürür, ihtilâf cezaî değil, hukukî niteliktedir. «Hukukî nitelikte olan olayın suç olarak tavsifi» yolsuz sayılmıştır (6. CD., 24.9.1979, 5937/5937).

Yargıtayımızın karşılığın olmadığını lehdar tarafından bilinmiş olduğu konusunda bir çeşit «bilgi karinesi» yaratmıştır. «Çekin karşılığı olmadığını yakınıcı bildiğine göre sanığın eyleminde suçunun unsurları oluşmamış sayılmalıdır» (6. CD., 23.2.1981, 1099/1025). «Muhatabın yanılğıya düşürülmesi» karşılıksız çek suçunun zorunlu unsurudur» (6. CD., 21.12.1979, 8601/8591). Sanırız ki bu içtihat Çek Kanunundan sonra da devam edecektir.

Uygulamada «teminat» (garanti) olarak çek «terimi»ne rastlanmaktadır. Bu hukuksal bir terim sayılamaz. Yasalarımızda bu tür çeki ilişkin hiç bir hüküm yoktur. Esasen çek «teminat vasıtası» değil, «tediye vasıtası»dır. O halde böylesine bir uygulamaya neden rastlanmaktadır? Böylece keşideci dolaylı bir şekilde ceza tehdidi

(44) Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı : 8 Aralık 1953, [Recuell Dalloz 1954 sh. 437].

(45) 2 C. 22.11.1967, 966/712. tebliğname, 16.11.1967 Ankara 2. As. C. Mahkemesi 12.9.1967, 712/287).

altına sokulmak istenmektedir. Fakat bu uygulama aynı zamanda tanzimi sırasında çekin karşılığının olmadığını bildiğini de gösterir. «Teminat olarak verilen karşılıksız çekin dolandırıcılık sayılmayacağına» karar vermişti (6. CD., 9.2.1960, 4743/1665).

Eğer çeke, tedavül sürati sağlamak için itimad edilmesinde kamu faydası ve onda «ammenin itimadı» niteliği görülüyorsa lehda-rın bilerek kabulü karşılıksız çekin cezasız kalmasına yeterli sayılmayacaktır (46).

İtalyan Yargıtay'ına göre, karşılıksız bir çekin teminat olarak hâmiline verilmesi ve hâmilin belli bir tarihten veya belli bir şartın tahakkukundan evvel bankaya ibraz etmeyeceğini taahhüt etmesi, buna rağmen bankaya ibraz etmesi halinde hâmilin bu taahhüdünü ihlâl etmiş olması suçu kaldırmaz. Çünkü kanun çeki tediye vasıtası olarak bizatihi himaye etmiştir, taraflar arasındaki anlaşmalar «kamu menfaati» niteliğini taşıyan hükümleri değiştiremez (47).

IX — MUHATABIN DURUMU

Çek Kanununun 2. maddesi «genel mesuliyet» başlığı altında şu hükmü getirmiştir. «Bankalar, çekle işleyecek hesap açarken çek karnesi verirken ve bu kanunla kendilerine verilen görev ve mükelleftiyetleri yerine getirirken bu işlemlerin gerektirdiği basiret ve itinayı göstermeye mecburdurlar». Bankalar «çek karnelerinin her yaprağına, çekle işleyen hesabın bulunduğu şubelerinin adını ve keşidecinin hesap numarasını yazmaya mecburdurlar», «çek karnesi verilenlerin açık kimliklerinin Merkez Bankası'na bildirilmesi» (ÇK. 3), bankaların karşılığı olan çeki veya karşılık kısmen mevcut ise bu kısmı ödemek zorluğu (ÇK. 4), «karşılıksızlığın çeki yazılarak hamiline verilmesi» (ÇK. 5) «ihtar zorluğu» (ÇK. 7, 9, 13) görevlerini yerine getirmeyen bankalar cezalandırılır (ÇK. 15). Ceza bankaya verilecektir. Hükümet önerisinde «bankanın statüsüne göre», «sorumluluğunun saptanacağı» kaydı mevcuttu.

Çekin muhatabı olarak yalnız bankaların kabulü usulü, Cenevre Anlaşması'nın işaret ettiği imkânlarla, genişlemiş, halen Fransa ve İngiltere dahi bu sisteme dönmüşlerdir. «Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap olarak ancak bir banka gösterilebilir. Diğer bir kimse üzerine çekilen çek havale hükümündedir» (48). Çekte «mu-

(46) Bk. Belçika Mahkeme İçtihadı : Revue de droit penal et de criminologie 1966 - 1967, sh. 750.

(47) İtalyan Yg. Kararı : 20.11.1967, bk. Zanobini, sh. 2275.

(48) Karayalçın, sh. 126, bk. TTK 694, İsviçre BK. 1102, 1942 Fransız Çek K. tadili (tarihçe için bk. Menez. sh. 62) kşz. İtalyan çek K. 3. Mülga Ticaret K. m. 612,

hatap olma ehliyeti»nin yalnız bankalara (TTK. 272) tanınması çekte güvenlik sağlayıcı tedbirlerden sayılabilir.

a) Karşılıksız ödeme : Çek Kanunu (m. 10) şu hükmü getirmiştir : «Karşılığı bulunmasa veya yetersiz kalsa bile muhatap banka, müddetinde ibraz edilen yirmibin liraya kadar olan çeklerle bu miktar üzerindeki her çekin yirmibin lirasını hâmile ödemeye mecburdur». Bu zorunluluk bir «kredi sözleşmesi» hükmündedir. Çek karnesi veren Banka böyle bir mükellefiyeti yüklenmiş demektir. Bu hüküm «ihtar» (m. 7) ve «düzeltme» hususlarını saklı tutmuştur. Tatbikatta, bazı hallerde bankalar yirmibin lirayı aşan ve karşılığı olmayan çeki de ödemektedirler. Bu ödemeler bazan çok itibarlı bir müşterinin hatasını kabul ve zımnî kredi şeklinde, bazan «kasa kolaylığı» (49) tarzında izah olunmaktadır. Bankaların bu çeşit anlaşma»nın mevcut olduğu şeklinde cevaplandırmalarına Fransız doktrininde işaret olunmaktadır.

Bu çeşit ödemelerin sakıncası yok değildir. Keşideci evvelce karşılıksız olan çeklerini ödeyen bankasının bundan sonraki çeklerini de ödeyeceği zannı ile fiile devam edebilir. Fransız mahkeme içtihadında değişiklik olmuş ve çekin bir kredi vasıtası değil, bir tediye vasıtası olduğu ve karşılığının bulunması gerektiği, muhatap herhangi bir sebeple çeki ödese dahi, bunun cezayı kaldırmayacağı neticesine varılmıştır. İtalyan Yargıtayı'nın da aynı şekilde kararları vardır (50). Bir başka kararında Fransız Temyiz Mahkemesi, muhatabın evvelki çeklerin ödenmiş olmasının sanıkta iyi niyetin teşekkülüne imkân vermeyeceği gerekçesi ile keşidecide suç kasdını kabul etmiştir (51). Bununla beraber failin tediye kabiliyeti olduğu kanaati ile bir süre karşılıksız çeklerini ödemiş olan bankanın âni bir kararla buna devam etmemesi sebebi ile sanığın suçlu duruma düşmesinde düşündürücü bir yön yok değildir. Sanırız ki yeni Çek Kanunu karşılıksız çeki ödemeyi tümünden yasaklamıştır.

«Sözlü anlaşma» mazeretinin kabul edilmemesi ısrarla ileri sürülmüş, yazılı bir metne dayanmayan karşılığın çekin cezai himayesini zayıflatacağı sonucuna varılmıştır. Benzer bir olayda, banka mensupları suç ortağı olarak cezalandırılmış ve Fransız Yargıtayı bu kararı tasdik etmiştir (52).

İngiliz - Amerikan sistemi için bk. **Broglio** (A) La cambiale e cheque nel diritto Anglo - Americano, sh. 315.

[49] **Bouzat**, (cronique..) 1958 sh. 403, no. 4.

[50] Fransız Yg. Kararı : 19 Aralık 1957, bk. **Bouzat**, 1958, sh. 403 no : 4 İtalyan Yg. Kararı : 2.5.1959; **Uluç**, sh. 40 nt. 14.

[51] Bk. **Bouzat**, (cronique..) 1968, sh. 404, no. 5.

[52] **Bouzat**, (cronique..) 1958, sh. 404, no. 5.

Suç ortaklığı konusunda çek hakkında özel kanun kabul etmiş olan memleketlerde dahi özel «iştirak» hükümlerine yer verilmemiştir (53).

b) Yetkisiz çek : Muhatap banka ile bir anlaşması (çek anlaşması) bulunmayan keşidecinin çekini banka —hatta aynı şahsın bankada mevduatı veya kredisi olsa dahi— ödemeyebilecektir. Anlaşma mevcut olan hallerde karşılıksız olan çekin anlaşmaya uygun olduğu söylenebilir mi? Hiç anlaşma olmamasının da bu suçu kaldıracağını kabul etmek anlamsız olacaktır. İtalyan Çek Kanununun 116. maddesi açık bir hükümle «muhatabın verdiği yetki olmaksızın keşide edilen çeki karşılıksız çek» olarak cezalandırmıştır. Fransız Çek Kanununda böyle bir hüküm olmamasına rağmen Fransız mahkeme içtihadı aynı neticeye varmıştır (54).

c) Bankadan gayrisi üzerine çekilen çek : Cenevre Anlaşması, âkid devletlere kendi memleketlerinde ödenecek çekler için yalnız «bankalar»ın muhatap olabileceklerini kabul imkânını tanımıştır. TTK. ve bu bakımdan mehazı olan İsviçre Borçlar Kanunu böyle bir takyit kabul etmişlerdir. Bankadan (TTK. 727) gayri müesseseler üzerine çekilen çek «havale hükmündedir» (TTK. 694, İBK. 1102). Böyle açık bir kanun hükmü karşısında «havale»ler için «karşılıksız çek» suçunun kabulüne imkân kalmayacak, olayda şartları mevcut ise başka bir suç husule gelmiş olabilecektir.

X — CEZAYA ETKİLİ SEBEPLER

Yeni Çek Kanunu bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası kabul etmiş, para cezası kabul etmemiştir. Birlikte ceza şeklinde, karşılıksızlıkla orantılı para cezası isabetli olurdu. İtalyan Çek Kanununda karşılıksız çek suçunun cezası «2.000 Lire'ten 200.000 Lire'e kadar para cezası ve vahim hallerde para cezası ile birlikte altı aya kadar hapis cezası» verileceği bildirilmiştir. «Daha vahim hal» ibaresinin, Anayasada yer alan «Kanunsuz suç olmaz» kuralına aykırı olduğu iddia edilmiş ise de İtalyan Anayasa Mahkemesi, hâkimin bunu, suçlunun geçmişi, suç sâiki ve İtalyan Ceza Kanununun 133. maddesinde genel olarak ifade edilen hallerde nazara alacağı, gerekçesi ile anayasaya aykırılığı kabul etmedi (55).

(53) Fransız Yg. Kararı : 4 Mayıs 1944 (bk. Recueil Dalloz - Sirey), 27 Mart 1958, sh. 252, nt. kşz. Fransız Yg. kararı : 6 Temmuz 1967, bk. Recueil Dalloz Srey, 14 Şubat 1968, sh. 121.

(54) **Uluç**, sh. 38, Fransız içtihadı için bk. **Bouzat** (cronique..) 1967 no. 1 sh. 181, no. 4 kşz. **Navarrini** (U), La cambiale e l'assegno bancario Roma 1950) sh. 369, no. 313.

(55) İtalyan Anayasa Mahkemesi 1970 1, 544.

XI — KANUNLAR İHTİLÂFI

Yabancı banka çeklerinin Türkiye’de, Türk Bankaları çeklerinin yabancı memleketlerde ödenmesi halinde kanun ihtilâfı ortaya çıkabilir.

a) Türkiye’de ödenen çek : Bu ihtimali Fransız mahkeme içtihadına akseden bir olay ile karşılaştırmak faydalı olur. Bir Alman, Fransa’da ödenen, fakat Almanya’da tanzim edilmiş bir karşılıksız çekten dolayı takip edilmiş, sanık Almanya’da karşılıksız çeki cezalandıran bir hüküm olmadığından beraatini istemiş ise de Fransız mahkemesi, çek konusunda kanun ihtilâflarını çözen ve Fransa ve Almanya’nın iltihak ettiği Milletlerarası Anlaşmanın (19 Mart 1931 Cenevre Anlaşması) 7. maddesi gereğince, uygulanacak kanun, çekin tanzim edildiği memleket kanunu değil, çekin ödeneceği memleket kanunu olduğu neticesine varmış ve sanığı mahkûm etmiştir (56). Türk içtihadı açısından, aynı neticeye varmak gerekli ise de bunun sebebinin milletlerarası anlaşma olmasına lüzum yoktur. Zira gerek Türk doktrini, gerek içtihadı herhangi bir suça ait maddi bir unsurun Türkiye’de işlenmesi halinde (yani fiil ve netice tefriki yapılmaksızın) Türk mahkemeleri yetkilidir.

b) Türkiye’de tanzim edilen çek : Bu açıdan da bir tefrikte bulunulamaz. Zira Türkiye’de tanzim edilen, yabancı bir bankada ödenecek karşılıksız çek «Türkiye’de işlenen suç»tur (TCK. 3).

Fransız mahkeme içtihadına göre «Fransa’da, tanzim, fakat İsviçre»de tediye edilecek bir çek keşidesinden sonra keşideci, bankaya ödememe emri göndermiş ise keşidecinin Fransız kanununa göre cezalandırılması mümkün değildir, zira İsviçre Ceza Kanunu, keşideden sonra ödememe emrini yasaklamamıştır (57).

XII — USUL KONULARI

a) Suçun maddi konusu : Karşılıksız çekin, ceza dosyasında mevcut olması gerekli midir? Fransız Temyiz Mahkemesi, taraflar bidayetten, çekin karşılıksız olduğunu kabul etmiş iseler, çekin dosyada bulunmamasını bir bozma sebebi telâkki etmemiştir. Fakat bu karar tenkit edilmiş ve bu varakanın ceza davasında «esaslı evrak»tan sayılması gerektiği ileri sürülmüştür (58).

(56) Bk. **Bouzat** (cronique..) 1965, no. 6 bk. **Uluç**, sh. 36.

(57) **Besançon**, İstinaf mahkemesi, 24 Mayıs 1973, bk. *Gazete du Palais*, 22 Ocak 1974, n. 20, s. 14.

(58) Fransız Yg. Kararı : 21 Haziran 1951 : bk. **Bouzat** (cronique..) (Rev. de science crim et de dr. pe. com. 1952, n. 1) sh. 103.

b) **Kamu davasına müdahale** : Hâmilin ceza davasına müdahalesi ve karşılık tutarının faizi ile beraber hüküm altına alınmasını ceza mahkemesinden istemesi mümkündür. Fakat müdahil ceza mahkemesinden mevcut fakat ihtilâflı karşılıktan çeki ödemesi hususunda bankaya karşı bir talepte bulunabilir mi? Bu talep ceza mahkemelerinin geniş anlamında «görev»leri dışında kalır.

c) **Suçun işlendiği yer** : Çekin tanzim edildiği yer ile tahsil için ibraz edildiği bankanın bulunduğu yer farklı olabilir. Bu ise ceza mahkemelerinin «selâhiyet»ini tayinde tereddüt doğurur. İtalyan Yargıtayı tanzim mahalli mahkemesini selâhiyetli saymıştır (59). Hâmilin iradesine göre selâhiyetin değişmesi doğru değil ise keşidecinin ibraz mahalli tayin iradesini çek metininden istihraç mümkün olan hallerde, ibraz mahalli mahkemesinin de selâhiyetli olduğu düşünülebilir. Fakat karşılıksız çek zarar suçu değil, tehlike suçu sayılacak olursa suçun tanzim mahallinde tamamlanmış olduğunu kabul etmek lâzımdır. Esasen karşılık mevcut olmadığına göre ibraz mahalli önemli de değildir.

Karşılıksız çek suçunda selâhiyetli mahkemeyi tayinde Usul Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bununla beraber çek, gerçekten tanzim edildiği yeri değil, başka bir mahalli gösteriyorsa, selâhiyetin gerçek tanzim mahalli olması, gerektiği, yetki kurallarının faraziyelere göre değil, gerçekten suçun işlendiği yere göre, tayinin gerektiği İtalyan Yargıtayı'nca içtihad edilmiştir (60).

«Karşılıksız çek keşidesinde hâmilin bankaya müracaatında karşılığının olmadığına tesbiti ile suç teşekkül etmiş olur» (61).

[59] İtalyan Yg. Kararı : 20.2.1961; **Uluç**, sh. 44, kşz. **Broglia** (A). La cambiale e lo cheque nel diritto Anglo-Americano sh. 319.

[60] İtalyan Yg. Kararı : 9.10.1964, bk. **Zanobini**, s. 2282.

[61] CGK. 23.1.1967, 23/23.

İHKAK - I HAK CÜRÜMÜ

Yrd. Doç. Dr. Doğan SOYASLAN (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — Suça yöneltilen eleştiriler. II — Suçun fail ve mağduru. III — Hukuken korunabilir bir hak iddiasının mevcudiyeti. IV — Hükümete başvurma imkânı olmalıdır. V — Suçun maddi unsuru. A — Eşya üzerinde kuvvet (şiddet) kullanılması. B — Eşhasa karşı tehdit ve şiddet kullanılması. VI — İhkakı hak fiili illegal olmalıdır. A — Ceza Kanununda ihkakı hak. B — Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda İhkakı hak. VII — Suçun manevi unsuru. VIII — Suça tesir eden haller. A — Ağırлатıcı sebebler. B — Hafifletici sebebler. IX — Suçun takibatı.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanununun IV. babını oluşturan, adliye aleyhinde cürümlerin VIII. faslında yer alan 308. madde, kişinin kendi kendine hakkını almasını cezalandırmaktadır.

Adı geçen maddenin amacı, resmi makamlara ve özellikle adliye yeye başvurarak hakkını arayacak olan şahısların bu yola gitmeyecek, sahibi olduklarını iddia ettikleri haklarını korumak için harekete geçmelerini, böylece adliyenin görevini ifa etmelerini ve bunun yaratacağı sosyal kargaşayı önlemektir. Zira herkesin kendi hakkını kendisinin korumaya kalkışmasında kullanılacak vasıta ve varılmak istenen neticelerin insandan insana göre değişmesi sosyal barışın devamlılığını bozabileceği gibi en azından tehlike yaratır.

Bu yönüyle aynı zamanda iyi bir sosyal terbiye aracı olan madde, tarihi açıdan da şahsi adalet dönemine cezaî müeyyidelerle son verilmesini ifade etmektedir.

T.C.K. nun 1926 yılında iktibasından bu yana muhtelif maddelerinin bir çok defa değiştirilmesine rağmen kendiliğinden hak almaya ilişkin 308. madde hep aynı kalmıştır. Bunun anlamı maddenin ihtiyacı karşıladığı ve fonksiyonunu yerine getirdiğidir.

Mehaz Kanundan farklı olarak kanunumuza tek madde halinde geçen ihkakı hak suçu 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununa girme-

(*) DEÜ. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

den önce (bu kanunun 235 ve 236. maddelerini oluşturuyordu), Sardunya (md. 286 ve 287), Toscano (md. 146 ve 361) Ceza Kanunlarında düzenlenmekte idi (1). İtalyan Eski Ceza Kanununun ihkak-ı hak suçuna ilişkin maddeleri daha ziyade Toscano Ceza Kanunundan etkilenmişlerdir (2).

Roma Hukukunda ihkak-ı hak bugünkü anlamda gayri meşru bir hareket sayılmıyordu. Zira fiilin manevi unsurunu kişinin kendi adaletini kendisinin icra etmesi oluşturuyordu. Bu nedenle modern hukuku yorumlayarak uygulamak için Roma Hukukundan yararlanmak pek mümkün değildir. Ancak borçludan eşyaların zorla alınması, bir şeyin başkasından şiddet kullanılarak alınması gibi ihkak-ı hak fiilleri bazı Roma Kanunlarınca da cezalandırılmakta idi (3).

Öte yandan adı geçen fiiller aynı zamanda şiddet ve tehdit ile birisini bir şey yapmaya veya yapılmasına ses çıkarmamaya veya vermeye mecbur etmek anlamına geldiği gibi (vis) yargıcın emirlerine itaatsizlik de sayılıyordu (4).

Orta çağlarda feodal rejim daha kuvvetlinin hakkını üstün tutmakta idi. Birbirleriyle savaşan Baronlar, şehirler ve kişilerin çağa özelliğini verdiği o zamanda kişinin kendi hakkını kendisinin alması sık başvurulan bir yoldu. Öte yandan kamu otoritesi vasıtasıyla adaleti elde etmek kolay değildi.

Bununla beraber böyle bir girişim sosyal barış için zararlı olduğundan dolayı, eğer ihkak-ı hak silah kullanılması veya malın borçlunun elinden zorla alınması ve sosyal nizamda kargaşa yaratılması suretiyle işlenmişse failer kamu otoritesi tarafından —hiç olmazsa hukuken— cezalandırılacaklardı (5).

Günümüzün modern kanunlarının tümü ihkak-ı hak fiilini suç sayarak cezalandırmamışlardır. Cezalandıran kanunlardan bazıları

(1) CARRARA : Programma del corso di diritto criminale, parte speciale. Vol. V Firenze. 1911, Sh. 570 vd.

(2) MAJNO : Ceza Kanunu şerhi. C. 2, Ank. 1978, Sh. 301.

(3) MANZİNİ : Trattato di diritto penale Italiano. Vol. V, Milano -Torino -Roma 1913, Sh. 560. Not I.

(4) SANTORO : Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale). Novissimo digesto Italiano. Vol. VI. 1960. Sh. 813 vd.

(5) MANZİNİ : Trattato di diritto penale Italiano. Vol. V, Torino, 1962, Sh. 1045 Not. I.

MANFREDİNİ : Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Terza edizione. Vol. V. Milano 1927. Sh. 407.

kamu idaresine, sosyal barışa, bazıları genel nizama, bazıları kişi ve hürriyete, mülkiyete, bazıları da devlete ve çeşitli makamlara karşı işlenmiş suç saymışlardır (6).

Fransız Ceza Kanunu kişinin kendi eylemi ile sahipliğini iddia ettiği hakkı adli makamlara başvurmadan almasını suç saymamış, fakat şiddet ve tehdit kullanmasını, bu şiddet ve tehdidi suç saymıştır (7). Keza Belçika ve Alman Ceza Kanunları da kendiliğinden hak alma konusunda benzer hükümleri benimsemiştir.

İngiliz mevzuatı meşru müdafaa ve zaruret halleri dışında kişi ve eşya üzerinde şiddet kullanarak kendiliğinden hak almayı cezalandırmaktadır (8).

Biz bu çalışmamızda önce suça yönelik eleştirileri, sonra suçun fail ve mağduru, daha sonra da sırasıyla hukuken korunabilir bir hak iddiasının mevcudiyeti, hükümete başvurma imkânı, suçun maddi unsuru, ihkak-ı hak fiilinin illegal olması, suçun manevî unsuru, ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri ve nihayet suçun takibatı kavramlarını incelemeyi uygun gördük.

I — SUÇA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

T.C.K. nunda derpiş edilen ihkakı hak suçu bazı yönlerden eleştirilmektedir.

Gerçekten bazı yabancı kanunlar kendiliğinden hak alma suçunu kabul etmemişler, zira fail kendisine ait olduğunu iddia ettiği hakkı icra etmektedir. Bu nedenle failde kötü niyet ve başkasına zarar verme kastı yoktur. Kanunun kötü olmayan bu niyeti cezalandırması anlamsız olsa gerektir (9).

İkinci eleştiri de ihkakı hak suçunun mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Adı geçen suç eşya ve kişi üzerinde kullanılan şiddeti gayri meşru sayarak cezalandırdığı için mal aleyhinde cürümlerden nas-ı ızzar (T.C.K. md. 516), kişi hürriyeti aleyhinde cürümlerden cebir şiddet ve tehdidi (T.C.K. md. 188, 191), eşhasa karşı cürümlerden kasten müessir fiil (T.C.K. md. 456/1 - IV) suçlarını da içermek-

(6) SANTORO : A.g.m. Sh. 815.

(7) SANTORO : A.g.m. Sh. 815.

MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 560, Not 2.

(8) SANTORO : A.g.m. Sh. 815.

(9) MAZZANTİ : Esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Enciclopedia del diritto. Vol. XV, 1966, Sh. 615.

tedir (10). Bir başka deyişle bu suçlar ihkak-ı hak suçunun unsur veya ağırlatıcı sebebinin oluşturmaktadırlar.

Bu suçlara verilen ceza ile, biri adliyenin fonksiyonunu yerine getirme, diğeri ise eşya ve kişi üzerinde şiddet kullanılmasının sonucu olarak işlenen nas-ı ızzar, kişi hürriyetini tahdit ve vücut tamliğinin bozulması gibi üç suçu içeren ihkakı hak cürümünün cezası karşılaştırıldığında, bu son suça verilen cezanın önemli derecede azlığı görülmektedir ki bu durum âdil değildir.

Eleştirilen diğeri bir hususta takibat açısındandır. Mademki bu suçun birinci derecede mağduru görevine saygısızlık edilen adliye ve bu cürümde, adliye aleyhine işlenen cürümler arasında yer almıştır. O halde ihkakı hak suçu da adliye aleyhine işlenen diğeri suçlar gibi res'en takib edilmeliydi (11).

Öte yandan bu suçun unsur veya ağırlatıcı sebebinin oluşturan cebir ve şiddet, nas-ı ızzar ve müessir fiil gibi cürümlerin genelde res'en takib edilen suçlar olmaları da aynı eleştiriyi kuvvetlendirmektedir.

II — SUÇUN FAİL VE MAĞDURU

İhkakı hak suçunun faili her gerçek kişi olabilir. Hükmi şahıslar bu suçun faili olamazlar. Esasen hükmi şahıs hak iddiasında bulunup kendiliğinden harekete geçemez. Zira bu şahsın kişiliği farazi olup canlı bir iradeye sahip değildir.

Eğer fail devlet memuru ve vazifesi dolayısıyla başkası üzerinde cebir ve şiddet kullanarak keyfi muamelede bulunmuşsa işlediği suç, şahıs hürriyeti aleyhinde işlenen cürümlerden devlet memurunun fert üzerinde keyfi muamelede bulunması cürümü olacaktır (md. 186) (12).

Genel olarak suçun mağduru her zaman devlettir. Zira suç işlenmekle onun kurduğu hukuki düzen ihlâl edilmiştir. Ancak bunun ötesinde ihkakı hak suçunun asıl mağduru adliyedir. Esasen kanun koyucunun bu suçu adliye aleyhinde işlenen cürümler arasına koy-

[10] ANTOLİSEİ : Manuale di diritto penale, parte speciale. Vol. II, 7 ma Edizione Milano 1977. Sh. 898 vd.

MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 615.

RANIERİ : Manuale di diritto penale. Parte speciale, Volume secondo. Padova. 1952. Sh. 366.

[11] MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 615.

[12] RANIERİ : A.g.e. Sh. 362.

masının nedeni adalet dağıtmakla görevli olan adliyenin fonksiyonunu ifada dışlanmasıdır (13).

Devlet, kurduğu hukukî düzenin ihlâl edilmesi dolayısıyla suçun genel mağduru olmasının ötesinde, doğrudan mağduru da olabilir. Zira üzerinde hak iddia olunan ihtilâflı şey devletin mülkiyetinde veya zilyedliğinde bulunabilir. Fail devletten hakkını almak için doğrudan doğruya devlete karşı hareket edebilir. Bunun anlamı devletin bu suçun doğrudan doğruya mağduru olabilmesidir. Devletten kastedilen sadece merkezi idare olmayıp özel kamu idareleri de bu kavramın içine dahildirler.

Suçun diğer doğrudan mağduru özel şahıslardır. Hakiki şahısların dışında hükmi şahıslar da bu suçun doğrudan mağduru olabilirler. Zira ihtilâf konusu mal hususi hukuk hükmi şahıslarının mülkiyet veya zilyetliğinde de bulunabilir ve suç bunların aleyhinde de işlenebilir (14).

Suçun işlenebilmesi için herşeyden önce hukuken korunabilir bir hakkın iddia edilmesi ve bu iddia doğrultusunda failin devlet aracılığı ile ve onun himayesine sığınarak hakkını elde edeceği yerde bu yola başvurmayarak kendisinin doğrudan doğruya hakkını elde etmek için harekete geçmesidir.

III — HUKUKEN KORUNABİLİR BİR HAK İDDİASININ MEVCUDİYETİ

Suçun faili kendisine ait olduğunu iddia ettiği bir hakkı elde etmek için harekete geçmelidir (15). Hak terimini geniş anlamda alarak hukuken korunan menfaat kavramını da bunun içinde mütalâa etmek gerekir (16). Söz konusu hak subjektif nitelikte bir haktır (17).

İddia olunan hak gerçekten var olabilir veya olmayabilir de. Ancak eğer varlığı isbatlanabilirse cezanın indirim sebebidir. Hak ihtilâflı ve failin tavrı bu ihtilâfın tabii neticesi olmalıdır (18). Hakkı icra eden fail kültür düzeyi itibariyle iyi niyetle hakkının varlığına inanmalı ve bir başkasının bu hakka itiraz ettiğini bilmelidir (19).

(13) ANTOLİSEİ : A.g.e. Sh. 895.

(14) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 561.

(15) CARRARA : A.g.e. Sh. 557.

(16) RANIERİ : A.g.e. Sh. 362.

(17) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 412, MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1047.

(18) SANTORO : A.g.m. Sh. 817, MAJNO : A.g.e. Sh. 303.

(19) RANIERİ : A.g.e. Sh. 362, SANTORO : A.g.m. Sh. 817.

İddia edilen hak mahkemeler nezdinde dava edilerek korunabilmelidir (20). Eğer mahkemeler nezdinde dava edilerek korunamayan bir hak ile karşı karşıya olunur ise, fail yağma veya nas-ı ızzar suçunu işlemiş sayılabilir (21). İhkakı hak konusu hak, usul hukuku açısından da gerçekleştirilebilir olmalıdır (22). Bu nedenle hukuken gerçekleşmesi imkânsız olan hallerde ihkakı hak suçu gerçekleşmez (23).

Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerine ait bir şey ihkakı hak konusu olduğunda devlet failin karşısına tamamen özel hukuk hükmi şahsı olarak çıkabileceği gibi kamu hukuku hükmi şahsı sıfatıyla da çıkabilir. İhtilâf konusu olan şey devletin özel bir faaliyeti gereği olabileceği gibi kamusal bir faaliyeti sonucu da olabilir.

Fail hareketini ihtilâf konusu malı elinde bizzat bulunduran sahibine karşı yapabileceği gibi, zilyed olan vekile ve hizmetçiye karşı da yapabilir (24).

İhtilâflı hak konusu olan şey failin hüküm ve tasarrufu altında değildir. Bu nedenle hareket ancak malı elinde bulunduran, hakkı tasarruf eden şahsa karşı yapılabilir. Dolayısıyla malı zilyedten zorla alan fail mâlik de olabilir. Zilyetlik devamlı olabileceği gibi geçici de olabilir (25).

İhkakı hak suçu başkasının menfaatini korumak için de gerçekleştirilebilir. Bu durumda failin kendiliğinden mi, yoksa tahrik neticesi mi harekete geçtiğini ortaya çıkararak, gerekiyorsa iştirak hükümlerini uygulamak gerekir (26). Ancak kanuni temsilciler, vekiller, iş idarecileri ve idareciler taahhüt ve görevleri gereği menfaatlerini koruduğu şahıslar için ihkakı hak suçunun faili olabilirler (27). Yargıtay, isabetli bir şekilde hak sahibi namına hareket eden üçüncü bir şahsın dahi ihkakı hak suçunu işleyebileceğine karar vermiştir (28).

Bu suçun, mülkiyeti sınırlayan haklar ve geçiş hakkı üzerinde, kiracı kiralayan, alıcı ve satıcı, ödünç alan ve veren, tereke malla-

(20) SANTORO : A.g.m. Sh. 819.

(21) RANIERI : A.g.e. Sh. 362.

(22) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 425.

(23) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 424.

(24) MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1050.

(25) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 564.

(26) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 424.

(27) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 565.

(28) 2. CD., 15/6/1951, 6669 E. 7157 K. (Perinçek - Özden. Türk Ceza Kanunu, Ank. 1953 Sh. 409).

rından doğan murisler, müşterek mâlik ve zilyedler arasında, birinden diğere karşı işlenmesi mümkündür (30). Yargıtay, yerinde ola-

İhtilâflı hakkın mahiyet ve kaynağı önemli değildir. Bu hak Borçlar Hukukuna ilişkin olabileceği gibi eşya, aile hukuklarına da ilişkin olabilir (29).

rak sanığın, müşterek murislerinden kalmış olan ve o sırada müşterekinin muhafaza altında bulundurduğu avlusuna girip kilidini kırmış olmasının, nas-ı izar ve mesken masuniyetini ihlâl suçlarını oluşturmayacağına, üzerinde kuvvet kullanılarak işlenen ihkakı hak suçunu oluşturacağına, karar vermiştir (31). Aynı Yüksek Mahkeme kiracısını evinden çıkartmak maksadıyla eve girerek içerdeki eşyayı çıkarıp yerleşme fiilinin, haklı olarak konut dokunulmazlığını ihlâl değil kendiliğinden hak alma suçunu oluşturacağı kanaatinde (32).

Bir başka kararında da taraflar arasında ihtilâflı olan ve mahkemeye intikâl etmiş bulunan tarladaki mahsule, sanığın kendisine ait olduğunu iddia ederek tarlayı sürmesi sonucu zarar vermesini nas-ı izar değil ihkak-ı hak suçu saymıştır (33).

IV — HÜKÜMETE BAŞVURMA İMKÂNİ OLMALIDIR

T.C.K. nun 308. maddesi hükûmete müracaat imkânından söz etmektedir. Oysa maddeye mehz teşkil eden İtalyan Ceza Kanununun 235. maddesi «autoritâ» terimini kullanmıştır. Bunun anlamı devlet makamlarıdır. Demekki yanlış alınan hükûmet ibaresinden anlaşılması lâzım gelen husus resmi makamlardır.

Öte yandan Türk Kamu Hukukunda hükûmet kavramından Bakanlar Kurulu anlaşılır. Maddenin uygulanırılığını sadece bu kurula müracaat imkânı ile sınırlamak ihkakı hak suçunu hemen tamamen uygulanamaz hale getirir. O halde hükûmet kavramından devleti temsil eden resmî makamları anlamak gerekmektedir. Bunlar Türk kamu idareleri ve adliyesidir. Yabancı elçilik ve konsolosluklar, hususî şahıslar arasındaki ihtilâfları çözen özel makamlar resmî ma-

(29) EREM : Adliye aleyhinde cürümler. Ank. 1955. Sh. 79, MAZZANTI : A.g.m. Sh. 617.

(30) MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1052, MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 422.

(31) 6. CD., 11 - 11 - 1977, 6578/6605 (Şanal - Aydınöz, Türk Ceza Kanunu, İst. 1979 Sh. 351).

(32) Y.İ.B.K. 5/3/1947 T. 30 E. 13 K. (Hamzaoğulları - İzgü - Gülpınar. Ceza ve Usul Kanunları. Ank. 1984. Sh. 483).

(33) 6. CD., 18/5/1983, 1084/4677 (Erdurak, Türk Ceza Kanunu. Ank. 1984. Sh. 549).

kamlar kavramı içinde mütalaa edilemez (34). 1930 tarihli yeni İtalyan Ceza Kanunu suçun oluşması için mehzaz kanundaki devlet makamlarına müracaat yerine hâkime müracaatı gerekli hale getirmiştir (35).

Müracaatın adli makamlarca geçerli sayılıp sayılmayacağı önemli değildir. Bu makamlar tarafın isteğini hukukî temelsizlik, şekil veya delil noksanından dolayı geçersiz sayabilirler (36). Hükûmete başvurma imkânının varlığını kabul ve dolayısıyla ihkakı hak suçunun oluşması için failin idarî ve adli makamlara başvurma ile şahsî şiddete başvurma arasında bir seçim yapma iktidarına sahip olması gerekir. Kanun faile en azından görünüşte adli ve idarî makamlara müracaatla hakkını arama ve elde etme imkânı vermeli ve bu durum mümkün olmalıdır (37).

Resmî makamlara müracaattan dolayı gecikme, hak kaybına neden olacak ve bu nedenle fail iddia ettiği hakkı elde edemeyecek ise, kendi hakkını şiddete başvurarak korumuş olan failin fiili ihkakı hak suçunu oluşturmaz. Her ne kadar zilyedin zilyetliğini koruyamadığı halde gasıp tazminat ile yükümlü ise de kimse zarara uğramaya, en azından ses çıkarmamaya mecbur edilemez. Esasen burada zilyetliğini koruyan kişinin resmî makamlara müracaat imkânı da yoktur (38).

V — SUÇUN MADDİ UNSURU

308. maddenin I. fıkrası eşya üzerinde kuvvet kullanmaktan söz etmektedir. Kanunumuza mehzaz olan İtalyan Ceza Kanunu suçun eşya üzerinde şiddet kullanarak işlenmesi terimini benimsemiştir.

Kuvvet kullanmak ile şiddet kullanmak sözcükleri belirli bir güç sarfını içerseler de aynı anlama gelmemektedirler. Gerçekten eşya üzerinde kuvvet kullanmak ibaresi, üzerinde kuvvet kullanılan şeyin açık olarak tahribini, kullanılış amacını değiştirmeyi içermemekte, buna karşılık şiddet kullanmak, eşyanın tahribi durumunu içerebileceği gibi kullanılış amacının değiştirilmesi durumunu da içermektedir. O halde eşya üzerinde kuvvet sarfını eşya üzerinde şiddet kullanma olarak anlamak gerekir.

Suçun maddi unsuru kişinin kendisine ait olduğunu iddia ettiği hakkı, eşya üzerinde kuvvet, kişi üzerinde şiddet ve tehdit kullana-

[34] MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 568.

[35] MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 517, EREM : A.g.e. Sh. 80.

[36] MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) 569.

[37] MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 569.

[38] MANZİNİ : A.g.e. (1913) Sh. 569 vd., ANTOLİSEİ : A.g.e. Sh. 807.

rak almasıdır. Kanunumuz şahıs üzerinde şiddet ve tehdit kullanılmasıyla işlenen ihkakı hak suçunu, eşya üzerinde kuvvet sarfıyla işlenen ihkakı hak suçuna nisbetle daha ağır bir şekilde cezalandırmıştır.

A — Eşya üzerinde kuvvet (şiddet) kullanılması

Şahıs üzerinde şiddet ve tehdit terimi kişi üzerinde maddî - manevî baskı yapmak anlamına gelmekte olup ve bu açıdan tartışılır bir yanı bulunmamaktadır. Esasen T.C.K. nun 188 ve 191. maddelerinde ifadelerini bulan cebir şiddet ve tehdit suçlarının maddi unsuru, ihkakı hak suçunun unsuru olan cebir şiddet ve tehdidin aynıdır. Bu nedenle bu suçta yer alan cebir şiddet ve tehdit kavramlarının içeriğini açıklamak zor değildir (39).

Oysa eşya üzerinde kuvvet veya şiddet kullanmak terimine anlam vermek pek o kadar kolay değildir. Doktrinde yoğun tartışmalara neden olan bu kavramı açıklamak doğrultusunda 1930 tarihli yeni İtalyan Ceza Kanunu yeni bir hüküm koymak gereğini hissetmiştir (40).

Gerçekten 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 392/II. maddesinde eşyanın tahrip edilmesini, başka bir şeye çevrilmesini, kullanılış amacının değiştirilmesini eşyaya yönelik şiddet olarak vasıflandırmıştır.

İhkakı hak suçu ancak pozitif, icrai bir hareketle işlenebilir. Negatif bir hareketle bu suç işlenemez (41). İddia edilen hak için kullanılan şiddet bir maddi veya şahsi engelin kaldırılmasına yönelik olmalıdır. Eğer bir engel yok ise, iddia edilen hakkı elde etmek için şiddet yokluğundan dolayı ihkakı hak suçu oluşmaz. Bu durumda sorun, özel hukuk kuralları gereğince çözülür. Şiddet farazi olmalı, kelimenin anlamı doğrultusunda somut ve gerçek olmalıdır.

Eğer bir olay hem eşya üzerinde, hem şahıs üzerinde şiddet oluşturuyor ise şahıs üzerinde şiddete ilişkin hükümler uygulanmalıdır (42).

Eşya üzerinde şiddetin varlık ve tatbiki için zilyedin orada hazır bulunması veya bulunmaması önemli değildir. Mekanik, kimyasal

(39) ANTOLİSEİ : A.g.e. Sh. 898.

(40) KUNTER : Gayrimenkul üzerinde kuvvet sarfıyla hakkını kendiliğinden alma suçu, konuta dokunma suçunu da ihtiva eden mürekkep bir suç mudur? İÜHF. C. XIV, Sy. 1-2. İst. 1948. Sh. 960.

(41) MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 618 vd.

(42) SANTORO : A.g.m. Sh. 821, EREM : A.g.e. Sh. 83.

biyolojik, dağıtıcı enerji kullanarak eşyayı kırmak, bozmak, kötüleş-tirmek, kullanılış şekil ve tahsis amacını değiştirmek, eşya üzerinde şiddet veya kuvvet kullanmak anlamına gelmektedir.

Hareketin keyfiliği ile eşya üzerinde şiddet kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Zira her keyfi hareket şiddeti oluşturmaz. Şiddet hareketin suç oluşturması için gereken bir vasıta. Keyfi hareket ise kişinin kendi kendine hak vermesidir. Keyfiliğe eğer şiddet eşlik etmemiş ise suç yoktur (43).

Eşyanın sadece kullanımında gerçek şiddet yoktur. O'nun yerinden kaldırılması, elkonulması, hayvanların bir yerde tutulması keyfi hareketler olup şiddet hareketleri değildirler. Yargıtay verdiği bir kararda isabetli olarak ihkaki hak suçuna konu olan eşyanın yerinden kaldırılması veya başka yere naklinin eşya üzerinde şiddet kullanılması anlamına gelmeyeceği kanaatini izhar etmiştir (44).

Failin başvurduğu hileli ve kurmazca hareketler şiddet hareketleri değildirler. Keza şahsi kabiliyeti ve eliuzluğu sayesinde hakkını alması da şiddet sayılmaz (45).

Kapıyı kırmamış da olsa sahte anahtar kullanmak, kilit üzerinde değişiklik meydana getirmek şiddet anlamına gelir (46).

Eşyanın tahsis amacına uygun olan veya aykırı olmayan hareketler şiddet sayılmaz; bir kapının normal olarak açılması, kapatılması, ekime tahsis edilmiş bir arazinin ekilip biçilmesi, zaman zaman budanan ağaçların budanması, otların biçilmesi, otlakta hayvan otlatılması, olmuş meyvelerin toplanması, boş araziden veya ekime zarar vermeksizin üzerinden hasat yapılmış araziden geçilmesi, su kanallarından su akıtılması gibi (47). Yargıtay bazı kararlarında haklı olarak eşyanın tahrip, tebdil ve tahsis suretinin değiştirilmediği hallerde eşya üzerinde şiddet kullanılarak ihkaki hak suçu işlenmiş sayılmayacağına işaret etmiştir (48).

Eşyanın tahsis amacına aykırı hareketler de şiddet teşkil ederler; el yapımı bir şeyi, bir yolu bozmak, zamanına göre kesilmeyecek ağaçları kesmek veya budamak, arazinin ekim şeklini değiştir-

[43] MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 573.

[44] 2. CD., 18/1/1955, 478/527 (Özütürk. Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı C. II. İst. 1970. Sh. 196.

[45] MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 619.

[46] MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 574.

[47] MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 429, MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1068.

[48] 2. CD., 24/3/1960, 1635/3494 - 6. CD., 9/3/1960, 1262/20906 (Özütürk. A.g.e. Sh. 192).

mek —eğer şekli değiştirilen arazi üzerinde failin hak iddiası yok ise fiil T.C.K. nun 513. maddesinde ifadesini bulan başkasının tasarrufu altındaki araziye zapt suçunu oluşturabilir— bir duvarı kısmen veya tamamen yıkmak, başkasının ekili arazisinde hayvan otlatmak gibi (49). Eğer üzerinde hayvan otlatılan arazide hak iddiası yok ise işlenen suç T.C.K. nun 518. maddesinde belirtilen başkasının arazisine hayvan sokmak suçu olur. Yargıtay verdiği birçok kararda eşya üzerinde şiddet kullanılarak ihkaki hak suçunun işlenmiş sayılması için eşyanın tahrip, tebdil, kullanılış biçiminin değiştirilmiş olmasının gerektiğine işaret etmiştir (50).

Üzerinde şiddet kullanılan eşya, zorunlu olarak üzerinde hak iddia edilen şey de değildir. Başka bir şeyde olabilir. Yeterki üzerinde hak iddia edilen şeyi elde etmeye yarasın (51). Şiddet konusu olan şey münhasıran başkasının zilyedliğinde olan şeydir (52). Dolayısıyla suçun mağduru eşyayı elinde bulunduran zilyettir.

Eşya üzerinde şiddet kullanılarak işlenen ihkaki hak suçu işlendiğinde faile verilecek ceza otuz liradan elli liraya kadar ağır para cezasıdır. Bu ceza 5435 sayılı Kanun ile doksan misline çıkarılmıştır.

B — Eşhasa karşı tehdit ve şiddet kullanılması

Kendiliğinden hak alma suçunun ikinci işleniş şekli şahsa karşı şiddet ve tehdit kullanma yoluyla. Bu suç, ihtilâflı eşyanın kişinin hâkimiyet alanından alınması için zilyedin iradesine maddi-manevi baskı yapılmasıyla olur (53). Yeterki kişi üzerinde kullanılan bu şiddet, hak sahibi olduğunu iddia eden bir kişinin hakkını gerçekleştirmek için bir vasıta olsun (54). Bir şahsın elinden bir şeyi zorla almak eşya üzerinde cebir değil kişi üzerinde cebir kullanmaktır. Şiddet kullanan şahıs hakkını alma yolunda sınırı aştığında ihkaki haktan değil bir başka suçtan sorumlu olur. Yargıtay, sanığın hissedar olduğu dükkândan kiracıyı çıkarmak için kolundan tutup dışarı atmak istemesini ve kiracının masasını devirmesini yerinde olarak eşhas üzerinde şiddet kullanılarak işlenen ihkaki hak cürümü saymıştır (55).

(49) SANTORO : A.g.m. Sh. 820, MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1069.

(50) YCGK 21/6/1937, 194/188-6. CD., 28/11/1961, 3677/3712-6. CD., 22/3/1960 1114/3003 (Şanal - Aydınöz. A.g.e. Sh. 352 - 353).

(51) MAJNO : A.g.e. Sh. 304, MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 577.

(52) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 430.

(53) SANTORO : A.g.m. Sh. 820.

(54) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 578.

(55) 6. CD., 22/2/1983, 10362/1377 (Erdurak. A.g.e. Sh. 551).

Üzerinde hak ihtilâfı olmayan, fakat bir hukuki ihtilâfta kullanmak üzere başkasının elinden senedi kaparak alan kişi yağma suçu işlemiş olur. Zira kapılan senet ihtilâflı değildir. Meselâ bir borç ilişkisini ihtiva eden senedin borçlu tarafından alacaklının elinden alınmasında ihkakı hak suçu oluşmaz. Yağma suçu oluşur. Çünkü senet üzerinde failin kendisine aidiyete ilişkin bir iddiası yoktur (56).

Hile ile aldatılarak bir şahsın elinden malının alınması cebir ve şiddet kavramı içine girmez. Zira kanun hile kavramını buradaki cebir kavramı içine sokmuş olsa idi ayrıca bunu zikrederdi. Çünkü birçok maddesinde cebir, şiddet, tehdit ve hile kavramlarını tek tek belirtmiştir.

Şiddet ve tehdit mal sahibi adına sadece zilyetlik yapan üçüncü şahıs üzerinde de kullanılabilir (57). Bu durumda mülkiyete sahip olan kişinin şikâyet hakkı vardır (58). Yargıtay, isabetli bir şekilde, üzerinde hak iddia edilen eşyanın bekçisi olan kimselere karşı da cebir kullanılmasını şiddet ile işlenmiş ihkakı hak saymaktadır (59).

Şahıs üzerinde şiddet ve tehdit kullanılarak işlenen ihkakı hak cürmünün cezası bir aydan bir seneye kadar hapis, 50 liraya kadar ağır para cezasıdır. Bu ceza 5435 sayılı Kanunla doksan misline çıkarılmıştır.

VI — İHKAKI HAK FİİLİ İLLEGAL OLMALIDIR

İhkakı hakta gayri meşru olan, hakkı almak için kişinin devlete başvuracak yerde kendisinin bizzat hak alma fiilini icra etmesidir. Ancak hukukun genel prensipleri, kanun ve anlaşmalar, mağdurun rızası, failin can ve malının korunması amacıyla, istisnaen onun şiddete başvurmasını, dolayısıyla hak ve adalet dağıtmasını meşru saymış olabilir (60).

Kişinin kendiliğinden adaleti ifa etmesine ilişkin hükümlerin bazıları Ceza Kanununda, bazıları da Medenî Kanun ile Borçlar Kanununda yer almaktadırlar.

A — Ceza Kanununda ihkakı hak

İhkakı hakkı suç haline getirmiş olan madde şiddet kullanarak kendiliğinden hak almayı meşru saymıştır. Gerçekten T.C.K. nun 308.

(56) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 578.

(57) SANTORO : A.g.m. Sh. 821 vd.

(58) EREM : Kendiliğinden hak alma. AD. 1954. Sy. 8. Sh. 956 vd.

(59) 2. CD., 17/6/1952, 8320/8217.

(60) MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 620.

maddesine göre fail yetkili makamlara başvurabileceği halde başvurmaz ve kendi hakkını şiddet ile icra ederse suç işlemiş olur. Aksi halde failin hareketi suç olmaz (61). Bunun anlamı, 308. madde, kişinin şiddete başvurmasını hükûmete başvurma olanağı olmadığı zaman meşru saymaktadır.

Keza aynı Kanunda yer alan diğer bir adalet dağıtma hali de insanın kendi veya başkasının can ve ırzını hemen mevcut bir tecavüz veya tehlikeden kurtarmak için fiili yapan kişi veya üçüncü bir şahsa karşı şiddet kullanması ve bu kişinin canına zarar vermesidir (T.C.K. md. 49/II - III) (62).

Benzer anlam ve doğrultuda konuya ilişkin diğer bir madde de T.C.K. nun 461. maddesini oluşturan mal için meşru müdafadır. Gerçekten yağmacılara karşı malını, ıssız veya geceleyin meskûn bir mahalde gayr-ı meşru bir tarzda eve girenleri, konut sahibinin can ve malını korumak için öldürme veya yaralaması halinde cezalandırılmayışının nedeni Kanunun ferde tanıdığı bir nevi adalet dağıtma işlemidir.

Ceza Kanununun ihkakı hakka cevaz verdiği bir diğer durumda tarla ve arazisine kuş veya kümes hayvanlarının girerek zarar vermesi halinde arazi sahibinin hayvanları öldürebilmesidir (T.C.K. md. 521).

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda da bir tür ihkakı hakka cevaz verilmektedir. Gerçekten meşhut cürüm failinin suçu işlediği anda veya hemen sonra herkes tarafından yakalanmasına kanun tarafından izin verilmesi bir nevi ihkakı haktır (63).

B — Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda ihkakı hak

Şiddete başvurarak zilyetliği korumaya yönelik hükümler Medenî Kanun ile Borçlar Kanununda da mevcuttur. Gerçekten Medeni Kanunun 894/1. maddesine göre zilyet tüm gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet kullanarak defetmek hakkına sahiptir (64). Demekki kişinin fiilen tasarrufu altında bulundurduğu bir şeyi başkasına karşı savunması meşrudur. Yargıtay isabetli bir şekilde sanık Sultan'ın tarlaya serdiği tezекlerin Kadriye tarafından toplanması esnasında bu şahıs üzerinde şiddet kullanılarak tecavüze son verilmesini ihka-

(61) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 579.

(62) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 579, SANTORO : A.g.m. Sh. 819.

(63) EREM : A.g.m. Sh. 957.

(64) DÖNMEZER-ERMAN : Nazari ve tatbiki ceza hukuku. C. II. İst. 1983. Sh. 41.

kı hak suçu saymamış, zilyetliğin korunması olarak değerlendirmiştir (65).

Yine Aynı Kanununun 664. maddesine göre kendi mülküne zarar veren komşuya ait ağaç dalları ve köklerinin mülk sahibi tarafından kesilmesi de bir nevi adalet dağıtımıdır (66).

Borçlar Kanununun 52/III. maddesi de kişiye, kendi hakkını korumak için şiddete başvurmayı ve üçüncü kişilerin malına zarar vermeyi meşru sayıyor (67). Aynı şekilde aynı kanunun 57. maddesinde arazi sahibinin arazisine giren ve araziye zarar veren hayvanları hapis hakkının mevcudiyeti ve bu hakkı kullanmak, ihkakı hak suçunu oluşturmaz (68).

Zilyetliğin şiddete başvuruyla hemen yeniden sağlanmasında da ihkakı hak suçu oluşmaz. Eğer gâsıp mağdurun zilyetliğine son vermiş ancak henüz kendi hâkimiyet alanına malı sokamamışsa bu durumda mal sahibi gâsıp üzerinde şiddet kullanarak malını tekrar zorla geri alabilir. Burada da failin, malını muhafaza için kullandığı şiddet ihkakı hak suçu değildir. Zira fail gayri meşru bir fiil icra etmiyor, aksine hukuk düzenini, zilyetliğini koruyor. Gerçi zilyetliğini savunanın tazminat hakkı var ise de kimse elindeki malı bir başkasına terke zorlanamaz (69).

Gâsıp'ın kişiliğinde hata edilmesi, şiddet kullananın fiilinin suç teşkil etmesine neden olamaz. Zira suçun manevi unsuru oluşmamıştır.

Failin fiili mağdurun rızası, veya şikâyetten vazgeçmesi veya olayı kabullenmesi hallerinde de gayri meşruluktan çıkar (70).

VII — SUÇUN MANEVİ UNSURU

İhkakı hak suçunu diğer suçlardan manevi unsuru ayırır. Bu suçun varlığı için failin suçu bilerek ve isteyerek işlemesi kâfi gelmez, özel kast da gereklidir (71).

(65) 2. CD., 27/11/1949 T, 11304 E, 11505 K (Perinçek - Özden A.g.e. Sh. 408).

(66) EREM : A.g.m. Sh. 957.

(67) DÖNMEZER - ERMAN : A.g.e. Sh. 33.

(68) EREM : A.g.m. Sh. 957.

(69) MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1077.

(70) MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1080.

(71) CARRARA : A.g.e. Sh. 560, MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 619, KUNTER : A.g.m. Sh. 964.

Fail, sahibi olduğunu iddia ettiği bir hak için hareket etmelidir (72). Ancak fail hakkı olduğunu iddia etmesine rağmen suç konusu üzerinde başka birinin de hak iddia ettiğini bilmeli ve buna rağmen kendi başına hakkını icra etmeye çalışmalıdır (73).

Fail işlediği fiilin mahiyeti hakkında iyi niyet sahibi olmalı, doğru ve haklı bir iş yaptığına inanmalı, fakat başvurduğu prosedürün haksız olduğunu bilmelidir (74).

Eğer kendisinin olduğunu iddia ettiği hakkın, gerçekte kendisinin olmadığına fail inanıyor ve haksızlığını biliyorsa işlediği suç hırsızlık, yağma gibi daha ağır bir suçtur (75).

Failin amacı sadece hakkını icra etmek olmalıdır. Eğer bu amaçla hareket etmemiş ise o zaman ihkakı hak suçu işlenmiş olmaz. İsnat kabiliyetini kaldıran tüm haller ihkakı hak suçu içinde uygulanırlar (76).

Suç, failin iddia ettiği hakkı eşya veya kişi üzerinde şiddet kullanılarak elde ettiği zaman tamamlanmış sayılır (77).

İhkakı hak suçuna teşebbüs mümkündür. Zira failin yaptığı icra hareketleri bölünebilir. İçeri girmek isteyen failin kapıyı kırmaya çalışırken bir başkasının görmesi üzerine olay yerini terketmesi gibi (78).

İhkakı hak suçu insanın üzerinin aranarak eşyasına elkonulması, küçüklerin terbiye ve inzibatının suistimali, cebir, konut dokunulmazlığının ihlâli, yazışma evrakına elkoyma, zimmet suçlarıyla içtima edebilir. Bu durumda fail en ağır cezayı içeren hüküm gereğince cezalandırılır (79).

VIII — SUÇA TESİR EDEN HALLER

Bu konuda önce ağırlatıcı sebeplere, sonra hafifletici sebeple yer vermek uygun gözükmektedir.

A — Ağırlatıcı sebepler

308. madde eşya üzerinde zor kullanarak failin kendiliğinden hakkını alması haline herhangi bir şiddet sebebi koymamış, buna

(72) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 583.

(73) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 583.

(74) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 417 vd., MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 584.

(75) MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 621.

(76) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 584.

(77) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 582, EREM : A.g.e. Sh. 82.

(78) MAZZANTİ : A.g.m. Sh. 619, MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1082.

(79) MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 582, 583.

karşılık kişi üzerinde şiddet ve tehdit kullanarak hak almaya iki tür ağırlatıcı neden koymuştur. Bunlardan birincisi şiddetin silah ile icra edilmesi, ikincisi de mağdura karşı müessir fiil ika edilmesidir.

Silahtan kastedilen T.C.K. nun 189. maddesinde ifadesini bulan vasıtalar (80).

Kanun sadece şiddetin silah ile yapılmasından söz etmiş olup tehditten söz etmemiştir. Bunu izah etmek mümkün değildir. Zira tehdit fizikî baskı olan şiddetin daha hafif manevi bir türüdür. Bu nedenle kanun koyucunun belirtmeyi unutmuş olabileceği silahlı tehdidi de ağırlatıcı sebep saymak gerekir (81). Yargıtay, T.C.K. nun 308. maddesinin II. fıkrasında yer alan ağırlatıcı sebebin sadece şiddetin silâhla yapılması haline uygulanacağına, tehdidin silâhla yapılması haline uygulanamayacağına yerinde olmayarak karar vermiştir (82).

Kişi üzerinde şiddet kullanılarak işlenen ihkaki hak suçunun diğer ağırlatıcı sebebi de failin mağduru dövme ya da yaralamasıdır. Ancak bu konuda 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 235. maddesiyle, T.C.K. nun 308. maddeleri arasında uyumsuzluk vardır. Bu durum Ceza Kanununun iki maddesi arasında adaletsiz çelişkiler yaratmaktadır.

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 235. maddesinin III. fıkrasında, ihkaki hak suçunun ağırlatıcı sebebi olarak yine aynı Kanunun 372. maddesinin son fıkrasını zikretmiştir. Bu fıkra bizim Ceza Kanununun 456 - IV. maddesine tekabül etmektedir. Oysa Türk Ceza Kanununun 308. maddesinin III. fıkrası ağırlatıcı sebep olarak 456. maddenin I. fıkrasını derpiş etmektedir.

456. maddenin I. fıkrasına göre bir kimse diğer bir kimseye cismen eza verir, sıhhatini ihlâl ve akli melekelerinde teşevvüs meydana getirirse failin altı aydan bir seneye kadar hapsolünacağı öngörülmektedir. Oysa aynı fail kendine göre iddia ettiği hakkını kullanmaya yönelik olarak başkası üzerinde müessir fiil ika eder ve bu müessir fiilin derecesi de T.C.K. nun 456/I. maddesinde belirtilen seviyede olursa failin alacağı ceza iki ay haptir.

Görülüyorki uygulamada bazı kurnaz failler dövmek istedikleri şahsı sun'î bir hak ihtilâfı bahanesiyle döverlerse kazançlı çıkabile-

(80) MAJNO : A.g.e. Sh. 306.

(81) MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 438, EREM : A.g.m. Sh. 958.

(82) 2. CD., 26/10/1948, T, 8539 E, 8976 K. (Perinçek - Özden. A.g.e. Sh. 407).

çeklerdir. Bu adaletsiz duruma meydan vermemek için Mehz Kanundan ayrılmak için sebep yok idi (83).

Eğer failin fiili, T.C.K. nun 456. maddesinin 1. fıkrasından daha ağır ise —T.C.K. 456/II ve III— müessir fiil bağımsız bir suç sayılacaktır. Bu durumda fail hem ihkakı hak suçundan ve hem de müessir fiilden dolayı cezalandırılacak ve bu cezalar içtima ettirilecektir.

Şiddetin silâh veya müessir fiil ile ika edilmesi halinde verilecek hapis cezası iki aydan aşağı bir yıldan yukarı, ağır para cezası ise kırk liradan aşağı, elli liradan fazla olamaz. Para cezası 5435 sayılı Kanunla doksan misline çıkarılmıştır.

B — Hafifletici sebepler

Failin hakkını isbat etmesini kanun hafifletici sebep saymıştır. Bu demektir ki, hakkın sübutuna rağmen şiddete başvurmak, fiili suç olmaktan çıkarmaz. Ancak hakkın gerçekten varlık veya yokluğu suçun oluşmasına mani değildir. Yeterki failde hakkını almak için hareket etmiş olma bilinci bulunsun. Ceza Muhakemesi Hukukunda geçerli olan delil serbestisi gereğince fail hakkının varlığını her türlü delil ile isbat ederek hâkimi ikna edebilir (84).

Fail resmi makamlara müracaat etmiş olsaydı, iddia ettiği hakkın bu makamlar tarafından kabul ve tasdik edileceğine inanmalı ve buna hâkimi de inandırmalıdır (85). Ancak failin hak sahibi olduğunu kabul etmek için, iyi niyetli olması kâfi olmayıp delillerinde objektif olarak onu kanıtlaması gerekir. Ayrıca hakkın varlığını isbata yönelik deliller sanıktan başka savcı veya bizzat hâkim tarafından da ortaya konabilir (86).

Demekki kanun hak sahibi olduğuna inanç ile gerçekten hak sahipliğini (87) eşit derecede görmemiş, hak sahibine daha az ceza vermeyi uygun bulmuştur. Bu hafifletici sebep uygulandığı zaman failin alacağı asıl cezanın 3/4'e kadarı indirilir.

IX — SUÇUN TAKİBATI

Kural olarak ihkakı hak suçu şikâyete bağlı bir suçtur. İstisnaen res'en takib olunur.

[83] EREM : a.g.m. Sh. 960.

[84] EREM-TOROSLU : Türk Ceza Hukuku, Özel hükümler. Ank. 1983. Sh. 230.

[85] MANZİNİ : A.g.e. (1913 bs.) Sh. 586.

[86] MANFREDİNİ : A.g.e. Sh. 441.

[87] EREM-TOROSLU : A.g.e. Sh. 231.

Eşya üzerinde şiddet kullanıldığı zaman şikâyet hakkı sahibi zilyet ve ihtilâflı hakkın sahibi suçtan zarar görmüş olan kimsedir (88). Bu şahsın şikâyetten önce veya sonra hukuk davası açmış olması şikâyet hakkını düşürmez.

Eğer şiddet mal sahibi olmayan üçüncü bir kişi —meselâ bekçi— üzerinde kullanılmış ise bu durumda bekçi sadece şiddet için —eğer bu şiddet suç oluyor ise— şikâyetçi olabilir (89).

İhkakı hak suçu re'sen takibi gereken bir cürüm ile birlikte işlenmiş ise re'sen takib olunur. İki suçu birleştiren bağın mahiyeti önemli değildir.

Bir cürüm işlemek veya işlenmiş bir cürüm gizlemek veyahut bir cürüm vesilesiyle diğer bir cürüm işlemek veya işlenen cürümden faydalanabilmek için başka bir cürüm işlemek gibi hallerde iki cürüm arasında bağlantının mevcudiyetini kabul etmek gerekir (90).

Kendiliğinden hak almak için eşya üzerinde şiddet kullanarak başkasının mesken dokunulmazlığını geceleyn ihlâl etmek halinde böyle bir bağlantı vardır.

Cürümlerden biri ihkakı hak suçunun unsur veya ağırlatıcı sebebi ise ortada tek suç olduğundan dolayı ihkakı hak suçu re'sen takib edilmez. Meselâ T.C.K. nun 188. maddesinde öngörülen cebir ve şiddetin istimali ihkakı hak suçunun unsuru, silâh kullanılması da ağırlatıcı sebebidir. Bu nedenle burada re'sen takip edilen, şahıs hürriyeti aleyhine işlenmiş bağımsız bir cebir ve şiddet suçu ile karşı karşıya değiliz. Dolayısıyla ihkakı hak suçu re'sen takib edilemez.

Keza şiddetin müessir fiil oluşturarak T.C.K. nun 456. maddesinin I. fıkrasını ihlâl eder derecede olması halinde de ihkakı hak suçunun ağırlatıcı sebebi oluşmaktadır. Bundan dolayı ortada ihkakı hak suçuyla bağlantılı, re'sen takip edilen bir suç yoktur (91). Eğer ihkakı hak için başvurulmuş müessir fiil T.C.K. nun 456. maddesinin I. fıkrasında belirtilen halden daha ağır ise o zaman ihkakı hak suçuyla bağlantılı, re'sen takib edilen bir suç vardır.



(88) ANTOLİSEİ : A.g.e. Sh. 899, SANTORO : A.g.m. Sh. 822.

(89) MANZİNİ : A.g.e. (1962 bs.) Sh. 1089.

(90) EREM - TOROSLU : A.g.e. Sh. 231.

(91) EREM - TOROSLU : A.g.e. Sh. 232.

BİBLİYOGRAFYA**A — Kitaplar**

- ANTOLİSEİ Francesco : Manuale di diritto penale, parte speciale Volume II. 7 ma edizione, Milano 1977.
- CARRARA Francesco : Programma del corso di diritto criminale, parte speciale Volume V. Firenze 1911.
- DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir : Nazari ve tatbiki ceza hukuku. İst. 1983. II.
- ERDURAK Yılmaz Güngör : İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ank. 1984.
- EREM Faruk : Adliye aleyhinde cürümler. Ank. 1955.
- EREM Faruk-TOROSLU Nevzat : Türk Ceza Hukuku, özel hükümler. Ank. 1983.
- GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat : Türk Ceza Kanunu açıklaması. C. III, 3 Bs., Ank. 1976.
- HAMZAOĞULLARI Adnan - İZGÜ Reşit Orhan - GÜLPINAR Cenap E : Ceza ve Usul Kanunları. Ank. 1984.
- MAJNO : Ceza Kanunu Şerhi. C. II. Ank. 1978.
- MANFREDİNİ Mario : Dei delitto contro l'amministrazione della giustizia (trattato di diritto penale). Terza edizione. Volume V. Milano 1927.
- MANZİNİ Vincenzo : Trattato di diritto penale Italiano. Volume V, Milano, Torino, Roma. 1913 ve 1962 Bs.
- ÖZÜTÜRK Nejat : Türk Ceza Kanunu şerhi ve tatbikatı. C. II. İst. 1970.
- PERİNÇEK Sadık-Özden Cahit : Türk Ceza Kanunu. Ank. 1953.
- PANIERİ Silvio : Manuale di diritto penale, Parte speciale. Volume II, Padova 1952.
- ŞANAL Şemsettin-AYDINÖZ Selçuk : Türk Ceza Kanunu. İst : 1979.

B — Makaleler

- BİONDİ Biordo : Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (Biritto Romano) Novissimo digesto Italiano. Volume VI. 1960 Sh. 811.
- EREM Faruk : Kendiliğinden hak alma. Ad. 1954 Sh. 849.
- KUNTER Nurullah : Gayrimenkul üzerinde kuvvet sarfıyla hakkını kendiliğinden alma suçu, konuta dokunma suçunu da ihtiva eden mürekkep bir suç mudur? İÜHF. C. XIV. Sy. 1-2. İst. 1948. Sh. 955.
- MAZZANTİ Manlio : Esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Enciclopedia del diritto. Vol. XV. 1966. Sh. 614.
- SANTORO Arturo : Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale) Novissimo digesto Italiano. Vol. VI. 1960. Sh. 812.

KISALTMALAR

- A.C.** Adliye Ceridesi
A.D. Adalet Dergisi
Ank. Ankara
Ay. Anayasa
Bs. Bası
C. Cilt
C.D. Ceza Dairesi
C.G.K. Ceza Genel Kurulu
C.M.U.K. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
F.C.K. Fransız Ceza Kanunu
İst. İstanbul
İ.Ü.H.F.M. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.C.K. İtalyan Ceza Kanunu
Md. Madde
Sh. Sahife
Sy. Sayı
T.C.K. Türk Ceza Kanunu
Vd. Ve devamı
Y.D. Yargıtay Dergisi
Y.İ.B.K. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu

**CEBRİ ARTTIRMA YOLUYLA SATIMLARDA ÖNALIM
HAKKINA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARI
(I)**

Mithat SANCAR (*)

● ANLATIM DÜZENİ : § 1. Genel olarak önalım hakkı. I — Önalım hakkının tanımı ve türleri. II — Önalım hakkının hukuki niteliği. III — Önalım hakkının doğuşu. § 2. Önalım hakkının kullanılması. 1 — Hakkın kullanılma şartları. 2 — Önalım hakkının kullanılış tarzı. 3 — Hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın muhatabı. II — Hakkın kullanılmasının hüküm ve sonuçları. § 3. Cebri artırma yoluyla satımlarda önalım hakkı. I — Artırma yoluyla satım kavramı ve türleri. II — Cebri artırmalar ve önalım hakkı. 1 — Cebri artırma kavramı. 2 — Cebri artırma ve ihalenin hukuki niteliği. 3 — Cebri artırma yoluyla satımlarda önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı. § 4. İnceleme konusu olayda tarafların hukuki durumu. I — Davacının hukuki durumu. 1 — Davacının önalım hakkına sahip olup olmadığı. 2 — Hakkın kullanılabilmesi için gereken şartların olayda gerçekleşip gerçekleşmediği. 3 — Davacının muvazaaya ilişkin iddialarının geçerliliği. II — Davalının hukuki durumu. S o n u ç.

**İNCELEME KONUMUZU OLUŞTURAN YARGITAY
ALTINCI HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI**

İnceleme konusu olayda, müşterek mülkiyete tabi bir taşınmazın 3/5 payı, Ertan, Yüksel ile Mehmet'in mirasçıları Mehmet, Mustafa ve Ulviye'ye aittir. Bu kişilerin 150.000 liralık ortak borçlarından dolayı alacaklı M. Akif icra takibinde bulunmuştur. Takibin kesinleşmesi üzerine borçlulara ait 3/5 pay haczedilip, açık arttırma yoluyla bir şirkete 200.000 lira bedel karşılığı ihale edilmiş, ihalenin kesinleşmesinden sonra pay, alıcı şirket adına tescil edilmiştir.

Taşınmazın diğer paydaşlarından biri, satışın muvazaa olduğu iddiasını da içeren dava dilekçesiyle önalım hakkını kullanmıştır. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş, süresinde yapılan temyiz ile dosya Yargıtay'a gelmiştir.

(*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
(Yargıtay 6. HD., 2.6.1980 T., 3205 E., 5679 K. Bkz. YKD., C: 7 Ocak - 1981, s. 1, sh. 42).

Yargıtay, paydaşın serbest iradesiyle payını üçüncü kişiye satması halinde ön alım hakkının doğacağını (daha doğrusu kullanılabilceğini), taşınmazın bir kısım pay sahiplerinin alacaklısı yararına konan haciz nedeniyle satılması halinde ortada önalım olayını gerçekleştiren bir satım sözleşmesinin bulunmayacağını, bu nedenle olayda önalım hakkının kullanılamayacağını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını onamış, temyiz itirazlarını reddetmiştir.

Yargıtay ayrıca, muvazaa iddiasının incelenmesine gerek olmadığına, davacının şartları varsa İİK. nda yazılı ihalenin feshi yoluna gidebileceğine, BK. nun âdi satışa ilişkin fesih konusundaki genel hükümlerine gidemeyeceğine karar vermiştir.

§ 1. GENEL OLARAK ÖNALIM HAKKI

I — ÖNALIM HAKKININ TANIMI VE TÜRLERİ

1 — Tanım

MK.'da önalım hakkının tanımı yapılmamıştır. Doktrinde değişik tanımlarına rastlanan önalım hakkı kısaca, «satılan bir malı öncelikle satın alma imkânı veren yenilik doğurucu bir hak» (1) olarak tanımlanabilir.

2 — Türleri

Önalım hakkı ya bir hukuki işlemde veya kanundan doğar. Buna göre, «sözleşmeden doğan (akdi) önalım hakkı» ve «kanuni önalım hakkı» olarak ikili bir ayırım yapılabilir. Bu ayırım MK.'da da ifadesini bulmuştur. Gerçekten de MK. nun konuyla ilgili hükümlerinden 658. maddenin kenar başlığı «mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı», 659. maddenin kenar başlığı ise «kanuni şuf'a»dır.

a) Sözleşmeden Doğan (Akdi) Önalım Hakkı

Sözleşmeden doğan (akdi) önalım hakkı, sözleşmeye dayanan ve yükümlünün hakkın konusu olan şeyi bir üçüncü kişiye satması halinde, hak sahibine (ön alıcıya) tek taraflı bir irade beyanı ile, satılan şeyin mülkiyetinin öncelikle kendisine naklini talep yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır (2).

(1) Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 3. Bası, Ankara, 1984, sh. 260; Başka tanımlar için bkz. Feyzi N. Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1959, sh. 4; Oğuzman - Seliçli, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 1982, sh. 534; Senal Olgaç, Şuf'a - Vef'a - İştira Hakları, Ankara, 1978, sh. 35 - 36; Muin M. Küley, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1950, sh. 8 - 9.

(2) Tandoğan, sh. 260; Tahir Sebük, Şuf'a, Vef'a, İştira Hakları, İstanbul, 1951, sh. 25.

Tanımdan da anlaşılacağı gibi, bu tür önalım hakkından söz edebilmek için, ortada bir önalım sözleşmesinin bulunması gerekir.

Sözleşmeden doğan (akdi) önalım da kendi içinde ikiye ayrılır; Âdi önalım, mevsuf önalım

aa) Âdi Önalım

Önalım hakkını kuran sözleşmede önalım bedeli belirlenmemişse, âdi önalımdan söz edilir. Bu durumda önalıcının (şefiin) ödeyeceği bedel, mâlikin üçüncü kişiyle yaptığı satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeldir (3).

bb) Mevsuf Önalım

Önalım hakkını kuran sözleşmede önalım bedeli de belirlenmişse, mevsuf önalımdan söz edilir. Önalıcı hakkını kullandığı zaman, malikin üçüncü kişiyle yaptığı satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli değil, önceden belirlenmiş olan bu bedeli ödeyecektir (4).

b) Kanuni Önalım Hakkı

Ülkemizde akdi önalımdan daha yaygın uygulama alanı bulunan kanuni önalım hakkı, MK.'un 659. maddesinde düzenlenmiştir. Kanuni önalım hakkı, müşterek mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz maldaki payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır (5).

Eski Hukukumuzda etraflı bir şekilde düzenlenen ve bugün de geniş uygulama alanı bulan kanuni önalım, MK. da sadece bir maddede yer almıştır (6). MK. un bu düzenlemesinde kanuni önalım, sadece taşınmazlardaki müşterek mülkiyet ilişkisinde kabul edilmiş, başka ilişkilerde ve özellikle iştirak halinde mülkiyette uygulanmasına imkân tanınmamıştır.

II — ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1 — Medeni Kanundaki Düzenleme Bakımından

Önalım hakkı, MK. daki düzenleme karşısında (m. 657, 658), mülkiyet hakkının sınırlamaları arasında yer alır.

(3) Feyzioğlu, sh. 30.

(4) Feyzioğlu, sh. 30.

(5) Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş İkinci baskı, Ankara, 1984, sh. 614.

(6) Eski hukukumuzdaki durum için bkz. Feyzioğlu, sh. 59 vd.; Sebük, sh. 129 vd.

Mülkiyet hakkının sınırlamaları, hukuki işlemlerden veya kanundan doğmalarına göre bir ayrıma tabi tutulurlar.

Hukuki işlemlerden doğan sınırlamalara, mülkiyet hakkının iradi sınırlamaları da denir. Bunlarla mâlik, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini, özellikle mülkiyeti devir ve temlik yetkisini belirli oranda sınırlamaktadır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, bu tür sınırlamalar arasında yer alır. Çünkü, burada mâlik, üçüncü bir kişiyle yaptığı sözleşme sonucu, önalım ile yüklü eşyayı dilediği gibi temlik etmek hakkını kısıtlamaktadır. Burada mülkiyet hakkını kısıtlayan kaynak, sözleşmedir (7).

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar bir kanun hükmüne de dayanabilir. Kanuna dayanan bu tür kısıtlamaların bir kısmı kamu yararını korumayı amaçlamakta, diğer bir kısmı ise, bir veya birkaç kişinin yararlarını koruma amacını gütmektedir. Birinci gruba kamu hukuku, ikinci gruba ise özel hukuk sınırlamaları adı verilir. Kanuni önalım hakkı, bir kanun hükmüne (m. 659) dayandığı ve belirli kişileri (müşterek mülkiyet ilişkisinde paydaşları) korumayı amaçladığı için, mülkiyet hakkının kanuna dayanan özel hukuk sınırlamaları arasında yer alır (8).

2 — Önalım Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Önalım ile ilgili yukarıdaki açıklamalar genellikle kabul edildiği halde, hakkın hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. «Uzatılmış icap», «Satış vaadi», «Şarta bağlı satış», «Yenilik doğurucu (inşai) hak» gibi adlarla anılan bu görüş veya teorilerden burada, doktrin ve uygulamada büyük çoğunlukla kabul edilen «yenilik doğurucu (inşai) hak teorisi» ele alınacak, diğerleri üzerinde durulmayacaktır.

Yenilik doğurucu hak teorisine göre, gerek sözleşmeden doğan, gerek kanuni önalım hakkı, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğurucu bir haktır.

Yenilik doğuran haklar, bir hukuki yetkiye dayanarak, bir kimsenin, varması (ulaşması) gerekli tek taraflı irade beyanıyla yeni bir durum yaratmasına imkân veren haklardır. Başka bir deyişle, yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir irade beyanıyla bir başkasının hukuki durumunu onun katılmasına gerek olmadan değiştiren yetki-

(7) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 634 - 635; Oğuzman - Seliçli, sh. 528.

(8) Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 615; Oğuzman - Seliçli, sh. 543, 552.

lerdir (9). Bu yetkinin kullanılmasıyla istenen sonuç, kendiliğinden meydana gelir. Bu sonuç, ya yeni bir hukuki ilişkinin kurulması veya mevcut bir hukuki ilişkinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasıdır (10). Buna göre yenilik doğuran haklar, kurucu, değiştirici ve bozucu olmak üzere üçe ayrılırlar.

Yenilik doğuran haklar, kural olarak, hak sahibinin diğer tarafa varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılırlar. İrade beyanı, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda varmış sayılır. Bu beyan, kural olarak bir şekil şartına tabi değildir (11).

İstisnai hallerde, yenilik doğuran hakların dava yolu ile kullanılmaları gerekir. Bu tür davalara yenilik doğuran (inşai) dava, dava sonunda verilen karara da, yenilik doğuran (inşai) karar denir. Ölüme bağlı tasarrufların iptali davası ile boşanma davası, yenilik doğuran dava hakkına örnek teşkil eder (12).

Yenilik doğuran hakların bu özelliklerini önalım hakkında da bulmak mümkündür. Önalım hakkı da varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve bu beyanın muhataba varması ile kendiliğinden yeni bir satış ilişkisi meydana gelir. Önalım hakkının kullanılması için dava açmaya gerek olmayıp, bu konudaki beyanın yükümlüye yöneltilmesi ve ona varması, hakkın hükümlerinin doğması için yeterlidir (13). Kullanılmasıyla yeni bir hukuki durum (satış ilişkisi) meydana getirdiği için önalım hakkı, kurucu yenilik doğuran haklar arasında yer alır.

Yargıtay'da, 26.12.1951 gün ve 1/6 sayılı, 11.2.1959 gün ve 10/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında, önalım hakkının, yenilik doğuran bir hak olduğu kanısını belirtmiştir (14).

III — ÖNALIM HAKKININ DOĞUŞU

1 — Sözleşmeden Doğan Önalım Bakımından

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kurulabilmesi için, her şeyden önce bir «önalım sözleşmesi» yapılması gerekir.

- (9) Fikret Eren - Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. I, Ank., 1985, sh. 63. Ergun Önen, İnşai Dava, Ank., 1982, sh. 7-8; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, İst., 1976, sh. 49.
- (10) Eren, sh. 63.
- (11) Eren, sh. 68; Tunçomağ, sh. 51-52.
- (12) Eren, sh. 69.
- (13)
- (14) Kararlar için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, Türk Medeni Kanunu - Eşya Hukuku, C. 2, Ank., 1977, sh. 811; Soysal Özenli, Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, Ank., 1984, sh. 155-170.

Bir satış sözleşmesinin konusu olabilecek her şey, örneğin, taşınır veya taşınmaz bir mal, devredilmesi mümkün olan bir hak önalım sözleşmesinin konusunu oluşturabilir (15). Teorik bakımdan durum böyle ise de, önalım hakkının, genellikle taşınmazlar üzerinde kurulduğu görülmektedir.

BK. nun 213. maddesinin son cümlesine göre, sözleşmeden doğan önalım için, yazılı şekil yeterlidir. Buna göre, önalım sözleşmesinin, bir taşınmaza ilişkin olsa bile, resmi şekilde yapılması gerekmez; yazılı şekil yeterlidir.

Önalım sözleşmesi, MK. m. 919 uyarınca, tapu siciline şerh verilebilir.

2 — Kanuni Önalım Bakımından

Kanuni önalım hakkı, kaynağını tarafların iradelerinde değil, doğrudan doğruya MK. da bulmaktadır. MK. m. 659 anlamında bir kanuni önalım hakkından söz edebilmek için, bir taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyet ilişkisinin kurulması gerekli ve yeterlidir. Bir taşınmaz üzerinde herhangi bir nedenle bir müşterek mülkiyet ilişkisi kurulunca, her paydaş, kendi payı dışındaki paylar bakımından, payın bir üçüncü kişiye satılması halinde kullanılabilir kanuni bir önalım hakkına sahip olur.

MK. kanuni önalım hakkını, sadece taşınmazlar üzerindeki müşterek mülkiyet ilişkisinde kabul etmiştir. İştirak halinde mülkiyette böyle bir hak tanınmamıştır. Aslında iştirak halinde mülkiyetin özellikleri, bu mülkiyet türünde önalım hakkının mevcudiyetine elverişli değildir. Çünkü iştirak halinde mülkiyette ortakların, ortaklık mameleki ve dolayısıyla mülkiyet hakkı üzerinde bölünmüş payları yoktur. Sadece ortaklığa vücut veren şahsi ilişkiden doğan hakları vardır (16). Bunun yanında, iştirak halinde mülkiyette, mülkiyete konu eşya ile ilgili her türlü hukuki işlemleri; bu işlem ister idari, ister tasarrufi, ister taahhüt işlemi niteliğinde olsun; kural olarak, ortaklar hep birlikte hareket ederek yapmak zorundadırlar (17). Bu özellikler, bu mülkiyet türünde önalım hakkının varlığını anlamsız kılar.

Kanuni önalım hakkı, kişiye değil, müşterek mâliklik sıfatına, dolayısıyla paya (eşyaya) bağlı bir haktır. Müşterek bir mülkiyette pay sahibi olan, dolayısıyla müşterek malik sıfatını kazanan kişi, bu

(15) Feyzioğlu, sh. 81; Tandoğan, sh. 264.

(16) Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku - Aynı Haklar, İkinci Kitap - Mülkiyet, 2. Bası, Ank., 1973, sh. 48.

(17) Akipek, sh. 52.

sıfata bağlı olarak önalım hakkına da sahip olur; bu payı kaybedince önalım hakkı da son bulur (18).

Kanuni önalım hakkının amacı, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında birçok anlaşmazlıklara neden olan müşterek mülkiyet ilişkisinin ortadan kalkmasını kolaylaştırmak ve paydaşlar arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemektir.

§ 2. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI HÜKÜM VE SONUÇLARI

I — ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

1 — Hakkın Kullanılma Şartları

MK. un önalım hakkını düzenleyen hükümlerinin yeterli olması, bu kurum ile ilgili birçok konuda olduğu gibi, hakkın hangi hallerde kullanılabileceği konusunda da, bir süre tereddütlere ve görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bugün bu tartışmaların bir kenara bırakıldığı, hakkın kullanılma şartları konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliği sağlandığı söylenebilir. Buna göre önalım hakkı, hakka konu olan şeye ilişkin olarak geçerli bir satış sözleşmesi yapılması halinde kullanılabilir. Bir satış sözleşmesinin varlığı ve bunun geçerli olması hususlarını ayrı ayrı olarak ele almakta yarar vardır :

a) Bir Satış Mevcut Olmalıdır

Bugün genellikle kabul edilen görüş tarzına göre, önalım hakkı sahibi, bu hakkını, önalım yükümlüsünün hakkın konusu şeye ilişkin olarak, üçüncü bir kişiyle bir satış sözleşmesi yapması halinde kullanabilecektir (19).

Önalım hakkının yalnız satış halinde değil, satıştan başka temliklerde de kullanılabileceği ileri sürülmüşse de (20), bu görüş bugün artık geçerliliğini yitirmiştir.

Herşeyden önce, MK. un konuyla ilgili hükümlerinde yer alan terimler, önalım hakkının sadece satış halinde kullanılabileceğini gösterecek açıklıktadır. Gerçekten de, MK. un 658 ve 659. maddelerinde hep, «... satışındaki şarta...», «... satın alan üçüncü şahsa...»,

(18) Akipek, sh. 216; ayrıca bkz. Yargıtay HGK., 1.3.1978 T., 976/6 - 3482 E., 978/193 K., (Olgaç, sh. 45).

(19) Kemal Oğuzman, «Medeni Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararları İle Dolandırıldığı Bir Müessese : Şu'fa», Medeni Kanunun 50. yılı, Bilimsel Hafta : 15 - 17 Nisan 1976, Ank., 1977, sh. 14; Tandoğan, sh. 271; Feyzioğlu, sh. 183; Sebük, sh. 70 - 71.

«...satıldıkta...» terimleri kullanılmış, fakat hiçbirinde satış yerine temlik denmemiştir. Bu açıdan kanunda bir boşluk olduğu söylene-
mez.

Sonra, önalım hakkının kullanım alanını, satıştan başka tem-
likleri de kapsayacak şekilde genişletmek, önalım yükümlüsü olan
mâlikin, hakkın konusu olan şey üzerindeki tasarruf hâkimiyetini ve
dolayısıyla mülkiyet hakkını felce uğratmak olur. İşi bu derece ileri
götürmeyi ise, önalım hakkını kabul etmiş ve düzenlemiş olan ka-
nun koyucunun hiç düşünmediği tereddütsüz söylenebilir (21).

Sonuç olarak, önalım hakkının sadece satış halinde kullanılabi-
leceğini söyleyebiliriz. Hakkın konusu olan şeyin temlikine yönelik,
fakat satış niteliği taşımayan hallerde, örneğin, şeyin bağışlanma-
sı (22), trampa edilmesi (23), kamulaştırılması (24), bir şirkete ser-
maye olarak konulması (25), cebri arttırma yolu ile satılması (26)
hallerinde önalım hakkı kullanılamaz.

b) Satış Geçerli Olmalıdır

Yapılan satışın, önalım hakkının kullanılmasına imkân vermesi
için, geçerli bir satış olması gerekir. Başka bir deyişle, yapılan sa-
tış sözleşmesini geçersiz kılacak nedenlerin bulunması halinde ön-
alım hakkı kullanılamaz.

Yapılan hukuki işlem, yöneldiği hukuki sonuçları meydana ge-
tirebilme gücünden yoksun olduğu veya yoksun bırakılabildiği tak-
tirde bu işlemin geçersizliğinden söz edilir (27). Sözleşmeyi geçersiz
kılan nedenler, sözleşmenin muhtevasının imkânsız, hukuka veya
ahlâka aykırı olması, tarafların her ikisinin veya birinin sözleşme
ehliyetine sahip olmaması, şekil şartına uyulmaması, muvazaa ve
nihayet bazı iptal sebepleridir (28).

Geçersizliğin müeyyidesi, geçersizlik nedenine göre «butlan»
veya «iptal kabiliyeti»dir.

[20] Bu görüş için bkz. Feyzioğlu, sh. 184 - 185; Sebük, sh. 84.

[21] Feyzioğlu, sh. 186.

[22] Bkz. Yargıtay İkt. Bir. Kar. 27.3.1957 T., E. 12/K. 2, (RG. 21.8.1957, S. 9687);
ayrıca bkz. 6. HD., 23.12.1975 T., 6285 E., 8016 E., (Karahasan, sh. 834).

[23] 6. HD., 25.6.1954 T., 3847 E., 3359 K., (Olgaç, sh. 73).

[24] Feyzioğlu, sh. 272 - 276.

[25] Yargıtay İkt. Bir. Kar. 23.3.1957 T., 12/2 S., (Karahasan, sh. 835).

[26] Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

[27] S.S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 4. Bası, İst., 1979, sh. 345.

[28] Eren, sh. 355.

Bâtıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. BK. m. 20/1 uyarınca, muhtevası imkânsız, hukuka veya ahlâka aykırı sözleşmeler batıldır.

İptale tabi sözleşme ise, bâtıl sözleşmeden farklı olarak, kurulduğu andan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak iptal hakkı sahibi, isterse böyle bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracaktır (29). İrade bozukluğu (hata, hile, ikrah) hallerinde durum böyledir.

İşte, yapılan satış sözleşmesi, mutlak surette batıl veya iptal nedenleri dolayısıyla taraflardan biri, kanunda belirtilen süre içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmişse, önalım hakkı kullanılamayacaktır.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, geçerli bir satış sözleşmesinin yapılmış olması yeterli olup, ayrıca bu sözleşmenin ifa edilmiş olması gerekmez (30). Başka bir ifadeyle, önalım hakkı sahibi, yükümlü ile üçüncü kişi arasında, hakkın konusu şeye ilişkin bir satış sözleşmesi yapılıncaya, bu hakkını kullanabilir; onun ayrıca sözleşmenin yerine getirilmesini, örneğin, taşınmazın üçüncü kişi adına tapuya tescil edilmesini beklemesine gerek yoktur. Aksi halde, önalım hakkından beklenen yarar gerçekleşmiş olmayacak, önalıcı çoğu zaman taşınmazın mülkiyetini kazanma imkânı bulamayacaktır.

Satış sözleşmesinin kurulmasından sonra, satıcı ile alıcının anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri veya alıcının satılanı satıcıya geri vermesi veya alınan şeyi başkasına satması, sözleşmenin kurulmasıyla doğmuş olan önalım hakkının kullanılmasını engellemez (31).

Önalıcının, geçerli bir satış sözleşmesi yapılmakla doğan önalım hakkını, MK. m. 658/3 uyarınca bir ay içinde kullanması gerekir. Bu madde, her ne kadar sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenlemekte ise de, aynı sürenin kanunî önalım bakımından da uygulanacağı, gerek doktrinde ve gerek Yargıtay tarafından kabul edilmektedir (32).

Bir aylık süre, hak sahibinin, satışın esaslı şartlarını öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Yargıtay da, «önalım davalarında

(29) Eren, sh. 365.

(30) Feyzioğlu, sh. 218.

(31) Yargıtay 6. HD., 3.5.1976 T., 2865 E., 3109 K., (Karahasan, sh. 830).

(32) Feyzioğlu, sh. 295, dn. 515.

yalnız satışın öğrenilmesi yeterli olmayıp, payın kime satıldığına bilinmesi de gerekir» demek suretiyle, aynı esas kabul etmiştir (33).

Bir aylık sürenin, hak düşürücü bir süre olduğu doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir (34). Her hak düşürücü süre gibi bu sürenin de, tarafların ileri sürmesini beklemeden hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Bir aylık süre içinde hakkın kullanılmaması halinde, sonraki satışlarda kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır.

Kanuni önalım bakımından bu konuda bir tereddüt olmaması gerekir. Zira kanuni önalımda, hak sahibi ve yükümlü sıfatları paya bağlıdır. İlk satışta payı satın alan üçüncü kişi, tescilden itibaren müşterek malik sıfatını kazanır ve kendi payı bakımından, temlik halinde önalım yükümlüsü durumuna girer. Bu kişi, kendi payını temlik edince, payın kendisine satışı sırasında önalım hakkını kullanmayan paydaşların, kanun gereği sahip oldukları bu hakkı sonraki satışta kullanabilecekleri açıktır.

Şerh verilmemiş akdi önalım hakkının, sonraki satışlarda kullanılamayacağı konusunda da bir tereddüt yoktur. Çünkü, bu tür önalım hakkı, nisbi niteliği dolayısıyla ancak önalım sözleşmesinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilir.

Şerh verilmiş akdi önalıma gelince, Oğuzman - Seliçi'ye göre, bu husus önalım sözleşmesinin yorumlanmasıyla ilgili bir sorundur. Normal olan önalımın ilk satış için kabul edildiğidir (35). Buna göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, bir aylık süre içinde önalım hakkını kullanmayan ön alıcı, sonraki satışlarda bu hakkını kullanamayacaktır.

Fakat hâkim görüş, şerh verilmiş akdi önalımda da kanuni önalımda olduğu gibi, hak sahibinin bu hakkını, yeni mâlikin şeyi başkasına satması halinde kullanabileceği yönündedir (36) ki, bu görüş

(33) Yargıtay 6. HD., 23.9.1963 T., 1961 E., 3617 K., (Olgaç, sh. 94).

(34) Bkz. Feyzioğlu, sh. 293; Oğuzman - Seliçi, sh. 542; Sebük, sh. 109 - 110; ayrıca bkz. 6. HD., 3.5.1976 T., 2870 E., 3112 K.; HGK., 8.4.1977 T., 976/7 - 1933 E., 977/34 K.; HGK., 30.3.1978 T., 977/6 - 253 E., 977/321 K. (Olgaç, sh. 98 - 103).

(35) Oğuzman - Seliçi, sh. 543.

(36) Feyzioğlu, sh. 291, 470 - 472; Tandoğan, sh. 267; Yargıtay HGK. 3.3.1982, E. 1981/6 - 548, K. 1982/193 : «...önalım hakkı, satışın öğrenildiği günden başlayarak bir ay içinde kullanılmalıdır. Yoksa o satış yönünden hak düşmüş olur...» [YKD., C. 9, 1983, S. 3, sh. 315].

şerhin eşyaya bağlı borç ilişkisi meydana getirmesi karşısında daha isabetlidir.

2 — Önalım Hakkının Kullanılış Tarzı

Önalım hakkı, varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. İrade beyanının muhataba varması ile yenilik doğurucu sonuç (yeni bir satış ilişkisi) kendiliğinden meydana gelir. Muhatabın bu beyanı kabul etmesi şart değildir. Hakkın kullanılması için dava açmaya da gerek yoktur (37). Fakat uygulamada, önalım hakkının hemen her zaman dava yoluyla kullanıldığı görülmektedir.

Hakkın kullanılmasına ilişkin beyan karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran bir satış ilişkisi meydana getirdiğinden, beyanda bulunanın fiil ehliyetine sahip olması ve iradesinin, hata, hile, ikrah gibi bir nedenle sakatlanmamış olması gerekir.

Beyanın şekli konusunda kanunda bir açıklık yoktur. İrade beyanları konusunda genel kural şekil serbestisi olduğundan, sözlü bir beyanın dahi hakkın kullanılması için yeterli olduğu sonucuna varılabilir. Fakat ispat kolaylığı bakımından beyanın yazılı şekilde karşı tarafa bildirilmesi doğru olur (38).

3 — Hakkın Kullanılmasına İlişkin Beyanın Muhatabı

a) Sözleşmeden Doğan Önalım Bakımından

Kullanma beyanının yöneltileceği kişiyi belirlemek için, önalım sözleşmesinin tapuya şerh verilip verilmemesine göre bir ayırım yapmak gerekir :

aa) Tapuya Şerh Verilmemişse

Tapuya şerh verilmemiş akdi önalım hakkı nisbi bir hak niteliğinde olacağından, ancak kendisinden doğduğu sözleşmeyle borç altına girmiş olan kişiye karşı ileri sürülebilir. Buna karşı, yükümlü malik, şeyi başkasına temlik ederse, yeni malike karşı kötü niyetli dahi olsa, hiçbir hak ileri sürülemez; yalnız şeyi temlik eden (önalım yükümlüsünden) tazminat istenebilir. Yoksa üçüncü ki-

[37] Yargıtay 6. HD., 17.4.1984 T., 2434 E., 4879 K. : «...şuf'a isteğinin açıklanması yasayla bir biçime bağlanmamıştır. Bu hak pay sahibi tarafından mahkeme dışında da kullanılabilir ve dava açma zorunluğu yoktur...» (YKD., C. 11, Mart - 1985, S. 3. sh. 358 - 360).

[38] Yargıtay 6. HD., 21.9.1982 T., 7609 E., 8106 K. : «...şuf'a hakkı dava dilekçesi ile kullanılabilmesi, şuf'a iradesi yazılı olarak diğer tarafa ulaştırılmak sureti ile de kullanılabilir. Bu irade beyanı taahhütlü bir mektup veya bir noter ihtarnamesi ile de olabilir...» (YKD., C. 8, 1982, S. 11, sh. 1540 - 1541).

şeye yapılan satıma engel olunamayacağı gibi, şey üçüncü kişiden geri alınamaz (39).

bb) Tapuya Şerh Verilmişse

Önalım sözleşmesinin MK. m. 919 uyarınca tapuya şerh verilebileceği yukarıda belirtildi. Önalım hakkı tapuya şerh ile aynı hak haline gelmez. Şerh, bu tür bir hakkın var olduğunu, hakkı doğuran sözleşmeye taraf olmayanlara da duyurur. Böylece şerh edilen şahsi hak, aynı bir etki kazanmış olur.

Bugün baskın olan görüşe göre, şerh verilen hakla ilgili borç ilişkisi, eşyaya bağlı borç haline gelir. Böylece hak kullanıldığı sırada taşınmazın maliki kim ise, hakkın borçlusu da o olur (40).

Şerhin bu etkileri önalım hakkı bakımından, MK. m. 658'de belirtilmiştir. Maddeye göre, sözleşmeden doğan önalım hakkı tapu siciline şerh verildiği takdirde herhangi bir mâlike karşı ileri sürülebilir. Bu durumda kullanma beyanının, hak kullanıldığı sırada taşınmazda mâlik olan kişiye yöneltilmesi gerekir (41).

b) Kanuni Önalım Bakımından

Kanuni önalım hakkı, kanun gereği eşyaya bağlı borç ilişkisi meydana getirir. Bu nedenle, satış yoluyla devredilen pay üzerindeki mülkiyet hakkı kime ait ise borçlu da odur. Buna göre, önalım hakkı, satılan pay yeni alıcıya devredilmiş yani onun adına tescil edilmiş ise ona karşı, tescil henüz yapılmamış ise payını satan paydaşa karşı kullanılır (42).

II — HAKKIN KULLANILMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen yeni durumu açıklamak üzere değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bugün genellikle kabul edildiği üzere, önalım hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın muhataba ulaşmasıyla, tarafları hak sahibi ve hakkın muhatabı olan kişi arasında bir satış sözleşmesi meydana gelir. Bu yeni satış sözleşmesi, önalım hakkının yenilik doğurucu bir hak, kullanma iradesinin de yenilik doğurucu bir beyan olmasının doğal sonucu olarak, başka herhangi bir işleme veya resmi senede gerek olmak-

(39) Tandoğan, sh. 265.

(40) Tandoğan, sh. 267; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 278 - 280; Oğuzman - Selici, sh. 252 - 255.

(41) Oğuzman - Selici, sh. 538.

(42) S.S. Tekinay, Eşya Hukuku, İst., 1970 - 71, sh. 438; Akipek, sh. 217; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 617.

sızın, kullanma beyanının muhataba varması ile birlikte derhal ve kendiliğinden meydana gelir (43).

Meydana gelen yeni satış sözleşmesine dayanarak, önalım hakkı sahibi mülkiyetin kendisine devrini, diğer taraf da şeyin bedelini istemek hususunda bir kişisel talep hakkı elde ederler. Bu satış sözleşmesine, önalım hakkının özel nitelikleri engel olmadıkça satıma ilişkin genel hükümler (BK. m. 182 vd.) uygulanır.

Söz konusu satış ilişkisi uyarınca önalım bedeli kendisine ödenen muhatap, önalım hakkı sahibine taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını geçirmekle (devretmekle) yükümlü olur. Çünkü önalım hakkının kullanılması ve bununla taraflar arasında bir satış ilişkisinin doğmasıyla, taşınmaz mülkiyeti de kendiliğinden önalım hakkı sahibine geçmiş olmaz.

Önalım yükümlüsü, taşınmazın mülkiyetini rızası ile önalıcıya geçirirse (tescil talebinde bulunursa), mülkiyet tescil anından itibaren geçecektir.

Yükümlü mülkiyeti geçirme borcunu ifadan kaçınırsa, önalıcının MK. m. 642'ye dayanarak, mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini sağlamak üzere dava açması gerekecektir (44). MK. m. 642/1'e göre açılacak olan bu dava ile davacı, her türlü hukuki pürüzü bertaraf edecek biçimde taşınmazın maliki olduğuna karar verilmesini amaçlar (45).

11.2.1959 tarihli Yargıtay İct. Bir. Kar. nda da belirtildiği gibi, «... bir taşınmazın temlik borcunu doğuran bir akde dayanılarak ve MK. m. 642 hükmünce açılan bir dava sonunda verilen ilâm ile (ilâmın kesinleşmesi ile) mülkiyet davalıdan davacıya geçer. Hâkimin verdiği hüküm hukuki nitelikçe yenilik doğuran (inşai) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan davacı, her zaman tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini sağlamak üzere... tapu memuruna başvurabilir» (46). Böylece, dava sonunda davacı lehine verilen kararın kesinleşmesi ile mülkiyet sicil dışında davacıya (ön alıcıya) geçmiş olur. Bundan sonra yapılacak tescil kurucu bir etkiye sahip olmayıp, bildirici bir nitelik taşır.

Önalım hakkının kullanılması için dava açmaya gerek olmadığı yukarıda belirtildi. Hernekadar doktrinde ve içtihatlarda zaman zaman «önalım (şuf'a) davası»ndan söz edilmekte ise de, bu dava MK. m. 642 uyarınca açılan tescili talep davası olup, doğrudan doğruya

(43) Feyzioğlu, sh. 345.

(44) Oğuzman - Seliçi, sh. 539; Akipek, sh. 217; Feyzioğlu, sh. 350.

(45) Önen, sh. 89.

(46) Yargıtay İct. Bir. Kar. 11.2.1959 T., 1959/12 E., 1958/10 K. (Özenli, sh. 169 - 170).

önalım hakkına (doğumuna, kullanılmasına ve sonuç ortaya koymasına) ilişkin bir dava değildir (47). Uygulamada, açılan bu tek dava ile önalım hakkı sahibi hem önalım hakkını kullanmakta hem de bunun doğal sonucu olarak taşınmazın kendisine temlikini istemektedir (48). Bu dava sonunda verilen karar iki kısımdan oluşur : Önalım hakkının kullanıldığını ve taraflar arasında satış ilişkisi meydana geldiğini tespit eden kısım, mülkiyetin önalıcıya geçmesine ilişkin kısım. Kararın birinci kısmı bildirici (izhari), ikinci kısmı ise kurucu (ihdasi) nitelik taşır (49).

Uygulamada her iki hükmün aynı ilâm ile verilmekte olmasına bakılarak gerçekten tek bir hüküm mevcut bulunduğu söylenemez. Zira, önalım hakkının tespiti ayrı bir mesele, tespit edilen önalım hakkı sebebiyle mülkiyetin önalıcıya geçirilmesi ayrı bir meseledir. Bu nedenle mahkeme kararının akdi ilişkiye ait kısmı bildirici, mülkiyetin önalıcıya geçmesine ilişkin kısmı kurucu nitelikte kabul edilmektedir (50).

Önalım hakkının kullanılmasıyla meydana gelen satış ilişkisinin önalım hakkı sahibine yüklediği en önemli borç, satış bedelini ödeme borcudur. Bu bedelin, hakkın kullanılmasından önce tesbit edilmesi mümkündür. Akdi önalımda taraflar, önalım sözleşmesinde veya sonradan bu bedeli tesbit edebilirler. Kanuni önalım hakkı sahibi için de imkân dahilinde olan böyle bir anlaşma halinde önalıcı, sonradan satıcı ile alıcı arasında kararlaştırılan satış fiyatıyla bağlı olmaksızın, bu bedeli öder (51).

Bedel önceden kararlaştırılmamışsa, MK. m. 658/II uyarınca önalıcının, üçüncü kişiyle yükümlü malik arasında yapılan satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödemesi gerekir.

§ 3. CEBRİ ARTTIRMA YOLUYLA SATIMLARDA ÖNALIM HAKKI

I — ARTTIRMA YOLUYLA SATIM KAVRAMI VE TÜRLERİ

1 — Kavram

Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri ile ilgili eserlerde satımın türleri arasında incelenen arttırma yoluyla satımlar, BK. nda «müzayede» başlığı altında, 225 - 233. maddelerde düzenlenmiştir.

[47] Önen, sh. 89.

[48] Önen, sh. 90.

[49] Senai Olgaç, Borçlar Hukuku - Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul, 1967, sh. 168; ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD., 7.10.1963, 8102 E., 8510 K. [ABD, 1964/1, sh. 79 - 81].

[50] Olgaç, Borçlar - Özel, sh. 168.

[51] Feyzioğlu, sh. 368.

Bir kimse ile hazır bulunan birden fazla kişiler arasında, en iyi teklifi yapanlar kurulmak şartıyla bir akdin yapılması için geçen sözlü görüşmelere arttırma (müzayede) denir (52). Arttırma yoluyla satım ise, «önceden tesbit edilen zaman ve yerde, önceden tayin edilen şartlara göre, hazırlar arasında, fiyat birbirini izleyen tekliflerle oluşacak biçimde, en yüksek teklifte bulunan kimse ile akte-dilen satım» (53) olarak tanımlanmaktadır.

2 — Türleri

Arttırma yoluyla satımlar, cebri ve ihtiyari olmak üzere iki tür-lüdür.

a) Cebri Arttırmalar

BK. nun 225. maddesi, cebri arttırmayı ihtiyari arttırmadan ayır-mıştır. Cebri arttırma, icra ve iflâs işlerinde bir icra konusunu para-ya çevirmeyi sağlayan işlemidir (54). Burada şeyin satışa çıkarılışı, mal sahibinin isteği dışındadır. Başka bir deyişle cebri arttırma, ma-likin rızasına bakılmaksızın resmi makamlar tarafından yapılan art-tırmadır.

BK. m. 225 - 231'de yer yer söz edilmiş olmasına rağmen cebri arttırmaya bu hükümlerle, BK. nun diğer hükümlerinin uygulanabil-mesi ancak istisnai hallerde söz konusu olur. Çünkü cebri arttırma, İcra ve İflâs Kanunu (İİK.) ndaki hükümlere ve eğer Kamu Alacakla-rının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK.)'a tabidir (55).

b) İhtiyari Arttırmalar

Bu tür arttırmalarda cebrilik unsuru yoktur. Dileyen kimse bu yoldan gitmek suretiyle malını satabilir. Fakat dilemedikçe kimse onun malını satışa zorlayamaz. Mal sahibine tanınan bu imkân, art-tırmanın ihtiyarilik niteliğini oluşturur (56).

İhtiyari arttırmalar da ikiye ayrılır :

aa) İhtiyari - Açık (Aleni) Arttırmalar

İhtiyari - açık arttırmalarda satımın mal sahibinin rızası ile ya-pılması, arttırmanın ihtiyarilik vasfını gösterir. İhtiyari arttırmanın

(52) Feyzi N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku - Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Bası, İstanbul, 1980, sh. 172.

(53) Tandoğan, sh. 305.

(54) Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İst., 1977, sh. 356.

(55) Tunçomağ, Borçlar - Özel, sh. 356.

(56) Feyzioğlu, Borçlar - Özel, sh. 176 - 177.

açık olması, katılma şartlarını yerine getiren herkesin arttırmaya katılabileceğini ifade eder.

Açık arttırmadan söz edebilmek için, bir arttırma yapılacağı ve buna, katılma şartlarını yerine getiren herkesin katılabileceğinin önceden, uygun araçlarla ilân edilmiş olması gerekir.

Burada satış, satıcının iradesine dayanır veya hiç olmazsa onun yararına yapılır. Bazı durumlarda (örneğin, MK. m. 591, 628, 384, 388; BK. m. 92; TK. m. 25/b. 2) kanun veya hâkimin açık arttırmayı emretmesi, onun ihtiyari niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu gibi durumlarda yapılan arttırmalarda, gerçi mal sahiplerinin veya sahiplerinden bir kısmının arttırmanın yapılıp yapılmaması hususundaki karar serbestileri tam değildir; fakat mal yine sahibinin veya sahiplerinin yararına satılmaktadır (57).

İhtiyari - açık arttırmalara, BK. nun, m. 225 ve devamında yer alan ve emredici nitelikte olmayan hükümleri uygulanır.

İhtiyari - açık arttırmalarda satım, ihale ile kurulur (BK. m. 225/II). İhale, arttırmayı yöneten kimsenin kabulüyle olur ve bir şekilde bağlıdır.

Arttırmanın konusu taşınır bir mal ise, mülkiyet teslimine gerek olmaksızın, ihale anında alıcıya geçer. Taşınmazlarsa ise mülkiyet, ancak tapu siciline tescil ile alıcıya intikal eder (BK. m. 231). Bu nedenle ihale zabıtnamesi, arttırma memuru tarafından, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesi için derhal tapu memuruna tebliğ olunur (BK. m. 230/son cümle). Mülkiyet, tescil işleminin tamamlanmasından sonra alıcıya geçmiş olur.

bb) İhtiyari - Özel Arttırmalar

Bu tip arttırmaların, ihtiyari - açık arttırmalardan tek farkı, arttırmaya herkesin değil, sınırlı ve belirli kişilerin katılabileceğidir. Bu nedenle ihtiyari - özel arttırmalar önceden ilân edilmez; belirli kişiler bu tür arttırmalara katılabileceğinden sadece onlara duyurulmakla yetinilir (58).

İhtiyari - özel arttırmalar, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Fakat arttırmaya ilişkin genel hükümlerden bu türü de çıkartmak mümkündür. Bunlar hakkında varsa, özel arttırma şartnamesindeki esaslar öncelikle uygulanır. Böyle bir şartname yoksa, o zaman normal satım sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanır (59).

(57) Tandoğan, sh. 307 - 308.

(58) Feyzioğlu, Borçlar - Özel, sh. 178.

(59) Feyzioğlu, Borçlar - Özel, sh. 179.

Bu tür arttırmalarda, sözleşmenin kurulması ve mülkiyetin geçmesi de satım sözleşmesinde olduğu gibidir. Buna göre, taşınırların ihtiyari - özel arttırma ile satımında sözleşme, arttırma memurunun en yüksek teklifi yapanın bu teklifini (yani icabını) kabul etmesiyle kurulur; mülkiyet de ancak zilyetliğin alıcıya geçirilmesi ile intikal eder. Taşınmazlarsa ise, sözleşmenin kurulması için ihale yeterli değildir; ayrıca tapu memurunca buna ilişkin resmi senedin düzenlenmesi gerekir. Taşınmazın mülkiyeti ise, ancak bu senede dayanarak tapu memuru tarafından alıcı adına tescil yapıldığı anda geçer (60).

Görüldüğü gibi, ihtiyari arttırmaların her iki türünde de satım sözleşmesi niteliği egemendir. Başka bir ifadeyle, bu arttırmalar tamamen satımın bir türünden ibarettirler.

Yukarıda da belirtildiği gibi ihtiyari arttırmalarda, satış mal sahibinin iradesiyle olmakta veya en azından onun yararına yapılmaktadır. Bu durum, ihtiyari - özel arttırmalarda daha belirgindir. İhtiyari - açık arttırmalarda, bu yola başvurulmasını bazı durumlarda hakim emredebiliyorsa da, satışın mal sahibinin yararına yapılması, bunların ihtiyarilik niteliğinin ortadan kalkmadığını gösterir.

Önalım hakkı, sadece yükümlünün serbest iradesiyle, hakka konu olan malı bir başkasına satması halinde kullanılabilmesine ve ihtiyari arttırmalarda da satım, sonuçta satıcının serbest iradesine dayandığına göre, bu tür satımlarda da önalım hakkı kullanılabilir.

Yargıtay da çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda, ihtiyari arttırmalarda önalım hakkının kullanılabilmesini kabul etmiştir. 9.3.1955 tarihli İçt. Bir. Kar. nda aynen şöyle denmektedir : «İhtiyari müzayede ile satışa çıkarılan bir gayrimenkulün şayi hissesini satın almak için o gayrimenkulün şayi hissedarının müzayedeye iştirak ederek pey sürmesi ve bilahare müzayededen çekilmesi şuf'a hakkından feragatı tazammun etmeyip, bu hissedarın şayi hisseyi müzayedeye neticesinde yapılan ihale ile satın alan üçüncü şahsa karşı şuf'a hakkını kullanabileceğine...» (61).

(SÜRECEK)

[60] Feyzioğlu, Borçlar - Özel, sh. 186; Tandoğan, sh. 310, 313.

[61] İçt. Bir. Kar. için bkz. Olgaç, sh. 273-274; aynı doğrultuda bkz. Yargıtay İçt. Bir. Kar. 4.5.1940 T., 57 E., 17 K., [Olgaç, sh. 292-293].

**KAMBİYO SENETLERİNE MAHSUS HACİZ YOLUYLA TAKİPTE
ÖDEME EMRİNE KARŞI ŞİKAYET
(İİK. m. 170/a)**

Veli DEĞİRMENCİ (*)

● **ANLATIM DÜZENİ :** I — Giriş. II — Genel olarak şikâyet. III — Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda ödeme emrine şikâyet. A — Genel olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda ödeme emri. B — Şikâyet sebepleri. 1 — Takip konusu senedin kambiyo senedi niteliğinde bulunmadığı. a — Şekil şartları. b — Muhteva (bozucu kayıtlar). 2 — Alacaklının kambiyo hukukuna göre takipte bulunamayacağı haller. a — Ödeme protestosunun keşide edilmemesi. b — Hâmilin takip hakkını yitirmesi. c — Senet bedelinin keşidecilerden birisi tarafından ödenmesi. d — Senedin teminat olarak ciro edilmesi. e — Senetteki cirolar arasında teselsülün bulunmaması. f — Takip konusu poliçenin kabule arz sırasında muhatap tarafından kabul edilmemesi. C — Şikâyet ve itiraz konularının ayrılması. D — Şikâyetin usulü. 1 — Şikâyet talebi. 2 — Süre. 3 — Şikâyetin incelenmesi. 4 — Şikâyet konusunda verilen kararın temyizi. IV — S o n u ç.

I — GİRİŞ

Alacağı, çek, poliçe, veya bonoya dayanan alacaklının senet aslıyla birlikte takip talebinde bulunması üzerine (İİK. m. 167), icra memuru, senedin kambiyo senedi vasfını haiz ve alacaklının kambiyo senedine müsteniden takipte bulunmak hakkının mevcut olduğunu görürse, borçluya hemen bir ödeme emri gönderir (İİK. m. 168). Bu ödeme emrinde, borçluya, «Takibin müstenidi olan senet kambiyo senedi vasfını haiz değilse beş gün içinde mercie şikâyet etmesi lüzumu» bildirilir (İİK. m. 168/b. 1). İşte icra memurunun senedin kambiyo senedi niteliğini taşıyıp taşımadığını ve alacaklının takip hakkının bulunup bulunmadığını hiç veya gereği gibi araştırmadığı durumlarda, borçluya ödeme emrine karşı şikâyet yolu tanınmıştır (İİK. m. 168/b. 3, 170/a. 1). Ayrıca kanun (İİK. m. 170/a/II) icra tetkik merciinin de süresinde yapılan itiraz ve şikâyet üzerine kendisine intikal eden işlerde, aynı hususları re'sen nazara alıp, takibi iptal edebileceğini belirtmiştir.

(*) Hâkim.

Çalışmamızda İİK'nun 170/a maddesinde düzenlenen kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte ödeme emrine karşı şikâyet konusu incelenecektir. Ayrıca, genel olarak şikâyet ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda ödeme emri konularında genel bir bilgi vermek uygun görülmüştür. Araştırmada yayınlanmamış Yargıtay Kararlarından da yararlanılmıştır.

II — GENEL OLARAK ŞİKAYET

Şikâyet, icra ve iflâs organlarının kanuna aykırı ya da hadise-ye uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini veya yerine getirilmeyen, sürümcemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesini sağlayan bir kanun yoludur (1). Başka bir deyişle, şikâyet, takip hukukuna ilişkin hükümlerin yanlış uygulanması halinde söz konusu olur. Kanun, icra prosedürünün, icra ve iflâs dairesi dışında kalan muayyen bazı başka organlarının kararlarına da şikâyet yolunu açmıştır. Örneğin, gerçek anlamda cebri icra muamelesi söz konusu olduğu zaman alacaklılar tarafından seçilen iflâs idaresinin kararlarına karşı (İİK. m. 227), alacaklılar toplantısının kararlarına karşı (İİK. m. 255), konkordato komiserinin kararlarına karşı (İİK. m. 287/3) bu yol açılmıştır (2).

Şikâyet, icra-iflâs hukukunda kendine özgü bir kanun yolu olup, medeni usul hukukundaki kanun yollarına benzemez. Ayrıca şikâyet bir dava da değildir (3).

İİK'nun 16. maddesinde belirtilen şikâyet sebepleri şunlardır :

1. Yapılan işlemin kanuna aykırı olması,
2. Yapılan işlemin olaya uygun olmaması,
3. Hakkın yerine getirilmemesi,
4. Hakkın sebepsiz olarak sürümcemede bırakılması.

1 ve 2. bendde yazılı nedenlerle şikâyet, işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içinde, 3. ve 4. bendde yazılı sebeplerden ise her zaman yapılabilir (4).

(1) Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 1983, sh. 63; Postacıoğlu, E. İhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, sh. 57; Uyar, Talip, İcra Hukukunda şikâyet ve İtiraz Manisa 1983, sh. 1-2; Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, sh. 41.

(2) Üstündağ, age. sh. 43; yar, Şikâyet ve İtiraz, sh. 2.

(3) Kuru, age. sh. 63; Üstündağ, age. sh. 41; Uyar, Şikâyet ve İtiraz, sh. 2.

(4) Üstündağ, age. sh. 48-49; Kuru, age. sh. 68; Postacıoğlu, age. sh. 64-65.

Şikayet, şikayet konusu işlemi yapmış olan icra organının tâbi bulunduğu icra tetkik merciine yapılır ve bu mercii tarafından incelenip karara bağlanır (5).

III — KAMBIYO SENETLERİNE MAHSUS HACİZ YOLUNDA ÖDEME EMRİNE ŞİKAYET

A — Genel Olarak Kambyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolunda Ödeme Emri

İcra memuru senedin kambyo senedi vasfına haiz olup olmadığını re'sen Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre araştıracaktır. İcra memuru bu araştırma sonucu senedin bir kambyo senedi olduğu sonucuna varır ve alacağın vadesinin de geldiğini görürse, borçluya senedin tasdikli bir sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir (İİK. m. 58/3, 162/2, İİK. Yön. m. 19/C ve İİK. m. 168/1) (6).

İcra ve İflâs Kanunu'nun 168. maddesine göre ödeme emrinde diğer hususlarda birlikte şu kayıtda yer alacaktır (İİK. m. 168/İİK. Yön. m. 29) :

— Takibin müstenidi olan senet kambyo senedi vasfını haiz değilse, beşgün içinde tetkik merciine şikayet etmesi lüzumu (İİK. m. 168/3, 170/a), (7).

B — ŞİKAYET SEBEPLERİ

İcra Memuru takip müstenidi senedin kambyo senedi olup olmadığını Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre araştırıp, kambyo senedi vasfını taşıması ve alacaklının da borçluyu kambyo hukukuna göre takip edebilme hakkı bulunması halinde (8) bu takip yoluna ilişkin ödeme emrini tanzim eder. İcra Memurunun sayılan vasıfları haiz olmayan kambyo senedine istinaden borçluya kambyo senetlerine mahsus ödeme emri göndermesi halinde kanun

(5) İİD. 2.4.1985 T. 1984/13309 E. 1985/3040 K. (Yayınlanmamıştır).

(6) -İcra memuru senet aslını inceleyip, bunun kambyo senedi vasfını haiz ve alacaklının kambyo hukuku gereğince takip hakkına sahip olduğunu anlar ve alacağın muaccel olduğunu da görürse kambyo senetlerine mahsus takip isteğini kabul ederek borçluya senet suretiyle birlikte bu yola ait (163 örnek) ödeme emri tēbliğ eder, aksi halde bu husustaki talebi reddeder.- İİD. 11.4.1968, E. 3849, K. 3733 (ABD. 1968. S. 3, sh. 588).

(7) Kuru, age. sh. 422-423; Muşul, Timuçin, Kambyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip, BATİDER. C. VII. S. 3, sh. 618-619.

(8) İİD. 17.1.1985 T. 1984/10758 E. 1985/212 K. (Yayınlanmamıştır).

(İİK. m. 168/1) İcra memuru tarafından ihlal edilmiş olacağı için İİK. m. 168/3 gereğince şikayet yolu tanınmıştır (9).

Şimdi başlıca şikayet sebeplerini inceleyelim :

1 — Takip konusu senedin kambiyo senedi niteliğinde bulunmadığı

a) Şekil Şartları

Tetkik Mercii süresinde yapılan şikayet ve itiraz nedeniyle kendisine intikal eden işlerde, takibin dayanağı olan kambiyo senedinin Türk Ticaret Kanunu'nun emrettiği vasıflara (TTK. m. 583-584, 688-689, 692-693) haiz olup olmadığını kendiliğinden dikkate alarak yapılan takibi iptal edebilir (İİK. m. 168/3, 170 a/2) (10).

Bir senedin poliçe, bono ve çek sayılabilmesinin ilk koşulu, o senet metninde, sırasıyla «poliçe» bono (ya da emre muharrer senet) ve «çek» kelimelerinin bulunmasıdır. Söz konusu senetler Türkçe'den başka bir dille yazılmışsa, o dilde anılan kelimelerin karşılığı olarak kullanılan kelimenin yer alması gerekmektedir (11).

Yargıtay çeşitli kararlarında TTK'nun 742. maddesi hükmüne uygun biçimde senedin bono olarak kabul edilebilmesi için, «bono ya da emre muharrer senet» kelimelerinden birinin yazılması gerektiği kuralına uyulmaması durumunda diğer tüm unsurlar varsa «emre yazılı ödeme vaadi» sayılan bu senedin bono hükmünde olduğunu ancak, araya girme yoluyla ödeme ve takip hukuku yönünden bonoya ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını kabul etmektedir (12). Poliçeler için benzer hüküm TTK.'nun 738. maddesinde yer almıştır.

(9) Muşul, agm. sh. 620 - 621; Kuru, age, sh. 433.

(10) Kuru, age, sh. 433; Muşul, agm. sh. 621, Şimşek, Edip : Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1983, sh. 218.

(11) Poroy, Reha, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları 9. Bası İstanbul 1984 sh. 115; Kınacıoğlu, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1984, sh. 122; Domanıç, Hayri Kıymetli Evrak Hukuku İstanbul 1975, sh. 140, 141; Gürbüz, age, sh. 220 - 221; Şimşek, age, sh. 326.

(12) «Bir senedin emre muharrer senet olarak kabul edilebilmesi için, TTK. 688/b. 1. hükmüne göre senet metninde (bono) veya (emre muharrer senet) kelimelerinden birinin mutlaka bulunması şarttır.» TD. 10.12.1965 T. E. 3606, K. 3601 (Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Ankara, 1981 C. 2. sh. 1399'dan naklen) Ayrıca bkz. İİD. 12.3.1970 T. E. 2489, K. 2558. (Öğütçü, A. Tahir/Altın M. Ticari Senetler ve Özel Takip Yolları, Ankara 1979, sh. 274).

TTK.nun 583 ve 692. maddelerinin 3. bendleri uyarınca poliçe ve çekte ödeyecek olan muhatabın gösterilmesi zorunludur. Muhatabı gösterilmeyen senet, poliçe ya da çek sayılmaz. Poliçeye birden çok muhatap yazılabilirse de seçimlik olarak ve (A) kabul etmezse (B) biçiminde gösterilmişse poliçe geçersiz olur (13).

Takip dayanağı poliçe ve bonoda lehtarın gerçek kişi ise ad ve soyadını, tüzel kişi ise ticarî ünvanının gösterilmemesi halinde senet Türk Ticaret Kanunu (TTK. m. 583/6, 688/5) hükümlerine göre kambiyo senedi niteliğinde sayılmadığından bu hususlar itiraz ve şikayet halinde re'sen nazara alınır (14).

Yargıtay İcra ve İflas Dairesi bu hususu bir kararında şöyle belirtmiştir (15) :

«Takip dayanağı belgede lehtar (Bizim Mobilya Manifatura ve Halı Mağazası) olarak gösterilmiştir.

TTK.nun 688/5. maddesi hükmüne göre bir bonoda kime ödeme yapılacaksa, onun ad ve soyadının, tüzel kişi ise, ticari ünvanının gösterilmesi zorunludur. Takip konusu belgede bu unsur mevcut bulunmadığından bono niteliğinde sayılamaz. Bu konudaki itiraz ve şikayetin İİK.nun 170/a maddesi uyarınca kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken reddedilmesi isabetsizdir.»

Türk Ticaret Kanununun 583/b.5, 688/b.4 ve 692/b.4 hükümleri uyarınca; poliçe bono ve çeklerde ödemenin nerede yapılacağıının gösterilmesi gerekir. Ancak poliçe ve bonoda ödeme yerinin bulunması zorunlu öge niteliğini taşımasına karşın; çekte ödeme yeri, mutlak zorunlu öge niteliğinde değildir. TTK.'nun 693. maddesinin 2. bendi uyarınca; çekte açıklık yoksa, muhatap banka adı yanında gösterilen yer ödeme yeri sayılır. Muhatap banka şubesi adı yanında birden çok yer gösterilmişse, çek ilk gösterilen yerde ödenecektir. Hiçbir kayıt yoksa, poliçe ve bonodan farklı olarak, çek muhatap bankanın iş merkezinin bulunduğu yerde (70 sayılı Bankalar Hakkındaki Kararnamede Sözü edilen Merkez Şubede) ödenecektir (16).

[13] Gürbüz, age. sh. 230 - 231; Kınacıoğlu, age. sh. 125 - 127; Poroy, age. sh. 119 - 121; Şimşek, age. sh. 328; 329; Öztan, age. sh. 127.

[14] Gürbüz, age. sh. 236 - 237; Kınacıoğlu, age. sh. 127, 128; Poroy, age. sh. 127 - 128; Şimşek, age. sh. 328 - 329.

[15] İİD. 25.3.1985 T., 1984/12967 E. 1985/2724 K. aynı mahiyette bkz. İİD'nin 14.1.1985 T. 1984/10720 E. 1985/342 K. ve 22.1.1985 T. 1984/10968 E. 1985/395 K. (Yayınlanmamıştır).

[16] Domanıç, age. sh. 374, Öztan, age. sh. 224 - 594; Poroy, age. 241 - 256; Gürbüz, age. sh. 234; Kınacıoğlu, age. sh. 312, 313.

Bono da ödeme yeri gösterilmemişse senedin düzenlendiği yer ödeme yeri olarak kabul edilir. Ancak, ne ödeme yeri, ne düzenleme yeri, ne de bonoyu düzenleyip imzalayan keşidecinin adı yanında bir yer gösterilmemişse böyle bir senet bono niteliğinde sayılmaz (TTK. 688/4, 689/3-4) (17).

TTK. nun 584/3. maddesi hükmü uyarınca, poliçede ödeme yeri gösterilmemişse, muhatabın soyadı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda muhatabın sürekli oturduğu konutu sayılır. Böyle bir yazılı açıklamayı da ihtiva etmiyorsa senet poliçe sayılamaz (TTK. m. 584/1) (18).

Kambiyo senetlerinde keşide (poliçe ve çek'te) ya da düzenleme (bono'da) yerinin de gösterilmesi gerekir. Ancak bu şekil şartları alternatif zorunlu koşul niteliğindedirler (19). Tanzim yeri unsurlarından hiçbiri mevcut olmayan belgelerde kambiyo senedi niteliği taşımadığından (TTK. m. 583/7, 688/6, 692/5) bu senetlere müsteniden yapılan takibin süresinde yapılan itiraz veya şikâyet yoluyla mercie intikâli halinde re'sen iptâli gerekir (20).

İcra İflâs Dâiresi bu hususu bir kararında şöyle belirtmiştir. «Takip dayanağı senetle TTK. 688/6. maddesinde yazılı (tanzim yeri) unsuru mevcut değildir, bono vasfını taşımayan bu senede dayanılarak kambiyo senetlerine mahsus yol ile açılan takibin İİK. 170/a maddesi uyarınca re'sen iptali gerekir» (21).

Kambiyo senetlerinde keşide ya da tanzim tarihinin gösterilmesi zorunlu bir unsurdur. Sözkonusu tarihi ihtiva etmeyen bir senedin, TTK. nun 584/1, 689/1 ve 693/1. maddeleri açık hükmü uyarınca poliçe, bono ve çek niteliği taşımasına imkân yoktur. Anılan tarihin gün, ay ve yıl olarak yazılması zorunludur (22).

(17) Kınacıoğlu, age. sh. 293, 294; Gürbüz, age. sh. 234; Yargıtay İİD'nin bir kararında «bono'da ihdas yeri yazılı olmadığı gibi keşidecinin yalnız adı yazılmakla yetinildiğine göre tanzim ve ödeme yeri belli olmayan böyle bir senedin «bono sayılamayacağını kabul etmiştir. İİD. 21.2.1977 T. E. 1977/707. K. 1977/700 (Şimşek, age. sh. 350 ve dp. 354'ten naklen).

(18) Gürbüz, age. sh. 234; Kınacıoğlu, age. sh. 130; Poroy, age. sh. 133 - 134.

(19) Bkz. yuk. dp. 16 - 18 civarı.

(20) Gürbüz, age. sh. 249 - 250; Poroy, age. sh. 128 - 129; Şimşek, age. sh. 329; Öztan, age. sh. 223, 644.

(21) İİD. 21.1.1985 T. 1984/10958 E. 1985/342 K. aynı mahiyette bkz. İİD. nin 24.1.1985 T. 1985/4293 - 3066; 24.1.1985 T. 1985/425 - 308; 28.3.1985 T. 1984/13067 E. 1985/2917 K. 26.3.1985 T. 1983/3915 - 2807 (Yayınlanmamışlardır).

(22) Kınacıoğlu, age. sh. 146, Poroy, age. sh. 128, 242, 256; Şimşek, age. sh. 329.

Tanzim ya da keşide tarihini taşımayan senedin kambyo senedi vasfını yitireceğini Yargıtay şöyle izah etmiştir;

«Takip dayanağı senetlerde tanzim tarihi mevcut değildir. Mer-ci süresinde vukubulan itiraz nedeniyle bu noksanlığı re'sen nazara alarak İİK. nun 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar vermesi gerekir» (23).

Kambyo senetlerinde keşideci ya da senedi düzenleyenin imzası temel şekil şartlarından. Poliçe hakkındaki TTK. nun 583/8. maddesinde «Keşidecinin imzası'ndan sözedilirken; çeklere ilişkin 692/6. maddesinde ise bu «çeki çeken kimsenin (keşidecinin) imzasını» ihtiva edeceği biçiminde ifade edilmiştir. Bono da ise bu mecburi koşul «senedi tanzim edenin imzasını» ihtiva eder biçiminde düzenlenmiştir (TTK. m. 688/7).

Kambyo senetlerinde temel biçim koşullarından olan imzanın el yazısıyla atılmış olması gerekir. Mihaniki herhangi bir araç yada el ile yapılan veyahut tasdik edilmiş bir işaret kullanılamaz (24).

Kambyo senedi ile birden fazla kimse borç altına girip de, alacaklının borçlulardan yalnız birine karşı kambyo senedine mahsus haciz yolu ile takip yapması üzerine, takip borçlusunun takip dayanağı senedin kendisinin imzasını taşımasına karşılık, diğer borçluların parmak izi veya mührünü ihtiva etmiş olması nedeniyle kambyo senedi niteliğinde olmadığı iddiasıyla şikayet yolu ile icra tetkik merciine başvurması halinde bu senedin kambyo senedi olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda uygulamada tereddütler doğmaktadır (25).

Yargıtay Ticaret Dairesi oybirliği ile vermiş olduğu bir kararında (26), borçlulardan birinin imzasını, diğerinin mührünü taşıyan senedin TTK. nun 689 ve 688/17. maddeleri gereğince kambyo senedi olarak kabulüne imkan olmadığını belirtmiştir. (27). Halbuki poliçedeki imza hakkındaki TTK. nun 589. maddesi hükmü TTK. nun 690. maddesinin açık atfı gereği bonoda da geçerlidir. TTK'nun 589. maddesi poliçe ve bonoda yer alan birden fazla imzadan bir kaçının

(23) İİD. 24.1.1985 T. 1985/557 - 548, aynı mahiyette bkz. İİD. 22.1.1985 T. 1985/10807 - 364 (Yayınlanmamıştır).

(24) Gürbüz, age. sh. 256, 257; Poroy, age. sh. 129, 242, 257; Şimşek, age. sh. 69, 87, 330; Kınacıoğlu, age. sh. 128 - 130;.

(25) Muşul, agm. sh. 621, ; Öztan, age. sh. 182 - 183, dp. 4, 5.

(26) TD. 28.4.1967, E. 1967/1487, K. 1967/1789 (BATIDER, 1968, C. IV. S. 3, sh. 563).

(27) Muşul, agm. sh. 621 - 622; Moroğlu, Bonoda İmza BATIDER, 1968, S. 4. sh. 714, Öztan, age; sh. 181 - 182;.

çeşitli sebeplerden dolayı sahibini sağlamamasının diğer imzaların sıhhatine halel getirmeyeceğini belirtmek suretiyle imzaların istiklali prensibini kabul etmiş bulunmaktadır (28).

O halde senedi borçlulardan bir kısmının imzalamasına karşılık, bir kısmının imzadan başka bir işaret kullanmaları halinde, senet imzadan gayri bir işaret vaz edenler açısından bono vasfını haiz olmamakla beraber, imzalayanlar açısından bono vasfını taşıyacaktır (29).

Yargıtay Ticaret Dairesi daha sonraki kararlarında imzaların istiklali prensibini istikrarlı bir şekilde uygulamaya başlamıştır. Örneğin, parmak basılmak suretiyle düzenlenen senedin bono sayılmayacağı ve adi senet niteliğinde bulunduğu kabul edilirken; aynen senette imzası bulunan kişi yönünden sözkonusu belgenin adi senet değil, kambiyo senedi niteliği taşıyacağı kararlaştırılmıştır (30).

Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi TTK. m. 589'dan düzenlenen imzaların istiklali prensibini istikrarlı olarak uygulamaktadır. Örneğin, bu daire bir kararında aynen şöyle demektedir: «Borçlulardan Hüseyin'in imzasını, Fatma'nın parmak izini ihtiva eden senet TTK. nun 589. maddesi muvacehesinde imza sahibi Hüseyin için geçerli bir bono niteliğindedir. Senedi imzalayıp, parmak işareti kullanan Fatma'yı kambiyo hukuku yönünden takibe imkân yoktur» (31).

b) Muhteva (bozucu kayıtlar)

Senet metninin ve bu arada örneğin vadenin ve tanzim tarihinin değişik zamanlarda borçludan başka şahıslar tarafından yazılmış olmasının kambiyo senedi vasfına bir etkisinin olup olmayacağı düşünülebilir. Böyle bir senet kambiyo senedi niteliğini muhafaza etmelidir. Çünkü önemli olan kanunun aradığı unsurların keşideci tarafından senedin lehtara verilirken tamam olmasıdır. Bu unsurların keşide tarihinden önce ayrı ayrı zamanlarda tahakkuk ettirilmiş olması önemli olmadığı gibi, keşideciden başka kişiler tarafından değişik mürekkeple yazılmış olması da önemli değildir (32).

(28) Kinacıoğlu, agm. sh. 103; Poroy, age; sh. 25-130; Doğanay, İsmail Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara, 1981, C. 2. sh. 1383,

(29) Moroğlu, agm. sh. 714; Muşul, agm. sh. 622-623; Öztan age. sh. 182;

(30) 11. HD. 4.4.1983 T. E. 1589, K. 1654, (Gürbüz, age. sh. 659, dp. 415).

(31) İİD. 11.11.1966 T. E. 111322, K. 11222 (RKD. 1967, S. 2, sh. 46)

(32) Muşul, agm. sh. 621; Gürbüz, A. Hulûsi, Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Dâvaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul. 1984, sh. 219.

Yargıtay, ticari senedin ayrı kalemlerle doldurulmasının ya da senet metni ve tarihinin ayrı ayrı kişilerce yazılmasının, senedin kambiyo vasfını etkilemeyeceği görüşündedir (33).

Kanaatımca da senet metninin değişik zamanlarda borçludan başka kişilerce ayrı ayrı kalemlerle yazılması kambiyo senedi vasfını etkilemez. Yeter ki senet metni vadeye kadar yazılmış olsun.

Police ve çekte ödemeye ilişkin havalenin (TTK. m. 383/b.2, 692/b.2) bonoda ödeme vadinin (TTK. m. 688/b.2), kayıtsız ve şartsız olması gerekir (34).

Yargıtay yeni bir kararında bonoda bulunması gereken ödeme vadinin kayıtsız ve şartsız olmasını şöyle vurgulamaktadır (35).

«Takip dayanağı senedin arkasında bu senedin hayvan derisi için lehdar Ekrem'e avans mukabili verildiği yazılı olup, kayıtsız şartsız borç ikrarını havi bulunmadığı TTK. nun 688. maddesine göre bono sayılamayacağı cihetle bu hususun ve ciro ile tedavül edemeyeceğini, resen nazara alınıp İİK. nun 170/a maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmek gerekirken itirazın reddolunması isabetsiz...»

Ayrıca ticari senetlerdeki havale yada ödeme vadinin konusunun para olmaması ve miktarının da belirlenmemesi halinde, senet geçersizdir. Para tutarının senedin üzerinde gösterilmesi yeterli olup, nerede yazıldığıнын önemi yoktur. Senet metni içinde yazılabileceği gibi, metnin üstünde veya başka yerde olabilir. Yeter ki, keşidecinin imzası bu bölümü de örtmüş olsun (36).

Yargıtay, belirli bir miktarı içermeksizin ve buna ilişkin bölümü boş biçimde tedavüle çıkarılan senedin bono niteliğini taşıyamayacağını kabul etmiştir (37).

[33] «Ayrı ayrı kalemlerle doldurulması, senedin bono niteliğini etkilemez.» HGK. 13.1.1982 T. E. 1981/12-973, K. 1982/21 -aynı doğrultuda bkz. İİD. 25.5.1981 T. E. 3839, K. 5227 (Gürbüz, age, sh. 219'dan naklen), İİD. 20.10.1969 T. K. 7839 (Şimşek, age. sh. 196), İİD. 24.1.1969 T. E. 578, K. 750 (İBD. C. XLIII. s. 7-8, sh. 341).

[34] Gürbüz age. sh. 223; Kınacıoğlu, age. sh. 123; Poroy, age. sh. 133, 240; Şimşek, age. sh. 327; Öztan, Fırat - Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1976, sh. 213, 590, 635;

[35] İİD. 28.3.1985 T. 1984/13087-2936 (Yayınlanmamıştır).

[36] Kınacıoğlu, age, sh. 123, 124; Gürbüz, age, sh. 224; Poroy, age. sh. 116-119; Şimşek, age. sh. 326-327; Öztan, age. sh. 213;.

[37] 11. HD. 20.10.1982 T. E. 3967, K. 4002 (Gürbüz, age. sh. 224).

Borcun takside bağlandığı ve bir taksit ödenmezse tamamının isteneceği şartını içeren bir bononun bu niteliğini kaybederek, adi senede dönüşeceği kabul edilmektedir (38).

«Depozito olarak verilmiştir» kaydının TTK. nun 683. maddesinin 2. bendi hükmü uyarınca senedin bono niteliğini ortadan kaldıracığı Yargıtay'ca kabul edilmiştir (39).

«Müşteri senetleriyle değiştirilecektir» kaydını ihtiva eden senedin bono vasfını kaybedeceği kararlaştırılmıştır (40).

Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarına göre bonoda cezai şart kaydı varsa senedin bono niteliği devam etmekle birlikte bu kayıt yazılmamış sayılmaktadır (41).

Yargıtay, bononun teminat karşılığı düzenlenebileceği ve teminat bedel kaydını içermesinin onun bono niteliğini bozmayacağını yerleşmiş biçimde kabul etmektedir (42).

Yargıtayca, bonoda bedel kaydı olarak «daire» yazımı geçersizlik nedeni sayılmamıştır. Tersine tapudaki hibe biçimindeki devre karşın, taraflarca bono düzenlenip bedel kaydına daire dediklerine göre, gerçek amaçlarının satım olduğu ve sözleşmedeki edim tümüyle yerine getirildiğine göre Medeni Kanunda öngörülen dürüstlük kuralları da gözetilerek, dava konusu bononun geçerli olduğu kabul edilmiştir (43).

Yargıtay Ticaret Dairesi bononun arkasına yazılan,

«... evi satınaldım. ...TL. ödedim. İşbu bono evin tapusu verildiğinde geçerlidir.»

açıklaması ya da bildirim senedin bono olma niteliğini bozmayacağını kabul etmiştir (44).

(38) «Bono'da (emrû havalesine nakden ödeyeceğim) kaydı varsa da; senet tutarı 125'er lira üzerinden 5 takside bağlanmış bulunduğundan TTK. 688/b.2 koşulu gerçekleşmemiş bulunduğundan bono sayılmaz» TD. 30.4.1965 T. E. 1817, K. 1940 (Gürbüz, age. sh. 283'ten naklen), ayrıca bkz. TD. 20.2.1968 T. E. 1743, K. 1005 (Doğanay, age. sh. 1620 ve dp. 502).

(39) TD. 27.11.1964 T. E. 2224, K. 3943, Öğütçü/Altın, age. sh. 272.

(40) İİD. 23.2.1978 T. E. 1787, K. 1831 (Gürbüz, age. sh. 228, dp. 439).

(41) TD. 16.10.1980 T. E. 4803, K. 4911 (Doğanay, age. S. 2, sh. 1619 - 1620, dp. 501), İİD. 8.11.1982 T. E. 7799, K. 8093, (YKD. Mart - 1984, S. 3, sh. 414).

(42) TD. 8.7.1982 T. E. 2931, K. 3329; 12. HD. 24.1.1978 T. E. 19, K. 344 (Öğütçü/Altın, age. sh. 271).

(43) 11. HD. 20.1.1983 T. E. 1982/5483, K. 1983/105 (Gürbüz, age. sh. 229).

(44) 11. HD. 27.11.1979 T. E. 5075, K. 5456 (Gürbüz, age. sh. 229); ayrıca bkz. 15. HD. 7.10.1983 T. E. 1922, K. 2312, (YKD. S. 3. Mart - 1984, sh. 432 - 435).

2 — Alacaklının Kambyo Hukukuna Göre Takipte Bulunamayacağı Haller

Tetkik mercii, borçlunun İİK. m. 170/a/1'e göre kendisine şikayet yolu ile başvurusu üzerine takip konusu senedin kambyo senedi niteliğinde bulunup bulunmadığı ya da «alacaklının takip konusu senede dayanarak, kambyo senetlerine ilişkin özel yolla takip yapabilmek yapamayacağını» araştıracağı gibi, ayrıca süresinde ve usulüne göre, borca itiraz (İİK. m. 168/5), şikayet (İİK. m. 168/3, 167), imzaya itirazın kaldırılması (İİK. m. 170) istemiyle kendisine başvurulması halinde re'sen «takip konusu senedin kambyo senedi niteliğinde olup olmadığını» ve «Alacaklının bu senede dayanarak kambyo senetlerine ilişkin özel yolla (İİK. m. 167 vd.) takip yapma hakkının bulunup bulunmadığını» araştırmak zorundadır (45).

Alacaklının kambyo hukukuna göre senet borçlularına karşı takipte bulunamayacağı haller şunlardır :

a) Ödeme protestosunun keşide edilmemesi

Ödeme protestosu, senet hâmilinin senet borçlularına, —keşideci (poliçede), ciranta ve varsa aval verenlere— karşı senet bedelini isteme hakkını kaybetmemesi için lâzım olan bir belgedir. Bu protestonun bir sonuç doğurabilmesi için, zamanında kanunen muayyen usule uygun bir şekilde tanzim ve keşide edilmiş olması lazımdır (46).

Poliçeyi kabul edene veya bonoyu tanzim edene (TTK. m. 691) karşı icra takibi yapabilmek için, senet hâmili alacaklının ödememe protestosu (TTK. 626 vd.) çekmiş olmasına ve bu protestoyu takip talebine eklemesine gerek yoktur. Ancak, cirantalara ve diğer senet borçluları ile poliçede keşideciye karşı icra takibi yapabilmek için, senet hâmili alacaklının, ödeme protestosu çekmiş olması ve bu protestoyu kambyo senedinin aslı ile birlikte icra dairesine vermesi şarttır (TTK. m. 642/2; 690). Protestodan muafiyet halinde, protestoya gerek yoktur (TTK. m. 634). Bir çeke dayanarak, cirantalar, keşideci ve diğer çek borçlularına karşı kambyo senetlerine mahsus takip yapan çek hâmili alacaklının, çekin aslını ve (çekin üzerinde süresinde ibraz edildiği halde ödenmediğini gösteren bir beyan —TTK. m. 720/2, 3— yoksa) ödememe protestosunu (TTK.

[45] Kuru, age, sh. 433; Uyar, Kambyo senetleri, sh. 493, 494.

[46] Doğanay, age. C. 2. sh. 1519; Şimşek, age. sh. 172; Kınacıoğlu, age. sh. 126 - 127; Poroy age. sh. 197 - 198; Üstündağ, age. sh. 455 - 457.

m. 720/1) takip talebi ile birlikte icra dairesine vermesi şarttır (TTK. m. 720) (47).

Süresinde ödememe protestosunun keşide edilmemesi halinde takip hakkının düşeceğini Yargıtay bir kararında şöyle belirtmiştir: «Takip dayanağı 10.3.1983 vade tarihli senet arkasındaki ciro silsilesine göre yetkili hamil durumunda olan anonim şirket vekili kendi çirantası olan İzzet'i takip edebilmesi ancak usulüne uygun şekilde ve süresinde çekilmiş protesto belgesinin varlığına bağlıdır.

Aksi halde alacaklı cirantaya müracaat hakkını kaybeder. Mer-ci bu durumu İİK. nun 170/a maddesi uyarınca re'sen nazara alarak takibi iptal etmesi zorunludur...» (48).

b) Hâmilin takip hakkını yitirmesi

Hamil poliçe ve çeki zamanında ibraz etmezse takip hakkı düşer (49). Misaller :

«TTK. nun 642. maddesi hükmüne göre, poliçe belirli süre geçtikten sonra ibraz edilir veya kabul etmeme veya ödememe protestoları kanunen muayyen sürelerden sonra keşide olunursa, hâmilin-poliçeyi kabul eden kimse müstesna olmak üzere-keşideciye cirantalara ve diğer sorumlulara karşı müracaat hakkı düşeceğine göre olayda poliçenin lehdarı olan dâvacı poliçeyi keşide eden dâvalıya karşı müracaatta bulunabilmesi için poliçeyi belirli süre içinde poliçenin muhatabı M ibraz etmesi ve şayet M ... poliçeyi kabul etmemiş ve bedelini ödememiş ise o zaman kabul etmeme ve ödememe protestosu keşide etmesi iktiza ederdi. Olayda lehdar dâvacı bunları yaptığını ispat edememiş bulunmamasına göre, keşideci dâvalıya müracaat edemez, bu hakkı kaybolmuştur, dâvanın reddi doğrudur (50).

«TTK. nun 708. maddesi gereğince bir çek keşide edildiği yerde ödenecekse 10 gün içinde muhatap bankaya ibraz olunması ge-

(47) Kuru, age. sh. 421; Şimşek, age. sh. 126, 172 - 177, 236; Kınacıoğlu, age. sh. 211, 228 - 230, 235; Poroy, age. sh. 196 - 198, 272 - 273; Gürbüz, age. sh. 417 - 420.

(48) İİD. 19.3.1985, 1985/3880 - 2556, aynı mahiyette İİD. 19.3.1985 T, 1985/3551 - 2555 (Yayınlanmamıştır.)

(49) Doğanay, age. sh. 1545, 1629, 1653; Poroy, age. sh. 204; Şimşek, age. sh. 130; Kınacıoğlu, age. sh. 242.

(50) 11. HD. 3.1.1958, E. 3716, K. 20 aynı mahiyette, 11. HD. 29.3.1968 T. E. 1967/1518, K. 1813 (Doğanay, age. sh. 1544).

rekir. Dayanak çek'in keşide tarihi 28.11.1980 olmasına rağmen ibraz tarihi 9.12.1980 olmakla 10 günlük süre geçirilmiş olduğundan kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılması mümkün olmasına göre ...» (51).

Bono ve poliçeye ilişkin TTK. nun 602. maddesinde, protesto çekilmiş olması şartıyla, vâdenin geçmesinden sonra, ancak protesto süresinin bitmesinden önce ciro yoluyla devir mümkündür. Bono ve poliçede böyle bir ciro, vâdeden önceki ciro ile aynı sonucu doğurur. TTK. nun 721. maddesine göre çekin protestosu için iki günlük ek süre verilmediğinden, çeklerde protestonun, ibraz süresinin bitiminden önce çekilmesi zorunludur. Bu durumda çekin cirosu ibraz süresi bitiminden önce mümkündür. Çek, poliçe ve bonoda ibraz süresinden sonra yapılan ciro alacağın temliki hükmündedir. Ayrıca ibraz süresi geçmezse de, protestonun çekilmesinden ya da aynı nitelikteki «muhatap tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir bildirim yahut bir takaz odasının çek vaktinde teslim edildiği halde, ödemediğini tesbit eden tarihli bir bildirim» (TTK. 720/2, 3) yapıldıktan sonra ciro da, alacağın temliki sonuçlarını doğuracaktır (52).

Vâdeden ve protestodan sonra yapılan ciro yolu ile hâmil olan kişinin kambiyo senetlerine mahsus özel takip yolundan yararlanabileceği kabul edilmiştir (53).

c) Senet bedelinin keşidecilerden birisi tarafından ödenmesi

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibin tatbik edilebilmesi, sadece kambiyo senedinin varlığına bağlı olmayıp, alacağın kambiyo hukukunun düzenlediği kıymetli evrak münasebetinden kaynaklanması da gerekir. Ancak bono borçlusunun borcunu ödeyen şahsın haksız mal iktisabı gereğince haiz olduğu alacak buradaki hususi takip yoluna konu teşkil edemez (54).

Yargıtay da aynı görüşte olduğunu şöyle belirtmiştir : «Takip dayanağı senette takip yapan ve aleyhine takip yapılanın, keşideci durumunda bulunmalarına, aralarındaki ilişkinin kambiyo senedinden değil, Borçlar Kanunundaki müteselsil sorumluluktan ve bununla ilgili 141 ve takip eden maddelerinden kaynaklanmasına İİK.-

(51) İİD. 18.6.1981 T. Es. 4398, Karar 5914 (Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 501).

(52) Gürbüz, age. sh. 332; Öztan, age. sh. 292-294 ve 699-700; Poroy, age. sh. 268.

(53) İİD. 14.6.1971 T. E. 6702, K. 6715 (Şimşek, age. sh. 611), (Ayrıca bkz. Gürbüz, age. sh. 337-338; Öztan, age. sh. 293).

(54) Postacioğlu, age. sh. 682; Üstündağ, age. sh. 454.

nun 170/a maddesi de nazara alınarak kambiyo senetlerine mahsus özel yolla yapılan takibin iptaline karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz...» (55).

d) Senedin teminat olarak ciro edilmesi

Senetleri teminat cirosu ile elinde bulunduran hâmilin, kambiyo hukukuna müsteniden kendi cirantasını takip yetkisini hâiz olmadığı kabul edilmektedir (56).

Yargıtay, aynı doğrultudaki görüşünü şöyle açıklamıştır;

«Alacaklı banka, borçluya 163 örnek ödeme emri gönderilen takibini dayandırdığı bonolarda teminat cirosu ile yetkili hâmil durumuna girmiştir. Alacaklı banka kendi cirantasını değil, senedin keşidecisi borçluyu takip etmiştir. Olaya çözüm getirmesi gereken TTK. nun 601. maddesi uyarınca alacaklı bankanın bu takibi açmaya ve yürütmeye kanunî hak ve yetkisi bulunduğu halde...» (57).

e) Senetteki cirolar arasında teselsülün bulunmaması

TTK. nun 598. maddesine göre, bir poliçeyi elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa dahi, kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı - ciro zinciri - cirolardan anlaşıldığı taktirde, ancak o senedin yetkili hâmili sayılır. Cirolar arasındaki boşluk poliçenin miras veya temlik yoluyla devrinden meydana gelmişse son hâmil hukuken yetkili hamildir (58).

Senette cirolar arasında teselsülün bulunmaması ve hâmilin bu durumu ispat edememesi halinde, süresinde yapılan itiraz ve şikayet üzerine icra tetkik merciince bu husus re'sen dikkate alınıp, takip iptal edilmelidir (59).

(55) İİD. 28.3.1985 T. 1984/13068 E. 1985/2918 K. aynı mahiyette bkz. İİD'nin 21.3.1985 T. 1984/12839 E. 1985/2684 K. ; 21.3.1985 T. 1984/12927 E. 1985/2642 K. ; 24.1.1985 T. 1984/10746 E. 1985/513 K. (Yayınlanmamıştır).

(56) Postacıoğlu, age. sh. 682; Doğanay, age. sh. 1456; Şimşek, age. sh. 93, Karşı görüş için bkz. Gürbüz, age. sh. 306 - 311;

(57) İİD. 29.1.1985 T. 1984/11269 E. 1985/658 K. (Yayınlanmamıştır). Aynı konuda bkz. HGK. 16.2.1972 T. ve K. 104. (Şimşek, age. sh. 93 ve dp. 114).

(58) Doğanay, age. sh. 1414 - 1416; Kınacıoğlu, age. sh. 182 - 183; Poroy, age. sh. 160 - 161;

(59) «Takip dayanağı bonolarda (Sınırlı Sorumlu Esenkent S. Sigortalar Konut Yapı Kooperatifi) lehdar olup, senetler arkasında bir başka Kooperatifin (S. S. Esenkent Memurlar Arsa ve Konut Yapı Kooperatifi) adına kaşe ve imza bulunmaktadır). Lehdar Kooperatifin ciro imzası mevcut bulunmadığına göre, senette ciro silsilesi konmuş ve bu itibarla alacaklı banka ba-

f) Takip konusu poliçenin kabule arz sırasında muhatap tarafından kabul edilmemesi

Poliçe kabul için muhataba ibraz edilir. Senet kabul edilirse, kabul eden senedin asli borçlusu durumuna geçer. Senet kabul edilmezse, hâmil keyfiyeti bir protesto ile tesbit ettikten sonra poliçe borçlularına müracaat edebilir. Kabul etmeme durumunda poliçe geçerliliğini yitirmeyip, ancak kabul etmeyen muhatap hakkında takip yapılmasını önler (60).

Yargıtay'da kabul etmeyen muhatap hakkında takip yapılamayacağı görüşündedir (61).

C) Şikayet ve İtiraz Konularının Ayrılması

Şikayette icra ve iflâs organlarınca takip hukukuna ilişkin hükümlerin çiğnendiği ileri sürülmesine rağmen, itirazda daha çok maddi hukuka dayanan nedenlerden dolayı takipe karşı konulur. Başvuru yeri bakımından şikayet doğrudan doğruya tetkik merciine yapılmasına rağmen (İİK. m. 168/3) itiraz icra memuruna yapılır (İİK. m. 168/4 - 5). İtiraz ve şikayet süre bakımından beş günlük süreye bağlıdır (İİK. m. 168/4, 5). Borca İtiraz satışı (İİK. m. 169), imza ya itiraz takibi (İİK. m. 170/1) durdurduğu halde, şikayet başlı başına takibi durdurmuyup, tetkik merciinde bu konuda karar almak gerekir. Şikayeti tetkik mercii karara bağladığı halde, itiraz icra memuru değerlendirir ve alacaklının «itirazın kaldırılması» talebinde bulunması; (ya da değerlendirmeye karşı tarafların şikayet yoluna başvurması) halinde tetkik mercii itirazı inceler (62).

Uygulamada itiraz ve şikayet konularında; birine dahil edilmesinde güçlük çekilen başlıca haller şunlardır :

kımından (yetkili hamil) sıfatı gerçekleşmemiştir. Hal böyle olunca, borçlu Atay Ayaz hakkındaki takibin iptali bakımından bu gerekçe ile yerindedir. Ancak hakkında takip yapılan Kooperatif bakımından da İİK. 170/a maddesi uyarınca takibin iptal edilmemesi isabetsizdir». İİD. 15.1.1985, 1984/10687 E. 1985/103 K. Aynı mahiyette İİD.'nin 15.1.1985 T. 1984/10864 E. 1985/161 K. 23.1.1985 T. 1984/11055 E. 1985/451 K. 3.4.1985, 1985/3939 E. 1985/3092 K. (Yayınlanmamıştır).

- (60) Doğanay, age. sh. 1465; Uyar, Kambiyo Senetleri, sh. 491; Poroy, age. 138 - 139; Kınacıoğlu, age. sh. 204, 205
- (61) «Bir poliçenin muhatap tarafından kabul edilmemiş oluşu, senedin kambiyo senedi niteliğini yitirmesini gerektirmez. Kabul etmeyen muhatap hakkında takip yapılmasını önler» İİD. 23.6.1967 T. E. 6240, K. 6345 (Uyar, Kambiyo Senetleri, sh. 528).
- (62) Postacıoğlu, age. sh. 145 - 147; Uyar, Şikayet ve İtiraz, sh. 231 - 232.

a) Ciranta sıfatı ile takip edilen borçlunun ciro şerhi altındaki imzasını «kendisine ait olmadığını» bildirmesi İİK. m. 168/4'e göre «imza inkârı» mı, İİK. m. 170/a'ya göre hâmilin yetkili hâmil olmadığını belirten bir şikayet nedeni midir?

Doktrinde bu husus genellikle imza inkârı olarak kabul edildiği gibi Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir (63).

b) Borçlunun, ciro altındaki imzanın cirantaya ait olmadığını ileri sürmesi «hâmilin meşru hâmil olmadığı ve kambiyo hukukuna göre takip hakkını kazanmadığı» anlamında olup, İİK'nun 170/a maddesine göre bir «şikayet» nedenidir. Bu durumda müracaat tetkik merciine yapılmalıdır (64).

Yargıtay çeşitli içtihatlarında, borçlunun «ciro altındaki imzanın cirantaya ait olmadığını» ileri sürmesinin, «İmza inkârı» niteliğinde olmadığını, bunun İİK. nun 170/a maddesi uyarınca bir şikayet nedeni olduğunu belirtmiştir (65).

Borçlu, aynı takip konusu senet için hem icra dairesinde imza inkârında, bulunup hem de tetkik merciinde dava konusu senedin kambiyo senedi niteliğinde bulunmadığını şikayet yolu ile ileri sürebilir mi? Bu konuda borçlunun imza inkârı ile takibin duracağı (İİK. m. 170/1), tetkik merciinde ayrıca şikayet yoluna başvurmada hukukî yararının bulunmadığı ileri sürülebilirse de, borçlunun her iki yolada başvurması hem yasal hakkıdır; hem de hukukî yararı vardır (66).

Yargıtay da aynı görüştedir (67).

D — Şikayetin Usulü

1 — Şikayet Talebi

Borçlunun şikayet hakkı takibe dayanak teşkil eden senedin kambiyo vasfında olmadığına veya senet bu vasıfta olmakla bera-

(63) Domaniç, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975, sh. 758; Öğütçü T./Altın M. Ticari Senetler (Poliçe, bono, çek) ve Özel Takip Yolları, Ankara 1980, sh. 329; Ayrıca bkz. İİD. 17.10.1978 T. 7620/8266, (Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 491, dp. 16'dan naklen)

(64) Uyar, Kambiyo Senetleri, sh. 491; Öğütçü T./Altın, M. age. sh. 330; Postacıoğlu, age. sh. 693.

(65) HGK. 27.11.1981 T. E. 1980/12, K. 767; İİD, 3.3.1980 T. 443/1919; 7.10.1980 T. 7260/7114, Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 492'den naklen.

(66) Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 492-493.

(67) İİD. 23.9.1970 T. 9260/9255; Uyar, Kambiyo Senetleri, sh. 493'den naklen)

ber, alacaklının kambiyo hukukuna göre takip hakkına sahip bulunmadığına dair olabilir (İİK. m. 168/3, 170/a). Borçlu bu iddiasını alacaklıya tebliğ edilecek bir dilekçe ile icra tetkik merciine bildirmelidir (68).

2 — Süre

Takip müstenidi senet TTK'nun zaruri gördüğü unsurlardan yoksun ise veya takip yapan alacaklının hakkı kambiyo hukukundan kaynaklanmıyorsa, borçlu ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş gün içinde şikayet yolu ile icra tetkik merciine başvurabilir (İİK. m. 168/b. 3) (69).

Ancak, alacaklı senet aslını takip talebine eklememiş ve borçluya tebliğ edilen suret TTK. nun emredici hükümlerine uyduğu halde senedin aslı bu vasıfta bulunmamış ise, borçlunun gerçek durumu öğrendiği tarihten itibaren şikayet hakkı olduğu kabul edilmelidir (70).

Bir görüşe göre, Türk Ticaret Kanununun Kambiyo Senetlerinin geçerliliğine ilişkin emredici hükümleri karşısında, icra memurunun amir hükümlere aykırılık teşkil eden işlemlerini süresiz şikayete tabi olması gerekir (71).

Başka bir görüşe göre ise şikayet hakkının her zaman kullanılabilmesi halinde kanunen beş günle takyit edilmesinin bir anlamı kalmaz. Yani, icra memurunun hatası sonucu kambiyo senedi vasfını taşımayan bir senede müsteniden hususi takip yapılmış ve borçlu şikayet veya itirazda bulunmamışsa takip yalnız bu sebeple iptal edilemez (72).

Yargıtay (5) beş günlük süreyi re'sen nazara almaktadır (73).

Kanaatimca da, borçlu süresinde itiraz ve şikayet yoluna başvurmazsa, tetkik mercii herhangi bir nedenle önüne gelen senedin kambiyo senedi niteliği taşıyıp taşımadığını ve alacaklının bu yolla takip yapma hakkının bulunup bulunmadığını inceleyemez.

(68) Domaniç, age. sh. 755 - 756; Muşul, agm. sh. 620 - 621, Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 491; Postacıoğlu, age. sh. 692;

(69) Domaniç, age. sh. 755 - 756; Öğütçü, T./Altın, M. age. sh. 328; Muşul, agm. sh. 620; Kuru, age. sh. 433.

(70) Postacıoğlu, age. sh. 692; Üstündağ, age. sh. 420;

(71) Muşul, agm. sh. 624.

(72) Postacıoğlu, age. sh. 692 - 693; Domaniç, age. sh. 756; Kuru, age. sh. 435; Öğütçü/Altın, age. sh. 347;

(73) İİD. 25.3.1974 T. 2491/2726 (Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 495'ten naklen).

3 — Şikayetin incelenmesi

Merci Hâkimliği, şikayet dilekçesi üzerine icra takip dosyasını getirterek, durumu tetkik eder ve şikayeti yerinde görürse yapılan takibi iptal eder (İİK. m. 170/a. 2). Mercii hâkimi, bir şikayet olmaksızında borçlunun itirazı sebebi ile el koyduğu dosyadaki senedin kambiyo senedi vasfında olmadığını alacaklının kambiyo hukuku gereğince takip hakkına geçici veya kesin olarak sahip olmaması durumlarını tesbit ederse de, takibi iptal edebilir (İİK. m. 170 a/II): (74).

Sayılan durumlarda ödeme emrini değil, takibin iptaline karar verilmelidir (75).

Yukarıda belirtilen şikayet sebeplerinden biri ile dosyaya el koyan icra hâkimliği duruşma yaparak veya dosya üzerinde tetkikle karar verir. Tetkik Mercii şikayeti uygun görürse, takibi iptal aksi halde şikayeti reddeder (İİK. m. 17). Yargılama basit usule göre yapılır (İİK. m. 18). Şikayet icrayı durdurmaz ise de mercii hâkimliği şikayetin karara bağlanmasına kadar icranın durdurulmasına karar verebilir (İİK. m. 22) (76).

İcra tetkik Mercii'nin baktığı şikayet (İİK. m. 16 vd.) ve itirazın kaldırılması talepleri bir dava olmadığından ve tetkik mercii'nin bu talepler hakkında verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bir alacak hakkında icra tetkik mercii'nde inceleme yapılmakta olması, aynı alacak için hukuk mahkemesinde açılan alacak davasına karşı derdestlik ilk itirazında bulunmaya yetki vermez (77).

4 — Şikayet Konusunda Verilen Kararın Temyizi

Tetkik Mercii'nin İİK. nun 170/a maddesi uyarınca vereceği kararların temyiz edilemeyeceği doktrinde (78) belirtilmişse de, Yargıtay bu konuda verilen kararlar hakkında inceleme yapmaktadır (79).

İcra Tetkik Mercii'nin İİK. nun 170/a maddesi uyarınca verdiği kararlar İİK. nun 363/3 md. si gereğince «ödeme emrine karşı yapılan

(74) Domaniç, age. sh. 756; Postacıoğlu, age. sh. 692; Üstündağ, age. sh. 416; Kuru, age. sh. 433; Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 493-494.

(75) İİD. 23.1.1985 T. 1985/15123 - 1985/461 K. (Yayınlanmamıştır).

(76) Domaniç, age. sh. 757; Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 493;

(77) Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Ankara 1982, sh. 3008;

(78) Domaniç, age. sh. 758;

(79) Uyar, Kambiyo Senetleri sh. 496;

itiraz ve şikayet kavramına girdiğinden temyiz edilebilmelidir. Gerçi, İİK. m. 363/3'de hatalı olarak «ödeme emrine veya tahliye emrine veya bunların tebliğ şekline» denilmişse de bu maddeyi «... şekline yapılan itiraz ve şikayetlerin» şeklinde anlamak gerekir (80).

Temyiz süresi (10) gün olup, karar vicahta verilmişse tefhimden gıyapta verilmişse tebliğden itibaren başlayıp, (İİK. m. 363) ittila temyiz süresinin başlangıcına esas olmaz (81).

IV — SONUÇ

İcra Memurunun; takip müstenidi senedin TTK. hükümlerine göre kambyo senedi vasfını taşıması veya alacaklının borçluyu kambyo hukukuna göre takip edebilme hakkının bulunmamasına rağmen kambyo senetlerine mahsus ödeme emri göndermesi halinde, kanun (İİK. m. 168/1) İcra Memuru tarafından ihlâl edilmiş olacağı için, borçluya şikayet hakkı tanınmıştır (İİK. m. 168/3; 170.a/1) (82). Ayrıca, icra tetkik merciinde süresinde yapılan şikayet ve itiraz üzerine kendisine intikâl eden işlerde bu hususları re'sen nazara alarak takibi iptal edebilir (İİK. m. 170/a.2) (83).

Doktrin ve uygulamada senet metninin keşide veya tanzim tarihine kadar değişik kalemlerle ve ayrı ayrı kişilerce yazılmasının kambyo senedi vasfını etkilemeyeceği kabul edilmektedir (84).

Şikayet süresi (5) beş gün olup, ödeme emrinin tebliği ile başlar. İcra Memurunun TTK. nun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden işlemlerinin süresiz şikayete tâbi olması gerektiği görüşü ileri sürülmüşse de, doktrindeki çoğunluk görüşü ve Yargıtay uygulaması (5) beş günlük sürenin re'sen nazara alınması yönündedir (85).

Mercii Hâkimliği, süresinde yapılan itiraz ve şikayet üzerine, duruşma yaparak veya dosya üzerinde tetkikle şikayeti uygun görürse takibi iptal, aksi halde şikayeti reddeder. Ancak, takibin iptali veya şikayetin reddine dair tetkik mercii kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler (86).

(80) Kuru, İcra ve İflas K. ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara 1972, sh. 203;

(81) İİD. 27.3.1985 T. 1984/12771 E. 1985/2815 K. (Yayınlanmamıştır).

(82) bkz. yuk. sh. 4 vd.

(83) bkz. yuk. sh. 11 vd.

(84) bkz. yuk. sh. 5.

(85) bkz. yuk. sh. 17 - 18

(86) bkz. yuk. sh. 19

İcra Tetkik Mercii'nin İİK.nun 170/a maddesi uyarınca verdiği kararlar İİK.nun 363/3 maddesi gereğince temyiz edilebilmektedir (87).

KAYNAKLAR

- DOĞANAY, İ. : Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2. Cilt, Ankara 1981
DOMANIÇ, H. : Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975
ERMAN, E. S. : Poliçe - Bono - Çek ve Kambiyo Senetlerine ait Özel Takip Yolları, 1973
EROL, A. N. : Takip Hukukunda Kambiyo Senetleri, Ankara 1975
ERSÖZ, Ş. K. : Polipelerin Kabul Etmeme ve Ödememe Protestoları, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi (29), 2. 81. 23-29
GÜRBÜZ, A. H. : Yargıtay Uygulaması Işığında Ticarî Senetlerin İptali Dâvaları ve Ticarî Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984
GÜRDOĞAN, B. : İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970
KINACIOĞLU, N. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1984
KURU, B. : İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 1983
KURU, B. : İcra ve İflâs Kanunu Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara 1972
KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. Cilt, Ankara 1982
MOROĞLU, : Bonoda İmza, BATIDER, 1968, s. 4, sh. 714-717.
OLGAÇ, S. : İcra - İflâs. 2. Cilt, Ankara 1978
ÖĞÜTÇÜ, A. T/ALTIN. : Ticarî Senetler ve Özel Takip Yolları, Ankara 1979
ÖĞÜTÇÜ, A. T/ÇİTOĞLU, A. : Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1977
ÖZTAN, F. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1976
POROY, R. : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 1984
POSTACIOĞLU, İ. : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982
ŞİMŞEK, E. : Hukukta ve Cezada Ticarî Senetler, Ankara 1983
UYAR, T. : İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, Manisa 1982
UYAR, T. : İcra Hukukunda Şikayet ve İtiraz, Manisa 1983
ÜSTÜNDAĞ, S. : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1982
YELEKÇİ, M. : Notlu İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1984

K I S A L T M A L A R

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
agd	: Adı geçen dergi
age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
b	: Bent
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
dp	: Dipnotu
E	: Esas
f	: Fıkra
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİD	: Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İİK. Yön.	: İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği
İİK. Niz.	: İcra ve İflâs Kanunu Nizamnamesi
K	: Karar
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
S	: Sayı
sh	: Sahife
T	: Tarih
TD	: Yargıtay Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: Ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

BANKA KREDİ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Ünal SOMUNCUOĞLU (*)

1. Bankalardan kredi talebinde bulunan kişi ya da kuruluşlarla, bankalar arasında, bu kredi işlemi ile ilgili olarak ve alınan kredinin hukuksal ve mali şartlarını belirleyen bir belge tanzim olunmaktadır. Bu belge, basılı formüller şeklinde olup, belgede yer alan tüm şartlar, bankalarca tayin ve tesbit olunmaktadır. Bazı millî bankalar, bu belgelere, **Umumi Taahhütname**, bazıları **Genel Kredi Sözleşmesi** adı vermekte ve fakat çoğu bankalarca bu belgelere taraf olarak imza atılmamakta sadece, kredi lehdarları ve kefillerine imzalatılmaktadır. Özellikle, bu belgelere **Umumi Taahhütname** adı veren bankalar, bu belgeleri, **Karşılıklı Taahhütleri Hâvi Bir Akit** olarak değil, kredi lehdarının **Tek Taraflı Bir İcabı** olarak empoze etmek istemektedirler. Bu birinciler açısından, ilk bakışta bu çaba, akla yakın gibi gözükmekte ise de, bu belgelere **Genel Kredi Sözleşmesi** adı veren bankalar açısından, bu davranışın hiçbir tutarlılığı bulunmamaktadır.

Gerçekten bir yazılı belgeyi açık ve seçik olarak **Genel Kredi Sözleşmesi** olarak isimlendirdikten ve bunların **Snallagmatique** bir akit niteliği taşıdığını, en azından bu adlandırma ile kabul ve beyan ettikten sonra, banka olarak bunları imzalamamak suretiyle tek taraflı bir icap niteliği taşıdıklarını iddia etmenin hiçbir gerçekçi yönü yoktur. Bu ikinciler, başlıklarından da anlaşılacağı üzere, bir sözleşmedir ve tartışmasız bir biçimde, her iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı taahhütleri havi bir akittir. Yani bankalara, belgede belirlenen şartlarla kredi vermeyi, kredi lehdarlarına ise, aynı şartlarla kredi kullanmayı amaçlayan sözleşmelerdir. Binaenaleyh, aşağıdaki satırlarda, özellikle **Umumi Taahhütname** olarak isimlendirilen belgelerin, niçin, kredi lehdarının **Tek Taraflı Bir İcabı** olarak nitelendirilemeyeceğini açıklayacak ve bankalarca taraf olarak imzalanmayan tüm bu belgelerin hangi hukuksal nedenlerden ötürü ge-

(*) İstanbul Barosu Avukatlarından.

çersiz bulduklarını izaha çalışacak ve bu geçersizlik sebebiyle, kredi lehdarının ve özellikle kefillerinin hukuksal durumları ile bu belgelerde belirlenen şartlara ne derece uymak zorunda olduklarını ortaya koymaya gayret edeceğiz.

II. Konuya girmeden evvel, bir banka ile kredi lehdarı arasındaki kredi sözleşmesinin pratik ve hukuksal aşamalarını açıklamakta yarar görüyoruz.

Bir banka kredi işlemi şu aşamalardan geçer.

a) Bir kredi talepçisi, ilişki kurduğu banka şubesine, sözlü istemiyle başvurur.

b) Bu şube, bankalar yasası gereğince kredi limitini aşan bir kredi talebi söz konusu ise, keyfiyeti **Bölge Müdürlüğüne** aktarır ve bu arada kredi talepçisinden, bilanço sirküler vs. gibi bir takım belgeler alır.

c) Kredi talep miktarı, bölge müdürlüğünün limitini de aşıyor ise, anılan merci, talebi, Bankalar Yasasının öngördüğü üst mercilere intikal ettirir.

d) Bu merciler, kredi talebini şu veya bu miktarda onayladıktan sonra, bu onay, ilgili şubeye duyurulur ve kredi sözleşmesi, taraflar arasında böylece **Sözlü Olarak** kurulur.

e) Bu aşamalardan sonra ilgili şube, kredi lehdarı ve kefillerine, inceleme konusu yaptığımız, kimi bankalarca **Umumi Taahhütname**, kimilerince **Genel Kredi Sözleşmesi** diye adlandırdıkları ve taraflar arasındaki **Kredi Şartlarını** belirleyen belgeyi imzalatırlar.

Banka ile kredi lehdarı arasındaki kredi ilişkisinin, aynen aktardığımız gibi kurulduğu tartışmasıdır.

Hal böyle olunca, **İcap ve Kabul** kavramlarının, bir akdin kurulmasındaki zamanlama ve sıralarının açık bir biçimde ortaya konması ve bu yolla **Umumi Taahhütname** yahut **Genel Kredi Sözleşmesi** adı verilen belgelerin, kredi talepçisinin bir icabı olup, olmayacağıının saptanması şarttır.

III. **İcap** nedir? İcap, muhatabı ile bir akdi ilişkiye girmeyi amaçlayan kişinin o şahsa yönelttiği bir tekliftir. Bu teklifi ile o taraf muhatabına der ki : **Ben Seninle Şu Şartlarla Bir Anlaşma Yapmak İstiyorum Kabul Eder misin?**) Muhatap, bu öneriyi kabul eder, **yahut, belli bir modifikasyondan sonra taraflar şartlarda anlaşırlar** ise, iki taraf arasında bir sözleşme kurulur.

Bu aşamaları ve nitelikleriyle, **İcab Bir Sözleşmenin Son Adımı Değil İlk Adımıdır**. Yani ilk teklif, talebedenden gelir ve sözleşme bu ilk adımdan sonra kurulabilir.

Oysa, somut sözleşme bir banka kredi sözleşmesi oldukça, inceleme konusu belgelerin, bu ilişkide ilk adım olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Evvela, **Banka Umumi Taahhütnameleri Veya Genel Kredi Sözleşmelerinin** ne gibi hükümler taşıdığı tüm ilgililer ve bu konuya eğilen tüm hukukçular tarafından çok iyi bilinmektedir. Tüm bu belgelerin gerek hukuksal ve gerekse mali hükümleri tümü ile bankalar tarafından kaleme alınmakta ve sadece bankalar lehine hükümler taşıyan bu formüller, bankalarca basılı hale getirilmekte ve yukarıda aktardığımız pratik ve hukuksal aşamalardan sonra, kredi lehdarları ile kefillerine, banka iradesini içeren yazılı belgeler olarak imzalatılmaktadır. Bu durumda **Nasıl Olabilir ki Bu belgeler Kredi Lehdarının Serbest İradesi İle Kabul Ve Tayin Ettiği Kredi Alma Şartlarını Belirleyen Bir Kredi Talepçisi İcabı Olarak Nitelendirilebilsin?**

Herşeyden evvel, yukarıda açıkladığımız kredi işlemi pratik aşamaları ve genel olarak **İcab Kavramının Bir Akdi İlişki İçerisindeki İşlem Zamanlaması** gözönünde bulundurulduğunda, bu belgelerin sözleşmesel ilişkinin ilk adımı olan **İcab** olacak nitelendirilemeyeceği açıkça anlaşılır. Tam aksine, kredi ilişkisi tüm safhaları ile noktalanıp, banka kredi talepçisine kredi vermeyi kabul ettikten sonra bankaca kredi isteyene ve kefillerine imzalatılan birer belgedirler.

Beri yandan, taşıdıkları hükümler nazara alındığında, bu belgelerin kredi talepçisi tarafından hükümleri tayin ve tesbit edilen ve bankaya bir icap olarak yönetilen birer belge olduklarını iddia etmek, pek ciddiye alınmasa gerektir. Aşağıda da açıklayacağımız üzere, bu belgeler, birer yazılı sözleşme ve **Tipik Birer İltihaki Akittirler** (Contrats d'adhésion)

IV. Bilindiği gibi, **Banka Kredi Sözleşmeleri**, yasalarda **Bir Tip Sözleşme** olarak yer almadıkları gibi, herhangi bir şekil şartına da bağlı kılınmamışlardır.

Ancak, Türk Borçlar Yasasının 16. maddesine göre : **(İki Taraf Kanunen Hususi Bir Şekle Tabi Olmayan Bir Akdin Hususi Bir Şekilde Yapılmasını Kararlaştırmışlar İse Akit Tekarrür Eden Şekilde Yapılmadıkça İki Taraf Bununla İlam Olunamaz)**

Yukarıdaki açıklamalarımıza ve kişisel kanımıza göre, **umumi taahhütname veya genel kredi sözleşmesi** olarak adlandırılan belgeler sözlü kredi sözleşmesinin hukuken kurulmasından sonra, kredi lehdarı ve kefillerine imzalatıldığı için, şurası açıktır ki, banka şifahi sözleşmeyi yeterli görmemiş ve salt kendi arzu ve iradesi ile, anlaşmayı yazılı hale getirmek istemiştir.

Tekrar ediyoruz, kredi lehdarı, kredi operasyonunun daha başlangıcında, anılan belgeleri imzalayıp, bir icap olarak bankaya yöneltmemiş, tam aksine tarafların kredi talep ve kredi verme kabul iradeleri birleştikten sonra bankanın kaleme aldığı kredi şartları, sırf bankanın arzu ve iradesi ile yazıya dökülerek lehdar ve kefillerine imzalatılmıştır. Bir başka deyişle, hernekadar **Kredi Sözleşmeleri** yasal olarak **Yazılı Şekle** tabii değil, ise de işlem tamamlandıktan sonra, bankanın iradesi ile bu sözleşme yazılı hale getirilmiştir.

Bu belgelerin gerçek birer yazılı sözleşme olduklarını ve keyfiyetin bankaların da kabulünde olduğunun daha da somut bir kanıtı vardır, bilindiği gibi eski **Damga Vergisi Yasasına** göre, **Yazılı Sözleşmeler** damga vergisi kapsamında olup, icap ve kabul şeklinde in'ikad eden akitler, damga vergisinin kapsamı dışında idiler. Oysa, eski damga vergisi yasası yürürlükte iken tanzim olunan **Umumi Taahhütname veya Genel Kredi Sözleşmeleri** dahi bankalarca damga vergisine tabii tutulmuşlardır. İcapların damga vergisine tabii olmadığı bir dönemde bile bu belgeler için anılan vergiyi tahsil eden bankaların bu belgelere **Tek taraflı bir icap değil iki taraflı taahhütleri havi bir sözleşme niteliği izafe ettikleri kuşkusuzdur.**

Beri yandan **Umumi Taahhütname** adı verilen belgelerin Başlık bölümünde aynen : **(Bu umumi taahhütnamenin ayrıca mukavele teati edilmemiş hallerde - hesabı cari ve çek ve rehin mukavele namesi hüküm ve mahiyetini de haiz olacağı ve ayrıca mukavele teati edilmiş olsa bile bu taahhütname esaslarına bankanızca ayrıca istinat edilebileceği hususundaki mutabakatımızı da teyit ederiz)** şeklinde bir ibare bulunmaktadır.

Cari hesap mukavelesi yazılı şekle tabii olduğuna göre (TTK. md. 87/2) umumi taahhütname adı verilen belge dahi bankaca karşılıklı edimleri içeren bir yazılı sözleşme kabul edilmese idi bankaca kaleme alınan bu belgede yukarıda aynen aktardığımız hüküm yer alabilir miydi?

V. Anılan belgelerin karşılıklı taahhütleri havi birer yazılı sözleşme, yani kredi lehdarına, bu belgelerde belirlenen şartlarla kredi

kullanmayı, bankaya ise, aynı şartlarla kredi vermeyi amaçlayan yazılı sözleşmeler olduklarını böylece saptadıktan sonra gelelim bu belgelerin ortaya çıkardığı hukuksal sorunlara.

a) Madem ki, kredi sözleşmeleri bir şekle tabi olmasa da bu sözleşmeler bankanın arzu ve iradesi ile yazıya dökülmüştür, Türk borçlar yasasının 16. maddesine göre, bu sözleşmelerin yazılı şekil şartlarına aynen uygun bulunması gereklidir.

b) Türk borçlar yasasının 13. maddesine göre, **(Tahriri olması icabeden akıtlarda borç deruhte edenlerin imzaları bulunmak lâ-zımdır)**

Oysa, anılan belgeler altında, sadece kredi lehdarının ve kefillerinin imzaları yer alıp, banka ilgililerinin imzaları bulunmamaktadır.

c) Yine Türk Borçlar Yasasının 19/2. maddesine göre, **(Kanunun kati surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet ahlaka adaba veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir)**

d) Her iki maddenin birlikte ele alınıp, somut olayımıza uygulanmasından ortaya çıkan hukuksal sonuç şudur, madem ki **Umumi Taahhütname veya Genel Kredi Sözleşmesi** olarak adlandırılan belgeler, aslında birer **Karşılıklı edimleri içeren yazılı sözleşmelerdir**, söz konusu belgeler altında, banka yetkililerinin imzaları bulunmadığı için söz konusu akıtlar, **Hukuksal alana hiç doğmamış, butlanla malû belgelerdir**.

VI. Bu durum kredi lehdarı ve kefilleri açısından şöyle bir hukuksal tablo yaratır.

a) Her ne kadar söz konusu belgeler geçersiz ise de, **Kredi lehdarı ile banka** arasında banka tarafından lehdara kredi kullanırılmış olmakla yine de sözlü bir **karz akdi kurulmuş olmaktadır**. Ne var ki, yazılı sözleşme, yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü geçersiz bulunduğu için, **tarafklar arasındaki kredi şartları yasaların genel hükümlerine tabidir**.

b) Kefillerin bu ilişkiadaki durumları ise kanımızca tamamen değişiktir. Şöyleki.

aa) Türk Borçlar Yasasının 483. maddesine göre : **«Kefalet bir akittir onunla bir kimse borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder»**

bb) Yine Borçlar Yasasının 484. maddesine göre : **(Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeye ve kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır)**

cc) Keza Borçlar Yasasının 485. maddesine göre : **(Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder)**

dd) Yasal hükümler bu arzettiklerimizden ibaret bulunduğu göre ortada hukuken muteber yazılı bir sözleşme olmadığı ve kefalet de ancak muteber bir borç hakkında söz konusu olacağı için kefaletin de geçersiz olacağı açıktır.

ee) Burada şöyle bir soru akla gelebilir. **Kefalet beyan ve imzası ile de yazılı sözleşme altında mı yer almalıdır?**

Kuşkusuz hayır, kural olarak tek taraflı bir kefalet beyan ve imzası kefaletin geçerliliği için yeterlidir. Ne var ki, somut olayımızda kefalet imzaları, inceleme konusu olan belgeler altına atılmıştır, bir başka deyişle buradaki kefaletin **Causa'sını** salt bu belgeler teşkil etmiştir. Yani buradaki kefiller banka ve lehdar arasındaki herhangi bir Karz akdine değil münhasıran inceleme konusu belgelere konu teşkil eden kredi ilişkisine kefalet etmişlerdir, yukarıda arzettiğimiz hukuksal nedenlerden ötürü bu kefaletlerin Causa'sını teşkil eden anılan belgeler **Geçersiz** ve kefalet ise, ancak muteber bir borç hakkında vaki olabileceği için **bu kefaletler dahi geçersizdir.**

Sonuç

1. İnceleme konusu belgeler gerçekte karşılıklı taahhütleri havi birer yazılı sözleşme olup gerekli şekil şartlarından yoksunlukları nedeniyle **Batıl Buldukları** için bankaların, kredi lehdarlarından bu belgeler hükümlerine göre değil, yasaların genel hükümlerine göre talepte bulunmaları mümkündür. Bunun sonucu olarak taraflar arasında bir dava söz konusu oldukça ne davacı bankaların bu belgelere dayanmaları ve ne de yargı mercilerinin bu belgelere istinat ederek davayı çözümlenmeleri kabildir.

2. Kefillerin kefaletlerinin **Causa'sı** münhasıran bu belgeler olduğuna ve bu belgeler de yukarıda açıklanan nedenlerle geçersiz olduğuna göre muteber bir borç hakkında kefaletleri bulunmayan bu kefillerin bankalarca takip veya dava edilmeleri yargı mercilerinin de bu sonuncuların bankalara borçlu bulduklarına hükmetmeleri mümkün değildir.

**BİRLEŞİK DEVLETLER ANTİTRÖST HUKUKUNDA
YENİ GELİŞMELER
PATENT ANTİTRÖST ORTAK YÜZÜ
(I)**

«It was the best of times.»
It was the worst of times.»
(Bir devrin iki yüzü)

Yazan :
Glen E. Weston (*)

Çeviren :
Nail SUCU (**)

SUNUŞ

Birleşik Devletler Antitröst statüsü, Antitröst hukuktaki Chicago Okulu'nun artan etkisine karşılık Harvard Okulu etkinliğinin azalması, Antitröst yasalar, uygulamada kaza gücünün rolü Birleşik Devletler Antitröstünün uygulama mekanizması ve kurslarla yasa uygulayıcılarının ekonomiye, ekonomistlerin hukuka daha bir yaklaşımının sağlanması konularını içeren bu makalenin liberal ekonominin çok sözü edildiği ülkemizde, ekonomik düzen değişikliğine karşın hukuksal alanda buna paralel bir hareketin olmayışı yönünden ilginç bulunacağını umarım. (Çevirmen)

I — GİRİŞ

Bu aktarma (nakil), kat kat yerinde geliyor bana. İlk ağızda, o, bu günkü Birleşik Devletler antitröst statüsünü çok iyi tanımlar. İkinci olarak İngiliz edebiyatını yakından bilenleriniz onun kaynağını Charles Dickens'in meşhur İngiliz romanı «İki Şehrin Masalı»nı hatırlayacaktır. Dekorunu Fransız Devrimi zamanındaki Paris ve Londra'nın zıtlığı, ayrılığıydı.

Benim bu günkü hikayemde iki şehrin, Harvard Üniversitesi'nin yuvası, Cambridge, Massachusetts ve Chicago Üniversitesi'nin temeli Chicago, İllionis'in hikayesidir. Bence, Birleşik Devletler Anti-

(*) The George Washington Üniversitesi Antitröst ve Ticaret Hukuku Profesörü
(**) Yargıtay Tetkik Hâkimi

tröst hukukundaki en önemli yeni eğilim Şikago Okulu denen Anti-tröst analizin fazla artan etkisidir. Bu, ister istemez Havırd Okulu denen antitröst ekonominin etkisinin mukabil düşüşünü gösterir. Günün devrimi antitröst uygulamadaki Reagan (Regin) Devrimi'dir. 1930'ların Büyük Deprasyon döneminden beri Birleşik Devletler antitröst politikadaki en şiddetli en katı değişikliği temsil eder. Bu devrim, fikri gerekçesini Şikago Okulu analistlerinin ekonomik teorisinde bulur. Bu gelişmeleri tasvir ve onları Patent - antitröst ortak yüzündeki belirli problemlere bağlıyacağım. İlâveten bu değişikliklerin sadece geçici olup olmadığı, veya onların sonunda Avrupa antitröstüne yayılacak Birleşik Devletler antitröstündeki sürekli değişiklikleri meydana getirip getirmeyecekleri üzerine perspektiflerimi vermeye çalışacağım. Başlangıçta bu, Birleşik Devletler antitröstünün birkaç benzersiz özelliklerini gözden geçirmeye yarayabilir. Bunlar meydana gelen değişikliklerin yasadışı nasıl oluştuğunu açıklamaya yarayabilir. Bu, ayrıca değişikliklerin «yetkili kılma» anlaşmalarına girenlere neyi ifade ettiğini anlamakta ve değişikliklerin geçici olup olmadıklarını tahmin etmekte yararlı olabilir.

Çoğumuzun bildiği gibi Birleşik devletler antitröst yasaları temelde çok sade anayasa benzeri yasaklamalardır. Onlar hangi özel uygulamaların yasaklandığına karar vermede kaza gücüne çok büyük takdir yetkisi bahşeder. Sherman Yasası Fasil I, ticareti men ve kasıtlayan her sözleşme, birleşme ve gizli ittifakı yasaklar. Bu ifade tarzı aslında neyin yasaklandığına veya izin verildiğine ilişkin gerçek bir rehberi içermiyor. Aynı biçimde, tekelleşmeye, tekelleşme girişimine, tekelleşme gizli ittifakına karşı, fasıl 2'deki kapsamlı yasaklama da tarifleri içermiyor. Bu olaydan olaya anlam çıkarmayı kaza gücüne bırakıyor. Sonuçta Yüksek Mahkememiz (Yargıtay) «Rule of Reason - Amaç - Neden» yorum ölçüsünü kabul etti. Bu, rekabet üzerindeki etkilere ve amaca işaret eden olaylar gösterildikten, ortaya konduktan sonra, men ve kısıtlamaların rekabet üzerine haksız, rasyonel olmayan kısıtlamalar olduğuna dair kanıtları gerektirir. Ancak, öteyandan birkaç anlaşma türü öyle bizatihi antirekabetseldir ki kati olarak ticaret men ve kısıtlamaları oldukları farzedilmeli diye karar verdi Yüksek Mahkeme.

Bunlar fiyat tesbiti anlaşmaları, pazar bölüşmesi anlaşmaları, grup boykotları, tekrar satım fiyat idamesi anlaşmaları ve «bir şey veya hizmetin diğer birşey veya hizmet üzerine satışını şart koşan bağımlı (şartlı) satış gibi» kendiliğinden (bizathi) yasaya aykırılıklardır.

Birleşik Devletler antitröstünün diğer bir benzersiz özelliği üç yönlü uygulama - infaz - mekanizmasıdır. Adalet Antitröst Departmanı antitröst yasaları ya ceza davaları veya yapıp - yapmama mahkeme emrine ilişkin hukuk davaları yoluyla uygular. Bağımsız Federal Ticaret Komisyonu sivil idari durdurma ve vazgeçirme emirleriyle haksız rekabet yöntemleri ve haksız hareket veya uygulamalara karşı Clayton Yasası ve geniş F.T.C. Yasası yasaklamalarını uygular. Nihayet antitröst ihlal nedeniyle mal varlığı veya işinde zarara uğrayan özel kişi veya ilgilisi üç misli zarar, masraf ve ölçülü (makul) avukatlık ücretini dava edebilir.

Özel antitröst davalar, idare infaz davalarını çok fazla aşmaktadır. İnfaz ajansları, antitröst infaz davası açıp açmamayı kararlaştırmada büyük takdir yetkisine sahiptir. Buna ek olarak onlar sık sık kendi yasa yorumlarını alenen açıklar veya klavuz çıkarırlar. Ancak bu yorumlar özel davacıları ve mahkemeleri bağlayıcı değildir.

Birleşik Devletler antitröstü müphem sosyal ve siyasi hedefler ve ekonomik hedeflerin zor bir karışımını, harmanını temsil eder. Ekonomik olmayan hedefler, ekonomik karar verme yetki dağılımı, dürüstlük ve etkinliklerine bakılmaksızın küçük iş girişimleri sisteminin tercihi gibi özelliği olmayan kavramları içeriyor. İkinci Dünya Harbi sonu döneminde akademili ekonomistlerin antitröstteki etkisi çok fazla arttı. Onlar Havırd Üniversitesi'nde ve Havırd Okulu veya Plancılar Endüstriyel Organizasyon Ekonomi Okulu diye anılan başka yerlerde ortaya çıktılar. Havırd Okulu, Edward Chamberlin ve Joan Robinson gibi ekonomistlerin, bir kaç büyük şirketin hakim olduğu pazarlara ilişkin Oligopoli —bir kaç satıcının tekeli— ve tekeli rekabet teorileri üzerine kuruldu. Onlar yapısal olarak fazla yoğunlaşmış (temerküz etmiş) bir pazarın otomatikman tekelinin meydana koyduğu gibi daha yüksek bir fiyat ve daha düşük verimin aynı sonuçlarını doğurmaya meyledeceğini kaziye kabul ettiler. «Havırd Plancılar «Okulu sadece Birleşik Devletler akademik ekonomisinde değil ayrıca hükümet antitröst infaz politikasında ve antitröst yasaların kazai yorumunda da üstün bir etkiye sahip oldu.

Pazar performansının birinci hakimleri olarak pazarlara girme engelleri ve pazar yapısının önemi deyince Havırd Plancıları akla geldi. Onlar, hükümet politikasının öncelikle, Oligopoli ve yoğunlaşma (temerküz) gelişmelerini önliyerek rekabetçi pazar yapılarını korumaya yönelmesi gerektiğini önerdiler. Bazıları zaten yoğunlaşmış (temerküz etmiş) pazarlar için dağıtılma —yoğunlaşmanın dağıtılması— programları önerdi. Havırd Okulu ekonomistleri ayrıca arzcılar ve müşteriler arasındaki dikey birleşmeleri, ve bağımlı

(şartlı) satışlar özel alışverişler, yöre (bölge) ve müşteri kayıtlamaları, tekrar satış fiat idamesi, fiat ayırımı ve arzcular ve müşteriler arasındaki dikey birleşmelere karşı kurallar gibi muhtelif dağıtım men ve kısıtlama tiplerine karşı sert katı kurallara teorik desteği kaziye olarak kabul ettiler. Fikrî mülkiyet sahasında Plâncılar, ekonomist Joseph Schumpeter'in yeterli araştırma ve gelişme için büyük dürtünün (saik) rekabetçi yapılı pazarlardan doğduğunu iddia ederler. Plâncılar büyük reklam giderlerini, ticari marka teşviğiyle imalât ayırımını geliştirmeyi eleştirdiler.

Genelde Harvird Plâncıları ekonomik hedefleri rekabetçi pazar yapılarını sürdürerek dolaylı biçimde başarılacak ekonomik hedeflere tabi olarak gördüler. Çoğu kez Havird veya Plâncıların görüşüyle birleşen bazı önde ekonomist ve hukukçular Bain, Turner, Kaysen, Scherer, Comanor, Shepard, Mueller, Mann, Cavès, Weiss, Areda, Sullivan, Williamson, ve Pitofsky dir.

Yaklaşık olarak 1950 başlarında şikago Üniversitesi'ndeki bir kısım ekonomi profesörleri, hukuk profesörleri ve onların talepleri sonradan şikago okulu denen ekonomi analizini geliştirmeye başladı. Esasında «Şikago Okulundaki bu kimseler genellikle kuvvetli bir «Devletin iktisadi faaliyetlere müdahalesini reddeden doktrin «laissez faire» yönelimine katılırlar ve hükümet düzenlemesi ve müdahalesinden kuşkuludurlar. Onlar eğer hükümet müdahalesi yoksa serbest özel pazarın en etkin pazar yapısını tayin etmek suretiyle tüketicinin refahını genellikle otomatikman yükselteceği inancını paylaşırlar.

Şikagolular'a göre, antitröstün tek meşru hedefi kaynak özgülmesindeki etkinliği verimliliğidir. Ekonomik olmayan amaçlar genellikle etkinliği, verimliliği engeleyen duygusal korumacılıktır. Şikago Okulu teorisyenleri Plâncıların Oligopoli modellerini ve teorilerini genellikle reddettiler. Bazıları Oligopoli teorisinin deneysel olarak yanlışlığının kanıtlandığını söyler, diğerleri sadece onun deneysel olarak kanıtlanmadığını iddia ederler.

Şikago okulu antitröstü, başlıca bizim daha küçük hukuk okullarımızın çoğunda uzun süre evvel gözden kaybolacak kadar az eser yayınlayan, Şikago Üniversitesi Hukuk Okulu Direktörü Profesör Aaron'un fikren teşvikçi liderliğinde gelişti. Şikago Okulu fikri liderlerinden bir diğeri geçende Nobel ödülü kazanan Makro Ekonomist George Stigler'dir. O özellikle «Enformasyon maliyetleri» analizi ve hükümet düzenlemesi eleştirisinde etkili olmuştur. Stigler

Oligopoli'nin otomatikman rekabetçi olmayan fiyatlarla sonuçlanmayacağı fakat hileyi, tuzağı kolaylaştıracağı, izlemeyi zorlaştıracağı böylece yakından gözlenmesi gerektiği görüşüne ünlüdür. Profesör Direktörün talebeleri —takipçileri— deneysel araştırmalarla ve temel fiyat teorileri uyarınca antitröst faraziyeleri ve mevcut kuralların çoğunu tahlile koyuldular. Örneğin ayrı fiyat uygulamaya ilişkin kuralları tahlil ettiler ve önceden fiyat koymanın fazlaca bir hayal olduğu ve ayrı fiyat uygulaması yasaklamalarının aşırı fiyat rekabetini önlediği ve tüketicilere zarar verdiği sonucuna ulaştılar. Onlar bağımlı —şartlı— satış olayını incelediler ve bağımlı satışların genel olarak rekabet ve tüketici üstünde faydalı etkileri olduğuna karar verdiler. İBM.'in patentli cetvel yapma makinelerini kiraladığı ve kiracılardan İBM.'den patentsiz zimba kartlarının hepsini satın alınmasını istediği klasik İBM. olayı gibi olaylarda bağımlı satışlar İBM.'in makinelerinin kullanımının yoğunluğuna dayalı olarak makinelerin kullanıcılarına fatura çıkarmalarını sağlamakta «ölçme aleti» olarak kullanılmış olabilir. Böyle değişimleri, farklılıkları fatura etmek hem küçük hem daha büyük kullanıcıların makinelerden azami derecede yararlanmalarını teşvik edecek ve böylece tüketiciler yararlanacaktır. Diğer durumlarda bağımlı satışlar Profesör Stigler'in analiz ettiği blok ayırma —kiralama— film olaylarındaki gibi enformasyon maliyetlerini ve işlem —ticari faaliyet— maliyetlerini daha düşürerek rekabete yararlı olur. Bağımlı satışlar etkin kalite kontrolünü sağlama vasıtası olarak da hizmet eder.

Şikagolu'lar, ayrıca imalatçı ve onun dağıtıcıları arasında yapılan sözleşmelerdeki dikey men ve kısaltmalar hakkındaki önkural ve faraziyelere karşı çıktılar. Tekrar satış fiyat idamesi anlaşmaları, bir dağıtıcının tekrar satabileceği coğrafik bölgeleri kısıtlayan sözleşme gibilerine satıcıları teşvik ve imalatçının mallarını daha istekli dağıtmaya teşvik vasıtası olarak izin verilmelidir. Bu markalar arası rekabet denen, rekabet eden yapımcıların markaları arasındaki rekabeti artırarak rekabete yararlı olur.

Çok Şikago Okulu analistleri, tekeli, birinci derecede hükümet müdahalesi sorunu olarak düşünür. Verimli olmayan tekeller veya Oligopoli'ler doğal (tabii) pazar güçleriyle aşınacaklardır. Hükümet girişi engellemedikçe, tekel fiyatlarına cevaben küçük rakipler tarafından artan verim veya yeni girdiler olur. İBr çok Şikagolular, birleşmelerin, kaynakları daha etkince kullanacak firmalara yeniden özgüllemenin (tahsisin) etkin verimli vasıtası olduğuna ve sert katı birleşme kurallarının böyle verimliliğe engel olduğuna inanırlar. Arzular ve müşteriler arasındaki dikey birleşmelere özellikle yapım ve

ya dağıtımda verimliliği başarma amacıyla girilir. Çok Şikagolular Schumpeter'in yapısal olarak yoğunlaşmış (temerküz etmiş) pazarların çoğu kez yoğunlaşmamış (temerküz etmemiş) pazarlardan daha yenilikçi olduğu teorisini deneysel malûmatla desteklediğine inanırlar. Onlar ayrıca reklam ve ticari marka teşviki enfarmasyon veya araştırma maliyetlerini düşürerek tüketicilere yarar sağlayacağına inanırlar ve girişe engel olarak düşünülmemeli diye iddia ederler.

Şikagolular arasında kartellere ilişkin bazı fikir ayrılıkları vardır. Şikagolular genellikle kartelleri çoğu kez kendini yok edici, tahrip edici olarak düşünürler. Karteller fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde artırırlarsa, bazı kartel azalarının çıkan malı artırarak aldatma saiki, ziyadesiyle kuvvetlenir veya yeni girişler olur ve kartel kopar. Bazı Şikagolu'lar bu eğilim nedeniyle antitröst yasaların gerekli olmadığına inanırlar. Diğer Şikagolu'lar kısa vadeli hatalı kaynak özgülmesi (tahsisi) nedeniyle kartellere karşı antitröst yasa uygulamasını desteklerler.

Şimdi açıklıkla ifade edeyimki Harvird Plâncıları, Şikago Okulu takipçileri gibi sınıflandırmalar fazla basitçedir, ve bir yerde yanıltıcıdır. Diğer okullarla tamamen uyum içinde ve tamamen ayrı düşünüşte monolistik gruplar yoktur. Bir çok plancılar bazı önemli meselelerde Şikagolular'ca ikna edilmişlerdir veya aksi olmuştur. İhtimâli çok ekonomistlerin görüşleri iki okul arasındaki bir okul pozisyonuna yönelmiş bir kimseden bazı özel meselelerde önceden doğru surette tahkim edilebilen görüşleri taşıması beklenebildiğinden oldukça yararlıdır.

Şikago Okulu etkisi son bir kaç yılda çok süratle yayıldı. Eskiden Miami üniversitesinde, şimdi Georgia, Atlanta'daki Emory Üniversitesi'ndeki Hukuk ve Ekonomi Merkezinin, Şikago Okulu analizini yaymada büyük etkisi olmuştur. Profesör Henry Mannenin direktörlüğündeki bu merkez bir kaç yıldır federal yargıçlar için bir seri Ekonomi kursları ve benzer bir seriyide Hukuk profesörleri için yürütüyor. (Merkez ayrıca ekonomistler için hukuk kursları yürütüyor.) İstinaf mahkemeleri ve Birleşik Devletler Bölge Mahkemeleri federal yargıçlarından çoğu Şikago Okulu teorisinin çömert biçimde zerkedildiği temel ekonomik teori ve analiz biçimindeki bu değerli kursları izledi. Profesör Manne kendi Hukuk ve Ekonomi Merkezini 1980 de Emory Üniversitesi'ne taşıdığı zaman onun eski ekonomist ve hukukçularından bazıları Miami Üniversitesi'nde kaldı ve kendi Hukuk ve Ekonomi Merkezlerini oluşturdular. Şimdi eğitim programını yürüten Şikago okulu yönlü iki enstitümüz var. Yeni Miami Mer-

kezi'nin birlikte direktörlerinden biri Profesör Timothy Muris halen FTC. Rekabet Bürosu direktörüdür. Şikago okulu teorisinin popülerleşmesindeki en önemli bir adım eski hukuk profesörleri Yale Hukuk Okulu'ndan Robert Bork ve Şikago üniversitesi Hukuk Okulundan Richard Posner'in eserlerinde onun açıkça ve mantıklıca ifadesi olmuştur. Şimdi her ikisi Federal İstinaf Mahkemesi'ne yargıç olarak atandı ve açıkça anlaşılıyor ki Profesör Bork, eğer Başkan Regin fırsat bulursa Yüksek Mahkeme adaylığına hazırlanıyor. Profesör Bork'un parlak tahlili 1978'de yayınlanan «Antitröst Paradoksu» Şikago okulu teorileri için en açık ve inandırıcı olaydır, ve akademik çevrelerde büyük, mahkemelerde ise az bir etkiye sahip görünüyor. Profesör Posner'in 1976 Antitröst yasa metni ve onun makaleleri ayrıca sık sık sayılır. Şikago Okulu görüşleri, yeni ilmi eserlerinde Profesör Areeda ve Turner üzerinde hissedilir biçimde ve hatta birazda Profesör Scher'in görüşleri üzerinde etkiye sahiptir. Ekseriya Şikago okuluyla birleşen bazı önde ekonomist ve hukukçular Mc Gee, Bowman, Brozen, Demsetz, Achian, Ailen, Telser Elzinga, Peltzman, Benston, Peterman, Benjamin, Klein, Tollison, J. Fred Weston, Kitch, Landes, Gellhorn ve Liebelerdir.

Şikago Okulu teorileri zaten Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi kararları üzerinde biraz etkiye sahiptir fakat o bu dereceye kadar daha çok doaylı olmuştur. Onların etkisi daha alt Federal Mahkemelerde çok daha kuvvetli olmuştur.

Bir büyük Temyiz Mahkemesi başarısı mahkemenin önceki Schwinn Bisiklet davasındaki «kendiliğinden tabiatı gereği» —kuralını bozduğu ve yapımcı— Tüccar sözleşmelerindeki dikey bölgesel men ve kısaltmaların «makûl-haklı» kuralını tesbite bağlı olduğuna karar verdiği 1977'deki GTE-Sylvania kararı olmuştur.

Dayanılan ana iddialar Posner ve Bork gibi Şikagoluların öncülük ettikleriydi.

Bir kaç durumda Yüksek Mahkeme doğrudan onlara dayanmasa da Şikago Okulu pozisyonlarına, tutumlarına yaklaştı. 1979'daki Broadcast Music v.CBS. davasında mahkeme ASCAP'ın müzikal kompozisyonları icra hakları genel lisansının «tabiatı gereği-bizatihi» «fiat tesbiti» diye mahkûm edilemeyeceğine hükmetti. Mahkeme Şikago okulu yorumcularını zikretmedi ama esasta Şikagoluların geliştirdiği entegrasyon dan -geçişme-doğan ticari faaliyet maliyet ve etkinliği analizine dayandı.

Fikri Mülkiyet sahasında temyiz mahkemesinin tutumu dramatik biçimde değişti. Düşük noktası, 1940'ların ve Yargıç Jackson'un

«bu mahkemenin el atmadığı gerçek tek patent» diye feryad ettiği 1950'lerin sonlarıydı. Ancak yakın zamanda Mahkeme patentler ve diğer fikri mülkiyet için kuvvetli destek gördü.

1980'deki iki büyük tarihi karar karşılıklı ihlali içeren Dawson Chemical v. Rohm ve Haas ve İnsan yapısı mikroorganizmaları patente layik bulan meşhur Chakrabarty davası patent sistemine çok uygun başlıca ifadeleri içerdi.

1974'de Kewanee Oil davasında mahkeme o zaman genel hukuk müşaviri Şikagolu Robert Bork'un imzaladığı Adliye Şubesi Mütalânamesi resmi görüşündeki iddiaları tamamen kabul ile Know-How lisansına izin ve ticari sırları koruma politikasını hararetle onayladı.

1979 Quick Point Pencil kararında mahkeme diğer bir Şikagolu'nun mütalânamesini izledi, ve hatta sır kamuya mal olduktan sonra bile ticari sır lisansı üzerine imtiyaz hakkı ödenmesini istemenin haklı olduğuna hükmederek ticari sır lisansının yararlarını daha ileri biçimde onayladı.

Şikago Okulu teorisyenleri için ileri ve en büyük adım Reagan seçiminden doğdu.

Regin yönetimi, Roosevelt yönetiminin N.R.A kartel ve koruyucu politikadan Thurmoud Arnoldun büyük Tröst iflası Seferine çıktığı 1930'ların Büyük Deprasyonundan beri Antitröst İnfaz Politikasında en şiddetli değişikliği aksettirir. Şikago okulu yönelimi atanmış kişiler, şimdi bizim iki antitröst infaz ajansına başkanlık ediyor.

Yeni Başsavcı yardımcısı William Baxter, Stanford Üniversitesi'nde Antitröst Hukuk profesörüydü. O başkan Johnson'un, dar Oligopolileri —bir kaç satıcının tekeli— yeniden planlayacak yoğunlaşmış—temerküz etmiş—Endüstriler Yasasını öngören Beyaz Saray Antitröst politika Özel görev gücü üyesi olduğu 1968'de en azından kısmen Plâncıydı, ancak belki daha sonraları esasta Şikago Okulu'na döndü. Yaklaşık olarak 1972'de önceki plâncı görüşlerinden, onun bir hata olduğuna, sonraki ekonomik araştırmalarla inandığına işaret ederek vazgeçti. Profesör Baxter, iki başlıca amacını açıkladı; 1 — Kartelleri kuvvetle dava etmek ve 2 — Serbest ve rekabetçi pazar işleyişine olabildiğince az elatmak—müdahele— O ikincisini başarıyor görünüyor, ancak henüz birincisini değil. Görevdeki ilk yılında şimdiden infaz politikasında temelli değişiklikler yaptı.

Birleşmeler : Baxter, birleşmeye istekli firmalar için «emin li-manlar» yaratarak, çok daha müsamahakar yapmak için Birleşme Rehberi'ni yeniden yazdı. Rehber Pazar yoğunluğunu (temerküzünü) ölçmek için klasik dört firma yoğunlaşma oranı yerine Herfindahl Hırsman İndeksini kullanıyor. Bu indeks her firmanın pazar hissesinin karesini alıp onları eklemek suretiyle hesaplanır. Yüksek yoğunluklu pazarlar 1800 ün üstünde Herfli olanlar, orta yoğunluklar 1.000 ve 1.800 Herf arasındakiler, yoğunluksuz olanlar 1.000 Herfin altındakilerdir. Esasen Herf İndeks, Pazardaki önde firmaların büyüklük disparitesini—eşitsizliğini— dikkate alma girişimindedir. Adli Şubenin birleşme sonrası 1000'den az Herfindahl ile sonuçlanan birleşmeye karşı koyması olası (muhtemel) değil. Birleşme sonrası indeksin 1000 den 1.800 ze olduğu yerde adli şubenin 100 puandan az bir artmaya karşı çıkması olası (muhtemel) değil. Eğer birleşme sonrası Herf'i 1.800'ün üstündeyse Herf İndeksi 50 puandan az artıran bir birleşmeye karşı çıkılması olası (muhtemel) değildir.

Pazar tarifi «bir yıl % 5 ölçü» kullanarak belirlenir. % 5 fiyat artışına karşılık bir yıl içinde önemli tutarda alıcı yer değiştiriyorsa ilgili mahsul aynı pazarda diye düşünülür. Benzer ölçü coğrafik pazar tarifi için kullanılır. Ufki olmayan birleşmeye yeni rehber uyarınca pek az karşı çıkılabilir. Genellikle muhafazakar diye bilinen Profesör Milton Handler yeni birleşme rehberinin yaklaşık onbir Temyiz Mahkemesi kararını bertaraf ettiğini ifade etti.

Birleşme politikasındaki diğer bir önemli değişme, birleşen firmaların hem adliye şubesinin hem FTC —Federal Ticaret Komisyonu— antitröst itirazları kaldırmak için birleşme anlaşmasının yeni yapıya kavuşturulmalarına yardım yöntemidir. Önceleri şubeler, sadece dava açmakla tehdit ettiler. Şimdi antitröst itirazları doğuran iki firmadan birinin belli bölümlerinin devri yoluyla —bir ortaklığın aktifinin hisse senedi karşılığı diğer şirkete devri— antitröst itirazları nasıl kaldırabileceklerini firmalara söyleme gayretini gösteriyorlar. Örneğin bu geçenlerde Occidental Petroleum —Cities Service birleşmesinde yapıldı.

2 — Tekelleşme : IBM. tekelleşme davası pektabii, Baxter'in fikrince hiçte ortaya getirilmemesi gerektiğinden reddedildi. İBM. nin pazar durumu verimliliği sonucuydu ve iddia edilen bağlantılı satış teorisi hatalıydı. A. T ve T davası tartışmalı olan kâr getirmeyen yerel çalışan telefon şirketlerinin hisse senedi karşılığı devri- ni gerekli kılan sulh kararıyla çözümlendi.

Zaten birbirinin karşıtı olan «Ortaklı Tekeller» soruşturması tümüyle kaldırıldı.

3 — Bağlantılı Satışlar : Baxter, Federal Mahkemeleri, paket lisans ve bağlantılı satışlara karşı katı kuralları değiştirmek için bazı fikri mülkiyet davalarında ve özellikle dikey ticareti yasaklama ve kısıtlamayı içeren dağıtım davalarında daha basiretli, sağlıklı, geçerli hukuk kurallarını kabul etmeye ikna için özel antitröst davalarında davalılar yanında özel antitröst davalarına müdahale etmeye gayret edeceğine işaret etti. Baxter daha geçenlerde kompüter programlamasının telif hakkı korumasını kuvvetlendirmek için yasa teklif edeceğine işaretle kompüter endüstrisini şaşırttı. Aynı zamanda o endüstrinin kompütörler ve programlaması arasındaki «bağlantılı satışlardan yararlanmasına izin verilmesini önerdi.

4 — Tekrar Satış Fiyatına Müdahale : Baxter, suç olarak iddia edip halefi tarafından açılan ikinci satış fiyatına müdahale davalarını reddetti.

Baxter, Profesör Bork'un, yapımının (imalâtçının) ikinci satış fiyat kayıtlamalarını, tüccarın artırıcı çabalarını, satış planlama noktasını —ölçüsünü— veya satış sonrası hizmeti teşvik vasıtası olarak kullanabileceğini ve bunun yapımçı—kartel veya tüccar karteli olduğu hallerdeki ender örnekler dışında genellikle rekabete yarayacağı iddiasını kabul ediyor. Şube tabiatı gereği —kendiliğinden— yasayı ihlal kuralını değiştirme girişimi için özel davalara müdahale edecek.

5 — Karteller : Baxter'in açıkca önceki antitröst uygulayıcılarıyla aynı fikirde olduğu ancak bir kaç Şikagoluyla ayrıldığı tek sahada, rekabetçiler arasındaki pazar bölüşmesi ve ufki fiyat tesbiti hususundadır... O karteller'in tabiatı gereği —kendiliğinden— yasa ya aykırı olacağına ve enerjik biçimde onlara karşı dava açılmasına inanıyor. Ancak o, kartellerin çoğu kez kendi kendini tahrip edici olduğu yolundaki bazı Şikagoluların görüşünü ifade etmektedir. Bundan başka eleştirmenler onun bu yolda dava açmak için tek bulduğu devlet ve yerel karayolu yapımı yüklenicileri olmuştur ve bu araştırmalar onun halefi tarafından başlatılmıştır dedi.

Baxter, diğer yandan da genellikle küçük iş faaliyetleri olarak karakterize edilen sanayileri, lağım ve su yapım sözleşmelerini tahkik edecek tahkikat jürileri bulunuyor.

II — FEDERAL TİCARET KOMİSYONU

Adliye şubesinin eş infaz ajansı Federal Ticaret Komisyonu'nun yeni Başkanı James C. Miller III'tür. O eski bir ekonomi pro-

fesörü ve şimdiye dek bu şubeye başkanlık eden ilk profesyonel ekonomisttir. Başkan Miller doktorasını bazen güneyin Şokagosu denen Virjinya Üniversitesi Ekonomi Departmanından aldı. O tam bir doktiriner Şikagolu olarak görünür. Başkan Reagan ikinci bir ekonomist George Douglas'ı şube müdürü olarak atadı. Sayın Douglas doktorasını Yale Üniversitesi'nden aldı, Kuzey Karolina Üniversitesi'nde onbir yıl ekonomi okuttu ve başkan Millerle hava yolu nakliyeciliği üzerine ortak bir kitap yayınladı. O müteakiben ekonomi danışma firması kurduğu Austin'e (Teksas) gitti.

Gerçi bir çok konuda iyi arkadaş olduğu Başkan Millerin önderliğini izleyeceği düşünülmekle beraber onun görüşleri pek fazla bilinmez.

Federal Ticaret komisyonu, tartışmalı Hububat Endüstrisi ortaklı monopol davası, ve zirai kooperatiflere karşı antitröst çıkışları, çocuk televizyon reklamcılığında kural koyma çabaları, kullanılmış araba nizamnamesi, cenaze merasim müdürleri nizamnamesini içeren bir çok faaliyetleri nedeniyle Reagan Yönetimi öncesi moral bozukluğu içine düştü. Kongre Federal Ticaret Komisyonu'na 1975 Federal Ticaret Komisyonu Gelişim Yasasında ziyadesiyle geniş yetkiler ve muazzam bir bütçe verdi fakat Federal Ticaret Komisyonu'nun yeni usul test davaları açmaya ve yetkilerinin dış hududlarını denemek için yüksek görünümlü kural koyma işlemlerine girişmeleriyle gözü açıldı.

Başkan Miller Amerikan bürokrasi tarihinde hemen hemen örneği olmayan bir istekle Federal Ticaret Komisyonu Bütçesinde % 25'lik bir indirim önererek görevi devraldı. Başkan Miller zaten iki bağımsız antitröst şubeye sahip olmanın hikmetine ilişkin temelden kuşkulara işaret etmişti. Federal Ticaret Komisyonu kaynaklarının çok büyük kısmını tükettiğinden her ikiside fiyasko olan Plancı teoriye dayalı iki büyük antitröst davayı, Hububat Davası ve Yağ Endüstrisi davasını düşürdü.

Federal Ticaret Komisyonu'nun iki İşletme Bürosu Direktörlerinin her ikisi, ayrıca Politika Plânlama Direktörü olarak hizmet eden baş ekonomist gibi, Şikago Okulu hayranıdır. Başkan Miller, Federal Ticaret Komisyonu Taşra Ofisleri'nin çoğunu kaldırmaya çalıştı ama diğer şube müdürleri ve kongrece durduruldu. Başkan Miller yönetimindeki operasyon iş yılı, üzerine daha geçenki bir rapor sadece 8 yeni şikayetin sonuçlandırıldığını 28 sulh kararının sağlandığını ve 364 ön araştırmanın açıldığına işaret etti. Eleştirilenler Federal Ticaret Komisyonu için hemen hemen döneminin düşük

faaliyet rekoru olduğunu ve davaların birkaç birleşme davası dışında çoğunluk önemsiz olduğunu söylediler. Ancak Başkan Miller Kapitol Hill üzerinde ve iş çevrelerinde Federal Ticaret Komisyonunun şöhretini geliştirmede ve dava birikimini (terakümünü) eritmede verimlilik ve yönetimi geliştirmede büyük inkişâf sağlandığını ifade ile sayıyı savundu. Açıkçası Federal Ticaret Komisyonu bir şey yapmıyor, fakat o yapmayışı daha etkin biçimde yapıyor.

Federal Rekabet Bürosu 15 avukatlı yeni bir uluslararası bölüm yarattı. Her avukatın hükümet hesabına Fransızca, Almanca ve Japonca öğrenmesi isteniyor, böylece onlar tercüme için dışarı gönderme zorunda olmaksızın dökümanları okumaya muktedir olacaklar ve muhtemelen avukatlara dava açmaktan başka bir şey yapma olanağı verecek. Federal Ticaret Komisyonunun uluslararası sahada araştırmayı planladığı faaliyetler hakkında henüz emareler ortaya çıkmadı.

III — Teknoloji İzni

Belli Patent Lisans sorunlarına dönen, Harvird Plâncısı profesör Donald Turner 1965'te Antitröst Şube başkanı oldu. O ve ardılları (halefleri) Patent Lisan Yasasını reforme etme ve 1926 General Electric Temyiz Mahkemesi kararını bertaraf etmeye çalıştılar. O dava Patent lisans kayıtlarının geçerliğini tayinde temel değişken ölçütleri belirledi. O haklı olarak patentin verdiği karşılık —imtiyaz— içinde kalan veya normal ve haklı olarak maddi karşılık sağlamak için uygulanan patent lisans kayıtlarına izin verir. Antitröst Şube bunu lisans verenin lisans alıcıları bulmak için gerekli olduğunu ve daha az kısıtlayıcı alternatifler olmadığını kanıtlama yükünü lisans verenin taşımaması gerekli kılan bir formülle değiştirmeye çalıştı. Bu kararsızlık, belirsizlik doğurdu ve «teklif halindeki Scott Düzenlemeleri» diye bilinen temel lisans ölçütlerini kodife etmek için Kongre çabalarını tahrik etti. Yasa çıkmadı ancak Antitröst Şube onu daha az zorlayıcı daha az katı yapmak için önerdiği kuralı esaslı biçimde elden geçirip düzeltti.

Antitröst Şube hukukçuları ayrıca lisansta çok eskiden süregelen bir çok örnekleri bertaraf etmek için çaba sarfettiler ve yeni kuralları savunan bir seri konuşmalar yaptılar. Bunlar meslekte «sofra konuşmaları Hukuku» diye bilindi.

Konuşmalar kısaca tartışmasını yapacağım Lisansın 9 Hayır'ı olarak bilinen bir seri kendiliğinden (bizatihi) yasa ihlal kuralları önerdi. Anılan Hayırlar «teklif edilen UNCTAD Teknoloji Transferi

Codu yasaklamalarının bazıları gibi yorum getiriyor. Eski Antitröst Şube yetkilileri UNCTAD. tasarısına katıldığından bu bir rastlantı değildir.

Sayın Baxter Başkanlığında Patent - Lisans kurallarında büyük değişiklikler önerilecek. Patent - Lisans üzerine 1966 Yale Hukuk Dergisi makalesinde sayın Baxter General Electric ölçütünü genellik öneren bir sorun olarak eleştirdi ancak önerdiği yaklaşım hatta daha genel deyimler içindeydi. Amerikan Patent Hukuku Birliği'ndeki geçenki bir konuşmada bu sahadaki yasayı esasında fikri insicamı olmayan bir «karmaşa» olarak niteledi. O, Şubenin yasayı, ya mahkemelere «mütalânameler» dosyalayarak veya yasama organı yoluyla çözümler getirerek açıklığa kavuşturmaya girişebileceğine işaret etti. O, selefının patent sistemine ilişkin antitröst çıkışını yanlış olarak niteleyen görüşünü ifade etti. O —antitröst çıkış— bilinçsizce, patent sahiplerini bir dereceye kadar lisansı teşviki azaltan, yok eden, çok çok basit telif hakkı düzenlemelerini kabul etmeye sevketmişti. O özellikle yönetimin imâlat patent sahiplerinin berat ücretlerini patentsiz imalâta dayandırmalarını önleme girişimini ve patentlerden daha fazla yararlanma teşvikini kırabilecek lisans sahipleri arasındaki berat ücret oranı ayırımına dönük antitröst düşmanlığını örnek olarak saydı.

(SÜRECEK)

MEDENİ KANUNUN 151 VE 152. MADDELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yazan :

Paul PIOTET (*)

Çeviren :

Kemal DAYINLARLI (**)

● ANLATIM DÜZENİ : I — İctihada göre her iki hükmün uygulama alanları. II — İctihada göre Medeni Kanunun 151. maddesi uyarınca bakım hakkının yitirilmesi nedeniyle kabul edilen maddî tazminat Medeni Kanunun 152. maddesinde öngörülen nafakadan ne zaman daha aşağı olabilir? III — Tartışma. IV — S o n u ç.

I — İCTİHADA GÖRE HER İKİ HÜKMÜN UYGULAMA ALANLARI

Medeni Kanunun 151. maddesi, suçlu eşin kusuru nedeni ile (hatta, objektif etkenler incelendiğinde, bu kusur şiddetli geçimsizliğin esas sebebi olmasa bile ve binnetice suçlu eşin boşanma dâvası MK. nun 142. maddesinin 2. fıkrası tarafından hariç tutulmaması halinde RO 108 II 364 ss = JdT 1984 I 226 ss, c. 2a) boşanma dâvasında masum eş (tamamen talî bir rol oynaması gerekmeksizin nispeten hafif görünen - bir indirimi haklı kılabilen - kusurlu veya kusursuz durumda olması halinde : RO 103 II 168 ss JdT 1980 I 318-319. rés.) tarafından katlanılan maddî zararlarla şahsî menfaatlerine ağır saldırıdan doğan zararların tazminini öngörür. Maddî zararın esas konusu genelde evlilikten doğan bakım hakkının kaybı (hemen hemen daima kadın tarafından), boşanmadan sonra kazanç imkânları ile telâfi edilemeyen kayıp, her durumda incelenme zorunluluğu bulunan zamanla gelir sınırlamasını teşkil eder. (RO 109 II 184 ss et 286 ss = JdT 1985 I 162 ss et 170 ss; RO 110 II 225 ss = JdT 1985 I 174 ss).

Medeni Kanunun 152. maddesi masum eşe yoksulluğa düşmesi için verilen bir nafaka kabul eder. «Evliliğin bu uzayan hükmü» (bkz. örneğin Bühler/Spühler, commentaire bernois, n. 4 à 1'art. 152 CC) borçlunun bir kusur işlemiş olmasını zorunlu kılmaz. Bu

(*) Lausanne Üniversitesi Profesörü.

(**) Ankara Barosu Avukatlarından.

kanun tarafından kabul edilen bir yardım, bir hakkaniyet kuralı olup borçlunun tutumuna bağlı bir müeyyide değildir.

Medeni Kanunun 151 ve 152. maddeleri ile ilgili uygulama alanlarında Federal Mahkemenin içtihadı değişik olmuştur.

Yarım asırdan daha fazla bir süreden beri (RO 60 II 391 ss = JdT 1935 I 203 ss), yüksek yargımız Medeni Kanunun 152. md. sine MK. nun 151. md. sine tâli bir kural görmüştür: Eğer borçlu boşanma dâvasında suçlu ise sadece Medeni Kanunun 151. maddesi uygulanır. 152. madde ise ancak aksi durumda (masum borçlu) uygulanır.

1942 yılında (RO 68 II 4 ss = JdT 1942 I 305 ss), suçlu bir koca ve masum bir kadın söz konusu idi. Masum kadın evlilik esnasında bakıma hak kazanmıştı fakat mirastan hiç ümidi yoktu. Federal Mahkeme maddî bir zararın olmaması nedeni ile Medeni Kanunun 151. maddesinin uygulanamayacağına hükmetti ve sağlığı bozulan kadına Medeni Kanunun 152. maddesi uyarınca Medeni Kanunun 151. maddesinden çıkan karşılıklı iddiayı dikkate almak için hakkaniyet altında artan bir geliri kadın yararına kabul etti. Burada görülen fikir, gelirler arasında karşılıklı mutabakat sağlanamayıp daha yüksek olan meblâğın seçilmesi fikridir. Bu düşünce doğru olsa bile karar hatalıdır, çünkü dâvada bakım hakkının kaybı maddî bir zarardır ve bu zararı Medeni Kanunun 151. maddesi tazmin eder. En azından Medeni Kanunun 152. maddesi kadar kadına hak tanır (sic RO 90 II 69 ss, c. 5, benzer bir durumda).

Daha sonra Federal Mahkeme bir ara (RO 78 II 103 ss, en français, non résumé sur ce point dans JdT 1953 I 316) Medeni Kanunun 151. ve 152. maddelerinin nasıl olacağını söylemeksizin aynı anda ve birlikte uygulanabileceğini kabul etti.

En sonunda, yüksek mahkememiz ilk içtihadına «ilke olarak» geri döndü. Buna göre Medeni Kanunun 152. maddesi Medeni Kanunun 151. maddesine yardımcıdır (RO 105 III 54 ss = JdT 1981 II 136 ss, c. 4; RO 108 II 81 ss = JdT 1984 I 610 - 611); fakat artık aynı açıklamayı yapmamaktadır: Medeni Kanunun 151. maddesi gereğince eğer alacaklı eş yoksulluğunu gideren bir gelir alıyorsa 152. madde uygulanamaz. Federal Mahkemenin öngörmesi ve anlatımına göre eğer yoksulluk Medeni Kanunun 151. maddesi gereğince verilen bir gelirle tamamen ortadan kalkmadı ise hâkim yoksulluğun ortadan kalkması için 152. maddeye göre gerekli munzam bir gelir kabul edebilir.

II — İchtihada göre, Medeni Kanunun 151. maddesi uyarınca bakım hakkının yitirilmesi nedeniyle kabul edilen maddî tazminat

Medeni Kanunun 152. maddesinde öngörülen nafakadan ne zaman daha aşağı olabilir?

Federal Mahkemeye göre Medeni Kanunun 151. maddesi ve Medeni Kanunun 152. maddesi gereğince kabul edilen gelirler arasında pratik olarak iki büyük fark vardır.

Herşeyden önce, alacaklının şiddetli geçimsizliğine sebep olmayan ağır bir kusuru (örneğin daha önce mevcut olan şiddetli geçimsizlik anında bir zina suçu işlemek) Medeni Kanunun 151. maddesi gereğince kabul edilen gelirin indirilmesine ve kaldırılmasına müsaade eder. Fakat Medeni Kanunun 152. maddesine göre kabul edilen gelire dokunmaz (örneğin mukayese ediniz, Medeni Kanun 151. madde, RO 93 II 287 ss = JdT 1968 I 379 ss, ve Medeni Kanun 152, RO 95 II 289 ss, en français; RO 98 II 161 ss, c. 5 al. 1^{er} rés. dans JdT 1973 I 254). Bu fark birçok defalar özellikle Merz tarafından haklı olarak tenkit edilmiştir.

Sonra 153. madde hâkime borçlunun kaynakları azaldığında veya alacaklının durumu düzeldiğinde nafakanın indirilmesi yetkisini verir. Federal Mahkeme ancak birinci halde (borçlunun kaynaklarının azalması) bakım hakkının kaybı nedeniyle Medeni Kanunun 151. maddesine göre kabul edilen geliri kıyasen indirir fakat ikinci halde indirmez (alacaklının durumunun düzelmesi : örneğin bkz. RO 71 II 7 ss = JdT 1945 I 358 ss; RO 78 II 105 - 106; RO 80 II 187 ss; RO 100 II 245 ss, c. 4a). Bu çözüm aynı şekilde tenkidi gerektirir; çünkü alacaklının durumunun düzelmesi bakım hakkını azaltırsa bu hakkın yerine geçen gelir azalma zorundadır; diğer yandan Federal Mahkeme zaman içinde gelirin sınırlanmasını kabul etmektedir: Alacaklının yeni kaynakları onun iptaline müsaade ettiği zaman düşer; buradan mantiken çıkan şudur, yeni kaynaklar gelirin indirilmesine de müsaade edebilmelidir. Fakat bu içtihat bizi burada ilgilendirmez. Gerçekten sadece nafakanın indirilmesine müsaade eder; o halde bakım hakkının yitirilmesi nedeni ile Medeni Kanunun 151. maddesine göre ödenmesi zorunlu gelirin Medeni Kanunun 152. maddesinin öngördüğü gelirden daha aşağı olmasına müsaade etmez.

İçtihat tarafından ortaya konulan ilkeler uygulandığında, Medeni Kanunun 151. maddesine göre ödenmesi zorunlu gelirin bazı özel durumlarda Medeni Kanunun 152. maddesine göre kabul edilen nafakanın altında geçimsizlik sebebine bağlı olmaksızın alacaklının kusuru nedeni ile derhal indirim yapılabilir.

III — Tartışma

İki numara altında incelediğimiz durumlar muhtemelen hariç olmak üzere Medeni Kanunun 151. maddesine göre Medeni Kanunun 152. maddesinin taliliği açık ve basit bir sonuç olarak görünür. Fakat özellikle bu durumlar bize daha az münakaşa edilebilir görünmektedir.

Genel ilkelere göre (Borçlar Kanununun 44. maddesinin 1. fıkrası, Medeni Kanunun 7. maddesine göre kıyasen uygulanabilir) sadece mağdurun duçar olduğu zararlar sebep ilişkisi bulunan bir kusurun varlığı mağdurun müterafık bir kusuru tazminatın indirilmesine veya iptaline müsaade eder; Federal Mahkeme tarafından verilen kanıtlama hiç de ikna edici değildir. Genel ilkelerin uygulanması evliliğin saygısına ne «ters düşer» ne de «rahatsız eder» (RO 93 II 287 ss = JdT 1968 I 379 ss, c. 2b dernier alinéa. Burada her yerde olduğu gibi aşırı durumlarda hakkın kötüye kullanılması var mıdır. Keller, Festschrift Hegnauer 223. sayfa bölüm 2 de şiddetli geçimsizlikte masum eş değerinin yasal menfaatlerini ciddi şekilde zarara uğrattırsa hakkın kötüye kullanılmasını kabul etmektedir. (Örneğin Keler'in dediğine göre, intikam almak için onu ihbar etmek; itiraf edelim ki burada zarara uğramış insan menfaatleri göremiyoruz); fakat aynı şartlarda Medeni Kanunun 152. maddesinde tesis edilen iddiaya ait hakkın kötüye kullanılmasını da kabul etmemek için herhangi bir neden yoktur.

Bize göre burada doktrinin ve içtihadın dikkatinden kaçmış esaslı bir nokta görülmektedir.

Boşanmada borçlu masum ise sadece Medeni Kanunun 152. maddesi uygulanabilir. Zaten - benzeri şeylerde olduğu gibi, - kanunun suçlu borçluyu suçsuz borçludan daha iyi muameleye tabi tutması düşünülemez; Medeni Kanunun 152. maddesi borçluyu suçlu olması halinden daha fazlaya mahkum etmez.

Bu temel ilkeye şiddetli geçimsizlikle sebep ilişkisi olmayan kusura bağlı kuralların uyabilmesi için müdafaa edebilir aşağıdaki 3 çözüm vardır :

1. Şiddetli geçimsizlikle ilgili olmayan ağır kusur hiç hüküm ifade etmez;

2. Bu kusur Medeni Kanunun 151. maddesine göre eş bir gelir talep ederse veya Medeni Kanunun 152. maddesine göre bir nafaka isterse hakkın suiistimalini teşkil eder ve sınırlı olarak kabul edilme zorundadır;

3. Bu kusur ancak Medeni Kanunun 151. maddesi gereğince kabul edilen bir gelirin sadece indirilmesini haklı kılabılır; fakat bu indirim bakım hakkının yitirilmesini telâfi eden geliri Medeni Kanunun 152. maddesinde öngörülen nafakanın altına düşüremez (Federal Mahkemenin indirim meblâğını belirleyen halihazır çözümü).

Şahsen birinci çözümü açık şekilde tercih ediyoruz. Çünkü bu, Medeni Hukukumuzun genel ilkelerine ve Medeni Kanunun 151. ve 152. maddelerindeki amaçlara tamamen uygundur. Keller'in dediği gibi gelir alacaklısının iyi niyet kurallarına aykırı olarak borçlunun yasal haklarına zarar vermesini hakkın kötüye kullanılması olarak görmek bize fuzulî ve belirsiz görünmektedir: Böylece genel ilkelere riayet etmekle bu haksız fiille sebep olunan zararın tazminine zorunlu tutmak yeterlidir. Muhtemelen aşırı durumlarda gerek nafaka için gerekse Medeni Kanunun 151. maddesine göre verilen gelir için bir hakkın suistimali kabul edilebilir; fakat şiddetli geçimsizlikle sebebiyet ilişkisi olmayan alacaklının sadece ağır kusuru bunun için yeterli değildir.

O halde Medeni Kanunun 151. maddesi alacaklı için Medeni Kanunun 152. maddesinden daha elverişlidir (veya en azından o kadar elverişlidir). Herkesin zaten kabul ettiği durum da budur; fakat bu kuralın istisnası olmamalıdır.

Oraya uygulanan özel bir durum da doktrin tarafından uygulanmamış görünen her iki eşin kaynaklarının az olmasıdır. Kanaatimize göre nafaka borcuna dair içtihatla kıyaslama yapılarak (RO 58 II 328 ss = JdT 1933 I 228 ss, c. 2 in fine.; RO 59 II 410 ss = JdT 1934 I 34 ss, c. 3 in fine.; RO 101 II 21 ss, rés. dans JdT 1976 I 608), Medeni Kanunun 152. maddesine göre mecbur olunan nafaka borçluyu yoksulluğa düşüremez; fakat Medeni Kanunun 151. maddesine göre ödenecek gelirden aynı durum yoktur.

Böylece borçlu, boşanmada suçlu olduğu zaman masum olduğu halden daha iyi muamele göremez. Doğal olarak 152. madde Medeni Kanunun 151. maddesine yardımcıdır ve ancak borçlu masum olduğu zaman uygulanır.

IV — S o n u ç

Mantıklı olan ve arzu edilen husus şudur ki, halihazır içtihadın aksine Medeni Kanunun 151. maddesine göre telâfi edici gelir Medeni Kanunun 152. maddesinde öngörülen nafaka ile aynı şekilde muamele görmelidir. En iyisi Federal Mahkemenin nafaka sebebiyle indirimden vazgeçtiği gibi şiddetli geçimsizlikle sebebiyet iliş-

kisi olmayan alacaklının ağır bir kusuru nedeniyle gelirden indirme yapmaktan vazgeçmesidir. Medeni Kanununun 151. maddesine göre kabul edilen gelir eğer alacaklının malî durumu düzelirse nafaka alacağına olduğu gibi indirilebilmelidir.

Eğer gelecekte bakım hakkının kaybını telâfi sebebi ile Medeni Kanununun 151. maddesi gereğince kabul edilen gelir devam ederse Federal Mahkemeye göre şiddetli geçimsizlikle ilgisi olmayan alacaklının ağır bir kusuru nedeni ile azaltılırsa bu indirme borçlunun masum olması halinde kabul edilen nafaka alacağına altına düşürülmemelidir.

Her iki sistem de Medeni Kanununun 151. maddesi alacaklı için Medeni Kanununun 152. maddesinden daha elverişlidir (veya en azından o kadar elverişlidir). Ve Medeni Kanununun 152. maddesi daima yardımcıdır: Fakat şiddetli geçimsizlikte borçlu ancak masum ise uygulanır.

Karşılaştırma için

İsviçre M.K.

7
142/2
151
152
153

İsviçre B.K.

44/1

Türk M.K.

5
134/2
143
144
145

Türk B.K.

44/1



İSTİSNA AKDİ - İFA İMKÂNSIZLIĞI

Bir Pakistan şirketine ait olan ve bir İsviçre firması tarafından vaad edilen bir atom tesisinin inşaatı. — İş sahibi tarafından yapılan bir avans ödemesi. — İstisna akdinin ademi ifası halinde avansın geri ödenmesini garanti eden teminat. — İfa edilemeyen sözleşme. — Kefile karşı iş sahibinin dâvası. — Kanton İkinci Sulh Mahkemesince kabul edilen dâva. — Kefilin ve dâva kendisine ihbar edilen müteahhidin karar düzeltme müracaatı. — Red.

Borçlar Kanununun 119. maddesi, atom enerjisinin sulh için kullanılmasına ilişkin (LUPEA) Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrası.

Eğer böyle bir önlem ihtimalini (gerekçe 2a) hesap etme zorunda ise, ihracata tahsis edilen bir hizmetin borçlusu, daha sonra getirilen bir ihraç yasağına bağlı ademi ifadan sorumludur. Bir atom tesisi halinde ilkenin uygulanması (gerekçe 2b).

Banque K. et T. AG c. M. Co., 3 Eylül 1985;
RO 111 II 352

1980 yılı Mayıs ayında, TAG firması «Mini 8067 atom tesisini M. Co. şirketi için inşa ederek 1981 Şubat ayına kadar teslim etme taahhüdünde bulunur. Bedeli olan 861 667 frank üç avans halinde ödenecekti. İş sahibi önce birinci avansı, daha sonra da 4 Eylül 1980 de ikinci avansı öder. 19 ve 27 Ağustos 1980 tarihli kefaletle K. Bankası, müteahhidin vecibesini ifa etmemesine karşı her iki avansın iadesine kefil olmuştur.

24 Eylül 1980 de, Federal Enerji Bürosu «Makro 8062» atom tesisinin ihracını derhal sonuç doğuracak şekilde yasaklamıştı. 5 Kasım 1980 de Federal Konsey bu yasaklamayı teyid etmişti.

Müteahhid, sözleşmeye uygun olarak tesisi teslim etmediğinden kefile karşı iş sahibi 861 667 frangın ödenmesi için dâva açtı. Dâvalı taraf ihtilâfı müteahhide ihbar eder ve o da usul işlemlerine katılır. Plessur mahkemesinde dâvası reddedilen dâvacı Grison Kanton Mahkemesi'ne müracaat eder ve bu müracaat kabul olunur (17 Aralık 1984).

Dâvalı ve kendisine dâva ihbar edilen üçüncü şahıs karar düzeltme müracaatına başvurur. Federal Mahkeme bu müracaatı reddeder (özet).

Gerekçelerin Özeti :

2. Dâvalının (Kefil) bir vecibesi, ihbar edilen üçüncü şahsın (esas borçlu) geçerli bir borcunu gerekli kılar. Kanton Mahkemesi bu şartın yerine getirilmiş olduğunu kabul eder. Mahkeme dâvalı tarafından ileri sürülen, ifanın objektif imkânsızlığı iddiasını (BK 119) reddeder. Temyiz müracaatında bulunanlar aynı iddiayı tekrarlarlar. Onlara göre, müteahhid Federal Konseyin ihracaatı yasaklayabileceğini öngörebilirlerdi...

a) Borçlar Kanununun 119. maddesi hükümlerine göre borç, dâvalıya atfı kabil olmayan şartların sonucunda ifası mümkün ol-

mazsa ortadan kalkar. Bu şartlar fiilen ve hukuken meydana gelebilirler. Aynı şekilde özellikle, örneğin edimin teminini borçlu için engelleyen ve makam tarafından alınan bir ihrac yasağı söz konusu olacaktır (von Tuhr/Escher, § 68. I in initio, p. 94; Caytas, Der unerfüllbare Vertrag, th. Sait - Gall 1984, pp. 155 et 168). Borçlu, edayı söz verdiği zaman hal ve şartların ifayı engelleyebileceğini, gerekli özeni gösterdiği zaman biliyor veya bilmesi lâzım geliyor ise hukukî imkânsızlıktan sorumludur. Bu ihtimalde, sorumluluğu Borçlar Kanunu 97. maddedeki sorumluluktur (RO 107 II 148 c. 3, JdT 1981 I 372; RO 88 II 203 c. 5 et les réf. JdT 1983 I 188 rés.; RO 54 II 337; von Tuhr/Escher, § 68. I n. 23, p. 96).

Alınan karara göre, dâva kendisine ihbar edilen üçüncü şahıs tesisi teslim edemedi, çünkü o arada, Federal Makamlar «Makro 8062» nin ihracını yasaklamıştı. «Mini 8067» nin ihracına yasak konulmamıştı; müteahhid onun ihracı için ilgili makamlardan talepte bulunmadı. Dâvada, «Makro 8062» gibi «Mini 8067» nin de ihrac yasağına konu teşkil ettiğini var sayarak bir edim imkânsızlığından söz edilemez. Sadece bu tezden hareket ederek müteahhidin «Mini 8067» ye getirilecek bir yasağı öngörme zorunluluğu olup olmadığını araştırmak gerekir.

LUPEA'nın 8. maddesinin 2. fıkrası hükmü şöyledir :

«Federal Konsey ve onların tayin ettiği organlar nezaret görevini yerine getirmeye yetkilidirler, daima, şahısların, başkasına ait malların, önemli hakların korunmasını temin için gerekli olan önlemleri almaya, İsviçre haricinde güveni sağlamaya, beynelmilel taahhütlerinin saygınlığını temin etmeye yetkilidirler; aynı şekilde bu önlemlerin icrasına nezaret etmeye de yetkilidirler.»

Bu hüküm belirsiz bir çok hukukî fikri kapsamaktadır; Federal Makamlara görevlerinin yerine getirilmesinde geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu hüküm, makamın müdahalelerini noksansız olarak ve açıklıkla öngöremeyecek şekilde çok genel biçimde yazılmıştır. Buna karşın, müteahhid için böyle bir müdahalenin imkân dahilinde olduğu görülebilirdi. Yukarıdaki hüküm özellikle ilgili makamların «her zaman» gereken önlemleri alabileceklerini gösterir. Nükleer teknolojiye yükümlülük altına giren bir müteahhit, enerji konusunda beynelmilel politikada bazan öngörülmeleyen gelişmelere karşı koymak için Federal Konseye müsaade edilecek muhtemel önlemlerle daima karşılaşabilir. T.AG, nükleer enerji sektöründe aksi söylenemeyecek şekilde uzmanlaşmıştır. Konuya ilişkin Federal mevzuattan ve federal makamların uygulama önlemlerinden haberdar idi. Sözleşmenin müzakeresi esnasında ve teslimin yapılmaması hali için ihtirazî kayıt koyabilirdi. Olayda, bu konuda hiçbir

şey yapmadı; o halde bir ihrac yasağına bağlı ademi ifadan sorumludur.

Karar düzeltmesi isteminde bulunanlara göre, V. şirketi müsaade almaksızın Pakistana aynı tipte bir tesis ihrac edebilirdi. Tartışmasız olan bir husus da şudur, istisna akdinin imzalanması esnasında «Mini 8067» nin ihracı için bir izine gerek yoktu. İhracat müsaadesi kanunla öngörülen, makam tarafından alınmış bir karardır ve bazı şartlara bağlıdır. LUPEA madde 4 fıkra 2; atom enerjisi alanında müsaadeler ve tariflere dair kararnamenin 6 ve devamı maddeleri, 17 Mayıs 1978 metni, ROLF 1978 767 vd). LUPEA'nın 8. maddesinin 2. fıkrası bu anlamda bir müsaade rejimi tesis etmiyor; yetki hususunda belli bir kayıt koymaksızın bazı tesisler için tamamlayıcı önlemler almada, ve bu kayıtlara aykırı önlemleri incelemede makamlara yetki tanımaktadır. Bazı durumlarda Federal Konsey, kanuna göre serbestçe ihrac edilebilen bazı tesislerin ihracını dondurabilir. O halde dâvalının, müsaade rejimine tabi malzeme ve makinaların noksansız bir biçimde kararnamede zikredildiğine dayanmak için (RS 0.515.03) nükleer silahların sınırlandırılmasına dair anlaşmanın III. maddesinin 1. fıkrasını ileri sürmesi haksızdır. Eğer T.AG ihrac müsaadesi için müracaat etmedi ise bunu sebep olarak almak boşunadır. Hatta, bazı tesislerin ihracı müsaadeye tabi olmasa bile veya, eğer başka durumlarda bir müsaade verilmiş olsa, T.AG, LUPEA'nın 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince alınan önlemleri hesaba katmalı idi. Sözleşmenin ifasını sınırlayan riski hariç tutmak için LUPEA'nın 8. maddesine istinaden tesis edilen, kesin garantileri federal makamlardan alması gerekiyordu. Oysa, verilen karardan, bu çeşit garantilerin «Mini 8067» ile ilgili sözleşmenin imzasından önce verilebileceğini çıkarmak mümkün değildir. Bunu, müracaat sahipleri kanton yargısı önünde iddia etmemişlerdir (madde 63 fıkra 2, 64, madde 55 harf c. OJ; RO 107 II 224, JdT 1981 I 622). Böyle bir unsur hesaba katmak mümkün değildir.

Birinci Hukuk Dairesi. — MM. Raschein, Leu, Weyermann, Egli ve Schubarth. — Coire'da avukat Gion J Schäfer, Bad Ragaz'da avukat Reto marugg, Zürih'te avukat Hans - Ulrich Rügsegger.

Karşılaştırma için

İsviçre B.K.

119

97

Türk B.K.

117

96

İSTİSNA AKDİ —AYIBA KARŞI TEKEFFÜL— TAMIRAT DAVASI

BK. madde 368 fıkra 2

İş sahibi için, ayıpların giderilmesi ile kullanma arasındaki ilişki nisbetsiz olduğu zaman tamirat masrafları B.K. nun 368. maddesinin 2. fıkrası anlamında aşırıdır. Bu iki unsurun karşılaştırılmasında, hâkim, yalnızca iş sahibinin ekonomik menfaatlerini değil, ekonomik olmayan menfaatlerini de dikkate alacaktır.

X et consorts c. Entreprise Y, 9 Temmuz 1985
RO 111 II 173.

Gerekçelerin özeti :

5. BK. nun 368. maddesinin 2. fıkrası hükümlerine göre, iş sahibi ancak tamirat aşırı masrafsız olduğu zaman müteahhidi tamirata mecbur tutabilir. Dâvacılar İstinaf mahkemesini bu hükmü yanlış yorumladığı ve yanlış uyguladığı gerekçesiyle tenkit ederler.

Esasen, İstinaf Mahkemesi aşırı masrafları doğru olarak yorumlamıştır. Alman doktrinine tekabül eden en son İsviçre içtihadına dayanmıştır § 633 al. 2 BGB (B. K.nun 368. maddesinin 2. fıkrasına benzer bir hüküm). Eğer tamirat için düşünülen bedel, iş sahibi için ayıpların giderilmesi ile faydalanma ilişkisi nisbetsiz ise masraflar aşırıdır. O halde bu iki unsur karşılaştırmak gerekir (Gauch, *Der Werkvertrag*, 3ème éd., nos 1236 ss; Reber, *Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Baulingenieur*, 4^e éd., p. 149; Corboz, *FJS* no 460, p. 15, n. 125; Staudiger/Riedel, *Recht der Schuldverhältnisse*, 11^e éd., n. 24 ad 633 BGB; Soergel/Münch, n. 100 ad 633 BGB; Ingenştau/Kobion, *Komm. zur VOB*, 10^e éd., n. 193 ad 13 VOB/B). İstinaf Mahkemesince örtülü olarak kabul edilen dâvalının tezinin aksine, bir yandan tamirat masrafları ile diğer yandan eserin bedeli veya kararlaştırılan fiat arasındaki ilişkinin önemi yoktur (Gauch, *op. cit.*, no 1237; Reber, *op. cit.*, p.

150; Soergel/Münch, n. 100 ad 633 BGB; Ingenstau/Korbion, n. 193 ad 13 VOB/B; d'un autre avis : Gautschi, n. 13b ad art. 368 CO; Pedrazzini, SPR VII/I, p. 517). Bedeli ve tamiratın faydasını karşılaştırmak için, hâkim sadece iş sahibinin ekonomik menfaatlerini değil, ayrıca ekonomik olmayan menfaatlerini de dikkate alacaktır (Gauch, op. cit., no 1241). Sadece söz konusu masraflar tamirat masraflarını içermez; tamirat için yapılacak masrafları ve yerin düzenlenmesi için masrafları da içerir; buna ilâveten evde oturanların eşyalarının taşınması ve yeniden yerleştirilmesi masraflarını da kapsar (Gauch, op. cit., no 1239). Aşırı masraflar nedeni ile tamirat dâvasının reddi, aynen tamiratın imkânsız olduğu hallerden biridir. Kanun, iyiniyet kurallarının onu zorlamaya izin vermediği iddialara karşı müteahhidi korumaktadır. Demekki hüküm müteahhidin zorlandığı masrafın gösterdiği fayda iş sahibi için haklı bir kanıt teşkil etmezse tamirat dâvasını reddedecektir (Klauser, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nicterschuldungsfolgen, th. Zurich 1973, p. 113; Gauch, op. cit., no 1236). Olayda en yeni yazarların çoğunluğu ve kanton içtihadı (cf. Zurich Yüksek Mahkemesinin bir kararı, RSJ 1982 p. 9) tarafından kabul edilen bu ilkelerden ayrılmak için hiç bir sebep yoktur.

Birinci Hukuk Dairesi — MM. Raschein, Messmer, Weyermann, Egli ve Schubarth.— Bern avukatlarından B. Müller-Roulet ve P. Kientsch.

Karşılaştırma için

İsviçre B.K.

368/2

Türk B.K.

360/2

● TÜRK HUKUKUNUN YABANCI
MAHKEMELERCE UYGULANMASI

BOŞANMA VE VELAYETİN TEVDİİ

Çeviren : Dr. Şeref ÜNAL (*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — İlk derece mahkemesi kararı. Olay. Ge-
rekçe. II — İstinaf mahkemesi kararı. III — Kararın tahlili.

I. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

*Sharlottenburg Sulh Hukuk Mahkemesi hâkimi bayan
Bartsch, 13 Temmuz 1984 tarihli oturumda :*

- *Tarafların boşanmalarına,*
- *1 Mayıs 1978 doğumlu (C.) ile 17 Ocak 1983 (B.) nin ve-
lâyetlerinin annelerine verilmesine,*
- *Tarafların yaptıkları mahkeme masraflarının uhdelerinde
kalmasına,*
Karar vermiştir.

O L A Y

Taraflar 11 Ekim 1977 tarihinde Berlin'deki Türk Başkonsoloslu-
ğu'nda evlenmişlerdir. Her ikisi de Türk Vatandaşıdır.

Bu evlilikten 1 Mayıs 1978'de C. 17 Ocak 1983 de (B.) isimli iki
çocukları olmuştur. Taraflar 1983 Mayıs ayından beri fiilen ayrı ya-
şamaktadırlar.

Davacı kadın, evlilik birliğinin bir daha bir araya gelmelerini
imkansız kılacak derecede temelinden sarsıldığını ifadeyle boşan-
malarına karar verilmesini talep etmiş, davalı da birlikte yaşama-
larının artık beklenemeyeceğini belirterek aynı şekilde boşanma-
larını istemiştir. Taraflar birbirlerinin iddialarını kabul etmektedirler.

G E R E K Ç E

Davacı iki çocuğuyla birlikte mahkemenin yetki alanında ya-
sadığı için, HUMK.nun 606/1 maddesi uyarınca mahkeme davaya
bakmaya yetkilidir.

(*) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü.

Taraflardan hiçbiri Alman vatandaşı olmadığından, HUMK.nun 606/b maddesine göre bu dava hakkında bir Alman mahkemesi ancak, erkek veya kadının Almanya'da bulunması ve Alman mahkeme kararının erkeğin mensup olduğu ülke hukukuna göre tanınacağıının belli olması şartıyla, karar verebilir (milletlerarası yetki).

Her iki tarafın da bir süredir Almanya'da yaşadıkları, mesleklerini icra ettikleri ve burada kalmak istedikleri anlaşıldığına göre, ilk şart gerçekleşmiştir.

Alman mahkeme kararının Türk hukukuna göre tanınacağı da hesaba katılabilir. Çünkü, 22 Kasım 1982 tarih ve 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanunuyla, Türk HUMK. nun 540. maddesinin 4. bendinde öngörülen, ahkamı şahsiye davalarındaki Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi yürürlükten kaldırılmıştır Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 28. maddesine göre, Türkiye'de ikametgâhi bulunmayan Türk vatandaşları, kişi hallerine ilişkin davalarda buldukları ülke mahkemelerine de başvurabilirler. Böylece, Alman mahkemelerinin Türk vatandaşları hakkındaki boşanma kararlarının tanınması imkan dahiline girmiştir.

1982 tarihli Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 42. maddesine göre tanıma, yabancı mahkeme ilamının 38. maddede belirtilen tenfiz şartlarını taşıdığıının mahkemece tesbit edilmesine bağlıdır, ki bunlar şunlardır :

1 — Hükmün Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuya ilişkin olmaması (madde 38b - 28. madde 42. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarının boşanma davalarında, artık Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kalmamıştır).

2 — Kararın kamu düzenine açıkca aykırı olmaması (madde 38c).

3 — Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararında Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kanunun uygulanmamış olması ve davalı Türk vatandaşının bu sebebe dayanarak tenfize itiraz etmemiş olması (madde 38/e).

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kalktığı ve boşanmaya aşağıda açıklanacağı şekilde Türk Kanunları uygulandığı için, 2 ve 3 numaralı bentlerdeki şartlar yerine getirilmiştir.

Türk kamu düzenine aykırı bir husus ise tesbit edilememiştir. Böylece Alman mahkeme kararının Türkiye'de tanınacağı hesaba katılabilir.

Tarafların evlilikleri, Evlilik Kanununun 15. paragrafına göre geçerlidir. Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe Konmasına Dair Kanunun (EGBGB) 17/1. maddesiyle, anılan hükmün 4. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, boşanmanın tarafların müşterek milli kanununa tabi olduğu ve bu arada Alman hukukunun da gözönünde bulundurulması gerektiği anlaşılır.

Somut olayda her iki tarafın boşanma talebi Türk ve Alman hukuklarına göre haklıdır. Türk Medeni Kanununun 134. maddesine göre, bir evlilik ilişkisinin birlikte yaşamayı çekilmez hale getirecek derecede sarsılmış olması halinde, eşlerden herbiri boşanmayı talep edebilir. Geçimsizlikte eşlerin birinin kusuru daha ağır olsa, dava ancak diğer eş tarafından açılabilir. Tarafların iddia ve inandırıcı beyanlarıyla evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı hususu kanıtlanmış ve böylece Türk Hukukuna göre boşanma şartları gerçekleşmiştir.

Taraflar bir yıldan uzun bir süreden beri ayrı yaşadıkları ve her ikisi de boşanmayı istediklerine göre, boşanma şartları Alman Medeni Kanununun (BGB) 1561/1 ve 1566/1. maddelerine göre de gerçekleşmiştir.

Müşterek çocukların velayeti ise, Küçüklerin Korunmasında Makamların yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin 1. ve 2. maddeleriyle, BGB nin 1671. maddesi uyarınca annelerine verilmiştir. Mahkemece yapılan araştırma ve gençlik teşkilatının raporu da çocukların refahının, onların annelerine verilmesini gerektirdiği sonucunu ortaya koymuştur.

Türk hukukunda kabul edilen bir müessese olmadığından, boşanma sonucu malvarlığı denkleştirmesi yapılmamıştır.

Mahkeme masrafları, HUMK.nun 93/a maddesine göre tesbit edilmiştir.

Alman mahkemesinin bu kararına karşı, davalı koca istinaf mahkemesine başvurmuştur. Koca, boşanmalarına itiraz etmemiş, sadece çocukların velayetinin annelerine değil, kendisine verilmesini talep etmiştir. Berlin İstinaf Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, 4 Ocak 1985 tarihli kararıyla davalının talebini reddetmiştir.

II. İSTİNAF MAHKEMESİ KARARI

Davacı 25, davalı 27 yaşlarında olup her ikisi de Türk vatandaşlarıdır. Taraflar 1977 yılında evlenmişler ve bu evliliklerinden iki çocukları olmuştur. Kendileri 1983 Mayıs ayından beri fiilen ayrı ya-

şamaktadırlar. Davacı kadın iki çocuğunu da alarak Düseldorf'taki evlerini terketmiş ve kendi anne ve babasının da yaşadığı Berlin'e göç etmiştir. Davacı 1983 Ekim ayında boşanma davası açmış, bu arada bir iş de bularak çocuklarıyla birlikte ayrı bir eve yerleşmiştir. Kendisi işte olduğu zamanlarda çocuklara anne ve babası bakmakta, çocuklardan büyüğü ayrıca çocuk yuvasına da gitmektedir.

Bidayet mahkemesindeki boşanma davasında, taraflar çocuklarının bakımını, ihlal ettikleri gerekçesiyle birbirini suçlamışlardır.

Davacı, davalının sinirli ve kuvvet kullanma eğiliminde bir kişiliği olduğunu 1983 yılında hemen her gün çocukları dövdüğünü, hatta C. nin bu yüzden bir kaç kez bayıldığını ve artık babasına dönmek istemediğini, davalının 1983 Ekim ayında otomobilini göstermek bahanesiyle C. i kaçırıp Berlin'deki kendi anne ve babasının evine götürdüğünü, çocuklarını Türkiye'ye kaçırmak niyetinde olduğunu, davalının kendisini ve Berlin'deki kayınvalidesi ve kayınpederini telefonla sürekli olarak ölümle tehdit ettiğini, çocukların nafakasını da ödemediğini iddia etmektedir.

Davalı koca ise bu iddiaların haksız olduğunu, çocukları dövmeyi, tam aksine (C.) kendisinden birşey istediği takdirde annesinin onu dövdüğünü, çocukları sadece kendisinden nafaka almak amacıyla vermek istemediğini, küçük çocuğu iki aylıkken ona mama vermeyerek öldürmek istediğini, çocuklara kendisinin daha iyi baktığını, ayrılmalarına kayınvalidesinin sebep olduğunu, kayınvalidesinin kendisine hakaret etmesi üzerine onu evden atmak istediğini, ancak eşinin annesi tarafını tutarak başına vazoyla vurduğunu bu yüzden polise ihbar yapıldığını ve karşılıklı olarak birbirlerinden şikayetçi olduklarını, eşinin kendisine: «seni bıçakla parça parça doğrayarak kanını içmek istiyorum» dediğini, çocuklarını görmesini de engellediğini ifadeyle, 54 m² büyüklüğünde üç odalı bir evi olduğunu, (C.) nin kendisi çalıştığı sırada çocuk yuvasında bakılabileceğini, küçük çocuğa da günlük bir bakımevinde yer bulabileceğini bildirmiştir.

Taraflar Sulh Hukuk Mahkemesindeki 13 Temmuz 1984 tarihli oturumda, her iki küçüğün de 1983 Mayıs ayından beri anneleri yanında bulunduğunu, onun tarafından bakılıp gözetildiğini, çocukların iyi bir şekilde geliştiklerini ifade etmişler, bunun üzerine taraf vekilleri, küçüklerin velayetlerinin anneye verilmesi hususunda anlaşabildiklerinden, mahkeme de aynı oturumda, tarafların boşanmalarına ve çocukların velayetlerinin annelerine verilmesine karar vermiştir.

Davalı koca bu karara karşı istinaf mahkemesine başvurmuştur. Ancak mahkememize başvurma kararın tümüne değil, sadece (C.) nin velayetine ilişkin olduğu için, bu başvuru şikayet niteliğindedir. Davalı koca, (C.) nin velayetinin de annelerine verilmesine itiraz ederek, onun velayetinin kendisine tevdiini talep etmiştir.

Davalı kocanın şikayet niteliğindeki bu itirazı, HUMK.nun 629 af. z ve 621/e maddeleri hükümlerine göre usulen yerindedir. Ancak bu itiraz dayanaktan yoksundur. Çünkü daire sulh hukuk mahkemesinin görüşüne uygun olarak 6 yaşındaki (C.) ve 2 yaşındaki (B.) nin velayetlerinin annelerine verilmesini, onların menfaatleri bakımından en uygun bir çözüm olarak kabul etmektedir.

Davadaki bütün ilgililerin Türk vatandaşı olmasına rağmen, bidadet mahkemesinin Alman hukukunu esas alması hukuka uygundur. Çünkü Türkiye'nin de 1984 yılında taraf olduğu «küçüklerin korunmasında makamların yetkisi ve uygulanacak kanuna dair 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi»nin 1. maddesine göre, küçüklerin mutata meskenlerinin bulunduğu devlet mahkeme ve makamları küçüklerin şahsının ve mallarının korunması için gereken bütün tedbirleri almaya yetkilidir. Sözleşmenin 2. maddesine göre ise, bu tedbirler küçüğün mutata meskeninin bulunduğu ülke hukukunun öngördüğü tedbirlerdir. Mahkeme de bu sözleşmeye uygun olarak Alman Medeni Kanununun (BGB) 1671/2. maddesi uyarınca küçüklerin velâyetlerini annelerine vermiştir.

Küçükler birbuçuk yıldan beri babalarından ayrı olarak başka bir şehirde anneleriyle birlikte yaşamaktadır. Onların bu çevreden koparılması, kendileri için yeni bir huzursuzluk kaynağı olur. Schöneberg Gençlik Teşkilâtının raporuna göre, çocukların anneleri yanında kalmaları onların menfaatleri icabıdır. Çocuklar mahkemede de iyi bakıldıkları izlenimini uyandırmıştır. Anneleri ayrı yaşama ve boşanmalarının çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini silmek için büyük çaba sarfetmektedir. Kendisi bir iş bulmuş ve yeni bir ev tutarak çocuklarıyla birlikte yerleşmiştir. Kendisinin içinde olduğu sürece çocuklara annesinin bakması, durumunda bir değişiklik yaratmaz. Çünkü çocuklar babaya verilmiş olsaydı, onlara yine büyükanne bakacaktı.

Davacı kadın eşine karşı kin beslemekle beraber, ona karşı olan bu hissin çocuklar üzerinde bir etkisi olduğu tesbit edilememiştir. Ayrılık ve boşanma dolayısıyla tarafların dengelerinde bir bozulma olduğunu anlayışla karşılamak ve bunun zamanla kaybolacağını kabul etmek gerekir. Davalı kadının tahrik ve sinirliliği do-

layısıyla geçmişte (C.) ye kötü davrandığını da fazla abartmamak gerekir. Çünkü uyumlu ailelerde dahi ana baba her zaman her türlü hatadan masun değildir. Herkesin bir insanî zaafı olduğundan, davacı kadının durumunu da anlayışla karşılamak gerekir. Bu nedenlerle çocukların kendisine verilmesinde, onların geleceği açısından herhangi bir tehlike yoktur. Esasen, Gems Gençlik Teşkilâtı da gelişmeleri izleyecektir. Babanın ziyaret hakkı konusunda ise, mahkememiz yetkili olmadığı için bir düzenleme yapılmamıştır.

III. KARARLARIN TAHLİLİ

1. Söz konusu kararların tanınması ve tenfizinde, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu Kanunla, HUMK.nun yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkındaki 537 - 545 maddeleri hükümleri yürürlükten kaldırılmış ve yeni bir müessese olarak «tanıma» kavramı da kabul edilmiştir. Kanunun tanımaya ilişkin 42. maddesinde tanıma, «yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi» şeklinde tarif edilmektedir. Örneğin, görülmekte olan bir dava dolayısıyla o davayla ilgili olan bir yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilip gözönüne alınabilmesi için yetkili mahkemenin tanıma hususunda bir karar vermiş olması gerekir. Aynı şekilde, anılan hükmün son fıkrasına göre, bir «yabancı mahkeme ilamına dayanılarak Türkiye'de idari bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır». Somut olayda olduğu gibi, yabancı bir mahkemece verilmiş bir boşanma kararının Türkiye'de nüfus siciline işlenmesinde böyle bir durum söz konusudur ve tescil işleminin yapılabilmesi için, daha önce yetkili Türk Mahkemesinden tanıma kararı alınması zorunludur.

2. Ancak, somut olayda yabancı devlet mahkemesi boşanma karar verdiği gibi, çocukların velayeti hakkında da bir düzenleme yapmıştır. Bu gibi durumlarda bir vakia olarak boşanmanın tanınmasıyla birlikte, çocuk teslimi gibi, cebri icra yetkisinin kullanılmasını gerektirebilecek haller de söz konusudur. Devletin cebri icra yetkisinin kullanılmasının gerektiği böyle durumlarda artık yabancı mahkeme kararının tanınması yeterli olmayıp, yabancı ilâm hakkında yetkili mahkemeden tenfiz kararı alınmalıdır.

3. Kararların tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı konusunu incelemeyen önce, Alman mahkemelerinin bu davaya bakmaya yetkili olup olmadığı hususu üzerinde durulmalıdır. 2675 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, HUMK.nun 18. maddesi uyarınca Türk mahkemelerinin münhasır

yetkisi bulunduğundan, yabancı devlet mahkemelerinin bu tür davalara bakması mümkün değildi. 2675 sayılı Kanunla HUMK.nun anılan hükmü yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu kanunun 28. maddesine göre, Türkiye'de ikametgahı bulunmayan Türk vatandaşlarına ikamet ettikleri ülke mahkemelerinde bu tür davaları açma imkanı tanınmıştır. Somut olayda da davacı kadın bu imkandan yararlanarak boşanma davası açmış ve Alman mahkemesi de kendisini yetkili görerek boşanmaya karar vermiştir. Alman mahkemesinin bu kabulü ve değerlendirmesi mahkemelerin milletlerarası yetkisi hakkındaki Türk hukukunun kabul ettiği kurallara uygundur.

4. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi şartları, 2675 sayılı Kanunun 38. maddesinde belirtilmiş olup şunlardır :

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir Kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması.

Hemen belirtmelidir ki, Türkiye ile Almanya arasında nafaka alacakları dışında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında bir anlaşma bulunmamaktadır. Böylece birinci şart, yani ahdi karşılıklılık esas gerçekleşmemiştir. Alman HUMK.nun 328. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendine göre, karşılıklılık garanti edildiği takdirde, bir yabancı mahkeme kararının Almanya'da tenfiz ettirilmesi mümkündür. 2675 Sayılı Kanunun 22 Kasım 1982 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Türkiye açısından da kanunî veya fiili karşılıklılık mevcut olduğu takdirde, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizi imkân dahiline girmiştir. Böylece, her iki devlet mevzuatında da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini mümkün kılan hükümler bulunduğundan 38. maddenin (a) bendi anlamında kanunî ve fiili karşılıklılık şartları gerçekleşmiştir. Kaldı ki, «Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 Lahey Sözleşmesi'ne Türkiye ve Almanya da taraf olduğu için, bu anlamda ahdi karşılıklılık da vardır. Nitekim mahkeme bu sözleşme hükümlerine dayanarak kendi iç hukukunu (Lex fori uygulamak suretiyle küçüklerin velayetini annelerine vermiştir.

b) İlâmın Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması.

Yukarıda da işaret edildiği gibi, 2675 sayılı Kanunla, kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ön-

gören HUMK. nun 18. maddesi yürürlükten kaldırıldığı için, boşanma davalarında artık Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kalmamıştır.

c) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

Kamu düzeni kavramı, her olayın özelliğine göre hâkim tarafından resen gözönüne alınması gereken bir kavramdır. Bu kavramın unsurlarını objektif olarak tesbit etmek mümkün değildir. Somut hükümde Türk kam düzenine aykırı olabilecek bir husus tesbit edilememiştir.

d) Kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya gıyapta hüküm verilmiş olması.

Somut olayda taraflar usulüne uygun bir şekilde mahkemeye davet edilmişler ve kendileri birer avukat vasıtasıyla davada temsil edilmişlerdir. Gıyapta verilmiş bir hüküm de söz konusu olmadığından, tenfizi engelleyebilecek bu menfi şart da gerçekleşmemiştir.

e) Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk Kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış olması.

Boşanma davalarında yetkili hukuku gösteren Türk Kanunlar ihtilafı kuralı, MÖHUK. nun 13. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, «boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir.

Somut olayda taraflar Türk vatandaşı olduklarından, Alman mahkemesi isabetli bir şekilde onların müşterek millî hukuku olan Türk hukukunu uygulamış ve Türk MK. nun 134. maddesine dayanarak boşanma kararı vermiştir. Gerçi Alman mahkemesi kendi kanunlar ihtilafı kuralları gereğince, olayda Alman iç hukukunu da gözönünde bulundurmuştur. Ama bu husus Türk hukukunun uygulanmasını engellememiştir.

Sonuç olarak Alman mahkemelerinin söz konusu kararlarının Türk hukuku açısından tenfiz şartlarını tanıdığını ifade etmek mümkündür.

BİR MEHMET EMİN ARIKAN VARDI

*Kendinden çok veren,
Çok az şey isteyen.*

Edip ŞİMŞEK (*)

Yargıtay camiası büyük bir insanını daha kaybetti. Ölümünün son anında bile, sanki mizacının gereğini yerine getirircesine sessiz ve sakin aramızdan ayrıldı.

Mehmet Emin Abimizi tanıyanlar, onun önde gelen özelliğinin sessizlik ve diğergamlık olduğunu yakından bilirler. Onun bu iki özelliği tüm yaşantısında ters orantılı olarak sanki yarış halinde idi. 24 yıllık arkadaşlığımızda ve birlikte çalışmamızda onun daima başkalarına birşeyler vermek, dertlerine ortak olmak, her yönden desteklemek ve yalnız bırakmamak için üstün çaba gösterdiğini gördük. Bu özellik meslek hayatına da yansiyordu. Ankara Ticaret Mahkemelerindeki 11 yıllık çalışmalarımızda açık üyelikleri nasıl doldurduğunu, diğer mahkemelere yetkili hâkim istendiğinde arkadaşlarının yerine nasıl koşarak gittiğini, Yargıtay'ın 11 ve 15. Hukuk Dairelerindeki çalışmalarımız sırasında pozitif hukuku güzelleştirmek için erkenden müzakerelere katılarak nasıl çaba gösterdiğini, Genel Kurula kurulmuş saat gibi her zaman onbeş dakika önce yerini aldığını çok iyi bilirim.

Sözleri ve eylemleri, fikir ve yetenekleriyle ahenkliydi. Çalışma sistemi ise, kendi yaradılışına özgü sessiz, sakin ve kesindi. Oylara yaklaşımı, onları tartıp hukuk potasında eritmesi çok çabuk ve bilinçliydi. Hele hukuk nosyonu olgun ve imrenilecek derecede dolgundu. Hukuku yaşanan güne ve ortama uygulamayı çok güzel bilirdi. Müzakerelerde tartışmayı sessizce izler, küçük ve özet müdahalelerde bulunur, bu arada olayı çözecek formülü ayrıntılı olarak zihninde ve mantığında çizerdi. Onun için artık bu formülü kağıda dökmek kolay ve zevkli bir işlemdi.

(*) Yargıtay 15. HD. Üyesi

Ne diyeyim ki, 24 yıllık birlikte çalışmanın anıları o kadar çok, o kadar dağınık ve o derecede çarpıcıdır ki, **Mehmet Emin Arıkan'ı** birkaç sayfeye sığdırmak onu kaybetmek kadar acıdır, işte...

*Sessiz ve sakin İnsan,
Mehmet Emin Arıkan.
Sessizce ayrıldı aramızdan.
Bilirim sevdiğini.
Bilirim bir bir...
Gerçekçi olmaktı başta geleni.
Sonra çok sevdiğin Hurini.
Bilirim, bilirim,
Kahrolduğun günleri;
Birde nasıl içlendiğini.
Mesleğin dertlerini ve sorunlarını
Yumruk yumruk yapıp,
Nasıl yuttuğunu
Bilirim nasıl bir melek olduğunu,
Yine de bilirim
Güzelliğe ve iyiliğe doyduğunu.
Bilirim insanlığını,
Ve yerinin hiç dolmayacağını.*

«Les Motifs d'Infirmation des Sentences Arbitrales
en Droit Turc»

(TÜRK HUKUKUNDA HAKEM KARARLARININ BOZULMASI
SEBEPLERİ)

Ali Rıza GENİŞ (*)

«Kemal DAYINLARLI, Les Motifs d'Infirmation des Sentences Arbitrales en Droit Turc; Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, 78 sayfa, Katma Değer Vergisi Dahil 880.— Lira, Afşaroğlu Matbaası, Ankara — 1986».

İSTEME ADRESİ : Tunalı Hilmi Caddesi, No : 113/10 Kavaklıdere — Ankara.

Avukat Kemal Dayınlarlı'nın Türk Hukukuna kazandırdığı ilginç yapıtlarından biri daha. Diğerleri gibi nefis bir eser. Herzaman olduğu gibi, hiçbir özveriden ve harcamadan kaçınılmamış. Ofset baskı iki renkli kapak içerisinde, birinci hamur 90 gramaj kağıda yine ofset basılmış bu yapıt alışılmışın dışında Fransızca olarak yayımlanmıştır. Okurların yararına Mayıs-1986'da sunulan kitapta, Türk Hukukuna göre verilmiş hakem kararlarının Yargıtayımızda bozulma nedenleri bilimsel açıdan incelenmiş, konuya ilişkin örnek, örnek olduğu kadar da çarpıcı Yargıtay kararlarına yer verilmiştir.

Yargıtay Birinci Başkanı sayın Nihat Renda'nın önsözüyle başlayan eser; Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasında yazılı olan hakem kararları ile Yargıtay tarafından kabul edilen hakem kararlarının bozulması nedenleri ve bozulan bu hakem kararlarının sonuçları, kesimlerinden oluşmuştur.

Bu arada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasınının 516-536. maddelerinin kaynak Fransızca metinleri yapıtın sonuna eklenmiştir. Eserin Türkçesi ise, Banka ve Ticaret Hukuku tarafından yayımlanacak olan HIRSCH Armağanı adlı kitapta yer almıştır.

Yapıtı, hukukla uzaktan yakından ilgilenen herkese salık verir, bu denli titiz çalışması nedeniyle yine Avukat Kemal Dayınlarlıyı gönülden kutlar, ürünlerinin devamını dileriz.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

MUHAKEME HUKUKU DALI OLARAK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU

«Prof. Dr. Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. Yenileştirilmiş ve geliştirilmiş sekizinci bası. XXII - 1120 Sayfa. Kazancı Hukuk Yayınları : 51. İstanbul - 1986.»

Profesör Dr. Kunter, Ceza Yargılaması Yasasındaki en son değişiklikleri de gözeterek, ceza muhakemesi hukukunu bilimsel bir yöntemle ve hukukçulara sağlam anahtarlar vererek, yeni baştan incelemiş bulunmaktadır. Önsözden anlaşıldığı üzere, kitapta yazar birçok görüşlerini değiştirdiğini ve kimi konuları genişlettiğini belirtmektedir. Gerçekten yapıt, bir önceki basısına göre daha oylumludur.

Kitap, başlangıç ve üç kısımdan oluşmaktadır. Başlangıçta, ceza muhakemesi hukukunun hukuk düzenindeki yeri, amacı ile önemi; birinci kısımda, muhakeme görevi olarak kollektif hüküm verme, ceza yargılaması, ceza iddiası ve müdafaa olmak üzere dört ayrı bölümde ceza muhakemesi görevi incelenmektedir. İkinci kısımda, ceza muhakemesinin yapısı ele alınmıştır. Bu yapı, hukuk ilişkisi, cezai uyumsuzluk, ceza muhakemesi sùjeleri, ceza muhakemesi işlemleri, ceza muhakemesi vasıtaları olarak beş bölümde irdelenmiştir. Üçüncü ve son kısımda ise, ceza muhakemesinin morfolojisi (biçimlenmesi) incelenmektedir. Morfolojik açıdan ceza muhakemesini inceleyen bu son kısım, muhakemenin morfolojik prensipleri, dar manâda ceza muhakemesi, emniyet tedbirleri muhakemesi, kanun yolu muhakemesi başlıkları altında beş bölüme ayrılmıştır.

Kitabın başına yazarın, Türkçe, Fransızca ve İtalyanca dillerde yayınlanmış yapıt ve incelemelerinin bir listesi, sonuna ise kavrama, yazılı hukuka yasa maddelerine ve içtihadî hukuka göre alfabetik, rakamsal ve kronolojik arama cetvelleri konularak, arananın bulunmasına kolaylık sağlanmıştır.

Hukukumuzun yapıtlarından biri bulunan bu kitabın, Ceza Yargılama Yasasındaki son köklü ve büyük çaplı değişikliklerden sonra, her hukukçunun ve hukukla ilgili herkesin kitaplığında bulundurmasının zorunlu olduğunu söylemeye gerek görmüyoruz.

1986 YILI YARGITAY DERGİSİ
BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

Konulara Göre (**)

1 — GENEL KONULAR

NALBANTOĞLU, Cahit. Yargıtay'daki Seçimler Üzerine. XII (3) 1986, 200 - 205.
REDA, Nihat. 1986 - 1987 Adalet Yılına Açış Konuşması. XII (4) 1986, 373 - 387.
EVREN, Teoman. 1986 - 1987 Adalet Yılına Açılışında Yaptığı Konuşma. XII (4) 1986, 396 - 409.

1 — BİBLİYOGRAFYA

GENİŞ, Ali Rıza. 1986 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası. XII (4) 1986, 529 - 532.

2 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

DAYINLARLI, Kemal. «Tahkim. Hakemlerin Hadiseye Dair Kararına Karşı İptal Müracaatı. Tahkime İlişkin Kantonlararası Anlaşmanın 38. Maddesi», «Eser Sözleşmesi. Bedelin Ödenmesi Dâvası. Zamanaşımı». «Tahkime İlişkin Anlaşma. Bir Hakem Tâyini». «Tahkime Dair Anlaşma. Hukuk veya Hakkaniyete Göre Verilmiş Karar. Müracaat». «Zamanaşımı - Zamanaşımının Kesilmesi», «Satış Akdi Bedelin İndirilmesi Davası», «İstisna Akdi - Müteahhide Karşı İş Sahibinin Haklarının Zamanaşımı». «Medeni Kanununun 151 ve 152. Maddeleri Arasındaki İlişki; İstisna Akdi - İfa İmkânsızlığı; İstisna Akdi - Ayıba Karşı Tekeffül - Tamirat Davası».

XII (1 - 2,3,4) 1986, 164 - 169; 337 - 345; 506 - 516.

3 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI

ÜNAL, Dr. Şeref. Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat Davası. Evlenme Akdinin Şekli. Boşanma. Boşanma ve Velayetin Tevdii. XII (1 - 2,3,4) 1986, 173 - 182; 346 - 351; 517 - 524.

4 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

AKMANLAR, Bülent. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler «Yeni Suç Biçimlerine Karşı Önlemler». XII (1 - 2) 1986, 170 - 172.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

(***) Sıralamada dergi sıra sayısı esas alınmıştır.

5 — YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza. **Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yitirdiklerimiz. Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler. Yargıtay Yayınları. XII 1-2, 3,4) 1986, 183-191; 352-368; 533-542.**

6 — ANI

ŞİMŞEK, Edip. **Bir Mehmet Emin Arıkan Vardı ... XII (4) 1986, 525-526.**

7 — KİTAP TANITMA

GENİŞ, Ali Rıza. **«Les Motifs d'Information des Sentences Arbitrales en Droit Turc», «Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku». XII (4) 1986, 527-528.**

II — USUL HUKUKU

ÖZDEMİR Şükrü. **Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye'deki Etkisi. XII (1-2) 1986, 8-16**

DAYINLARLI, Kemal. **Neuchâtel Hukuk Usulünde Hakem Kararlarına Karşı Temyiz Müracaatı. XII (1-2) 1986, 17-24.**

ŞEKERCİ, Ersin. **Medeni Usul Hukukunda Ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik. XII (3,4) 1986, 206-226; 396-409.**

III — CEZA HUKUKU

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Yasak Evlenmeler. XII (1-2) 1986, 25-30.**

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Fucur İlişkisi. XII (3) 1986, 227-234**

KESKİN, O. Kadri. **Türk Ceza Kanununun 403. Maddesindeki Nisbi Para Cezası Artırımı Tabi midir? XII (3) 1986, 235-240**

ÖZCAN, Şemsettin. **«Emniyeti Umumiye Nezareti» Uygulaması ve Sorunlar. XII (3) 1986, 241-245.**

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Çek Kanunu ve Karşılıksız Çek. XII (4) 1986, 410-428.**

SOYASLAN, Yrd. Doç. Dr. Doğan. **İhkak-ı Hak Cürümü. XII (4) 1986, 429-448.**

IV — MEDENİ HUKUK

SANCAR, Mithat. **Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı (I). XII (4) 1986, 449-465.**

V — BORÇLAR HUKUKU

TANDOĞAN, Prof. Dr. Hâluk. **2872 sayılı Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk. XII (1-2) 1986, 31-56.**

ULUSAN, Doç. Dr. İlhan. **Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi. XII (1-2) 1986, 57-76**

ÇÖRTOĞLU, Dr. İ. Sahir. **Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması. XII (1-2) 1986, 77-100.**

YAVUZ, Nihat. **Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukukî Nitelendirilmesi Sorunu. XII (1-2) 1986, 101-107**

İNCE, Mustafa Suat. **Tazminat Hesaplamalarında Geleceğe Yönelik Olasılıklar Konusunda Bir Araştırma. XII (1-2) 1986, 108-129**

YAZAR, Muammer. **Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk Arasındaki İlişki. XII (3) 1986, 246-255**

VI — TİCARET HUKUKU

İYİMAYA, Ahmet. **Taşıma Sözleşmesine İlişkin Bazı Sorunlar**. XII (3) 1986, 282 - 298.

DEĞİRMENCİ, Veli. **Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine Karşı Şikayet (İİK. m. 170/a)**. XII (4) 1986, 466 - 486.

VII — CEZA YARGILAMA HUKUKU

ÖZTÜRK, Yard. Doç. Dr. Bahri. **Ceza Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 3206 sayılı Kanununun Memurların Muhakemesine Etkisi**. XII (3) 1986 256 - 281.

VIII — İCRA VE İFLAS HUKUKU

UYAR, Talih. **İcra ve İflas Hukukundaki İptal Davalarında Yargılama**. XII (1 - 2) 1986, 130 - 147

IX — KİRA HUKUKU

KUNT, İsmail Hakkı. **Zorunlu Onarım Nedeniyle Geçici Tahliye ve Yeniden İnşa veya İmar Amacıyla Tahliye**. XII (3) 1986, 299 - 308.

X — TELİF HUKUKU

SUCU, Nail. **Telif Hukukunda Cezasal Yaptırımlar**. XII (3) 1986, 309 - 336.

XI — FİKİR HUKUKU

SUCU, Nail. **İlmi Keşiflerde Şahsi Hakların Korunması**. XII (1 - 2) 1986, 148 - 163.

SUCU, Nail. **Birleşik Devletler Antitröst Hukukunda Yeni Gelişmeler : Patent Antitröst Ortak Yüzü (I)**. XII (4) 1986, 493 - 505.

—oO—

Yazar Soyadlarına Göre :

— A —

AKMANLAR, Bülent

XII (1 - 2) 1986, 170 - 172

— Ç —

ÇÖRTOĞLU, Dr. İ. Sahir

XII (1 - 2) 1986, 77 - 100

— D —

DAYINLARLI, Kemal

XII (1 - 2) 1986, 17 - 24

XII (1 - 2,3,4) 1986, 164 - 169; 337 - 345; 506 - 516.

DEĞİRMENCİOĞLU, Veli

XII (4) 1986, 466 - 486.

— E —

EREM, Prof. Dr. Faruk

XII (1 - 2,3,4) 1986, 25 - 30; 227 - 234; 410 - 428.

EVREN, Teoman

XII (4) 1986, 388 - 395.

— G —

GENİŞ, Ali Rıza

XII (1 - 2,3,4) 1986, 183 - 191; 352 - 368; 533 - 542.

XII (4) 1986, 527 - 528.

	— İ —
İNCE, Mustafa Suat	XII (1 - 2) 1986, 108 - 129
İYİMAYA, Ahmet	XII (3) 1986, 282 - 289
	— K —
KESKİN, O. Kadri	XII (3) 1986, 246 - 255
KUNT, İsmail Hakkı	XII (3) 1986, 299 - 308
	— N —
NALBANTOĞLU, Cahit	XII (1 - 2) 1986, 200 - 205
	— Ö —
ÖZCAN, Şemsettin	XII (3) 1986, 241 - 245
ÖZDEMİR, Şükrü	XII (1 - 2) 1986, 8 - 16
ÖZTÜRK, Yrd. Doç. Dr. Bahri	XII (3) 1986, 256 - 281
	— R —
RENDA, Nihat	XII (4) 1986, 373 - 387.
	— S —
SANCAR, Mithat	XII (4) 1986, 449 - 465.
SOYASLAN, Yrd. Doç. Dr. Doğan	XII (4) 1986, 429 - 448.
SUCU, Nail	XII (1 - 2,3,4) 1986, 148 - 163; 309 - 336; 493 - 505.
	— Ş —
ŞEKERCİ, Ersin	XII (3,4) 1986, 206 - 226; 396 - 409.
ŞİMŞEK, Edip	XII (4) 1986, 525 - 526.
	— T —
TANDOĞAN, Prof. Dr. Halûk	XII (1 - 2) 1986, 31 - 56
	— U —
ULUSAN, Doç. Dr. İlhan	XII (1 - 2) 1986, 57 - 76
UYAR, Talih	XII (1 - 2) 1986, 130 - 147
	— Ü —
ÜNAL, Dr. Şeref	XII (1 - 2,3,4) 1986, 173 - 182;
	— Y —
YAVUZ, Nihat	XII (1 - 2) 1986, 101 - 107
YAZAR, Muammer	XII (3) 1986, 246 - 225

AÇIKLAMA : XII (Dergi cilt sayısı = 12. Cilt), 1-2,3,4 (Dergi sayısı), 1986 (Dergi yayın yılı), 170 - 172 (Sayfa numarası).

**YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK NEDENİYLE
ARAMIZDAN AYRILANLAR
YİTİRDİKLERİMİZ**

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

● **M. ŞÜKRÜ ÖZDEMİR**

1928 yılında Gaziantep'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, 27 Ocak 1955 tarihinde Malazgirt Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlayan Özdemir, sırasıyla; Mardin Hâkim Yardımcılığı, Yavuzeli Sulh Hâkimliği, Siverek, Tunceli, Gaziantep Hukuk Hâkimlikleri yaparak mesleğini sürdürmüştür.

17 Eylül 1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve hukuk alanında yayımlanmış yazıları ile kitapları bulunan Şükrü Özdemir, Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada, aynı dairenin başkanlığına 2.7.1986 günü seçilmiştir.

● **ÜMMET ÇEVİK**

1924 yılında Elbistan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947 - 1948 öğretim yılında bitiren Çevik, 1952'de Hopa C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlamış ve sırasıyla; 1954'de Oğuzeli C. Savcı Yardımcılığı, 1960'da Kastamonu C. Savcı Yardımcılığı, 1964'de Mardin Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, 1968'de Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, 1974'de Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı ve 1976'da da Adana Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak çeşitli yurt yörelerinde mesleğini sürdürmüştür.

1977 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Ümmet Çevik, Birinci Ceza Dairesi Üyesi iken, aynı dairenin başkanlığına 2.7.1986 günü seçilmiştir.

● **MÜFİT UTKU**

3.8.1932 Mardin doğumlu Utku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1957'de bitirdikten sonra, Haziran 1959 yılında Kale Sulh Hâkimi olarak göreve başlamış ve bu görevini sırasıyla; 1962'de Çamlıdere C. Savcı Yardımcılığı, 1963'de de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı yaparak sürdürmüştür.

1977 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Arapça ile Fransızca bilen Müfit Utku, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi iken, 2.7.1986 günü Yedinci Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

● **MEHMET UYGUN**

Gaziantep 1934 doğumlu, Uygun, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılı Haziran'ında bitirdikten sonra, 30.6.1961 günü Uludere C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Ankara Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Kürsüsü Asistanlığı, Oğuzeli Hâkimliği, Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Ceza Hâkimliği, Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

Ocak 1979'da Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Uygun, Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi iken, 2.7.1986 tarihinde Birinci Başkanvekilliğine seçilmiştir.

● **AYHAN KILIÇCIOĞLU**

1929 yılında Çorum'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950'de bitirdikten sonra, Sivas C. Savcı Yardımcısı olarak 1953 tarihinde mesleğe başlayan Kılıçcıoğlu; Patnos, Samsun, Çorum, Ankara C. Savcı Yardımcılıkları ile Adalet Bakanlığı Müşavir Müfettişliği görevlerinde de bulunmuştur.

İstanbul Cumhuriyet Savcısı iken, 21.2.1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ayhan Kılıçcıoğlu, İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yaparken, aynı Dairenin Başkanlığına 16.9.1986 günü seçilmiştir.

● **Dr. ALİ SUAD DURA**

Taşköprü 1925 doğumlu Dura, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirmiş, Ekim 1951 yılında da Pınarhisar Sulh Hâkimi olarak mesleğe başlamıştır. Erlangen Hukuk Fakültesi'nde doktorasını yaptıktan sonra; İstanbul Ticaret Mahkemesi Üyeliği, Sulh Hâkimliği ve Asliye Ticaret Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1967 Eylül'ünde Yargıtay Üyeliğine seçilen Dr. Ali Suad Dura, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına 14.9.1982 günü birinci, 22.9.1986 günü ise ikinci kez seçilmiştir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● **SEMİH KORKMAZ**

1921 İstanbul doğumlu Korkmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, 1945 senesinde Sarıkamış Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini Ordu Sulh Hâkimliği, Erdek, Bandırma, Ankara C. Savcılığı, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ile Asliye Ceza Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

1975 yılının 28 Nisan'ında Yargıtay Üyeliğine seçilen Semih Korkmaz, Dokuzuncu ve Yedinci Ceza Dairelerinde üye olarak görev yaptıktan sonra, 4.7.1983 günü Birinci Başkanvekilliğine seçilmiş ve bu görevinden de 1.7.1986'da yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **İBRAHİM SADIK UĞURLU**

1921 yılında Kozan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, Kandıra Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlayan Uğurlu, sırasıyla Siverek, Kızılcahamam Ceza Hâkimlikleri görevlerinde bulunmuştur.

28.5.1962 tarihinde Yargıtay Savcılığına, 1972'de de Yargıtay Üyeliğine seçilen İbrahim Uğurlu, Birinci Ceza Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 18.9.1978'de ilk kez, 4.10.1982 günü de ikinci kez aynı dairenin başkanlığına seçilmiş ve bu görevden de 1.7.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● BURHANETTİN DAMAR

1922 yılında Erzurum'da dünyaya gelen Damar, 1942'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1945 senesinde Diyarbakır C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Mardin, Afyon, Kayseri, Bursa C. Savcılıklarında bulunmuştur.

1962 Haziran'ının 20'sinde Yargıtay C. Savcılığına, 1972'de Yargıtay Üyeliğine seçilen Burhanettin Damar, Yedinci Ceza Dairesi Üyesi bulunduğu sırada, aynı dairenin başkanlığına 20.5.1981 günü ilk kez, 27.5.1985 günü de ikinci kez seçilmiş ve bu görevden de 1.7.1986'da yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● SADETTİN ERTUĞRUL AĞALAR

Şarkikaraağaç 1921 doğumlu Ağalar, 1942'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 1946 yılında Burdur Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Fethiye, Yalvaç, Afyon Hukuk Hâkimlikleri ile Ankara Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

5 Ekim 1963 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Sadettin Ertuğrul Ağalar, dört kez seçildiği Sekizinci Hukuk Dairesi Başkanlığından, 1.7.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● FARUK KIVANÇ

Niğde 1921 doğumlu Kıvanç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, Mersin C. Savcı Yardımcısı olarak 1946 yılında göreve başlamıştır. Anamur, Tarsus C. Savcılığı da yapan Faruk Kıvanç, Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğü, Yüksek Hâkimler Kurulu Birinci Bölüm Başkanlığı ile aynı Kuruluşun Genel Sekreterliği görevlerinde de bulunmuştur.

İngiltere'de birbuçuk yıl infaz ile ilgili incelemelerde bulunduktan sonra, 8.1.1969 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve uzun süre Yargıtay Genel Sekreterliği yapan Kıvanç, İkinci Ceza Dairesi Üyesi iken, aynı dairenin başkanlığına 4.7.1983 günü seçilmiş ve bu görevden de 5.8.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● BURHAN ÇEBİ

1921 yılında Ordu'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945 yılında bitirdikten sonra, 1949'da Aydın Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe giren Çebi sırasıyla Reşadiye, Tirebolu Hâkimliği, Yargıtay Raportörlüğü, Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1970 Mart'ında Yargıtay Üyeliğine seçilen Burhan Çebi, Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden 1.7.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● TEVFİK AHISKA

Erzincan 1921 doğumlu Ahıska, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 1945'de Hakkâri Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başla-

miş, sırasıyla Ağır Ceza Hâkimliği, Trabzon Sulh ve Ceza Hâkimliği, Adapazarı, Sivas, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlıkları, Yüksek Hâkimler Kurulu Üçüncü Bölüm Başkanlığı, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

17.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Tefvik Ahıska, Sekizinci Ceza Dairesi Üyeliğinden 1.7.1986 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● MUSTAFA GÜÇLÜ

1921 yılında Çivril'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, Ocak 1952 tarihinde Ovacık Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Güçlü, bu mesleğini Karacasu Hukuk Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Müfettişliği ve Başmüfettişliği ile Müşavir Müfettişliği yaparak sürdürmüştür.

1973 senesinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Güçlü, Beşinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden 1.7.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● EDİP ERGİNÖZ

1920 Gevye doğumlu Erginöz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942 yılında bitirdikten sonra, 30.11.1948'de Ovacık C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe girmiş, Polatlı, Kırıkkale Hukuk Hâkimlikleri, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Edip Erginöz, Beşinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden 1.7.1986 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● VAHDİ GÖĞÜŞ

1921 yılında Nevşehir'de doğmuş, 1945-1946 öğretim yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1949'da Gülnar Sorgu Hâkimi olarak ilk meslek hayatına başlayan Göğüş, Seydişehir Ceza Hâkimliği, Adana ve Ankara C. Savcı Yardımcılığı, Ankara C. Savcı Başyardımcılığı yaparak mesleğini sürdürmüştür.

7.3.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Vahdi Göğüş, Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliğinden yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● NİHAT SAYINALP

Giresun 1921 doğumlu Sayinalp, 1945'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Tortum Savcı Yardımcısı olarak 1952 yılında mesleğe başlamış, bu mesleğini Çavdır Sulh Hâkimliği, Keskin Hukuk Hâkimliği, Ankara Sulh Hâkimliği ve Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

21.6.1983 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nihat Sayinalp, Birinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden 1.7.1986'da yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

YİTİRDİKLERİMİZ

● MEHMET EMİN ARIKAN

1922 yılında Gdl'de doğmuştur. 1944'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitiren Arıkan, bir süre Danıştay ye Yardımcılığı yapmıştır. Daha sonra sırasıyla; Adıyaman Hâkim Yardımcılığı, Ankara Hâkim Yardımcılığı ile Ankara Ticaret Mahkemesi yeliği ve Başkanlığı görevlerinde de bulunmuştur.

23.9.1967 günü Yargıtay yeliğine seçilen Mehmet Emin Arıkan Onbirinci ve Onbeşinci Hukuk Dairelerinde görev yapmış, Onbeşinci Hukuk Dairesi yesi iken, 14.7.1986 tarihinde geçirdiği kalp krizi sonucu yaşama gözlerini yummuştur.

● M. KEMAL ERKAN

1927 yılında Kalecik'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, 29.4.1954 günü Bingl Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış, bu mesleğini sırasıyla; Bâla, Eskişehir, Ankara, Eskişehir Sorgu ve Sulh Hâkimlikleri ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

28.4.1975 tarihinde Yargıtay yeliğine seçilen M. Kemal Erkan, Yedinci Hukuk Dairesi yesi iken, 3.10.1986 günü vefat etmiştir.

Yeni seçilen; ÖZDEMİR, ÇEVİK, UTKU, UYGUN, KILIçCIOğLU, DURA'ya yeni görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; KORKMAZ, UğURLU, DAMAR, AğALAR, KIVANÇ, ÇEBİ, AHISKA, GÜÇLÜ, ERGİNÖZ ve Göğüş ile SAYINALP'e yaşamları boyunca sağlık; yitirdiğimiz; ARIKAN ve ERKAN'a da Tanrı'dan rahmet dileriz.

● YASALAR
TÜZÜKLER
YÖNETMELİKLER

● YASALAR

Resmî Gazete

Tarihi:	No:	Sayfa:	Yasanın Adı
20.6.1986	19140	1	Kanun No : 3297 Kabul Tarihi : 3.6.1986 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun, 6802 Sayılı Gider Vergileri Kanununun 1606 Sayılı Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hava Kurumu ve Türkiye Çocuk Esirgeme Kurumunun Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına Dair Kanunun, 2767 Sayılı Sıtma ve Frengi İlaçları İçin Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması ile 1118 Sayılı Oyun Kağıtları İnhisarı Hakkında Kanunun Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun.
12.7.1986	19162	1	Kanun No : 3308 Kabul Tarihi : 11.7.1986 Türkiye Büyük Millet Meclisi XVII nci Dönem Milletvekili Ara Seçimi Hakkında Kanun.
10.9.1986	19217	1	Kanun No : 3310 Kabul Tarihi : 3.9.1986 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununun Değişik 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasına (r) Bendi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 11 inci Maddesine (p) Bendi Eklenmesi Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

● T Ü Z Ü K L E R

18.7.1986	19168	1	Karar Sayısı : 86/10746 Hayvan Rehni Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük.
26.8.1986	19203	1	Karar Sayısı : 86/10808 Gemi Adamlarının Yeterliği ve Sayısı Hakkında Tüzük.

4.9.1986 19211 1 **Karar Sayısı : 86/10916**
Grev ve Lokavtlarda Mülkiye Amirlerince Alınacak Tedbirlere Dair Tüzük.

● **Y Ö N E T M E L İ K L E R**

25.6.1986 19145 14 **Karar Sayısı : 86/10733**
Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliği Ekinde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar.

2.7.1986 19152 2 Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin 326 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

10.7.1986 19160 1 1615 Sayılı Gümrük Kanunu'na Bağlı Gümrük Yönetmeliğinin 127'nci Maddesinin 3'ncü Fıkrasının (a) ve (b) Bendlerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

10.7.1986 19160 2 Bağ - Kur Sigortalılarının Ödemek Zorunda Buldukları Primlerin Hesaplanması - Ödenmesi ve Tahsili Usulleri Hakkında Yönetmelik.

17.7.1986 19167 3 Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Yönetmeliği.

17.7.1986 19167 6 Yardım Toplama Kanununun Uygulama Esasları Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

23.7.1986 19173 5 3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanun Uygulamasına Dair Yönetmelik.

9.8.1986 19190 2 20.7.1973 Gün, 14600 sayılı, 8.10.1973 gün ve 14670 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 1372 nci Maddesinin Kaldırılmasına Dair Yönetmelik.

15.8.1986 19198 8 Farmasötik ve Tıbbi Müstahzar, Madde, Malzeme ve Terkipler ile Bitkisel Preparatların Geri Çekilmesi ve Toplatılması Hakkında Yönetmelik.

22.8.1986 19199 2 Devlete Ait Taşınmazmal, Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğinin 57 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik.

24.8.1986 19201 9 3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanun Gereince Kurulan Fonun Harcama Esaslarını Düzenleyen Yönetmelik.

24.8.1986	19201	12	Bağ - Kur Sigortalılarının Başvurma Usulleri ile Uymak Mecburiyetinde Oldukları Esaslar ve Tes-cille İlgili İşlemler Hakkında Yönetmelik.
25.8.1986	19202	2	Bağ - Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliği
27.8.1986	19204	10	Devlet Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 77 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönet-melik.
31.8.1986	19207	6	Bağ - Kur İsteğe Bağlı Sigortalılık Yönetmeliği.
2.9.1986	19209	3	6831 Sayılı Orman Kanununa Göre Orman Kadast-rosu ve Aynı Kanunun 2/B Maddesinin Uygulama-sı Hakkında Yönetmelik.
4.9.1986	19211	6	Karar Sayısı : 86/10898 Sinema ve Müzik Sanatı Destekleme Fonu Hak-kında Yönetmelik.
4.9.1986	19211	10	Karar Sayısı : 86/10899 Sinema Filmi, Video, Plak, Ses Kasetli İşletmecile-rine Belediyelerce Verilecek İşletmeci Ruhsatı Hak-kında Yönetmelik.
4.9.1986	19211	11	Karar Sayısı : 86/10900 Sinema, Video, ve Müzik Eserleri Yapımcıları ile Film Çekmek İsteyen Yabancılar ve Yabancılarla Yapılacak Ortak Yapımlar Hakkında Yönetmelik.
4.9.1986	19211	15	Karar Sayısı : 86/10901 Sinema Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik.
10.9.1986	19217	4	Karar Sayısı : 86/10917 Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik'in Bazı Hükümle-rinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

Y A R G I T A Y Y A Y I N L A R I

- **TÜRK BORÇLAR KANUNU ŞERHİ (Genel - Özel Hükümler)**
Ord. Prof. H. Veldet Velidedeoğlu - Refet Özdemir Basılıyor.
- **Prof. Dr. Karl Oftinger «BORÇLAR KANUNUNUN GENEL KISMINA İLİŞKİN FEDERAL MAHKEME İÇTİHA TLARI»**
Çeviren Avukat Kemal Dayınlarlı
Üç renkli kapak, 408 sayfa 1100.— Lira
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU**
Cilt : 1-7, Yıl : 1975-1981, Üç renkli gofre kapak 880.— Lira
- **YARGITAY KANUNU — HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU KANUNU HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNU — İLGİLİ YÖNETMELİKLER**
Plastik kapak, Birinci hamur kağıt Tükendi
- **Andreas von Tuhr «BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI»**
Çeviren Avukat Cevat Edege
Cilt : 1-2, Lüks ciltli, 1128sayfa 1650.— Lira
- **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI (Ofset ikinci basım)**
Hukuk Bölümü
Cilt : 1 Yıl : 1926 - 1941, Lüks ciltli 2200.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1942 - 1944, Lüks ciltli 1650.— Lira
Cilt : 3 Yıl : 1945 - 1947, Lüks ciltli 2475.— Lira
Cilt : 4 Yıl : 1948 - 1956, Lüks ciltli 2200.— Lira
Cilt : 5 Yıl : 1957 - 1980, Lüks ciltli 2475.— Lira
Ceza Bölümü
Cilt : 1 Yıl : 1927 - 1940, Lüks ciltli 2750.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1941 - 1946, Lüks ciltli 2750.— Lira
Cilt : 3 Yıl : 1947 - 1980, Lüks ciltli 2750.— Lira
- **Majno «CEZA KANUNU ŞERHİ»**
Cilt : 4 Lüks ciltli 715.— Lira
{Birinci, İkinci ve üçüncü ciltler tükendi}

● **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ YARGI YILI KONUŞMALARI (1943 - 1978)**

Üç renkli kapak, 375 sayfa

275.— Lira

● **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

Cilt : 1 Yıl : 1975 Sayı : 1 - 12	660.— Lira
Cilt : 4 Yıl : 1978 Sayı : 3 - 12 (Birinci ve ikinci sayılar tükendi)	550.— Lira
Cilt : 6 Yıl : 1980 Sayı : 1 - 12	1320.— Lira
Cilt : 7 Yıl : 1981 Sayı : 1 - 12	1980.— Lira
Cilt : 8 Yıl : 1982 Sayı : 1 - 12	2640.— Lira
Cilt : 11 Yıl : 1985 Sayı : 1 - 12	3960.— Lira
Cilt : 12 Yıl : 1986 Sayı : 1 - 12	5940.— Lira
Cilt : 13 Yıl : 1987 Sayı : 1 - 12	7560.— Lira

(İkinci, üçüncü, beşinci, dokuzuncu ve onuncu ciltler tükendi)

● **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt : 1 Yıl : 1975 Sayı : 1, 3, 4 (İkinci sayı tükendi)	165.— Lira
Cilt : 2 Yıl : 1976 Sayı : 1, 2, 3 (Dördüncü sayı tükendi)	165.— Lira
Cilt : 4 Yıl : 1978 Sayı : 1 - 4	220.— Lira
Cilt : 5 Yıl : 1979 Sayı : 1 - 4	220.— Lira
Cilt : 6 Yıl : 1980 Sayı : 1 - 4	440.— Lira
Cilt : 7 Yıl : 1981 Sayı : 1 - 4	660.— Lira
Cilt : 8 Yıl : 1982 Sayı : 1 - 4	770.— Lira
Cilt : 9 Yıl : 1983 Sayı : 1 - 4	880.— Lira
Cilt : 10 Yıl : 1984 Sayı : 1 - 4	880.— Lira
Cilt : 11 Yıl : 1985 Sayı : 1 - 4	1320.— Lira
Cilt : 12 Yıl : 1986 Sayı : 1 - 4	1980.— Lira
Cilt : 13 Yıl : 1987 Sayı : 1 - 4	2520.— Lira

(Üçüncü cilt tükendi)

● **Hesap Numaralarımız : 1 — T.C. Ziraat Bankası Kızılay/Ankara Şubesi 304 - 110**
2 — Posta Çekleri Merkezi 92932

● **Adres : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (06658) Bakanlıklar/ANKARA**

- **Açıklama :** 1 — Yayın bedellerine Katma Değer Vergisi dahildir.
2 — Abone bedeli gönderilirken açık adres belirtilmeli, adres değişikliği en kısa sürede bildirilmelidir.
3 — Gönderilen bedelin hangi yayına ilişkin olduğu açıklanmalıdır.
4 — Temsilcimiz yoktur. Ödemeli gönderilmez.