KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 13, SIRA SAYI : 52

YARGITAY DERGİSİ

CİLT : 13 EKİM 1987 SAYI : 4

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

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **Ahmet COŞAR**

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

- Dergide yayımlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Aksi halde yazar (telif) hakkı 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 **630,— TL.**, yıllık abone bedeli **2520,— TL.** dır.

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

Tel : 125 16 32
125 16 49
117 53 80 (20 hat)
117 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**	(16. Hukuk Dairesi Başkanı)
Üye :	**Hakkı YAŞAR**	(4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	**S. Necip DEDA**	(2. Ceza Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

		Sayfa
1 — GENEL KONULAR		
a) **Ahmet COŞAR**	: 1987 - 1988 Adalet Yılını Açış Konuşması	373 - 394
b) **Teoman EVREN**	: 1987 - 1988 Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma	395 - 405
2 — USUL HUKUKU		
a) **M. Sabri LİVANELİOĞLU**	: Genel Kurullarda Karar Nisabı	406 - 410
3 — CEZA HUKUKU		
a) **Nihat Bozkurt ÇAM**	: Adam Öldürmek Suçlarında Cezayı Ağırlatıcı Sebepler	411 - 434
4 — BORÇLAR HUKUKU		
a) **Işıl ULAŞ**	: İdarenin Taraf Olduğu Eser Sözleşmeleriyle İlgili Olarak Bakanlar Kurulunca Çıkarılan Kararnamelerin Bu Sözleşmelere Etkisi Sorunu (II)	435 - 455
5 — İŞ HUKUKU		
a) **O. Gökhan ANTALYA**	: Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği (III)	456 - 480
b) **Hasan TUNÇ**	: İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Akdinin Feshine Karşı Korunması	481 - 496
c) **Ahmet İYİMAYA**	: Sorumluluk ve İş Hukuku Yönünden Hastalık	497 - 518

6 — İCRA VE İFLAS HUKUKU

a) Talih UYAR : Kira Parasının Ödenmemesi Nedeniyle Yapılan İlamsız Tahliye Takiplerinde «Takip Talebi»nin İçeriği ... ... 519 - 531

7 — FİKİR HUKUKU

a) Doç. Dr. Şafak N. EREL : Fikrî Hukukta Musikî ve Sinema Eserleri ve 3257 Sayılı «Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu»nun İncelenmesi ve Tenkidi ... ... 532 - 548

8 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

a) Kemal DAYINLARLI : «Teleks Mübadelesi İle Yapılan Sözleşme», «Borçlar Hukuku» ... ... 549 - 560

9 — BİBLİYOGRAFYA

a) Ali Rıza GENİŞ : 1987 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası ... ... 561 - 564

10 — YARGITAY'DAN HABERLER

a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar; Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler: Yargıtay Yayınları ... ... 565 - 576

——oOo——

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın Ahmet COŞAR'ın 1987 - 1988 Adalet Yılını Açış Konuşması.
7.9.1987

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN SAYIN BAŞKANI,
CUMHURBAŞKANLIĞI KONSEYİ'NİN SAYGIDEĞER ÜYELERİ,
YÜKSEK YARGI ORGANLARININ SAYIN BAŞKANLARI,
SAYIN BAKANLAR,
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN SAYIN BAŞKANI,
DEĞERLİ KONUKLAR,
SEVGİLİ ARKADAŞLARIM,
BASININ VE TRT.'NİN SEÇKİN TEMSİLCİLERİ.

Önceleri güzel bir gelenek olarak sürdürülmekte iken, 1973 yılından bu yana yasallaşan ve böylece daha önemli bir gün durumuna gelen yeni bir yargı yılını daha iyi dilekler ve güzel umutlarla açıyorum.

Yargı için gerçekten anlamı büyük olan bu mutlu günümüzü yüksek huzurları ile onurlandıran ve bizleri sevindiren Saygıdeğer Konuklarımızı ve Sevgili Meslekdaşlarımızı Yüce Yargıtay adına en derin saygılarımla selâmlıyor ve 1987 - 1988 Yargı Yılının Ülkemize, Ulusumuza ve Devletimize hayırlı olmasını, yeni güzellikler ve ufuklar getirmesini diliyorum.

Yine kurumların, kalıcı; o kurumlara hizmet veren insanların geçici olduğunun bilinci içerisinde; Türk Yargısına nice yıllar sabır, özveri ve yürekle hizmet veren ve böylece kurumlarının yücelmesine katkıda bulunan, ama hep gölgede kalan vefat etmiş yargıç ve Cumhuriyet savcılarına, savunma mesleğine emek ve gönül vermiş avukat meslekdaşlarıma, yargının diğer görevlilerine Ulu Tanrı'dan rahmet diliyor, emekli olan değerli arkadaşlarımıza geçmişteki onurlu ve özverili hizmetlerinden dolayı şükranlarımı ve bundan sonrası için de sağlık, esenlik ve mutluluk dileklerimi sunuyor, hepsini sevgi ve saygı ile selâmlıyorum.

İNSAN VE HUKUK

Hepimiz biliriz; tarih insan ile başlamaz, ama tarihe insan ile gireriz. Çünkü; tarihi kendi bilgi birikimi, kendi bilinci, kendi aklı, istemi ve sağduyusu ile değiştirip yönlendiren ve yine belirttiğimiz artam ve yetenekleri ile önceden sezilmeyen ve denetlenemeyen ken-

di dışındaki güçlerin tarih üzerindeki etkisini azaltan insanın kendisidir.

İnsanın başta gelen niteliği, onu tüm canlılardan ayıran ve tüm eylemlerinin maddi temelini oluşturan uğraşısı; **«yaşamı için gerekli olan bütün gereksinimlerinin üretimi»**dir.

Hukuk ise; varlığına insanoğlu tarafından hemen her toplumda ve çağda gereksinim duyulan ve o nedenle yine insan tarafından yaratılan, geliştirilen ve giderek kurumlaştırılan bir toplumsal olgu, bir insani ve tarihsel uğraşın ürünüdür.

Kuşkusuz hukuk diye isimlendirdiğimiz ve altını önemle çizdiğimiz bu toplumsal ve tarihsel ürün, insanlık tarihinin hiç bir evresinde yer ve zaman yönünden bir ve tek olmamıştır.

Nasıl ki; tarihte tanıdığımız bütün uygarlıklar, zaman içerisinde birbirlerinden çıkarak ve birbirlerini yadsıyarak tam bir diyalektik akış ve karşılıklı etkileşme sonucu gelişmiş ise; hukuk da ilkel toplumdan günümüz toplumuna kadar, doğal hukuk ilkesinden çağdaş hukuk anlayışına değin aynı biçimde değişmiş ve gelişmiştir.

Öyleki; toplum ve toplumsal yapı değişip geliştikçe, toplumun ve onu oluşturan bireylerin gereksinimleri arttıkça, egemen üretim biçimi ile ekonomik, siyasal ve toplumsal örgütlenme modeli yapısal değişikliğe uğradıkça, hatta kabuk değiştirdikçe, hukuk da değişmiş, özelliklerini yenilemek sureti ile kendisini geliştirmiştir.

Ama, sözünü ettiğimiz bu değişim, gelişim ve yenileşme süreci içerisinde dahi hukuk her zaman, her toplumda ve her devlet anlayışı içerisinde evrensel nitelikteki temel içeriğini ve kapsamını korumuştur.

Gerek günümüzde, gerekse gelecekte ve her şey gibi evrimini, gelişmesini sürdürecek olan hukukun değişmez niteliği ve kalıcı yapısının temel içeriği ise; **«evrensel, herkes için, bağımsız, tarafsız, eşitlikçi, özgürlükçü, adil, haksızlığa karşı ve vazgeçilmez»** oluşudur.

İşte hukukun vurguladığımız bu özellikleri ve temel içeriği, bizi; çoğumuza soyut gibi görünse de gerçekte çok somut, çok işlevsel olan ve uygulandığı her topluma ve devlete saygınlık, işlerlik, devamlılık kazandıran, bireyler için yaşamsal bir güvence oluşturan **«adaletin gerekliliği»** ile **«hukukun üstünlüğü»** ilkesine götürmektedir.

Bu nedenle artık günümüzde ve çağımızın devlet anlayışında egemen olan ve özde hukukun üstünlüğünden başka kural ve koşul tanımayan, temel hak ve özgürlükleri güvencesi altına alan, yasala-

rın Anayasa'ya uygunluğunu, yönetimin hukuka bağlılığını ve yargı bağımsızlığı ile güvenilirliğini sağlayacak koşulların yerleşmesini amaçlayan bir hukuk devleti olgusu vardır ki; **övünerek ifade ediyoruz, bizler de Büyük ATATÜRK'ün kurduğu ve temel ilkelerini belirlediği bu nitelikteki bir devletin yurttaşlarıyız.**

Duraksamadan ve önemle vurgulamak gerekir ki; gerek ülkemizde, gerekse dünya genelinde, kazanılması için onca uğraş ve kayıp verilen ama yine de ulaşılan bu onurlu ve saygın çizgide zaman zaman aksamalar, önemli önemsiz sapmalar, sistemden ya da sistemin uygulanmasından doğan ve özde hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olan ve **özellikle ülkemiz yönünden Kemâlist doğrular ile bağdaşmayan olumsuzluklar da yok demek mümkün değildir.**

İşte Türk Yargısının bu önemli ve anlamlı gününde **«Yargıç bir pozitif hukuk uygulayıcısıdır ve ancak kararlarında konuşur»** biçimindeki benimsemediğimiz, dahası eskimiş bulduğumuz koşullanmanın dışına çıkarak yargıcın da bir aydın, bir yurtsever olduğunu; bu nitelikleri gereği hemen her konuda sorumluluk taşıdığını düşündük. Bu düşünce ile yargıcın yalnızca bir pozitif hukuk uygulayıcısı olmadığının, aksine ideal hukukun ve toplumun gerçekleri bulması konusunda düşünce üretmekle yükümlü bulunduğunun, özeleştiri yapmanın, bireye ve topluma çok şey kazandıracağının bilinci içerisinde önemli gördüğümüz bazı konulardaki görüşlerimizi açıklamayı gerekli ve hatta toplumsal ve tarihsel bir görev bildik.

BATILILAŞMA OLGUSU

Büyük Önder ATATÜRK'ün bizlere hedef gösterdiği pek çok doğru arasında «Batılılaşmak» olgusu gerçekten çok önemli bir yer tutar.

ATATÜRK'ün «Batılılaşmak» ile amaçladığı ve bizlere gösterdiği hedefin ise; pek çoklarının sandığı gibi «bir batı taklitçiliği olmadığı» aksine «batılı gibi olmak, batılı gibi düşünüp batılı gibi davranmak» olduğu, özellikle O'nun hukukçuları olan bizlerin çok iyi bildiği bir olgudur.

Bu bağlamda, Ülkemizin Avrupa Topluluğu'na tam üyelik konusunda yaptığı başvuru, gerçekten «**batılı gibi olmak, batılı gibi düşünmek, batılı gibi davranmak**» konusunda ortaya konmuş çok önemli ve ciddi bir tavırdır.

1958 yılında Roma'da tam üye statüsündeki altı Batı Avrupa Devleti arasında kurulan Avrupa Topluluğu, hiç kuşkusuz özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararasında başlayan bir bütünleşme ve dayanışma gereksinimimin ürünüdür. Zira; dünya ekonomi

tarihinde çok özel ve değişik bir yer tutan çağımız, çok taraflı dış ticaretin geliştirilmesi, uluslararası ekonomik ilişkilerin zenginleştirilmesi konusunda çok yoğun, çok somut uğraş ve sonuçlara sahne olmuştur.

İlk kez 1959 yılında, ama daha çok duygusal düzeyde, anılan ortaklığa katılmak konusunda istek belirten ülkemiz; bu isteğini önce 25 Haziran 1963 tarihinde Brüksel'de imzalanan ortaklık andlaşması ile eyleme dönüştürmüş, ardından imzalanan Ankara Andlaşması, bu andlaşmanın katma protokolü ve ekleri, mali protokol ve 23 Kasım 1970'de imzalanan son senet ile somutlaştırmış ve böylece bugün gelinen önemli ve olumlu aşamanın köprülerini kurmuştur.

Dileğimiz; Cumhuriyet Hükümetinin bu önemli, gerekli ve Ulusumuz için gerçekten yararlı sonuçlar doğuracak olan adımının, Ülkemizin tam üyeliğe kabulü gibi başarılı bir noktaya ulaşması ve böylece Büyük ATATÜRK'ün Ulusumuza hedef gösterdiği Batı topluluğu içerisinde Türkiye'nin hak ettiği ve layık olduğu yeri almasıdır.

Şu kadar ki; Avrupa Topluluğu da dahil olmak üzere katıldığımız ve katılacağımız her türlü uluslararası ilişki içerisinde kendi ulusal değerlerimizi, politikamızı; laik yapımızı, ekonomik, toplumsal ve askeri programımızı uygulayabilme, eylem serbestliğimizi koruyabilme ve Yüce ATATÜRK'ün **«bağımsızlık benim karakterimdir»** biçiminde ifadesini bulan temel ilkesine her zaman ve her koşulda sadık kalabilmemiz gereğini de hiç bir zaman aklımızdan çıkartmamalıyız. Dileğimiz ve beklentimiz budur ve böyledir.

Bu kapsamda olumlu ve önemli bulduğumuz bir diğer husus da, **Cumhuriyet Hükümeti'nin Türk vatandaşına Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurma hakkını tanıması ve bu yolu açmasıdır. Öyle inanıyoruz ki, açılan bu yol, Avrupa Topluluğu'na girmeyi sağlamak gibi özel bir amaçtan doğmamıştır. Bu yol, kalıcı ve işlevsel olacak, umulan ve amaçlanan yararı sağlayacaktır.**

DEMOKRASİ VE SİVİLLEŞME

Avrupa Topluluğu'na tam üyelik için yapılan başvuru öncesinde ve özellikle sonrasında Türkiye'nin gündeminde olan ve çözüm bekleyen pek çok sorun içerisinde belkide en önemlisi ve gerekli olanı; kuşkusuz demokrasimizin her yönü ile işlerlik kazanması, toplumun, yasaların ve yönetimin tam anlamı ile sivilleşmesidir.

Gerçekte demokrasi; hukuka dayalı sivil bir yönetim biçimi olup, özde uzlaşma ve hoşgörü esasına dayanan ve yine değişik ve karşıt düşüncelerin özgürce ve barış içerisinde açıklanıp tartışılmasına imkan veren, bireylere hemen her konuda anlatım, siyasal ve toplum-

sal örgütleme özgürlüğü ve bu özgürlükleri genişletme fırsatı tanıyan, halkın siyasete etkin biçimde katılabilmesinin yollarını açan, halkın kendisini kendi özgür iradesi ile yönettiği bir rejim ve bir devamlılık sürecidir.

Dahası demokrasi; hukukun ve yasaların öngördüğü bir çerçeve içerisinde herşeyin açıkça tartışılmasına, eleştirilmesine, öğrenilmesine, herkesin hemen her konudaki görüş ve düşüncelerini özgürce ortaya koyabilmesine olanak sağlayan bir yönetim tarzıdır.

Bu nitelikteki bir yönetim biçimi içerisinde gizlilik ve suskunluk yoktur. Aksine **«vatandaşların herşeyi bilmek ve herşeyi söylemek»** anayasal haklarıdır. O nedenle diyebiliriz ki; demokrasi, yönetenler ile yönetilenler arasında bir açıklığın ve iletişimin kurulmasını ve kesintisiz olarak sürdürülmesini gerektirir.

Bireyleri arasında, bireyleri ile yönetenleri arasında iletişim kuran, açıklığı her türlü kapalılığa yeğ tutan, suskunluğu konuşmaya dönüştüren, uzlaşmanın, hoşgörülü olmanın erdemlilik olduğunu kavrayan ve nereden gelip nereye gittiğini anlayan toplumlar, başarılı demokrasiler kurabilmekte ve demokrasilerini yaşatabilmektedirler.

Geride kalan günlerde Ülkemizde; yukarda en az koşullarına değindiğimiz anlamda demokrasinin kurulması, işlerlik kazanması ve sivilleşmesi konusunda çok önemli adımlar atılmış, hiç de azımsanmayacak güzel sonuçlar elde edilmiştir. Ama yine de kendimizi sorguya çekip bir özeleştiri yaptığımızda, amaçlanan, özlenilen ve ulusumuzun gerçekten hak edip layık olduğu demokratik bir çizgiye ulaşıldığından herhalde rahatça söz etmek kolay değildir.

Bu tespit ve gözlemimizi herhangi bir kişiyi veya kuruluşu eleştirmek anlamında veya o amaçla ifade etmiyoruz. Esasen önemli olan da bu değildir. Önemli olan; eksiklikleri ve yanlışlıkları korkmadan, çekinmeden ortaya koymak, eksik ve yanlış olan şeyleri kabul etmek ve bunları düzeltip değiştirmektir.

Yaratıcı olmak, doğruları yakalayabilmek için, hukukun üstünlüğünden öte bir kural ve koşul tanımayan, daha sağlıklı, mutlu ve güven dolu bir toplumsal yapıyı oluşturmak, demokrasiyi bütün kurum ve kuralları ile işler bir duruma getirebilmek, dahası **«güçlü devlet - mutlu toplum ülküsüne»** ulaşabilmek için herhalde yapılması gereken öncelikle budur. O nedenle **Büyük ATATÜRK** bizlere **«gerçekleri konuşmaktan çekinmeyiniz»** sözünü öğütlemiş; onun için ünlü düşünür **Goethe «konuşulmayan şey tam olarak düşünülemez»** demiştir.

Gerçekleri düşünüp konuşmaktan kaçan ve çekinen bireylerden oluşan bir toplumun doğruları bulamayacağı kuşkusuzdur. Bizce bü-

tün sorun, kimi değerlerle ilgili çağdaş uygulamaları bilemememizden, içimizdeki çelişkilerden kaçmamızdan, gerçeklerin ortaya konmasından ve eleştirilmekten korkmamızdan kaynaklanıyor. Oysa; ilerleyen ve gelişen teknolojinin bizlere sunduğu araçların sağladığı olanaklardan yararlanarak görüyoruz ki; demokrasilerin gelişip yerleştiği toplumlar, bu toplumların içindeki tüm kurum ve kuruluşlar ile bireylerin büyük bir çoğunluğu eleştirilmekten, eksik ve yanlış yaptıklarının ortaya konmasından korkmuyorlar. Kendilerini, toplumlarını düzeltmek ve yeniden yaratmak için kendi özeleştirilerini, şaşılacak, imrenilecek ve saygı duyulacak biçimde yapıyorlar.

Bu bağlamda kabul etmek gerekir ki; ilerlemeyi sağlayan gerçeklerdir, gerçeklerin ve yanlış olanların ortaya konmasıdır. Ancak eleştiriye açık, sabırlı ve hoşgörülü, özeleştiri yapmaya alışkın olan toplumlar çağdaş anlamda ilerleme sağlamışlardır. Gerçeklerin konuşulmasından korkmak ve kaçmak hiç bir ilerlemenin ve olumlu değişmenin kaynağı değildir ve olamazda. O; olsa olsa bizi birbirimize yabancılaştırır ve hedefimizden saptırır.

Bir toplumun içerisinde elbette çok değişik yapıda ve düşüncede insanlar olacaktır. Nihayet karşıtların varlığı ve dengesi bir bakıma yüksek kültürün işaretidir. **Tek boyutlu olmak, tek yönlü kalmak ve bizim gibi düşünmeyenlere yaşama hakkı tanımamak ise ilkelliktir, gelişememenin, ilerleyememenin nedenidir.**

Onun için; hem uygarlık, hem hukuk ve hem de hukukun üstünlüğü, özgürce düşünme ve konuşma, demokrasi ve Cumhuriyet bizim için gereklidir. Zira; biri olmadan ötekini yaratamayız, yaratsak da yaşatamayız.

O nedenle, bu kapsamda ifade edip eleştiri konusu yaptığımız ve yapacağımız yönler; demokrasiye ve demokrasinin faziletine, hukuka ve hukukun üstünlüğü ile adalete, bilime, bilimin ve aklın yol göstericiliğine yürekten inanmış bir insanın, umutlu ve iyimser sabırsızlığından ve böyle bir rejimin Türkiye'de tam anlamı ile yerleşip uygulandığını görmek dileğinden kaynaklanmaktadır.

BARIŞ VE HUKUK

Sabırsızlık içerisinde olduğumuz ve hatta kimi zaman umutsuzluğa düştüğümüz bir diğer önemli konu da, gösterilen onca çabaya rağmen dünya genelinde kalıcı bir barış ortamının sağlanamamış olmasıdır.

Öyleki; Birleşmiş Milletler'in «Dünya Barış Yılı» olarak ilan ettiği 1986 yılını da barış çağrıları ile ama dünyanın pek çok yerinde savaşarak geride bıraktık.

Kuşkusuz savaşan bir dünya insanlığın en büyük utancıdır. Bu utançta hiç bir payı olmayan, ama bu utancı da herhalde hiç içine sindiremeyen ülkelerden birisi de TÜRKİYE'dir. Çünkü TÜRKİYE CUMHURİYETİ; dünya ulusları içerisinde her zaman ve her koşulda sürekli ve kalıcı bir barıştan yana tavır koyan, dünden bugüne kurucusu Büyük ATATÜRK'ün «Yurtta Barış, Cihanda Barış» öğüdünden ayrılmayan olumlu ve onurlu bir çizginin izleyicisi olmuştur.

Bu izlemede ulusca esas aldığımız ilke; Yüce ATATÜRK'ün hemen her söylevinde vurguladığı; «Türkiye'nin güvenini erek tutan, hiç bir ulusun aleyhinde olmayan, sağlıklı bir barıştan yana» olmaktır.

O nedenle ve yine **Sevgili ATATÜRK**'ün yol göstermesi ile; **«Türkiye Cumhuriyeti'nin dış politikası doğrucu ve katkısız olarak, barışın ve sözleşmelerin korunmasından, karşılıklı ilişkilerin genişletilmesinden, karşılıklı hak ve hukuka saygılı olunmasından yanadır».**

Türkiye'nin betimlediğimiz bu barışçı çizgisindeki içtenliğinden ve kararlılığından hiç bir ülkenin ve devletin kuşkusu olmaması ve buna en başta komşumuz ve müttefikimiz Yunanistan'ın inanması gerekir.

Bu bağlamda komşumuz Yunanistan'ın tutumundan ötürü bir türlü çözüme bağlanamayan Kıbrıs uyuşmazlığının yanı sıra son zamanlarda gündeme yeniden gelen ve Türk - Yunan ilişkilerinde sorun olma özelliğini sürdüren diğer bir olgu da kıta sahanlığı konusudur.

Kuşkusuz bu sorunun; askeri, politik boyutları vardır. Biz, sorunun bu yönlerinin değerlendirilmesini konunun uzmanlarına bırakarak daha ziyade hukuksal yönüne değinmek istiyoruz.

Genelde uzmanların değerlendirme ve tesbitlerine göre kıta sahanlığı kavramı, günümüzdeki anlamı ile 1945 yılında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Truman'ın 28 Aralık 1945 tarihli bildirisi ile ortaya çıkmıştır. Başkan Truman anılan bildirisinde, ABD kıyılarına bitişik olmakla birlikte yine de karasuları dışında kalan deniz alanlarının 200 mile kadar olan kısımlarının, deniz dibini ve toprak altını araştırma ve işletme hakkının kendilerine ait olduğunu, ancak bu durumun üstteki sularda ulaştırma serbestisine engel olmadığını belirtiyordu.

Özellikle Başkan Truman'ın, içeriğine değindiğimiz bildirisi sonrasında konu, diğer devletlerin gündemine girmiş ve böylece kara-

suları dışında kalan deniz alanlarının paylaşılması konusunda başlatılan mücadele giderek hukuki ve uluslararası bir boyut kazanmıştır.

Devletlerin, birbirlerinin hak ve çıkarlarını hiçe sayarak tek yanlı bildirilerle geniş deniz alanlarını paylaşmaya kalkışmaları, yarattığı güvensizlik ortamından da öte, barışı tehlikeye düşürmekte ve devletler arasında çeşitli uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Bu uyuşmazlıklardan bazılarının intikal ettirildiği Uluslararası Adalet Divanı, örneğin, 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davasına ilişkin kararında; taraflara, uyuşmazlıklarını aralarında yapacakları müzakereler ve anlaşma yoluyla bizzat kendilerinin çözmeleri gerektiğini önermiştir.

Divan, daha sonra, Malta - Libya Kıta Sahanlığı uyuşmazlığını ise kendisi sonuçlandırmıştır. Divanın söz konusu kararında uyguladığı kurallara göre : **«Bir Devlete ait adalar, başka bir Devlet ile yapılan kıta sahanlığı sınırlandırmalarında hareket noktası değildir, aksine hareket noktası kıtalardır. Adaların varlığı, kıta sahanlığı sınırlarının çizilmesinde etkili olmayıp, hattın düzeltilmesinin nedeni olabilir.»**

Bütün bunlardan sonra Yunanlı meslekdaşlarımızdan; hakça, dostça, karşılıklı yararları, eşitliği ve güvenliği koruyacak biçimde karşılıklı görüşmeler ile sorunu çözmek konusunda kendi yönetimlerini uyarmalarını, hukuka, adalete uygun bir çözüme ulaşılması konusunda yardımcı olmalarını evrensel hukuk ve dünya barışı adına talep ettiğimizi belirtmek isterim.

Saygıdeğer Konuklar,

Sevgili Meslekdaşlarım.

Geçmişten bugüne toplumda en önemli hammadde, toplumdan gelen ve yine topluma giden insandır. Bu nedenle; yaşamın tek ve doğal taşıyıcısı, insan ve onun yapıp bıraktığı eserlerdir. Bu bağlamda bizi tarihe ulaştıran, geçmiş ile bugün arasında iletişim kuran insanın kendisidir. İsmini tarih diye koyduğumuz insanoğlunun bu özgeçmişi içerisinde denemediği delilik yoktur.

Yakın tarihlerdeki dünya savaşları ile bugünkü bölgesel çatışmalar, Nazizmin yaptıkları ile çağdaş terörizm olgusu ve yine Ermeniler ile Ülkemizdeki ayrılıkçı güçlerin yurttaşlarımıza, Ulusumuza ve Devletimize yönelik insanlık dışı saldırıları, insanlığın herhalde çağdaş delirmesinin örnekleridir.

Türkiye'ye ve Türklere karşı milli ve tarihi bir kin duyduklarını, kendilerine karşı bir zamanlar Osmanlıların soykırımda bulunduklarını ifade ve iddia eden Ermeniler ile bunlara arka çıkıp destek ve-

ren devletlere; **öncelikle kinin ve milli kinin insan ve toplum yüreğinde taşınamayacak kadar ağır bir yük olduğunu ve bu yüke daha çok kültürün en alt basamağında ve en ilkel biçimi ile rastlanıldığını anımsatmak isteriz.**

Dahası; sözde Ermeni katliamı iddiasına arka çıkan ve bu amaçla Ermeni dosyalarını açan devletlerin hukukçularına ve o yerlerdeki meslekdaşlarımıza kendi siyasilerinin oy hesabı ile açtıkları dosyaların tarih olmadığını, aksine kendi konularına giren adi cinayetler olduğunu, kendi yönetimlerini bu yönde uyarmalarını ve bu cinayetlerin canilerini gerektiği biçimde cezalandırmayan yargıçların sonunda bu caniler ile arkadaş olacaklarını bilmelerini isteriz.

Ülkemizdeki ayrılıkçı güçlere gelince; **«Türkiye Cumhuriyeti Devleti», ülkesi ve ulusu ile bölünmez bir bütündür. Ülke içerisinde ve dışında hiç bir güç bu bütünlüğü bozabilecek, kökünden sarsabilecek güce sahip değildir. Atatürk Devrim ve İlkeleri'nin oluşturduğu Cumhuriyetin temel felsefesi; bugünün de, geleceğin de tutarlı ve geçerli doğrularıdır. Bu gerçeği bilmeyenler veya bilmek istemeyenler, bir gün mutlaka yaptıklarının karşılığını ağır biçimde ödeyeceklerdir. Türkiye Cumhuriyeti, Ulu Önder ATATÜRK'ün ve şehitlerinin kanı ile çizdiği milli sınırları içerisinde; devleti ve ulusu ile birlikte, komşularıyla karşılıklı sevgi ve saygıya dayanan, çağdaş tutumuyla sonsuza dek yaşayacaktır, bu böylece bilinmelidir.**

ATATÜRK'ÇÜ DÜŞÜNCE VE LAİKLİK

Bilim; kuşkusuz, yaşamın doruğu değildir; yalnızca insan düşüncesinin ürettiği yüce değerlerden bir tanesidir. Ama yine de düşünce tarihini izleyenler şu gerçeği bilirler ki; bugün aralarına katılmanın çabası ve beklentisi içerisinde olduğumuz batı uygarlığının temeli devlet yönetiminde dinin yerine demokrasi ile bilimin konulmasına, müspet ilme yani akla ve deneysel yöntemlere üstünlük tanınmasına dayanır.

Zira; Batı, özellikle rönesans ve reform hareketleri ile birlikte başardığı aşama sonrasında ilmin, aklın yol göstericiliğinin ağırlığı ile dinin baskıcı etkisini azaltmış, akıl ve ilmi Hıristiyan dogmatizmine karşı güçlü ve bağımsız kılmıştır. Böylece batılı insan, bir yandan aklın ve ilmin egemenliği, aklın her türlü dogmatik baskıdan kurtulmuşluğu ve deneysel bilimin getirdiği denetlemeye ve seçenekli düşünmeye olanak sağlayan ortam içerisinde en doğru olan yolu bulmuştur.

Türkiye'ye, Türk insanına bu yolu açan ve gösteren kişi ise **ATATÜRK**'tür. **Öyleki; her türlü ilmi, iktidarın kaynağını ve meşruiye-**

tini, sosyal ve ekonomik örgütlenmeyi, devletin temel yapısını, kişisel ve ailevi ilişkileri ve bunlardan kaynaklanan sorunların çözümünü özgür düşüncede, müspet ilimde ve akılda değilde; şeriat hükümleri ile dini kurallar arasında aramaya alışmış çağdışı zihniyete ilk darbeyi ATATÜRK ve ATATÜRK TÜRKİYESİ vurmuştur.

ATATÜRK DEVRİMİ adını verdiğimiz bu darbe iledir ki; devletin yapısı ve örgütlenmesi akılcı bir temele oturtulmuş, bu amaçla şer'î hükümler ve Şeriat Mahkemeleri ortadan kaldırılarak Medeni Yasa ve benzeri diğer yasalar yürürlüğe konulmuştur. **Inanç özgürlüğü ile inancın kutsallığı korunarak din ve devlet işleri birbirinden ayrılmış ve ancak böylece laik Cumhuriyet olgusuna ulaşılabilmiştir.**

Türkiye Cumhuriyeti'nin vazgeçilmez niteliği olan laiklik, toplumca üzerinde en fazla ve duyarlılıkla durmamız ve korumamız gereken temel bir yapıdır. Ondan ödün verilmesi, giderek ondan vazgeçilmesi, yeni arayışlar ve örgütlenmeler ile Atatürk'çü düşünceden uzaklaşılması, Türkiye Cumhuriyeti Devletini yıkmak, Türk Ulusal kimliğini ve kültürünü yozlaştırmak, çağdaş uygarlığa ve demokrasiye hiç ulaşamamak demektir.

Gerçek böyle olmasına karşın ülkemizde dün olduğu gibi bugün de Türkiye Cumhuriyeti Devletinin laik yapısına uymayan kimi eylemler, laik toplum ve devlet düzenini ortadan kaldırmayı amaçlayan kimi davranışlar yoktur demek mümkün değildir. Bu eylemleri ve bu davranışları yürütüp yönlendiren unsurlar zaman içerisinde kazandıkları deneyimlerle biçim değiştirmişler fakat özlerini ve amaçlarını korumuşlardır. Olayın, geçmişteki örneklerinden ve yapısından bir farkı budur. Diğer bir farkı da; bu unsurların azımsanmayacak bir ekonomik güce sahip olmaları, geçmişe oranla dışardan daha fazla destek görmeleridir.

Bu nedenle; laikliğe, çağdaşlaşmaya ve Atatürk'çü düşünceye karşı olan bu unsurlar, sahip oldukları geniş ekonomik olanaklarla, yeni örgütlenme biçimleri ve yöntemleri ile, içeride ve dışarıda kurdukları yeni ittifaklar ve dengeler ile gelecek için gerçekten kaygı duyulacak bir tehlikeli tırmanış içerisindedirler.

Bu konuda, Büyük Atatürk'ün **«Artık Türkiye din ve şeriat oyunlarına sahne olmaktan çok yüksektir. Bu gibi oyuncular var ise kendilerine başka taraflarda sahne arasınlar»** biçimindeki sözlerine güvenip inanmakla birlikte, yine de aydın, laik ve demokratik düşüncedeki güçlerin, Cumhuriyet Hükümeti'nin ve tüm ulusun dikkatli ve tetikte olması gerektiğine işaret etmeyi gerekli ve yararlı gördük.

ADLİ KOLLUK VE CEZA YARGILAMASI

Yıllardır hemen hemen pek çok sağduyulu ve deneyimli hukukçunun, özellikle Yüce Yargıtay'ın değerli ve bilge Başkanlarının, çağdaş hukuk öğretilerinin yapısını inceleyen aydınlarımızın üzerinde ısrarla durdukları, gerçekleşmesini yürekten istedikleri ama buna rağmen bir türlü gerçekleşmeyen, dahası gerçekleşmesi konusunda hiç bir çaba da gösterilmeyen bir **«Adli Kolluk»** kavramı ve kurumu vardır.

Cumhuriyet savcılarının daha sağlıklı ve rasyonel biçimde görev yapmalarını sağlamak, suçu ve suçluyu tüm kanıtları ile birlikte ve en ivedi biçimde saptayarak yargı önüne çıkartmak gibi işlevleri üstlenecek olan **«Adli Kolluk'un»** kurulması, işaret olunan yararlarının ötesinde bir yargı kararı ile mahkûm edilene kadar sanık konumunda olan insanlarımıza her anlamda bir güvence sağlayacaktır. Bunun yanı sıra özerk, uzmanlaşmış ve siyasal iktidarlardan bağımsız biçimde görev yapacak olan **«Adli Kolluk'un»** varlığı; mahkemelere daha kolay ve sağlıklı biçimde görev yapma olanağı verecektir.

Dahası, siyasal iktidarın yönlendirmesi ve yönetimi dışında ve doğrudan doğruya Cumhuriyet savcılarına bağlı olarak görev yapacak olan, kendi konusunda yetişmiş, eğitilmiş ve uzmanlaşmış bir **«Adli Kolluk'un»** varlığı; yerli yersiz ileri sürülen, kimi zaman doğru, kimi zaman da bir savunma aracı olarak kullanılan işkence iddialarına karşı alınabilecek en etkin, en yasal ve akılcı önlem olacaktır.

Diğer taraftan, şimdilerde ülkemizde uygulanmakta olan hazırlık soruşturmasının gizliliğine ilişkin ceza yargılaması yönteminden de artık vazgeçmek gerekir. Zira; demokrasinin her alanda uygulanması gereken temel ilkesi, açıklık ve eşitliktir. Mevcut uygulama ise; açık olmadığı için, hem demokrasiye ve hem de onu bütünleyen ve besleyen hukukun temel ilkelerine aykırıdır.

Yasadaki var olan düzenleme gereği gizli yürütülmesi gereken ve o nedenle de gizlilik içerisinde yürütülen hazırlık soruşturmasındaki işlemlerin, çoğu kez Cumhuriyet savcılarının işlerinin yoğunluğu nedeni ile tamamen kolluk kuvvetleri eliyle yapıldığı da dikkate alındığında, sanık konumundaki insanların ne ölçüde yalnız ve güvencesiz olduklarını anlamak, dahası, sistemin yapısındaki toplumsal tehlikeyi gözlemek daha kolay olacaktır.

Bütün bu nedenler ile hazırlık soruşturmasının gizliliğine ilişkin yargılama yönteminden geri dönülmesi ve savcı gibi kamu ve devlet adına görev yapan meslekten iddiacının karşısına, gerek eşitliği ve dengeyi sağlamak ve gerekse **«müdafisiz sanık olmaz»** ilkesine somut anlamda işlerlik kazandırmak için, yine kamu görevi yapan

meslekten savunucuların çıkartılması ve böylece suçlama ile birlikte savunma hakkının başlatılması, yani hazırlık soruşturması aşamasından itibaren avukatların da görev yapmak üzere devreye sokulmaları gerekir.

Sözünü ettiğimiz bu değişikliklerin yapılması ile hem ceza yargılama sistemimiz daha demokratik bir yapıya kavuşacak ve hem de bu önerdiğimiz sistem ile birlikte inanıyoruz ki yerli yersiz, haklı haksız ileri sürülen işkence suçlamalarına ve adli yanılgı iddialarına bir son verilebilecektir.

TÜRK CEZA YASASINDA YAPILMASI DÜŞÜNÜLEN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE

Türk Ceza Yasası'nda yapılması düşünülen ve bu amaçla sürdürülen çalışmalara gelince; oluşturulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Ceza Yasası Öntasarısının yerinde ve isabetli bir yaklaşımla kamuoyuna sunulması, peşi sıra yoğun eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Öyle sanıyoruz ki, yararı çok büyük olan bu eleştiriler bir süre daha sürecektir ve hatta sürmelidir de. Zira, toplumu ilgilendiren konular üzerinde bir tartışma açılmadan, eleştiri yapılmadan, düşünce ve görüş bildirilmeden toplumdaki kültürel gelişmeyi hızlandırmak, verimliliği artırmak, topluma ve yasa koyucuya ışık tutmak ve sonuçta toplumsal bir yarar sağlamak olanaksızdır.

Dileğimiz; yasa koyucunun yapılmış ve yapılacak eleştirilerden, sunulmuş ve sunulacak önerilerden yeterince yararlanarak sonuçta ülkemize, insanımıza yaraşır, toplumsal ve ekonomik yapımıza uygun, demokrasiye, hukuka, insan haklarına yakışan ve benzerleri çağdaş ülkelerde uygulanan bir ceza yasasının yürürlüğe konulmasıdır. Artık çağımızda egemen olan ve hatta çağımıza damgasını vuran devlet anlayışı **«hukukun üstünlüğüne hem inanmış ve hem de ona işlerlik kazandırmış, insanın temel hak ve özgürlüklerine saygılı ve onları koruması altına almış, laik ve demokratik bir yapıyı ve bu yapıya uygun bir örgütlenmeyi»** öngörmektedir.

Öte yandan insan; gelmiş geçmiş bütün zamanların en önemli ve evrensel nitelikteki değeridir. Öyleki, her şey onun için vardır. **Devlet de, yasalar da, yargıçlar da, siyasal yönetimler de insana hizmet etmek, insanı mutlu ve esen kılmak, onun güvenliğini, hakkını, hukukunu, sosyal ve ekonomik refahını ve huzurunu sağlamak ve korumak için vardırlar.** O nedenle tüm yasalarda ve bu arada gündemdeki yeni ceza yasasında devlet insan ilişkisinin bu boyutunun öncelikle gözönünde tutulması ve çıkış noktasının mutlaka insan olması gerektiği inancındayız. Zira hangi suçu işlemiş olurlarsa ol-

sunlar suç işlemiş olanlar da insandırlar. Dahası, **suç denilen olgu, insanları cezalandırmak yetkisine sahip olan yargıçlar da dahil olmak üzere hiç kimsenin ve hiçbirimizin uzağında olan bir eylem veya eylemsizlik değildir.**

Bunun yanı sıra, kavramlar ve toplumsal değerler zamanla değişmekte, yasalar ne ölçüde mükemmel olurlarsa olsunlar gelip geçen zaman içerisinde yıpranmaktadırlar. Buna bağlı olarak suç kavramı ve suç sayılan eylemler de zamanla ve göreceli olarak değişmekte, dün suç sayılan ve cezalandırılan bir eylem, toplumsal değişmenin bir başka aşamasında suç sayılmamakta ve cezalandırılmamaktadır. O nedenle yürürlüğe konulacak yeni ceza yasasında suç kavramının bu değişkenliğinin gözetilmesinin zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan araştırıldığında, **suç eyleminin altında bir ekonomik nedenin, bir eğitimsizliğin veya eğitilme yanlışlığının, bir kültürlenme bozukluğunun veya kültürsüzlüğün ya da ruhsal bir bozukluğun varlığına mutlaka rastlanılacaktır.** Nitekim yapılan istatistikler de bu yönleri ortaya koymaktadır. **O nedenle suçlu insan, suç işlemiş insan, öncelikle eğitilmeye, tedavi edilmeye muhtaçtır.** Bu yön dikkate alındığında cezalandırmada ve infazda uygulanacak yöntemin; acı çektirmek değil, topluma kazandırmak, suç işlemiş insandaki toplumsal ödev bilincini geliştirmek, cezalandırmanın iyileştirici, eğitici ve öğretici işlevlerini ön planda tutmak olması gerekir. Dileğimiz ve beklentimiz böyledir ve herhalde yapılması gereken ve doğru olan da budur.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGIÇ GÜVENCESİ

Kesintisiz 19 yıla yakın bir süre, yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin ülkemizde yaşandığı bir süreç geçirdik. Şimdi ise yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin biraz daha daraltıldığı bir dönemi yaşıyoruz.

Bu iki dönemi de yaşamış yargıçlar olarak, kazandığımız deneyimlerle sağlıklı bir değerlendirme yapabilme ve doğru bir sonuç çıkarabilme olanağımız vardır düşüncesindeyiz. Zira deneysel süreç canlı bir olgudur ve kişiye karşılaştırma yapabilmesi için pek çok ve somut bakış noktası verir.

Kuşkusuz yasalara bağlı, saygılı ve kendilerini yasalara mecbur sayan insanlarız. Ama yine de insanın, kendisini mecbur saydığı yasaların yararına da inanması gerekir. Oysaki her iki dönemi de ardarda yaşamış yargıçlar olarak, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi

ile ilgili olarak getirilen yeni sistemin yararlı olmadığını ve gelecekte de bir yarar sağlamayacağını öncelikle ve özellikle vurgulamak isteriz.

Korunması konusunda kendimizi görevli saydığımız ve üzerinde çok duyarlı olduğumuz yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri ile bağdaşır nitelikte görmediğimiz yön, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşum biçimine yöneliktir. Zira, ne kadar yansız olurlarsa olsunlar Kurul'un içerisinde yürütmenin temsilcisi konumunda bulunan Adalet Bakanı ile ona bağlı biçimde görev yapan Bakanlık Müsteşarının görev almaları yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri ile en azından biçimsel anlamda bağdaşır nitelikte değildir, dahası sakıncalıdır.

Elbette Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarı, yargıçlara doğrudan doğruya herhangi bir konuda veya davada müdahale edemez, etkili olamaz. Ama yargıçların atanmaları, denetlenmeleri, terfileri ve başkaca özlük işleri konusunda yetkili ve görevli olan bir Kurul'un içerisinde Adalet Bakanının ve Bakanlık Müsteşarının bulunması, yargıçlar üzerinde dolayısı ile siyasal erkin etkili olması sonucunu doğurur ki, bu durumda hem yargıç kendisini ve mesleki geleceğini güvencede görmez ve hem de vatandaşın yargının bağımsızlığına olan güveni ve inancı sarsılır. **Nitekim, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yaptığı kimi tasarruflar bizim vurguladığımız anlamda bir güven bunalımının varlığını ve bu güven bunalımının giderek yaygınlaştığını göstermektedir.**

Bunların yanı sıra, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kendisine ait bir binasının olmaması nedeniyle kurul toplantılarının Adalet Bakanlığı binasında yapılması, yine kurulun kendisine bağlı bir sekretaryasının, özerk bir bütçesinin bulunmaması ve özellikle kurul üyelerinin asli görevleri ile ilişkilerinin kesilmemesi, yargıçların denetlenmelerinde görev alan müfettişlerin doğrudan doğruya Adalet Bakanlığı'na bağlı olmaları, yargı bağımsızlığına ve yargıç güvencesine gölge düşüren ve çağdaş düzenlemelere ters düşen başkaca olumsuz yanlardır.

Gerek açıklanan bu yönler, gerekse hiç bir toplumun ve kişinin çağına karşı gelerek kendisini yüceltmeyeceğine olan inancımızla, yargıçların, benimsemedikleri ve de demokratik bulmadıkları için, içlerine sindiremedikleri bu sistemin yanlışlığının kabul edilmesini ve değişmesini istiyoruz. Ve inanıyoruz ki; **«sağlam bir inanç, esnekliği ile sınanır. Her yücelen gerçek gibi, o da yanlışlarını kabul ettikçe yeşerir.»**

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile ilgili içten görüş ve düşüncelerimizi böylece dile getirirken, 2592 sayılı Yasa ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Yasanın 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında yapılan değişiklikle; Uyuşmazlık Mahkemesi Üyelerinin, Yüksek Mahkeme Genel Kurullarının gösterecekleri adaylar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca seçilmesinin hiç bir suretle hukuka uygun bulunmadığını ve bu seçimlerin doğrudan Yüksek Mahkemeler Genel Kurullarına bırakılmasını sağlayacak değişikliklerin geciktirilmeden süratle yapılması zorunluğuna inandığımızı belirtmek isteriz.

YASALAR ÜZERİNE

Bir toplumdaki siyasal, ekonomik ve toplumsal rahatsızlıkların tedavi edilmesinde kullanılacak en etkin ve hatta gerekli aracın yasalar olduğunda kuşku yoktur.

Kuşkusuz yasalar, milli iradenin bir ürünü ve bir yaptırım aracıdır. Ama yalnızca bunlardan birisi ya da aynı zamanda her ikisi birden değildir. Teknik tanımı bir yana, en yalın tanımı ile yasa **«toplum ne istiyor, ne bekliyor ve neye gereksinme duyuyor ise odur.»**

O nedenle yasa koyucunun; toplumun gereksinimlerini, istek ve beklentilerini gözleyerek, gerekli olan yasaları hazırlayıp yürürlüğe koyması ve bu işlevini sağlıklı biçimde yerine getirmesi gerekir.

Yüce Parlamentonun belirttiğimiz çerçevede, büyük bir duyarlık ve özveri ile bu işlevini yerine getirdiğinden ve getireceğinden hiç bir kuşkumuz yoktur.

Üzerinde duyarlı olduğumuz ve de sakıncalı bulduğumuz husus, özellikle son zamanlarda pek çok yasanın, klasik yasa yapma tekniğine aykırı biçimde yasa hükmündeki kararnamelere başvurularak çıkartılmış olmasıdır.

Hiç kuşkusuz, başvurulan bu yol, Anayasal bir yoldur. Sakıncaları bir yana yararları da pek çoktur. Ama yine de bu yönteme sıkça başvurulması karşısında, bırakalım yasayı bilmemesi özür sayılmayan vatandaşı bir yana uygulayıcılar bile yasaları ve yasal değişiklikleri izleyemez bir duruma düşmektedirler. Ayrıca yasa hükmündeki kararnamelerde olağan nitelikteki yasaların aksine gerekçe olmadığından, görüşmeleri içeren meclis tutanakları bulunmadığından, yargı organları ile diğer hukukçular bu yasaların amacını tesbitte güçlük çekmektedirler.

Diğer taraftan, yürürlüğe konulan bazı yasaların daha çok **«çerçeve yasa»** niteliğinde olduğu, bu yasalarda pek çok yönün yönetmeliklerde düzenleneceğinin öngörüldüğü ve hangi yasaların hangi maddelerinin yürürlükten kaldırıldığının yasalarda belirtilmediği gözlenmekte ve yürürlüğe konulan bir kısım yasaların veya bu yasalardaki bazı maddelerin çok zaman geçmeden yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Kanımızca sakıncalı olan bu yönler, yasalarda bulunması gereken devamlılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır.

O nedenle kimi yasaların çıkarılmasında aceleci davranışlardan kaçınılmasını, olanaklar ölçüsünde yasa hükmündeki kararnameler ile yasa çıkarma yoluna başvurulmamasını, çerçeve yasalardan uzak durulmasını, yasalarda yer alması gereken temel kuralların yönetmeliklere bırakılmamasını, yasaların diline ve düzenleme tekniğine özen gösterilmesini yargı adına talep ederiz.

Bunların yanı sıra; Cumhuriyet Yasalarının yeniden gözden geçirilmesinde, artık günümüzde işlevi, anlamı ve yararı kalmamış olan kimi yasaların yürürlükten kaldırılmasında, buna dayalı olarak yasaların yeniden numaralandırılmasında ve böylece mevzuatın derlenip toparlanmasında büyük yarar ve hatta zorunluluk vardır. O nedenle zaman geçirilmeksizin bu doğrultuda başlatılan çalışmaların sonuçlandırılmasını dileriz.

YARGIÇ YETİŞTİRME SİSTEMİ

Bugün için Ülkemizde; asker, doktor, mühendis ve diğer meslek birimlerini yetiştirmek konusunda izlenen, büyük ölçüde oturmuş ve yararları görülmüş eğitim ve öğretim sistemleri vardır. Ama ne yazık ki, günümüzde yargıç yetiştirmek konusunda uygulanan, çağa uygun, ülke gereksinimlerini karşılayacak sağlıklı bir sistem yoktur.

Gerek bundan kaynaklanan nedenler ile, gerekse yargıçlık mesleğinin son zamanlarda ekonomik aşınmalara da bağlı olarak çekiciliğini yitirmiş olmasından dolayı bir yandan mesleğe nitelikli başvurular azalmış, diğer yandan da meslekten sayıca ve nitelikçe önemli kopmalar olmuş ve çözülmeler başlamıştır. O nedenle durum gerçekten üzücü ve gelecek için kaygı duyulacak bir noktadadır. Dileğimiz ve beklentimiz konunun ve sorunun çok ciddi biçimde ve ivedilikle ele alınıp çözüme bağlanması doğrultusundadır.

Bu konuda neler yapılabileceği ve ne gibi önlemler alınabileceğini de belirtmek isteriz. Şöyle ki :

- Hukuk Fakültelerinde Adalet Bakanlığı hesabına yatılı öğrenci okutma sistemine geri dönülmesi,
- Şimdilerde sürdürülmekte olan meslek içi eğitiminin daha da yaygınlaştırılması,
- Yargıçların davranış bilimleri konusunda eğitilmeleri,
- Teorinin geliştirilip zenginleştirilmesi amacı ile uygulamanın gözlenmesi,
- Uygulamada zaman zaman karşılaşılan teori - pratik yabancılaşmasının önüne geçecek, dahası ayrılmaz bir bütün olan teori ve pratiğin yakınlaşmasını ve bütünleşmesini sağlayacak yeni bir modelin geliştirilmesi,
- Fakülte eğitiminde mesleğe özgü çalışma tekniklerinin öğretilerek, uygulamaya yönelik beceri ve yeteneklerin kazandırılmasına ve geliştirilmesine özen gösterilmesi ile birlikte yabancı dil öğrenimine yer verilmesi,
- Yargıçlık ve avukatlık stajı ayırımının ortadan kaldırılarak, her iki stajın hukuk veya adalet stajı ya da bir başka isim altında birleştirilerek yeniden düzenlenmesi, tüm stajyerlerin staj süreleri içinde; hem yerel mahkemelerde ve Cumhuriyet savcılıklarında ve hem de Yargıtay'da ve avukatlar yanında belli süreler ile staj yapmalarına olanak sağlanması,
- Yargıçların belirli dallarda uzmanlaşmalarına özen gösterilmesi, bu amaçla yeni bir dizge getirilmesi,
- Yargıçların ekonomik sorunlarının mutlaka kendi özel yasaları içerisinde kesin bir çözüme bağlanmasıdır.

ÜST MAHKEMELER SORUNU

Türk Hukuk sisteminin gündeminde çok uzun zamandan beri yer alan, yararlı olacağını savunanların yanı sıra zararlarına da işaret edenlerin az olmadığı "üst mahkemeler" konusundaki görüşlerimizi de sunmak isteriz.

Hiç kuşkusuz, bütün dünyadaki işlevi ve işleyiş biçimi, amacı ve yapısı itibarı ile Yargıtay, bir içtihat mahkemesi konumundadır. Ne varki ülkemizde, yerel mahkeme kararlarının denetlendiği üst mahkemelerin olmayışı, Yargıtay'ı giderek bir derece mahkemesi konumuna getirmiş, Yargıtay'ın bu işlevini ve görevini yerine getirebilmesi için artan iş yüküne koşut olarak üye ve daire sayısı her geçen gün artmıştır. Önlem alınmadığı, uzun vadeli bir planlamaya gidilme-

diği, yalnızca günü ve yılı kurtarma düşüncesi baskın geldiği sürece daha da artacağı kuşkusuzdur. O nedenle Yüce Yargıtay'ı, bugünkü durumundan ve konumundan kurtarmak, gerçek işlevi olan hukuk yaratmaya ve ülke düzeyinde içtihat birliği sağlamaya ilişkin temel yapısına kavuşturmak için üst mahkemelerin kurulması artık bir zorunluluk halini almıştır.

Ancak, konunun çözümünün kısa vadede düşünülmesi ve hemen bu konuda yeni bir düzenlemeye gidilmesi doğru değildir. Zira, zorunlu ve yararlı bir gereksinim olarak öngördüğümüz üst mahkemeler kurumu, herşeyden önce bir altyapı sorunudur ve öncelikle sağlıklı bir altyapının oluşturulmasını gerektirir. Bu yapılmadan Türkiye'nin bilinen bugünkü yapısı ve koşulları içerisinde böyle bir denemeye girişilmesi hem olanaklı ve hem de doğru değildir.

Şöyle ki; mevcut resmi verilere göre Türkiye'deki **yargıç kadrosu sayısı 4278, Cumhuriyet Savcısı kadrosu ise 2603'tür.** Türkiye'nin nüfusuna, giderek artmakta olan gereksinimlerine göre esasen yetersız olan bu kadroların büyük bir bölümü de şimdilerde boştur. **Kaldı ki, sorun sadece bir nicelik sorunu değil, aynı zamanda ve belki de daha çok bir nitelik sorunudur.** O nedenle, üst mahkemelerin kurulup işler duruma getirilmesinden önce mutlaka kadro sorununu gerek sayı bazında, gerekse nitelik bazında çözmek gerekir. **Bunun için de önce yargıç yetiştirilmesi konusunda sağlıklı bir modelin ivedilikle seçilmesi, geliştirilmesi ve işler duruma getirilmesi zorunludur.** Dahası bu mahkemelerin görev yapacakları, yargıya yakışır, her türlü çağdaş araç ve gereçle donatılmış yargı binalarının yapılması, yargının ve yargıcın ayrılmaz parçası ve en büyük yardımcısı olan nitelikli, iyi yetişmiş, üstleneceği görevin bilincinde yardımcı personelin de sağlanması gerekir. **Bunlar yapılmadan, soruna makro düzeyde bakılmadan ve konu belirtilen çerçeve içerisinde ve uzun vadede planlanmadan üst mahkemelerin kurulması yarardan çok zarar getirir ve o zaman şimdi yakındığımız sistemi de arar ve özler bir duruma geliriz.**

YARGININ DİĞER SORUNLARI

Yargının çözüm bekleyen diğer sorunlarını dile getirmeden önce bir konuya değinmeyi bir vefa borcu ve görev bildiğimizi öncelikle belirtmek isteriz.

Şöyle ki; geride kalan günlerde yargının kendilerine iletilen sorunlarını çözmekte çok duyarlı, çok ilgili davranan, özellikle Yüce Yargıtay'ın ve birinci sınıfa ayrılmış değerli yargıç ve Cumhuriyet

savcılarının akçalı sorunlarının çözümünde özverili ve çözüm arayıcı yaklaşımlarda bulunan ve çözüm de bulan Cumhuriyet Hükümeti; inanıyoruz ki yargının tüm sorunlarını ve bilhassa henüz birinci sınıfa ayrılma durumuna gelmemiş yargıç ve Cumhuriyet savcılarının akçalı sorunlarını da çözecek güçtedir ve çözecektir. Öyleki; Yargıtay ile olan ilişkilerinde, Yüce Yargıtay'ın kendilerine iletilen tüm sorunlarının çözümünde Sayın Cumhurbaşkanımız başta olmak üzere, Cumhurbaşkanlığı Konseyinin Sayın Üyeleri ile Sayın Başbakanımız, Sayın Adalet Bakanımız, Sayın Maliye Bakanımız ve Cumhuriyet Hükümeti'nin diğer sayın üyeleri, Devlet Planlama Teşkilatı yetkilileri, Ankara Büyükşehir ve Çankaya Belediyesi Sayın Başkanları ve diğer kamu görevlileri çok anlayışlı davranmışlardır. Bu anlayışlı, yapıcı, içten, çözüm arayıcı ve bulucu davranışların, yargıya olan çok olumlu ilgi ve katkıların devam etmesini dilerken kendilerine Yüce Yargıtay adına en içten teşekkürlerimi sunarım.

Bu bağlamda ifade edeceğimiz ve çözülmesini beklediğimiz sorunlara gelince :

Yargı; araç, gereç, bina gibi donanımları yönünden yetersiz ve bakımsız bir durumdadır. O nedenle; öncelikle çağdaş ölçülere uygun, yapılan görevin yüceliğine yakışır adalet binalarının, yurt genelinde başlatılacak bir kampanya ile gerçekleştirilmesi gerek yargıç, gerekse Cumhuriyet savcılarının lojman, büyük kentlerde ulaşım sorunlarının çözümlenmesi, yargı evleri ve dinlenme tesislerinin bir toplumsal gereksinme olarak kabulü ile realize edilmesi gerekmektedir.

Yine yargının en büyük gereksinimi olan kağıt, daktilo vs. gibi gereçler çoğu kez yeterli ölçüde bulunamadığından, işler kimi zaman ivedilikle ve sağlıklı biçimde yürütülememektedir. O nedenle belirtilen bu gereksinimlerin zamanında ve görevi aksatmayacak biçimde sağlanması, duruşmalarda stenoya geçişin planlanması, hafızalı ve elektrikli daktilonun yargının hizmetine sunulması yararlıdır.

Çoklukla, adliye binalarında işi biten dava ve takip dosyaları, mahzen adı verilen, her türlü tehlikeye karşı korunmasız depolarda saklanmaktadır. Aranan ve kimi zaman son derece önemli olan bir dosyanın ya da o dosya içerisindeki bir belgenin bulunması günler almakta ve hatta bazı zamanlar da bulunamamaktadır. O nedenle hem dosyaların korunması ve hem de zaman kaybının önlenmesi için çağdaş tekniğe uygun olarak arşiv uygulaması, mikrofilm veya bilgisayar sistemine geçilmesi gerekmektedir.

Yine her adliye binasında tüm yargıç ve Cumhuriyet savcılarının yararlanmalarına ayrılmış kitaplıkların kurulması, bu kitaplıklarda tüm yayınların toplanması ve bu yerlerde konunun uzmanı olan kişilerin çalıştırılmalarında yarar ve zorunluluk vardır.

Hiç kuşkusuz bütün bu sorunların çözümlenmesi bir ekonomik gücün varlığını gerektirmektedir. Bu ise herşeyden önce bir kaynak yaratmakla olanaklıdır. Kanımızca yargı bu kaynağı, bir yeni düzenleme getirildiği takdirde kendi içinde ve kolayca bulacaktır. **Bu ise herhalde yargı işlerinden alınan harçların, teminatların ve benzeri diğer gelirlerin yargıya özgülenmesi, bütün bu gelirlerin adalet bankası veya adalet fonu adı altında toplanması ve yargının akçalı sorunlarının çözümünde kullanılması ile mümkün olacaktır.**

Üzerinde önemle durulması gereken bir diğer konu da, adliyelerde görev yapan «**yardımcı personelin**» durumudur. Bu personelin öncelikle, yetiştirilmesine, eğitilmesine özen gösterilmesi ve mesleğin çekiciliğinin sağlanması gerekmektedir. Bugün için yargıç ve Cumhuriyet savcılarının en önemli ve vazgeçilmez yardımcıları konumunda bulunan bu personelin, aylık gelirleri ve diğer nesnel olanakları gereksinimlerini karşılamaktan tamamen uzaktır. Yasa gereği yargıç gibi tarafsız olmaları öngörülen, aynı nedenlere bağlı olarak reddedilebilen, kararda imzasının eksikliği, verilen o kararın bozulmasına neden olan bu görevlilerin akçalı durumlarının iyileştirilmesi, örneğin; fazla mesai ücretlerinin artırılması, keşif ücretlerinin günün koşullarına uygun düzeye getirilmesi, giyim kuşam, ulaşım, lojman, yan ödeme gibi gereksinimlerinin günün ve ülkenin koşulları ile devletimizin olanaklarına uygun biçimde giderilmesi gerekmektedir.

YARGIYA İLİŞKİN DİLEK VE ÖNERİLER

Yargıda; gerek bizim gözlemlediğimiz, gerekse vatandaşın yakınmalarından saptadığımız bazı aksamalar mevcuttur. Yargının daha sağlıklı bir yapıya kavuşması yönünden sorunların ve çözüm yollarının ortaya getirilmesinde yarar vardır. Şöyle ki; **şimdilerde var olan sulh - asliye ayrımı anlamsız ve yararsız bir bölünme niteliğindedir. Zira 500.000 TL. lık uyuşmazlıkla 5.000.000 TL. lık uyuşmazlık arasında belki nicelik farkı vardır ama nitelik farkı yoktur. Çünkü hak, haktır. O nedenle bu ayrımın ortadan kaldırılması gerekir.**

Yargıçların terfilerinde, verdikleri kararlara göre aldıkları notların tek başına bir değerlendirmeye tutulması yanlıştır. Bu uygulama; yargıcı, Yargıtay kararlarına doğrudan bağımlı kalmaya yöneltmekte ve yargıcın yaratıcılık işlevini giderek köreltmektedir. O nedenle

yargıçların terfilerine ilişkin mevcut sistemde çağa uygun düzenlemeler yapmanın zamanı gelmiştir kanısındayız.

Yargının bilinen yükünün azalmasında yararı olacağı inancı ile nizasız yargı birimlerinin tek tek saptanmasını ve bu sisteme işlerlik kazandırılmasını öneriyoruz.

Ticaret Mahkemelerinin isim ve işlev olarak korunması, ancak tek yargıçla çalışması uygun olacaktır inancındayız. Böylece hem birlikte çalışmanın getirdiği bazı engeller aşılacak ve hem de yargıç tasarrufu sağlanacaktır.

Yine güzel düşünülmüş olmasına karşın son derece kötü biçimde işletilmekte olan ve giderek amacından ve işlevinden sapan adli yardım kurumunun yeni baştan ele alınarak çağdaş bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

Yeniden düzenlenilmesi ve bir disiplin altına alınması gereken bir diğer konu da, **«bilirkişilik»** kurumudur. Yargıcın uzmanlık alanı dışında kalan konularda görüş bildiren ve o nedenle bir davada adaletin bulunmasında yargıç kadar olmasa bile, yine de etkin bir konumda bulunan bilirkişilik; uygulamada gerek seçilen kişilerin nitelikleri veya niteliksizlikleri, gerekse yargıçlarca çoğu zaman bir ilkesizlik içerisinde tayin ve takdir edilen ücretleri ve yine gerekli gereksiz konularda başvurulan bir yöntem olması yönünden bir düzensizlik içerisindedir. O nedenle bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasında, resmi bilirkişilik kavramının genişletilip geliştirilmesinde, Barolar ile Adalet Bakanlığı'nın bu konuda diğer kamu kuruluşlarıyla iletişim kurarak eşgüdüm sağlayıcı işlevler üstlenmesinde yarar ve hatta zorunluluk vardır inancındayız.

Diğer yandan, yerel mahkemelerde kanıt toplama işleminin duruşma açılmadan tamamlanması, dava giderleri ile ilgili olarak idari yargıda uygulanmakta olan avans sisteminin adli yargıda da başlatılması ve davanın açılması ile birlikte olası yargı giderlerinin taraflara depo ettirilmesi gibi konularda, usul hukukuna yeni ve bağlayıcı düzenlemeler getirilmesi, davaların daha kısa süre içerisinde çözüme bağlanmasına katkıda bulunacaktır düşüncesindeyiz.

İcra ve İflas Dairelerinin, özellikle büyük kentlerdeki çalışma biçiminden ve buralardaki işlerin yürütülmesinden yakınmalar pek çoktur ve yoğundur. O nedenle, anılan dairelerde görev yapan memurların özenle seçilmeleri, görevlerinde çok sıkı biçimde denetlenmeleri devlete ve yargıya olan güvenin sağlanması ve korunması yönünden önemlidir.

Bu kapsamda disiplin altına alınmasının, yeni baştan düzenlenmesinin zorunlu olduğunu saptadığımız diğer bir konu da icra uygulamasındaki **«yedieminlik»** kurumudur. Bu kurum; bugün için, özellikle büyük kentlerde niteliksiz ve çıkarcı güçlerin tekelinde gibidir.

O nedenle sorunun gündeme alınmasında, tarifelerinin günün koşullarına ve yerel özelliklere göre vatandaşa yük olmayacak biçimde belirlenmesinde, saptanacak yeni ilkeler doğrultusunda yapılacak düzenlemeler ile bu kurumun disiplin altına alınmasında yarar olduğu düşüncesindeyiz

Saygıdeğer Konuklar,

Sevgili Arkadaşlarım

Konuşmama son verirken beni ilgi ve sabırla dinlemek lütfunda bulunan siz seçkin konuklarımıza en içten saygılarımı sunuyor, bana her zaman yürek ve destek veren çalışma arkadaşlarımı, özverili çabaları ile Türk Hukukunun gelişmesine ve ilerlemesine katkıda bulunan değerli yargıç ve Cumhuriyet savcılarımız ile savunma mesleğine gönül vermiş avukat meslekdaşlarımı ve fedakâr adalet personelini saygı ile selamlıyorum.

●

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Teoman EVREN'in 1987 - 1988 Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma. 7.9.1987

SAYIN KONUKLAR,
YARGI ORGANLARININ SEÇKİN TEMSİLCİLERİ,
AZİZ MESLEKDAŞLARIM,
BASINIMIZIN DEĞERLİ MENSUPLARI.

Yoğun çalışmalarla yüklü bir yılı geride bırakarak girdiğimiz yeni Adli Yılın hepimize mutluluk veren bir çalışma döneminin başlangıcı olmasını gönülden diliyorum.

YILLARDIR TEKRARLANAN SORUNLAR :

Senelerdir her adli yıl açılışında tekrarlanan pek çok sorunu iş hacminin artış hızı ile orantılı olarak bu yıla taşımaktayız. Geçmiş yıllarda yakındığımız sorunlardan hiçbirinin çözümlenmediğini, ortaya çıkan yeni sorunlarla çoğaldığını, çözümünün daha da zorlaştığını görmekteyiz. Adalet ve yargımız için gelecek günlerin geçmiş günlerden daha aydınlık olması en büyük dileğimizdir. Her Adli Yıl başında hukukçuların gönlünde yinelenen adalet sevgisine dayalı sorunlarımızın, gelecek çalışma dönemlerinde çözümlenmesi ve yargımızın gündeminden çıkarılması göğüslerimizi mutluluk ve heyecanla dolduracak bir sevinç nedeni olacaktır. Milletimiz ve ülkemizin hukukçuları bütün sorunlarından arındırılmış bir hukuk ve yargı düzeni içinde mutlu yaşamayı çoktan haketmişlerdir. İnsan yüreğinde her türlü sevgi adaletin yarattığı güven ortamında gelişmekte ve güçlenmektedir.

ADALET VE HUKUK :

Adalet, Milletlere ahlâk ve onur veren, demokratik yaşamın en önemli faziletidir. Adalete başvurma olanaklarını halkın gönlünde mücadele azmini geliştiren ve gönül ferahlığı yaratan bir ışık olarak daima canlı ve aydınlık tutmak zorundayız.

Yargıya başvurma olanaklarının açık bulundurulması kadar, yargı kararlarının toplumun kalbinde ve kafasında yaşayan adalet duygusunu tatmin etmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Hukuk ile adalet arasındaki zorunlu bağ yürürlükteki kuralların olaylara uygulanmasında çok önemli bir ölçü olarak ortaya çıkar ve etkisini duyur-

maya başlar. Her ülkede yürürlükte olan hukuk düzeni adalet kavramı ile ilişkili olarak gelişir, güçlenir, sürer gider. Yürürlükte olan hukuk kurallarının amacı, kuru bir düzen kurmaktan öte adaletli bir düzen kurmaktır. Adalet duygusunu ve bu duygunun içeriğini gözardı eden, önemsemiyen pozitif hukuk düzeninin, gereksinmeleri karşılamakta ve toplumu tatmin etmekte yetersiz kalacağı deneyimlerle anlaşılmıştır.

Hukuk kaynaklarının en önemlisi yasaların, adaletli bir kural olarak oluşmasına, yasama organının büyük özen göstermesi gerekir. Gelişi güzel hazırlanan yasalar önemli sorunlar yaratmakta, sürekli bir haksızlığın topluma yansıyan kaynağını oluşturmaktadır.

HUKUK DÜZENİ :

Hukuk düzenimiz bir yandan yaşama şansını yitirmiş kuralların varlığı, diğer yandan özensiz hazırlanan pek çok yasa, yasa gücünde kararname ve bunların düzeltilmesi için hukuk tekniğine aykırı olarak getirilen değişikliklerle içinden çıkılması olanaksız hâl almaktadır. Yeni çıkarılan bir yasa ile bu yasa ile hiç ilgisi olmayan bir başka yasa değiştirilmekte, ayrıca bir yasa ile pek çok yasada değişiklik yapılmaktadır. Hukuk düzenimiz giderek ciddi bir kargaşaya hızla sürüklenmektedir. Kanun gücünde kararname çıkarma yetkisinin amacı aşılarak, yasama organının fonksiyonunun icra organına devri şeklinde kullanılması sadece bu kargaşa ortamını hızlandırmakla kalmamakta güçler ayrılığını ve dengesini alt üst eden hukuk ve demokrasiye açıkça aykırı bir uygulama olarak yeni sorunlar yaratmaktadır.

Bugün geride bıraktığımız dönem içinde devletimiz, uluslararası yargı kuruluşlarına bireysel başvuru hakkını övgüye değer bir cesaret ve açıkgönüllülük ile kabul etmiştir. Ayrıca Avrupa Topluluğuna üyelik için başvuruda bulunmuştur. Bu olumlu çabalar önümüzdeki dönemde hukukumuzun uluslarası şartlara göre gözden geçirilmesi, düzeltilmesi ve değiştirilmesini gündeme getirecektir. Uluslararası yargı ve siyaset kurumlarının haklı yada haksız eleştirilerine olanak bırakmadan mevzu hukukun devletçe gözden geçirilmesinde ulusal açıdan çok önemli yararlar bulunduğuna inanıyoruz.

Mevzuatımızın bir bütün olarak yeniden ele alınması, yaşayan kuralların herkesin kolayca saptayarak yararlanabileceği bir sistem içinde derlenmesi ve milletimizin bilgisine sunulmsı yerinde ve aydınlatıcı bir girişim olacaktır.

Halkımızın yargı ve yargı yerleri ile ilişkilerinde her türlü olumsuz koşulu ortadan kaldıran, insan yüzlü mahkeme özlemini gerçekleştirecek, yargının iş yükünü azaltacak, davaları adil ve süratli çözümlere bağlayacak, sistemi bütünü ile ele alan, geniş kapsamlı, iyi düşünülmüş ve hazırlanmış, tartışmaya açık bir adli reform artık kaçınılmaz olmuştur. Türkiye Barolar Birliği olarak bu uğurda her türlü özveriye ve katkıya istekli ve hazır olduğumuzu vurgulamayı görev bilmekteyim. Aksaklıkları ortadan kaldırmanın tek yolu gerçekçi çözümler arayıp bulmak ve bunları süratle yürürlüğe koymaktır. Gerçekçi çözümler bulunmadıkça halkımızın yargıdan yakınmaları önlenemiyecek, yargının da yargıcın da yok yere günahı alınacaktır.

YARGILAMANIN UZAMASI :

Yargılamanın uzamasından, önemli boyutlarda yakınmalar sürmektedir. Hakkın elde edilebilmesinin gecikmesi gerçekten haksızlıklara, ızdıraplara, hatta facialara sebep olmaktadır. Vatandaşlarımız, yargı dışında hak aramaya, büyük bir karamsarlık içinde haksızlığa boyun eymeye mecbur kalmaktadır. Ülkemizin adaleti bu sorunu öncelikle çözümlemek zorundadır. Davaların uzamasının yargı içi ve yargı dışı belli ve önemli sebepleri vardır.

Yargı içi en önemli sebep iş yükünün giderek içinden çıkılmayacak boyutlarda artmasıdır. Bir yandan iş yükü artarken öte yandan yargıç açığı alabildiğine büyümektedir. Mesleğin onursal açıdan uğradığı aşınma, bilim müesseselerimizde son zamanlarda ortaya çıkan sorunlar, yeni açılan fakültelerde yaşanan yetersizlik, kaynakta önemli sorunlar yaratmakla kalmayıp eksik kadro içinde de ayrıca, gizli bir açığa neden olmaktadır.

Burada adliyenin yargıç ve savcılar dışındaki personelinin son derece zor ve önemli görevlerini, maddi açıdan çok güç koşullar altında yerine getirilmekte olduklarını belirtmek, bizim için vicdan borcudur. Çok büyük gayret ve özveri ile yargının işleyişinde önemli katkıları bulunan bu insanların durumlarının biran önce ele alınması zorunludur. Geçen dönemlerde Bakanlık ve Devlet yetkililerince açıkça kabul ve beyan edilen bu olgu birden bire gözardı edilmiş ve bu insanlar kaderlerine terk edilerek unutulmuşlardır. Aldıkları ücret yaptıkları işin önemi, taşıdıkları sorumluluğun ağırlığı, yargının saygınlığı ile ölçülemiyecek derecede düşük ve yetersizdir. Büyük bir dengesizliği sergileyen maddi sorunlar şevk ve onur kırıcı olmakla kalmamakta sürekli eleman kaybına yolaçmakta, bu meslek bütünü ile çekiciliğini yitirmektedir. Pek çok kamu personeli çeşitli şekillerde

ücret, yan ödeme ve sosyal yardımlarla desteklenirken bu insanlar için en ufak bir katkı düşünülmemiştir.

ADLİ POLİS :

Davaların uzamasının yargısal nedenleri elbette bunlardan ibaret değildir. Hepsini teker teker sayarak sabırlarınızı taşırmak istemiyorum. Ancak yargı dışı bazı sebeplere de değinmeden geçemiyeceğim. Ceza davalarının uzamasının baş nedenlerinden birisi yıllardır tekrarlanan ve bir türlü gerçekleşemiyen adliyenin emir ve denetimi altında bir kolluk gücünün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Hızlı ve iyi bir ceza adaleti ancak adalet hizmetinin gereklerine ve amacına göre örgütlenmiş bir adli polis teşkilatı ile sağlanabilir. Zira bu aşamada kolluk gücünün tutum ve davranışına göre adaletin yön değiştirmesi adli hataların ortaya çıkması söz konusudur. Ceza tahkikatı ve yargılama yargı ile polis arasındaki yazışmalar ve uyumsuzluk yüzünden de oldukça uzamaktadır.

ADLİ TEBLİGAT VE HARÇLAR :

Adli tebligat ve harçlar da yargılamayı etkileyen ve üzerinde önemle durulması gereken yargı dışı sebepler olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle geçen yıl adli tebligat ücretleri bir gecede orantısız ve birden bire artırılmıştır. Önceden tebligat masrafı verilen bütün davalar tebligat ücretleri tamamlanıncaya kadar aylarca hiç bir işlem yapılmadan bekletilmiştir. PTT. İdaresinin yapılan zamların yargıyı ne derece etkileyeceği konusunda en ufak bir bilgiye sahip olmadığı yazışmalarımız sonucunda ortaya çıkmıştır. Bir kamu kurumunun bu derece önemli bir konuda zam yaparken, Adliyenin sorunlarını hiç nazara almamasını son derece hatalı ve sakıncalı bulmaktayız.

Dava harçları da davaların uzaması açısından oldukça önemli sorunlar yaratmaktadır. Davayı kaybeden taraf kendisine mahkemece yükletilen harçları ödememektedir. Bu harçlar yasalarımıza göre borçlu olmayan ve davayı kazanan taraftan alınmaktadır. Tarafların çeşitli sebeplerle borçlarını ödememeleri halinde davalar uzun süre hatta yıllarca sürümcemede kalmaktadır. Devlet harç alacağını amme alacaklarının tahsili usulüne göre asıl borçludan tahsil etmeli ve bu yüzden davaların uzamasına olanak tanımamalıdır.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE YARGIÇ TEMİNATI :

Adalet gerçekleştirmek için yargılamanın başladığı günden beri bağımsız yargı ve yargıç teminatı siyaset ve hukuk alanında sürekli tartışma konusu olmuştur. Uygarlık ve demokrasinin gelişmesi

sonucunda, millet huzur ve güveninin ilk şartı olarak benimsenmiştir. Yargıç teminatının bulunmadığı zamanlarda doğru kararlar dahi tartışma konusu olmuş ve kuşku ile karşılanmıştır. Yasama ve yürütme organının yargısal denetimini benimsemiş demokratik sistemlerde bağımsızlık ve teminat daha da büyük önem kazanmaktadır. Yargının kendi içinden seçeceği, siyasi güçle ilişkisi bulunmayan kurulların bağımsızlık ve teminat için zorunlu olduğu düşüncesi, gelişmiş demokrasilerde ağırlık kazanmıştır. Ülkemizde fevkalâde önemli olaylar ve mücadeleler sonucu yargının kendi içinden seçilmiş müstakil bir yargı idaresince yönetilmesi bir süre uygulamaya konulmuştur. Önce çeşitli yasalarla yargı bağımsızlığı için gerçekten sakıncalı düzenlemeler peşpeşe yürürlüğe girmiş ve bu yapılanma daha sonra Anayasamızda yer almıştır. Yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini tartışılır ve kuşkulu duruma getiren sistemin geçen yılki konuşmamda işaret ettiğim tehlikeleri çok kısa bir zaman sonra somut olaylar şeklinde yaşanmaya başlanmıştır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından halkımıza güven vermekten uzaktır. Siyasi bir partinin üyesi olan Adalet Bakanı bu kurulun başkanı, Bakanlık müsteşarı da üyesidir. Kurulun ayrı bir örgütlenmesi bulunmamakta, Adalet Bakanlığı memurları kurulun işlerini yürütmektedirler. Kurulun diğer üyeleri ağır ve önemli görevleri ile birlikte ek görev olarak bu işi de yüklenmişlerdir.

Kurul bu hali ile kendi üyelerine bile huzur vermekten uzaktır. Yüksek mahkeme hakimlerinin seçimi, yargıçların tayin, terfi ve atamaları lobi oluşturma tarzında yargıç ve savcılık onuru ile bağdaşması olanaksız bir biçimde sürmekte ve gerçekten eleştirileri hak etmektedir. Kurul ülke düzeyinde etkin bir denetim sağlama olanağından da yoksun bulunmakta, çok önemli hata ve karışıklıklar ortaya çıkmaktadır.

HAKİM VE SAVCILARIN ÖZLÜK İŞLERİ:

Yargı bağımsızlığı alanında çok önem verdiğim bir konuya özellikle değinmek gereğini duymaktayım. Anayasamızın 140. maddesi "Hakim ve savcıların özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir, kuralını getirmiştir. Anayasamızın bu açık buyruğuna rağmen yargıçların özlük işleri kanun gücünde kararnamelerle düzenlenmektedir. Kararnamelerle yargıçların özlük işleri ile oynanması alışkanlık halini almış, ortaya çıkan haksızlıklar karşısında yeni kararnamelerle bütün birinci sınıf

hakimlere tazminat verilmiştir. Anayasa mahkemesinin kararına rağmen, girilen yol anayasaya açıkça aykırı, fevkalâde tehlikeli ve sakıncalıdır. Yeni uygulamadan bu yana yargıçlarımız hükümet kararnameleri ile anayasa kuralına aykırı olarak maaş ve ücretlerinin artırılmasını bekleyen insanlar haline getirilmektedir. Burada bir eleştiri olarak arz etmek isterim ki, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi yargıya gönül vermiş insanların mücadelesi ile sağlanamaz. Yüce yargıçlarımız bu haklarının üzerinde herkesten daha duyarlı davranmalı, yargı bağımsızlığının savunucusu olmalıdırlar.

YASAMA VE İCRA ORGANININ YARGISAL DENETİMİ :

Adalet duygusunun tatmini, vatandaşa huzur, mutluluk ve yaşama sevgisi vermesi yürürlükteki hukukun, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun şekilde düzenlenmesi ile mümkündür. Yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi yaşayan hukuk açısından çok önemli bir olgudur. Anayasaya ve hukuka açıkça aykırı bir kuralın varlığını sürdürmesinde büyük sakıncalar vardır. Yargı erkinin devlet ve insan onurunun koruyucusu olma işlevi böyle bir denetimle gerçek temeline oturur. Yasama ve İdarenin yargısal denetimi, bu güçlerin görevine müdahale ve bir üstünlük sorunu olmayıp yargı işlevinin kaçınılmaz sonucudur. Asıl mesele anayasaya ve hukuka aykırı kural konmaması ve idari işlem yapılmamasıdır. Anayasaya açıkça aykırı bir kuralın bazı şekli nedenlerle varlığını sürdürmesinde büyük tehlikeler bulunduğuna inanıyoruz.

Anayasa yargısı alanında yüksek yargı organlarının ve üniversitelerin, kendi varlıklarını ilgilendiren konularda dahi, dava açma yetkilerinin kaldırılması, siyasi partilerin ve milletvekillerinin dava açma haklarının kısıtlanması, hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından olumsuz gelişmelerdir.

Demokrasiyi gerçek kılmak, mutluluk içinde doya doya yaşamak için hukuka bağlılığı tek koşul saymak zorundayız. Yargı organlarımız hukukun temel ilkelerini, yerleştiren, yaygınlaştıran ulusal beklentilere yanıt veren çalışmalara yönelmelidirler. Mahkemelerin işlevi uygulanacak kurala duyulan sıradan bir ilgi olmayıp onu yaşama geçiren etkin bir yaratma eylemidir.

İşte bu nedenle Anayasa Mahkemesine ve İdari Mahkemelere başvurma olanaklarının kolaylaştırılmasında bu mahkemelerin denetim alanının genişletilmesinde fert ve devlet hayatı için büyük yararlar vardır.

CEZAEVLERİ İLE İLGİLİ SORUNLAR :

Son günlerde cezaevleri ile ilgili sorunlar birdenbire kamuoyunun ilgisini çekmiş ve önem kazanmıştır. Suçlu elbette cezasını çekmelidir. Mahkemelerce verilen kararın adaletli olması kadar verilen cezanın çektirilmesi için gereken koşullar da adalet kadar önemli olup cezanın bir başka görüntüsünü teşkil eder. Suçlu cezaevinde devletin sorumluluğu altında, güvence içindedir. Ceza adaletinin amaçları dışında insan sağlığına ve onuruna aykırı şartlarda bulundurulmamalıdır. Cezası ne kadar ağır, davranışı nedenli çirkin, suçu ne kadar yüz kızartıcı olursa olsun devlet suçluya karşı insancıl bir davranış içinde olmakla yükümlüdür.

Uygar devlet anlayışında cezanın amacı hükümlünün ıslah ve terbiyesidir. Cezaevlerimizin önemli bir kısmının bina ve personel açısından bu amacı sağlayacak yeterlik ve yapıda olmadığını bilmekteyiz. Mevcut infaz sistemi, cezanın ilke ve amacını gerçekleştirmekte yeterli olamamaktadır. Çok sayıda hükümlüyü, topluma yeniden kazandıracak, yararlı bir unsur haline getirecek, tahliyelerinde moral ve ekonomik yönden güçlü kılacak önlemlerin uygulamaya konulmasında toplum açısından önemli yararlar vardır. Cezaevlerinin suçluluk eğitimi veren koşullardan arındırılması gerekmektedir. Devletimizin cezaevleri konusunda içinde bulunduğu güçlüklere rağmen hükümlüye cezasını; havasız, ışıksız, sağlıksız yerlerde çektirmek, sağlığını, ahlâkını tehlikeye atmak ceza adaleti olarak düşünülemez. Cezaevlerinde yargısal ve yönetsel iyi bir denetim sisteminin büyük ferahlık sağlayacağına ve yakınmaları gidereceğine inanmaktayız.

Ayrıca tutukluluk ile mahkûmiyet rejimlerinin kesinlikle farklı uygulamalar içinde sürmesi zorunludur. Beraat eden bir şahsın onurunu onarılmayacak şekilde yaralayan bir uygulamaya olanak tanımamalıdır.

SAVUNMANIN SORUNLARI :

Yargı savunma üzerine kurulur. Adalet Devletin, Savunma ise Adaletin temelidir. Savunma hakkının tanınması yeterli değildir. Bu hakkın kullanılmasını mümkün kılacak bütün olanakların da sağlanması gerekir. Belirtmek zorundayız ki bugün savunmaya tanınan yasal hakların kullanılmasına uygulamada önemli engeller çıkarılmaktadır.

Ayrıca savunmadan dosya ve evrak saklamaya imkân tanıyan ve mevzuatımıza nisbeten yeni girmiş kurallar yürürlüklerini sürdürmektedir.

Savunmanın suçlama ile başlaması bütün uygar ülkelerde, tartışmasız kabullenilen, adaletin temel ilkelerindendir. Ülkemizde de giderek bütün çevrelerce ve hatta resmi yetkililerce bu ilke benimsenmeye başlanmıştır. Adaletin gerçekleşmesi, kuşkulardan kurtulması, işkence iddialarının önlenmesi için, çok büyük önem taşıyan bu sorun gecikilmeden çözümlenmelidir. Zira insanları gafil avlayarak cezalandırmak gibi bir yöntemle adalet sağlanamaz. Olay bir savunma sorunu olmaktan öte, insan denilen en yüce varlığın temel hakları, hukuki güvenceleri, demokratik hayatı ve onuru ile ilgili bir adalet sorunudur. Ülkemizi, milletimizi ve yargımızı her fırsatta ve lâyık olmadığı biçimde yaralayan bu savunma engeli önümüzdeki dönemde artık düzeltilmelidir.

YASA DIŞI GENELGE :

Son zamanda birdenbire yürürlüğe konulan, giderek yaygınlaştırılan Adalet Bakanlığı'nın yeni bir uygulamasını huzurunuza getirmek zorunda kaldığım için bağışlanmamı diliyorum. Adalet Bakanlığı bütün yargı yerlerine yaptığı bir genelge ile bundan böyle tek tip dosya uygulamasına başlanacağını, Bakanlık veya Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı tarafından düzenlenen dosyaların kullanılacağını, vakıf dosyalarının 1.000.— TL. bedel karşılığında satılacağını bildirmiştir.

Bakanlık Vakıf dosyalarının isteyene bağış karşılığında verileceğini ileri sürmesine rağmen fiilen bu uygulamayı zorunlu hale getirmiş, öncelikle Bakanlık tarafından bastırılan resmi dosyaları mahkemelere ve icra dairelerine göndermeyerek sadece vakıf dosyalarını göndermiş ve bağış yapmıyanlarca açılacak davalar ile icra takiplerini kabul etmemeleri için yargı mercilerine emir ve direktif vermiştir. Bugün mahkemeler ve icra daireleri Bakanlığın emrine uyarak bağış yapmayanların takip ve davalarını kabul etmemekte, fiili bir zorlamayı sürdürmektedir.

Suç teşkil eden bu fiil karşısında Cumhuriyet Savcıları da icralarda ve mahkemelerde çalışan personeli teşvik ederek bu suça arka çıkmaktadırlar. Dava ve takiplerin kabul edilmediğine dair Barolarımız ve meslektaşlarımız tarafından yüzlerce zabıt tutulmuş, Birliğimize ve Bakanlığa intikal ettirilmiştir. İcra memurlarının ve kalem personelinin hiç bir rıza söz konusu olmadan Bakanlık emri ile zorla bağış topladıkları kanıtlanmıştır. Bütün bunlara rağmen Adliye Bakanlığı yanlış, sakıncalı, suistimale müsait, adliye görevinin özelliği ve vakarı ile asla bağdaşmayan bu uygulamayı sürdürmeye kararlı gözükmektedir.

Vatandaşın anayasa ile teminat altına alınmış yargıya başvurma hakkı bu uygulama ile bir özel hukuk tüzel kiişliğine yapılacak bağışa zorunlu olarak bağımlı kılınmıştır. Özellikle belirtmek isterim ki, dava ve icra dosyalarının Adalet Bakanlığı'nca sağlanması amme hizmetinin niteliği gereğidir. Kaldı ki, sırf bu masraflar için 1.500.— TL. başvurma harcı devletçe vatandaşlardan tahsil edilmektedir. Dosyaların tek tip olması vatandaşın değil, Bakanlığın sorunudur. Harç olarak ödenen para yeterli değilse bu miktarın artırılması da mümkündür. Ancak devlete ait böyle bir görev zorla toplanacak bağış karşılığı bir vakfa devredilemez.

Sorun kesinlikle bir para sorunu da değildir. Meslektaşlarımız yanlış olduğu kadar yakışıksız bu uygulama karşısında kesin tavır almışlardır. Yargı eliyle bazı dernek ve kurumlarda olduğu gibi bağış toplanamaz. Olay açıkça bir suç teşkil etmekte ve bu suçun Adliye görevlilerince işlenmesi Bakanlık tarafından emredilmekte ve Cumhuriyet Savcılarınca da kamu görevlileri suça yöneltilerek yüreklendirilmektedir.

Yargıç teminatı ve yargı bağımsızlığının Adliye Bakanlığınca ne kadar somut ve sorumsuz bir umursamazlıkla ihlâl edildiğini bundan daha çarpıcı bir biçimde sergilemek olanağı yoktur. Ancak Türkiye Barolar Birliği ve Barolarımız böyle bir uygulamayı kesinlikle kabullenmiyeceklerdir. Uygulama daha fazla tahribata ve çekişmeye meydan verilmeden, yargı daha fazla yıpratılmadan biran önce durdurulmalıdır.

TEOKRATİK HUKUK ÖZLEMİ:

Atatürk Devrimlerinin alt yapısını oluşturan hukuk düzenimize karşı teokratik devlet düzeni özlemi içinde gelişen saldırılar ciddi tehlike oluşturmaktadır. Laik Devlet ve Hukuk Devrimi 60 yılı aşkın bir zamandır ülkemizin onurudur. Cumhuriyetimiz ancak bu hoşgörü ve özgürlük düzeni içinde varlığını sürdürmek olanağına sahiptir. Hür ve laik düşüncenin olmadığı her yerde fikir ve vicdan hürriyeti baskı altındadır. Egemenlik, özgürlüklere kapalı, tartışılmaz, denetlenmez gücünü ve meşruiyetini tanrıya dayayan kutsal kudretlerin elindedir. Yurt içinde bazı çevrelerin özlevlerinde şekillenen bu tehlike bir komşu ülkenin pervasız davranışları ile körüklenmektedir. Ülkemiz hukukçularının Devlet ve Hukuk sistemimize karşı ortaya çıkan kıpırdanmaları her zamandan daha büyük boyutlarda hissettikleri ve endişe ile izledikleri bilinmelidir. Gerici akımların ölçüsü, mantığı, derecesi yoktur. Gelecekte çok önemli yanılgılar içine düşme-

mek ve gafil avlanmamak için her günden daha diri bir uyanıklık içinde bulunmak zorundayız İrtica eskinin yeninin üzerine yürümesidir. Böyle bir yürüyüşün hızlandığını kuşku içinde görmekteyiz. Ülkemizin aydınları bu önemli ve büyük tehlike karşısında yer almakta maalesef ürkek, hesaplı, içtenlikten uzak, nemelazımcı bir tutum içindedirler. Asıl tehlike bilinçli veya bilinçsiz takınılan bu tavırdan kaynaklanmaktadır. Fikir ve vicdan özgürlüğünün, laik, hukuk ve devlet anlayışına karşı bir sistem olarak savunulması gibi bir yanılgıyı yüreklerimizi burgu burgu delen bir ızdırap içinde seyretmekteyiz.

Ülkemizin müslüman devletler topluluğunun en yüce ve en onurlu devleti olarak uygar devletler içindeki yerini alması laik devlet ve hukuk anlayışının yarattığı çağdaşlıktan kaynaklanmaktadır. Fikir ve vicdan hürriyeti ancak laik bir devlet düzeni içinde söz konusudur. Zira Teokratik Devlet ve düşünce kendi dışındaki bütün özgürlüklerin amansız düşmanıdır. İyi bilinmelidir ki, Türkiye Cumhuriyeti'nin ulaştığı hepimize gurur veren yüksek düzey, laik devlet ve hukuk anlayışına dayanmaktadır. İşte bunun için karanlık güçlerce körüklenmek istenen irtica her zaman karşısında Atatürk İlke ve Devrimleri ile şekillenmiş devletimizi, onun yılmaz savunucusu milletimizi ve Devlet yaşamımızın kurumsallaşmış şekli olan hukukumuzu bulacaktır.

ULUSLARARASI SORUNLAR :

Türkiye Cumhuriyeti Dış İlişkilerinde büyük Atatürk'ün "Yurtta Sulh Cihanda Sulh" İlkesine gönülden bağlılığını her fırsatta gözler önüne sermektedir. Barış fikri dış politikamızın genel tasvibe mazhar olmuş temel felsefesidir. Milletler topluluğunda barış içinde yaşamanın uluslararası kurallara bağlanması pek çok anlaşmazlığın hukuk yolu ile çözümlenmesinde ve barışın devamında etkin rol oynamaktadır. Ülkemiz. devletler arası ilişkilerde kabul edilmiş çok taraflı ve ikili kurallara uymayı görev bilirken, diğer ülkelerden de bu kurallara uymasını istemek hakkına sahiptir. Bu nedenle insanlık ve dünya için büyük ızdıraplara ve hatta facialara neden olabilecek hareketlerden özenle kaçınmakta, ancak uluslararası haklarının ısrarlı takipçisi olmaktadır.

Bulgaristan'da, Türk toplumuna karşı bütün insanlığın gözleri önünde, devletler arası hukuka aykırı olarak sürdürülen sindirme, eritme, yoketme eylemleri büyük ızdırap kaynağıdır.

Yunanistan'ın anlaşmalarla saptanmış statülerin tek taraflı emrivakilerle bozulmasının ne büyük felaketlere neden olduğunu her

fırsatta görmesine rağmen milletimiz için yaralayıcı ve haksızlığı açıkça ortada bazı girişimlere kalkışması fevkalâde tehlikeli gelişmelere neden olabilecek istidatlar göstermektedir. Devletimiz iç barışın olduğu gibi dış barışın da hukuk kurullarına mutlak bir saygı ile gerçekleşeceğine içtenlikle inanmakta ve bu kurallara gönülden bağlılığını sürdürmektedir.

Güneydoğu illerimizde sergilenen ve hepimizi milletçe büyük ızdıraplara boğan olayların daha büyük facialara neden olmadan durmasını diliyorum. Devletimiz elbette bu saldırıların üstesinden gelecek güce sahiptir.

Yeni Adalet Yılına başlarken hukukumuzun ve yargımızın önemli gördüğüm bazı sorunlarına değinmekte yarar gördüm.

Bugün başladığımız çalışma döneminin ulusumuza huzur ve güven veren yeni bir yıl olması için yargı kuruluşlarımıza ve aziz meslektaşlarıma güç ve kutsal görevlerinde üstün başarılar diliyor, saygılar sunuyorum.

●

GENEL KURULLARDA KARAR NİSABI

M. Sabri LİVANELİOĞLU (*)

Yargıtay genel kurullarının oluşma biçimiyle çalışma ve oylama özellikleri, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu ile belirlenmiştir. Bu yasanın 7. maddesine göre, hukuk dairelerinde görevli başkan ve üyeler hukuk genel kurulunun ve ceza dairelerinde görevli başkan ve üyelerde ceza genel kurulunun tabii üyeleridirler. Görev başındaki bütün başkan ve üyeler mensup oldukları hukuk yada ceza genel kurullarının her toplantısına katılma ve oy kullanma yetkisine sahiptirler. Bu kuralın tek istisnası, genel kurulda işi görüşülen daireden en çok beş üyenin katılabileceğini kapsayan hükümdür.

Her başkan ve üyenin genel kurul toplantılarına katılması, başından beri ilke olarak benimsenmiş ve fakat bugüne kadar uygulanamamıştır. Çünkü, Yargıtay'da işlerin büyük çoğunluğu dairelerde görülüp sonuçlanmaktadır. Dairelere gelen ve yıldan yıla beklenenin çok üstünde artan işlerin zamanında görülüp çıkarılabilmesi için tüm mesailerini haklı olarak daire içi çalışmalarına hasreden başkan ve üyeler, genel kurul toplantılarını sık sık ihmal etmek zorunda kalmış ve bu nedenle genel kurul toplantılarında aksamalar meydana gelmiştir. Böyle olunca, hem genel kurul ve hemde dairelerin düzenli çalışmalarını temin edecek çareler aranmış ve genel kurulların asgari toplanma nisabı tesbit edilerek soruna bir ölçüde yasal çözüm getirilmiştir.

Buna göre, genel kurullara her daireden bir başkan ve bir üye yada her daireden iki üyenin katılması zorunlu ve yeterli görülmüş ve böylece bir yandan genel kurulların düzenli çalışmaları sağlanırken öte yandan daire içi çalışmalarına da imkân verilmiştir.

Yasanın bu hükmüne ve Yargıtay'da halen 16 Hukuk ve 9 Ceza Dairesi bulunduğuna göre, Hukuk Genel Kurulu'nun asgari toplanma nisabı kurul başkanıyla birlikte 33 ve Ceza Genel Kurulu'nun asgari toplanma nisabı ise yine kurul başkanıyla birlikte 19'dur. Bu

---

(*) Yargıtay Onursal Birinci Başkanvekili

sayılar, yukarda da değinildiği gibi genel kurulların toplanabilmesi için asgari sayılardır. Daha fazla üyenin iştirakiyle toplanmasına yasal hiçbir engel yoktur.

Yargıtay Yasası'nın 41. maddesinde; «Hukuk ve Ceza Genel Kurulları 7. maddede yazılı şekilde toplanır. Toplantıda bulunanların üçte ikisinin oyu ile karar verilir. Birinci toplantıda üçte iki oy çoğunluğu sağlanamazsa ikinci toplantıda bulunanların çoğunluğu ile karar verilir» denilmektedir. Bu yasada olduğu gibi daha bazı yasalarda da «Ekseriyet, Çoğunluk» deyimine yer verildiği halde, hiçbir yasada bu deyimin tanımı yapılmamış ve oylama sonunda çoğunluğun teşekkül edip etmediğinin belirlenmesi uygulayıcılara bırakılmıştır. Böyle olunca da uygulamada çoğunluğun oluşmasıyla ilgili değişik yorumlara yol açılmıştır.

Çoğunluk - Ekseriyet nedir? Değişik sayılarda toplanan kurullarda çoğunluk nasıl teşekkül eder? Bu soruları yanıtlayabilmek için konu ile ilgili lûgat ve ansiklopedilere göz atmada yarar vardır.

- Ferit **Develioğlu**'nun - **Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat** - adlı eserinde;

Ekseriyet : Ekser olma hali, pek çok olma, çokluk, en büyük kısım, yarıdan çoğu,

Ekseriyet-i Ara : Reylerin çokluğu, hiç olmazsa yarıdan bir fazlası,

Ekseriyet-i Mutlaka : Bir fazlasıyla elde edilen ekseriyet, diye tanımlanmıştır.

- **Meydan Larousse**'da;

Ekseriyet : Çoğunluk, yarıdan fazlası,

Ekseriyet-i Ara : Bir kurulda üyelerin verdiği oyların çokluğu, en az yarıdan bir fazla olması hali,

Ekseriyet-i Mutlaka : Oylamada büyük farkla elde edilen çoğunluk,

Ekseriyet-i Sülüsan : Oylamada oyların üçte ikisini kazanmak suretiyle elde edilen çoğunluk, diye tarif edilmiştir.

- **Türk Hukuk Lûgatı**'nda ise;

Ekseriyet : Bir şahıs veya bir fikir için toplanmış olan reylerin o şahsa veya fikre üstünlük temin eden miktarıdır,

diye ekseriyetin genel tanımı yapıldıktan sonra türleri de açıklanmıştır. Yine **Türk Hukuk Lûgatı**'nda,

Mutlak Ekseriyet (Salt Çoğunluk)	:	Bir tarafta toplanan reylerin verilen bütün reylerin yarısından fazla olmasıyla teşekkül eden çokluktur. 100 kişilik heyette en az 51 ve daha ziyade kimse,
Nisbi Ekseriyet	:	Toplanan reyler yekûnunun yarısından fazla olması lâzım gelmeksizin, yalnız diğer rey topluluklarının haiz oldukları rey adedinden ziyade olmakla muteber olan çokluktur. 100 kişilik heyette 40'ın diğer miktarlardaki rey topluluklarına nazaran vaziyeti gibi,
Mukayyet (Mevsuf) Ekseriyet	:	Verilen bütün reylerin yarısından fazlasıyla hasıl olmayıp, kanunun yarıdan daha ziyade bir miktarda reylerle muteber saydığı çokluktur. 100 kişilik heyette üçte iki kaydı varsa; reylerin en az 67 olması gibi.

Üç tür ekseriyet tarif edilerek bunlara sayılarla örnekler verilmiştir. Buna göre, nisbi ve mukayyet ekseriyetin —çoğunluğun— tesbitinde yanılgıya düşülmesi ihtimali yoktur. Nisbi ekseriyette en çok oy alan görüş mukayyet ekseriyette ise, yasanın öngördüğü sayıda (örneğin; üçte iki, dörtte üç gibi) oy toplayan görüş çoğunluğu sağlamış olur. Bunun tesbiti için basit bir hesap yeterlidir.

Mutlak ekseriyete gelince; hemen belirtelimki, **Ekseriyet, Basit ekseriyet, Adi Ekseriyet, Mutlak Ekseriyet, Salt Çoğunluk** deyimleri birbirinden farklı şeyler değildir. Hepsi de sadece ekseriyeti ifade etmektedir. Sözcüğün başına getirilen basit, adi, mutlak, salt kelimeleri ekseriyeti, diğer türlerinden yani nisbi ve mukayyet, mevsuf ekseriyetten ayırt etmek içindir. Yukardaki tanımlamalara göre, bir kurulda ekseriyetin —çoğunluk— teşekkül etmiş sayılması için toplanan oyların yarısından asgari bir oy fazlasının bir görüş üzerinde birleşmiş olması gereklidir. O halde yapılacak iş, kurula katılan üye adedinin önce 2'ye bölünmesi suretiyle yarısının tesbiti ve buna (1) ilave edilmesinden ibarettir. Örneğin 20 kişilik kurulda bu sayının 1/2'si 10'dur. Buna (1) ilavesiyle elde edilen (11) çoğunluk sayısıdır.

İlave edilen (1) sayısı asgari birimdir ve bir üyeye ait oyu ifade etmektedir.

Bütün çift rakamlı toplantılarda çoğunluğun tesbiti kolaydır ve bir yanılgı ihtimali de yoktur. Örneğin, 26 kişilik kurulda 12'ye karşı 14, 34 kişilik kurulda 16'ya karşı 18, 48 kişilik kurulda 23'e karşı 25, 100 kişilik kurulda 49'a karşı 51 oy çoğunluğun teşekkülüne yeterlidir.

Tek rakamlı toplantılarda ise, bazı hususların gözönünde bulundurulması ve oylama sonucunun buna göre değerlendirilmesi yerinde olur. Yukarda da belirtildiği gibi çoğunluğun teşekkülü için yarıdan fazla oy'un bir görüş üzerinde toplanması zorunludur. O halde öncelikle toplanan oyların yarısının sayısal olarak bulunması gereklidir Örneğin 30 kişilik kurulun yarısı 15'tir. Bunu geçen oylar çoğunluk sayılır. 31 kişilik kurulun yarısı ise 15.50, başka bir deyimle onbeş buçuktur. Bu takdirde, onbeş buçuktan fazladır diye 31 üye ile toplanan kurulda 16 oy'u çoğunluk için yeterli sayabilirmiyiz? Bu tür yorumun hatalı ve yasanın amacına aykırı olacağı düşüncesindeyiz. Zira 16 oy, onbeş buçuktan sadece yarım oy fazladır. Oysa, yarım oy diye birim yoktur, olamazda. Oylamaya katılan her üyenin oy'u asgari birimdir, ancak bir tamdır ve bölünemez. Başka bir deyişle bir üyeye ait oy'un yarısını bir görüş ve öteki yarısını da karşı görüş safhalarında saymak olanaksızdır. Bu takdirde yapılacak iş, yarımı tama iblağ etmek yani onbeş buçuk'u 16 kabul etmek ve bunu aşan sayıyı yani 17'yi çoğunluk saymak lâzım gelir. O halde, 31 kişilik kurulda çoğunluk 14'de karşı ancak 17 oy'la teşekkül eder. Kaldı ki, 30 kişilik kurulda çoğunluk sayısı 16 olduğuna göre 31 kişi ile yani daha fazla bir iştirak ile toplanan kurul için çoğunluk sayısının elbette 16'dan fazla olması gerekir.

Gözönünde bulundurulması gerekli diğer bir hususta, oyların ikiden fazla görüş doğrultusunda dağılmasıdır. Bu takdirde, bir görüş üzerinde yeterli çoğunluk sayısı temin edilinceye kadar oylamaya devam edilmesi gereklidir. Zira, Yargıtay Yasasının 7. maddesini açıklayan İç Yönetmeliğin 28. maddesinde aynen :

> **«Oylama sırasında oylar ikiden çok görüş doğrultusunda dağılmış olursa, bir görüş üzerinde karar için yeterli oy sayısı gerçekleşmedikçe karar çıkmış sayılmaz. Aynı işin sonraki görüşmesinin oylamasında da konunun karara bağlanmış sayılabilmesi için kurula katılan üyelerin çoğunluk oylarının bir görüş üzerinde birleşmiş olması zorunludur...»**

denilmektedir. Buna göre genel kurullarda birbirine aykırı oyların birleştirilmesi ve yasadaki bu özel hüküm karşısında CMUK. nun 385. maddesinin uygulanması mümkün değildir.

Çoğunluğun teşekkülü yönünden dikkatimizi çeken bir genel kurul kararında; konuyu ikinci kez görüşen kurula katılan 31 üyeden 16'sı, eylemin suç teşkil etmemesi nedeniyle C. Başsavcılığı itirazının reddi, 14 üye ise eylemin müsnet suçu oluşturmuş olması nedeniyle itirazın kabulü ve bir üye de suçun oluştuğunu ve fakat olayda kast unsuru bulunmadığından itirazın reddi gerekir biçiminde oy kullanmış ve genel kurul, çoğunluğun teşekkül ettiğini kabul etmiştir. Oysa, 31 kişilik kurulda 16 oy kanımızca çoğunluk için yeterli değildir. İtirazın reddi görüşünü içeren bir oy'un, gerekçesi değişik olduğundan red isteyen 16 oy'a ilâvesi de mümkün değildir. Çünkü İç Yönetmeliğin yine 28. maddesi :

«Oylama işin hem sonucunu hemde sonucu meydana getiren gerekçeyi kapsar ve belli eder.»

demektedir. O halde farklı gerekçeleri içeren oyların birleştirilmesi olanağı yoktur. Bu madde hükmünün açıklığı karşısında bir yanda suç oluşmuştur, öte yanda suç oluşmamıştır gibi birbirine tamamiyle zıt gerekçeleri içeren oyların, sadece sonucuna bakılarak birleştirilmesi ve çoğunluğun bu şekilde teşekkül ettiğinin kabulü kanımızca isabetli değildir. Bu ahvalde oyların ikiden fazla görüş doğrultusunda dağılmış olduğu nazara alınarak, bir bir görüş üzerinde yeterli çoğunluk sayısı elde edilinceye kadar oylamaya devam edilmesinin, yasanın amacına daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

●

ADAM ÖLDÜRMEK SUÇLARINDA CEZAYI AĞIRLATICI SEBEPLER

Nihat Bozkurt ÇAM (*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Öldürmek eyleminin karı, koca, kardeş, babalık analık, evlâtlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlât, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinlere karşı işlenmesi, (TCK. 449/1 md.). 2 — Adam öldürmenin zehirlemek suretiyle yapılması, (TCK. 449/2 md.). 3 — Adam öldürmek eyleminin usul ve fürudan biri aleyhine işlenmesi, (TCK. 450/1 md.). 4 — Adam öldürme eyleminin T.B.M.M. üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı işlenmiş olması, (TCK. 450/2 md.). 5 — Adam öldürmenin canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile ika edilmesi, (TCK. 450/3 md.). a) Canavarca hisle adam öldürmekten maksat, b) İşkence ve tazip ile adam öldürme, 6 — Adam öldürmek eyleminin taammüden (tasarlayarak) işlenmesi, (TCK. 450/4 md.). 7 — Adam öldürme fiilinin birden çok kimseler aleyhine işlenmesi, (TCK. 450/5 md.). 8 — Adam öldürmenin yangın, su baskını ve gark gibi vasıtalarla yapılması, (TCK. 450/6 md.). 9 — Adam öldürmenin husule gelmemiş olsa da diğer bir suçu hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için yapılması, (TCK. 450/7 md.). 10 — Adam öldürmenin bir suçtan hasıl olacak faydayı elde etmek, bu gayeye varmak için yapılan hazırlığı saklamak veya izlenen gayeye ulaşamamaktan doğan kızgınlık ile işlenmesi, (TCK. 450/8 md.). 11 — Adam öldürmenin bir suçu gizlemek veya delil ve emarelerini ortadan kaldırmak veya kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını sağlamak amacıyla işlenmesi, (TCK. 450/9 md.). 12 — Adam öldürmenin kan gütme saikiyle işlenmesi, (TCK. 450/10 md.). 13 — Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı ortadan kalksa bile bu görevi yapmasından dolayı işlenmesi, (TCK. 450/11 md.). Yargıtay kararları (konuya ilişkin).

1 — Öldürmek eyleminin karı, koca, kardeş, babalık, analık, evlâtlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlât, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinlere karşı işlenmesi (TCK. 449/1 md.)

«Karı, koca bağı ve muayyen derecedeki kanunda sayılan akrabalık münasebetlerinin Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş olması gerekir Maktule ile suçlunun dini nikâhının yapılmış olması TCK. 449/1 md. nin uygulanmasını gerektirmez. Kardeş tabirini kanun mutlak anlamda kullanmıştır, bu nedenle ana veya baba bir

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

kardeş aleyhine işlenen öldürme eylemlerinde TCK. nun 449/1 bendi uygulanmalıdır (1).»

«Bizce, tanınmış veya hükmen sabit olmuş evlilik dışı kardeşler bakımından da bu ağırlatıcı sebebin uygulanması gerekir. Kaynana, kayınbaba ve damat, gelinler bakımından, taraflar arasında evlenme bağı zevale uğramış (bozulup yok olmak) bulunsa bile, eski damadın örneğin kayınbabasını öldürmesi halinde TCK. 449/1 bentteki ağırlatıcı sebebin uygulanması gerekeceği düşünülebilirse de, kanımızca Medeni Kanunun 18. maddesi maksadı başka olduğundan bu konuda uygulanamaz (2).»

«Analık, babalık, Medeni Kanun hükmü uyarınca evlât edinmek suretiyle meydana gelen bağı ifade eder. Usul tabirine üvey ana, üveya baba. füruğ tabirine de üvey evlât dahil değildir. Bu itibarla, kanundaki analık tabiri evlât edinmeden doğan bir özellik olduğu gözetilmeden üvey ananın bu sıfat (özellik) ile kabulü ve cezanın artırılması yanlıştır (3).»

«TCK. nun 259. maddesinde akraba arasına analık ve evlâtlık alınmadığı halde TCK. nun 449. maddesinde adam öldürmek suçunun bunlara karşı işlenmesi. ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Önerimiz şu olmaktadır. İlkin özel hükümlerin yerine geçecek genel tanımlar adı altında yeni bir bab açılmalı, akraba kavramı da buraya nakledilmeli, bu genel akraba tanımı dışındaki hususlar ilgili kanun maddelerinde ayrıca gösterilmelidir (4).»

2 — Adam öldürmenin zehirlemek suretiyle yapılması (TCK. 449/2 md.)

«Gerçekten zehirleme yoluyla adam öldürme suçunun işlenmesi halinde failde daha çoğun bir ahlâki redaet (çöküntü) vardır. Diğer yönden mağdur, çoğunlukla gizli olarak kullanılan zehir maddesi dolayısiyle kendisini savunma ve koruma olanaklarından da yoksundur. Hemen bütün dünya ülkelerinde bilhassa kadınlar zehirleme suretiyle adam öldürmektedir. Ekseri hallerde zehirleme yoluyla adam öldürenler bu eylemlerini teammüden işlemektedirler. Tabii bu gibi

---

(1) EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Hususi Hükümler syf. 841

(2) DÖNMEZER Sulhi, Ceza Hukuku, Şahıslara Karşı Ve Mal Aleyhinde Cürümler syf. 25

(3) ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, syf. 333

(4) EROL Cihan, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında T.C.K. nun 50 Yılı ve Geleceği, syf. 751

hallerde yalnızca TCK. nun 450. maddesindeki ağırlatıcı sebebin uygulanması gerekir (5).»

«Zehirin ne olduğunu kanun tarif etmemiştir. Zehir sayılabilmesi için maddenin vücudu zehirleyerek ölümü doğuracak nitelikte olması gerekir. Zehir sayılan maddenin kullanılması şeklinin önemi yoktur (6).»

«Damarlara hava zerkedilmek suretiyle adam öldürmek, öldürmek kastıyle bir kimseye çok miktarda içki içiren ve eğer bu kişi içkinin tesiri ile ölmüş ise, fail zehirlemek suretiyle adam öldürmüş sayılmaz. Zehir tesiri yapan gazlar TCK. nun 449/2. bendindeki şiddet sebebidir (7).»

3 — Adam öldürmek eyleminin usul ve fürudan biri aleyhine işlenmesi (TCK. 450/1)

«a. Usul (ascendant) bir kimsenin ana veya baba doğrultusunda ve dikey olarak yukarıya doğru bütün hısımlarıdır. Meselâ baba veya ana ile onlardan herbirinin anaları veya babaları gibi.

b. Füru (descendant), evlâtlar, torunlar veya onların çocuklarıdır (MK. 17. md.).

c. Buradaki usul ve fürudan maksat meşru kan hısımlarıdır» (8).

«Usul ve füruğ tabirlerini kanuni manâda değil, fiili manâda anlamak lâzımdır. Bu itibarla, tanınmamış olan gayrimeşru çocuk veya gayrimeşru baba aleyhine işlenen adam öldürme suçunda bu madde tatbik edilmelidir. Mehaz kanun bu hususta tanımayı şart koymuştu. Fransız kanununun tatbikatında nesebin sahih veya gayri sahih olmasının önemi yoktur.

«Ölümüne sebebiyet verdiği çocuk nüfus kütüğünde evlâdı olarak kayıtlı bulunmadığına göre MK. nun 35. md. (ahvali şahsiye buna mahsus sicil kayıtları ile taayyün eder) biçimindeki açık hükme, dayalı olarak sanık hakkında TCK. 450/1 md. si uygulanamaz. Sahitlerin ölen çocuğun, sanığın gayri resmi yaşadığı kadından doğma ve babasının sanık olduğunu söylemeleri sonuca etkili değildir (YCGK. 28.4.1969, 1/2-198)» (9).

«Sanığın tabanca ile babasına yaptığı atışın hedefte hata ile annesine isabet ve ölümüne neden olan olayda, babaya yönelik amaç elde edilmemiş

---

(5) DÖNMEZER Sulhi, Ceza Hukuku, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler, syf. 27

(6) ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu Cilt 3, syf. 332

(7) EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler. syf. 844

(8) GÖZÜBÜYÜK A.P. Dr. İur. Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 4 syf. 318

(9) DÖNMEZER Sulhi, Prof. Dr. Ceza Hukuku Hususi Kısım 1971, syf. 29 (Dip. No. 48)

ve annesinin öldürülmesi de kastedilmediğine göre, TCK. nun 52. maddesi subjektif değil, objektif nazariyeyi kabul etmiş olması, anılan madde hükmünden mutlak olarak suçun kastolunan şahsa karşı işlenmiş sayılacağı şeklinde bir anlam çıkarılamıyacağına, eylem haline dönüşmeyen kastden sanığa ceza verilemiyeceği Ceza Hukukunun genel ilkelerinden olması karşısında TCK. nun 450/1. maddesi değil, 448 maddesinin uygulanması gerekir» (YCGK. 23.11.1981 gün, E. 1981/1 - 283, K 1981/386).

Akrabalık bağından dolayı şiddet sebebinin uygulanması için, bu bağın fail tarafından bilinmiş ve failin o şahsı öldürmeyi niyet etmiş olması lâzımdır. Hata sebebiyle akraba olmayan bir şahıs öldürülmüş veya bir başkası zannı ile akraba öldürülmüş ise, faile şiddet sebebi uygulanamaz (TCK. 52. md.» (10)

aa — Bu görüşe karşı düşünce (**İ. UĞURLU**) : «Konu doktrinde tartışmalara neden olmuş, Vidal Mağno, Ferri gibi düşünürler böyle bir olayda failin sorumluluğunun hakikatte eyleme hedef olan şahsa nazaran değil subjektif yönden, yani kendisinin kasdettiği şahıs bakımından mütalâa ve tesbit edilmesinin gerektiğini belirtmektedirler.

Prof. Tahir **TANER** görüşünde, maddenin sarahatinden anlaşılacağı üzere hedefin hüviyetinde yanılan ve yabancı zannıyla babasını öldüren kimseye usulü öldürme cezası verilemiyecektir. Kanun çok doğru ve yerinde olarak subjektif yönü, failin cürmü kasdını esas tutmuştur. Baba öldürme cürmünün ölüm cezasını istilzam etmesi failin ahlâki reaeti sebebiyledir. Böyle bir eylemi usla düşünmemiş olan kimsenin yanılma yüzünden doğan sonuçtan sorumlu tutulması uygun olmaz, bu noktada doktrinde ittifak vardır. Fakat aksi vaziyette, babasını öldürmeyi kasdetmiş olan şahsın onu zannederek yanlışlıkla bir başkasını öldürmesi halini 52. madde sarahaten (Açıklık) bahse konu yapmamaktadır Ortada işlenmiş bir fiil olmasına rağmen, arzu edilen neticenin hasıl olmaması veya suçlunun neticeden fazlası ile mesul tutulmaması düşüncelerine dayanır. Örneğin, adam öldürmede kurşunun boşa gitmesi gibi, tam teşebbüs vaziyetlerinde faile ceza vermemek gerekir. Bazen subjektif yöne kıymet verilerek failin kastına bakıldığı halde, bazen kast ihmal olunarak, yalnız objektif kıstasın esas alınması hukuken açıklanması güç durum yaratır. Kaldıki sözü geçen fikir bazen çok aykrı neticelere götürür. Meselâ, babasını öldürmek isteyen bir şahsın attığı kurşun bir arıza yüzünden boşa gitmiş olsa, faile usulü öldürmeye tam teşebbüs cezası verilecektir. Farzedelim ki bu kurşun boşa gitmeyerek başka bir kimseye isabetle bir uzvunu tatil etse, bu halde bahsedilen düşün-

---

(10) ÇAĞLAYAN Muhtar, Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, syf. 351 (Dip. No. 1)

ceye göre, faile basit adam öldürmek cürmüne tam teşebbüs cezası verilmek gerekecektir. Cürmi kast aynı olduğu halde, hiç kimseye zarar vermeyen eyleme, bir uzvun tatili gibi önemli bir zarar yapmış eylemden daha ağır bir ceza vermek gibi garip (yadırganacak) ve mütenakız (çelişkili) bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle düşüncemize göre subjektif kriteri ikinci haldede tatbik ederek faile usulü öldürmeğe tam teşebbüs cezası verilmek icap eder» yolunda gerçekten üzerinde düşünülmeğe ve tartışılmaya değer düşünceler öne sürülmüştür.

Ceza Genel Kurulunun 13/3/1939 gün ve 289/80 sayılı kararında:

«Karısını öldürmek için kama ile hücum ettiği sırada önlemek isteyen anasını yaralayıp ölümüne sebebiyet veren suçlunun 52. madde aracılığıyla 449. madde ile mahkûmiyeti doğrudur» denilmek suretiyle sanığın cürmi kastı gözönüne alınmıştır

Ceza Genel Kurulunun 19/2/1973 gün, 446/163 sayılı kararında :

«Karısını öldürmek için ateş eden sanığın karısını yaralamakla birlikte. kucağındaki çocuğu öldürmesi olayında, TCK. nun 52. maddesi yalnızca çocuğun sıfatından doğan şiddet sebeplerinin sanığa yükletilmesine engeldir. Ancak, doğrudan doğruya öldürülmek istenen kadının sıfatından doğan ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasını ve TCK. nun 449/1. maddesi ile ceza tayinini önleyici bir nitelik taşımamaktadır. Tersine sanığın tıpkı karısını öldürmüş gibi ceza görmesi 52. maddenin kabul ettiği ilkeye ve adalet ölçülerine uygundur» denilmek suretiyle yapılması gereken uygulamaya açıklık getirilmiştir.»

bb — İkinci karşı düşünce (oy) : (Diğer üyeler) «.. TCK. nun 52. maddesinin cürümden zarar gören kimsenin sıfatından doğan cezayı ağırlaştırıcı sebeplerin sanığa yüklenemeyeceğine ilişkin olduğu, olayımızda öldürülmek istenen baba yerine hedefte hata sonucu öldürülen ana olduğu, ana ve babaya karşı işlenen suçların aynı yaptırıma bağlandığı, başka bir deyişle baba yerine ananın öldürülmesinde cezayı şiddetlendiren bir sebep olmadığından.. TCK. nun 450. maddesinin uygulanması cürümden doğan bir sebeple değil, sanığın işlemeyi kast ettiği suçu nedeniyledir..»

4 — Adam öldürme eyleminin T.B.M.M. üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı işlenmiş olması (TCK. 450/2 md.)

«Açıklaması güç olan yön milletvekilliği sıfatının kayıtsız şartsız bir şiddet sebebi sayılmış olmasıdır. Tamamiyle şahsi sebeplerle işlenilen bir suçun sırf mağdurun milletvekili olması halinde şiddet

sebebini izah imkânsızdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki oy ve demeçlerinden dolayı bir milletvekilinin öldürülmesi halinde cezanın arttırılması doğrudur. Fakat bilfarz (sözgelişi) ailevi bir sebep veya tarla ihtilâfı yüzünden bu suç işlenmiş ise faile ölüm cezası verilmesi haklı gözükemez» (11).

5 — Adam öldürmenin canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile ika edilmesi (TCK. 450/3 md.)

a) «Canavarca hisle adam öldürmek'ten maksat, sırf öldürmek için öldürmek, öldürülenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek, silâhının etkisini denemek için öldürmek gibi vahşi duygularla adam öldürmektir (12).»

«Mehaz Kanun (366 md.) kullandığı» münhasıran canavarca bir his sevki ile ..«cümlesinden cezacılar m ü n h a s ı r a n sözü üzerinde durmaktadır. **MANZİNİ**'ye göre, birkaç kuruş için adam öldüren kimse canavarca bir his sevki ile suçu işlemiş sayılmayacaktır» (13).

«(Münhasıran canavarca his) deyiminin, sebepsiz öldürmek anlamına geleceği böyle bir hadisede failin sadece akıl malûlü olması gerektiği, bu sebeple canavarca his ile ilgili şiddet sebebinin kanunda yer almaması gerektiği öne sürülmüştür. Cezanın arttırılmasının bu çeşit bir insan karşısında kimsenin kendisini emniyette hissedemiyeceği düşüncesiyle açıklamada kesinlik yoktur» (14).

Canavarca hissin bilhassa sebepsiz öldürmelerde varlığı öne sürülmekte ise de sebepsiz öldürmenin (hiçden) akıl malûlü olmayan failde kabulüne imkân yoktur. Neticede «canavarca his» sevki ile işlediği iddiasına dayanılarak açılan davalar âdiyen öldürme şeklinde karara bağlanmaktadır. Çünkü sonuçta, her hadisede önemsiz de olsa bir sebep bulunmaktadır. Diğer bir anlayış, «canavarca his» kavramını «insanlığa düşman olmak» duygusu şeklinde izah etmek ister (15).

Canavarca his ile tam olmayan akıl malûliyeti aynı hadisede birlikte olabilir mi? Mehaz (kaynak) kanunu şerh eden yazarlara göre bu iki hal birleşemez. Çünkü bu çeşit hadiselerde suç münhasıran

---

(11) EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, cilt 2, syf. 843

(12) GÖZÜBÜYÜK A.P. Türk Ceza Kanunu Açılaması, LOGOZ'a atfen, cilt 4, syf. 320

(13-14) EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt 2, syf. 861, CARRARA

canavarca hisden doğmamış, akıl malûliyetinin de hadiseye etkisi olmuştur (16).

Kaynak kanundaki münhasıran sözü TCK. nuna alınmadığına göre konuda tereddüt edilebilir. Akıl malûliyeti hallerinden pek çoğu canavarca his tevlit ederler. Eğer bu hal gözönüne alınarak ceza artırılacak olursa çelişkiye düşülmüş olur. Çünkü, tam olmayan akıl malûliyetinden ceza indirilmiş (TCK. 47), fakat bu halin neticesi olan canavarca hisden (TCK.450/3) dolayı ceza atırılmış olacaktır.

b) İşkence ve tazip ile adam öldürenın cezası arttırılır.

«Mağdurun öldürülmesinden önce, öldürmek kastını ve amacını aşan yani ölüm neticesini meydana getirmek için zaruri olmayan vahşice fiii ve hareketlerdir. Öldürmenin işkence ve eziyetten ileri gelmiş olması şart değildir. Failin öldürme kastından başka, işkence ve azap çektirme maksadiyle (özel kasdile) hareket etmiş olması gerekir. (17)»

«İtalyan Temyiz Mahkemesi içtihatlarına göre, cezanın canavarca hisden dolayı şiddetlendirilmesi için, bu duygunun suçun işlenmesinde yeğane (biricik, tek) etken olması gerekir, hafif de olsa suç başka bir saikin (sebep, güdü) iştirakiyle işlenmiş olursa canavarca his dolayısiyle ceza arttırılmaz. Kaynak (mehaz) kanunda (münhasıran canavarca bir his sevki ile) ibaresi (cümle) kullanılmıştır.

İşkence ve tazip hareketlerinin nelerden ibaret bulunduğunu kanun göstermediğinden bu hususun tesbiti hakimin taktirine kalmıştır. Özellikle mağdura fizik azap ve iztirap vermek maksadını güden hareketlerin işkence ve tazip sayılması gerekir» (18).

6 — Adam öldürmek eyleminin taammüden (tasarlayarak) işlenmesi faile verilecek cezayı artıran diğer bir nedendir (TCK. 450/4 md.)

«Taammüdün tarifi hakimlerin zihnini karıştırır. Hâkimin vicdanını ihlâl edecek tarif vazetmekten ise bu yönü adaletin son haddi (sınırı) olan hakimin akliselimine (sağduyu) bırakmak daha uygundur.» (19)

(15-16) EREM Faruk, TÜRK CEZA HUKUKU, Hususi Hükümler, Cilt 2, syf. 862, Carara ve Manzini'ye atfen.

(17) GÖZÜBÜYÜK Polat Dr. İur. TÜRK CEZA KANUNU AÇILAMASI, Cilt, 4, syf. 320

(18) DÖNMEZER Sulhi, Prof. CEZA HUKUKU, Hususi Kısım, 1971, syf. 29-30

(19-20) ÇAĞLAYAN Muhtar, TÜRK CEZA KANUNU, Cilt 3, syf. 353 TANER'e atfen

«Bir kimsenin işlemeyi niyet ettiği adam öldürmek suçunu, önceden soğukkanlılık ve sükûnetle düşünüp, taşındıktan sonra bu düşüncesinden vazgeçmeyerek (sebat ve israr ederek) fiili işlemesi halinde suçun taammüt (tasarlama) unsuru vardır. Örneğin, bir kimse kavga yaparken silâhını çekip kavga yaptığı kişiyi öldürmüş olsa, öldürmek fikri faile âni olarak gelmiş ve hemen icraya konmuş olduğundan, buradaki kast basittir. Fakat olay böyle ceryan etmeyip, kavgadan sonra ayrılıp evine giden fail, düşmanını öldürmeye o gece niyet etmiş olsa, ve iyice düşünüp, kararlaştırdıktan sonra vazgeçmeyerek ertesi günü öldürmek eylemini icra ederse, suçu taammüden işlemiş olur. Burada kast ile icra arasında geçecek zaman için saat veya gün gibi bir ölçü koymak imkânsızdır. Kıstas şu olmalıdır. Fail, niyet ettikten sonra bu niyeti ile icra arasında, işleyeceği suçu, soğukkanlılık ve sükûnetli düşünebilmiş, geçen süreye karşın vazgeçmeyerek, nedamet etmeyerek (sebat ve israr ederek) öldürmek suçunu işlemiş ise, tasarlamanın mevcudiyetine hükmolunmak lâzımdır. Demek oluyor ki bu, hadiseye ve şahsa göre değişebilen bir keyfiyettir (Nitelik)» (20).

7 — Adam öldürme fiilinin birden çok kimseler aleyhine işlenmesi (TCK. 450/5 mad.)

Yargıtay görüşüne göre, TCK. nun 450/5. bendinin uygulanabilmesi için : a) Zaman birliği, b) Sebep ve kast birliği, c) Birden çok mağdurun ölmüş bulunması koşullarının birlikte düşünülmesi gerekir.

«Aynı sebeple birden ziyade kimsenin öldürülmesi kastedilmiş olmakla beraber, sapma (inhiraf) sonucu kastedilen kimselerden biri yerine bir başkasının öldürülmesi halinde (450/5 md.) uygulanamaz» (Y. 1. CD. 14.3.1953, E : 650, K : 4029).

«Sanığın her iki maktulü, ayrı ayrı sebeplerle öldürdüğü anlaşıldığına göre, her iki suçundan dolayı ayrı, ayrı TCK. nun 448. maddesinin uygulanması gerekir. TCK. nun 450. maddesinin 5. bendinin tatbiki yolsuzdur» (21).

«Bu hükmün uygulanması için mağdurların her birinin kasten öldürülmesi gerekir. Bu sebeple attığı tek kurşun ile öldürmek istediği kimseyi öldüren ve mağdurun vücudundan çıkan kurşunun tesadüfen başka bir şahsa isabeti ile onunda ölümüne sebebiyet vermiş bulunan şahıs hakkında bu madde (TCK. 450/5) hükmüne göre ceza arttırılamaz. Çünkü ikinci şahsın ölümünde failin kasdı yoktur. Böyle hallerde biri kasten diğeri taksirli iki adam öldürme mevcut

(21) DÖNMEZER Sulhi, CEZA HUKUKU, Hususi Kısım syf. 33

bulunduğundan meselenin (sorun) 79 madde hükmüne göre çözümlenmesi doğru olur.» (22)

8 — Adam öldürmenin yangın, su baskını ve gark gibi vasıtalarla yapılması (TCK. 450/6 md.)

«Bir kimseyi öldürmek için bu kimsenin oturduğu binayı yakmak, failin öldürmek kastiyle, mağdurun çalıştığı veya bulunduğu yerdeki su bendinin kapaklarının açılması ve suların onun bulunduğu yere hücum ettirilmesi, geminin kaptanının öldürülmesi için gemi teknesinde bir rahne (gedik, yarık) açılması suretiyle sözü edilen suçun işlenmesi halleridir. Burada cezanın ağırlaştırılmasında âmil esas düşünce şudur ki, şahıs tabiat kuvvetlerini harekete getirmekte ve böylece belirli olmayan kimseler hakkında genel bir tehlike yaratmaktadır» (23).

9 — Adam öldürmenin, husule gelmemiş olsa da, diğer bir suçu hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için yapılması (TCK. 450/7 md.)

«Bir cürmü hazırlamak». «bir cürmü kolaylaştırmak», veya «bir cürmü işlemek» için adam öldürme hallerinde, adam öldürme «vasıta,» diğer suç ise «gaye»dir. Şiddet sebebinin tatbiki için bu suçlar arasında «aynı cins» den olmak (TCK. 86) bağı aranmaz» (24).

10 — Adam öldürmenin (1) bir suçtan hasıl olacak faydayı elde etmek, (2) bu gayeye vusul (ulaşmak, varmak) maksadıyla yapılan ihzaratı (hazırlık) saklamak için veya (3) takip edilen (izlenen) gayeye vâsıl olamamaktan (ulaşılamamak) mütevellit infial (kızgınlık) ile işlenmiş olması (TCK. 450/8 md.)

«Ağırlaştırıcı sebebin kabulü için diğer suç ile adam öldürme suçu arasında illiyet rabıtasının varlığı koşuldur» (**DÖNMEZER**, Sulhi).

«Kendisini cezadan kurtarmak saiki ile teamüd (yegane şahidi öldürmek gibi) aynı olayda mevcut olabilir. İşlediği suçtan ceza görmemeyi sağlamak için fırsat çıktığı zaman adam öldürme suçunun işlenmesi de böyledir. Kendini cezadan kurtarmak saiki ile teammüdü birlikte kabul eden hüküm, bu nedenle çelişkili bir hüküm sayılmalıdır. Fakat bu hususun TCK. bakımından önemi yoktur. Çünkü

---

(22) TANER, CEZA HUKUKU, EREM Faruk. TÜRK CEZA HUKUKU, cilt 2, Hususi Hükümler s. 859

(23) DÖNMEZER Sulhi, CEZA HUKUKU, Hususi Kısım, syf. 34

(24) EREM Faruk, TÜRK CEZA HUKUKU, Hususi Hükümler, cilt 2, syf. 863

kendini cezadan kurtarmak saiki ile işlenen adam öldürmelerde ve taammüden adam öldürmelerde kanun aynı cezayı vermektedir» (EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler).

11 — Adam öldürmenin (1) bir suçu gizlemek veya (2) delil (kanıt) ve emarelerini (belirti, iz ipucu) kaldırmak veya (3) kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını sağlamak amacıyla işlenmesi (TCK. 450/9 md.)

«Hırsızlık suçu yönünden sanıkların hazırlıkta ki ikrarları maddi delillerle doğrulanmış ve hükme yeterli sayılmıştır. Aynı ikrar öldürme suçu yönünden hükme yeterli sayılmamak suretiyle çelişkiye düşülmüştür.

Sanıkların ikrarları öldürme suçu yönünden maddi delillerle doğrulanmış bulunmaktadır. Maktulün arabanın kapısına başı dışarda kalacak şekilde sıkıştırılması ve kaza sonucu öldü kanısını vermek için arabanın kapısını açılmayacak şekilde duvara yaklaştırılması, hırsızlık suçunun sübutu, **maktulü bu suçun meydana çıkmaması için** ya da **hırsızlık suçundan faydalanmak için öldürdükleri** maddi olaylarla doğrulandığına göre, mahkemenin öldürme suçu bakımından da sübutu kabul etmesi gerekir» (YCGK. 10/4/1978 günve E. 35, K. 122, İlmi ve Kaza-i İçtihatlar Der. 1978/Temmuz sayısı).

12 — Adam öldürmenin kan gütme saikiyle işlenmesi (TCK. 450/10 md.)

«Kan gütmenin kanunda tarifi yoktur. Ancak bazı Yargıtay kararlarından özelliklerini tesbit mümkündür. Münhasıran intikam saiki, kan gütmenin kabulüne yeterli değildir. Kan davası, intikam almanın bir vazife olarak kabulüne zorlayan ve memleketin bazı yörelerinde devam eden iptidai bir düşüncenin ürünü olan sakim (bozuk, yanlış) ve toplum dışı bir geleneğe uymak maksadıyla işlenen suçlarda kabul edilebilir... Suç failinin kan hısımlarından biri aleyhine işlenmiş bulunan ilk öldürme fiilinin husule getirdiği elem ve gazabın (acı ve kızgınlık) etkisi altında kalmıyarak mücerret (soyut/yalın) bu kötü an'aneye bağlı (tabi) olmak suretiyle mukabil (karşı) öldürme suçunu işlemiş veya işletmiş olmasının gerçekleşmesi (sübutu) TCK. nun 450/10 bendinde ki suçun oluşması için zorunludur.»

«Kan kütme saikinin oluşması için son olay maktulünün mutlaka önceki suçun faili (işleyeni) olması koşul değildir. Hattâ maktul önceki hadisede beraat etmiş dahi olabilir. Son hadisede failin kan gütme kanaatine sahip olması ve bu saik (sebep, güdü) altında suçu işlemesi yeterlidir.»

«Devam eden kan davasının ilgilisi (bir tarafı) olmak şartı da aranmamaktadır. Bir tarafa hissen bağlı bulunmak ve failin kan davası saiki ile hareket etmiş olması kafi sayılacaktır.»

«Kan davası kavramı içinde teammüt bulunması gerekir, fakat böyle anlaşılınca kan davasının kanunda yer almasının sebebi anlaşılamamaktadır.» (**EREM** Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt 2, Hususi Hükümler, Syf. 866 - 867)

13 — Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı zail olsa bile bu görevi yapmasından dolayı öldürme fiili işlenirse, fail idam cezasına mahkûm edilir (TCK. 450/11 md).

——oOo——

Y. 1. CD.
E : 1974/3530
K : 1974/5009
T : 31/10/1974

— SAHİH OLMAYAN EVLİLİKTE KOCASINI ÖLDÜRMEK —
— TCK. 449. MADDESİ UYGULANMAZ —

«Sanık ile öldürülen arasında evlilik sahih bir nikâha dayanmamaktadır. Öldürülen tarafından Hukuk Mahkemesinde açılan dava sonucunda evliliğin iptaline karar verilerek kesinleşmiştir Böylece sahih olmayan bir evlenmenin devamı sırasında oluşan öldürme suçunun TCK. nun 449. md. unsurlarını kapsamıyacağı nedeniyle, sanığa TCK. nun 448. maddesi yerine 449/1 md. nin uygulanması suç niteliğinin saptanmasında yanılgıya düşülmüş olması ... yasaya aykırıdır.»
(TCK. 449/1, 448 md.) (a)
(Y. CGK. 11/12/1974 gün ve E : 1974/2 - 505, K : 1974/90 benzer kararı)

Y. 1. CD.
E : 1979/2158
K : 1979/3170
T : 19/7/1979

— ZEHİRLEYEREK ADAM ÖLDÜRMEK SUÇUNA İŞTİRAK —
— ASLİ İŞTİRAK —
— FER'İ İŞTİRAK —

«Zehirleyerek adam öldürmek olayında. herkesçe temini mümkün olan zehiri sağlayarak öldürmek suçuna katılan sanığın eylemi fer'i iştiraktir. Hakkında TCK. nun 449, 65/3, 59. maddeleri uyarınca ceza uygulanması gerekir.»
«**Karşı oy** : Sanık H. nin katılması mümkün olmaksızın, diğer sanık F. nin suçu işlemesi mümkün olamıyacağını kabul eden ve TCK. nun 65/son maddesini uygulayan yerel mahkemenin kararı doğrudur.» (b)
(TCK. 449/2, 65/3 md.)

YARGITAY CEZA GENEL KURULU
E : 1980/1 - 151
K : 1980/206
T : 12/5/1980

— ETKİLİ EYLEM SONUCU ÖLÜME YOL AÇMAK VE İNTİHARA YARDIM —
— İLLİYET BAĞININ YOKLUĞU —

«Kocası sanık tarafından iki gün önce dövülen kadının kendisini asarak canına kıydığı (intihar ettiği) anlaşılmasına göre, etkili eylem ile ölüm arasına mağdurenin intiharı gibi bir

(a) YKD. 1975/1 sayı, syf. 115
(b) Ankara Barosu Dergisi 1979/6 sayı, syf. 134

olay girerek nedensellik bağı kesilmiştir. Bir başka deyişle, ölüm ile sanığın eylemi arasında maddi bağlantı bulunmadığı anlaşılmıştır. Bir kimse egemenlik ve etki alanının dışında kalan ve kendisinden beklenmeyen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Bu nedenlerle, sanığın karısını dövüp yaralamasında, etkili eylemle ölüme yol açmak ve intihara yardım suçlarının ögeleri oluşmamıştır.»

«**Karşı oy** : Sanığın maktuleyi devamlı surette dövdüğü, ölü muayene ve otopsi tutanağında görüldüğü üzere maktulenin çeşitli yerlerinde 20 ekimoz bulunduğu anlaşılmasına, eve hapsettiği ... bu davranışlardan kurtulmak için maktulenin canına kıydığı belirgin şekilde ortaya çıkmasına göre, etkili eylem ile ölüm arasında dolaylı bir bağlantı vardır. Bu durumda olaya TCK. nun 452/2. maddesinin uygulanması gerekir.» (c)

(TCK. 449/1, 448, 449/1 md.)

Y. 1. CD. 6/3/1980 gün, E. 1979/4059, K. 1980/1000 sayılı kararındaki görüşü : «Maktulenin kocası tarafından dövülmelerinden, uğradığı acılardan kurtulmak için canına kıyması maddi olgusu karşısında, etkili eylemden sonra oluşan, sanıkça bilinmeyen ve iradesi dışında bulunan nedenlerin, etkili eylemle birleşmesi suretiyle ölümün oluşması durumu TCK. nun 452/2 md. ne uyar. Sanığa TCK. nun 449/1. maddesiyle ceza verilmesi doğru değildir.» (d)

Y. 1. CD.
E : 2141
K : 760
T : 26/2/1937

— ÖLDÜRMEĞE EKSİK TEŞEBBÜS —
— EKMEĞİNE ZEHİR KATARAK KOCASINI ÖLDÜRMEĞE KALKIŞMAK —

«Ekmeğine zehir katarak kocasını öldürmek isteyen sanığın suçu, ekmeğin kocası tarafından yenilmediği gözönüne alınarak eylemin öldürmeğe eksik kalkışma olarak değerlendirilmesi doğrudur.» (e)

(TCK. 449/1, 61 md.)

Y. 1. CD.
E : 1976/3557
K : 1976/3750
T : 23/11/1976

— KAYNANASINI ÖLDÜRMEK —
— SANIĞIN GEÇİRDİĞİ RUHSAL BUNALIMIN CEZADAN TAKDİRİ İNDİRİM NEDENİ YAPILMASI GEREKİR —

1) «Evlenmenin sona ermesiyle sıhrı hısımlık ortadan kalkmaz. Bu nedenle kocası öldükten sonra gelinin kaynanasıyla olan kişisel hısımlığı ve medeni ilişkileri devam eder. Nüfus kaydıyla maktulün kaynanası olduğu saptandığına göre, sanığın TCK. nun 449/1 maddesiyle cezalandırılması gerekir.

2) Ölen kocasından dokuz çocuğu kalan ve bu çocuklarla kendisini istemeyen kaynanasının evinde yaşantısını sürdürmeğe çalışan sanığın ruhsal hayatında oluşan derin

---

(c) YKD. 1980/9 sayı, syf. 1279 - 1283
(d) YKD. 1980/6 sayı, syf. 858 - 859
(e) Türk Ceza Kanunu, ÇAĞLAYAN Muhtar 3 cilt, syf. 340

etkiler, cezadan takdiri indirim nedeni yapılması zorunludur.» (f)
(TCK. 449, 449/1, 59 md.)
(Medeni Kanun 18/2 md.)

Y. 1. CD.
E : 1962/320
K : 1963/1134
T : 16/5/1963

— STRYCHNİN İLE ADAM ÖLDÜRMEĞE KALKIŞMAK —
— ZEHİRİN AZ MİKTARDA İÇİLECEK SUYA KONULMASI NEDENİYLE ÖLÜMÜN VUKUA GELMEMESİ OLAYINDA EYLEM ÖLDÜRMEĞE EKSİK KALKIŞMADIR —

«Sanığın öldürmek maksadıyla mağdurun içeceği suya koyduğu zehir miktarının azlığı ve mağdurun zehirli suyu az miktarda içmesi sebebiyle ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmü eksik teşebbüs derecesinde kalmıştır. Kullanılan zehir öldürmeğe elverişli olup, ancak miktarın azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nisbi (nispi = izafi, birbirine göre) imkânsızlık dolayısıyle cürmün TCK. nunun 61 md. yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür.» (g)
(TCK. 449/2, 61 md.)

YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI
Tarih : 8/7/1936
Sayı : 14/32

— Öldürmeyi amaçladığı (tasmim ettiği) kimsenin yerine bir diğerini öldüren suçlular hakkında (taammüden) tasarlamadan doğan (mütevellit) teşdit sebebi (cezayı ağırlaştırıcı neden) gözönüne alınmaz.— (1)
(TCK. 52, 450 md.)

Y. 1. CD.
E : 1973/1775
K : 1974/860
T : 5/3/1974

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
— SONRADAN ÖNE SÜRÜLEN SAVUNMA —

«Olaydan hemen sonra alınan ifadelerinde sanık öldürülenin kendisine olay günü camiye giderken hakaret ettiğini öne sürmemiştir. Sonradan benimsediği bu savunmasını, savunma tanıkları doğrulamamıştır. Öldürülen ile sanık arasında seçim meselesinden husumet bulunduğu, bu nedenle olay günü maktulü öldürmeye karar vererek, onu takip edip camide namaz kılarken gizlice arkasına yanaşıp, savunma olanaklarından yoksun bir durumda bulunduğu sırada müteaddit kez ateş ederek vurup öldürüldüğü anlaşılmaktadır. Sanığın bu eyleminin tasarlayarak öldürmek suçu olarak nitelendirilmesi gerekir.» (2)
(TCK. 450/4 md.)

Y. 1. CD.
E : 1973/266
K : 1974/872
T : 6/3/1974

— KAÇAKÇILARI İZLEYEN GÖREVLİ JANDARMA ERİNİN ÖLDÜRÜLMESİ —

«Sanığın kaçakçılık suçunun işlenmesine engel olan ve kendisini izleyen görevli jandarma erini öldürmesi olayında, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasanın 30. md. uy-

(f) YKD. 1977/3 sayı, syf. 425 - 426
(g) Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4 cilt, syf. 316 (Dr. İur. A.P. GÖZÜBÜYÜK)
(1) Özbil DÜNDAR Av. Yrg. İçtihadı Birleştirme k. sıra : 18
(2) YKD. 1975/2, syf. 99 - 100

gulanması gerekirken TCK. nun 450/9 md. ile cezalandırılması doğru değildir.» (3)
(TCK. 450/9 md. ve 1918 sayılı Kaç. Men. Tak. K. 30 md.)

Y. 1. CD.
E : 1973/2817
K : 1974/1341
T : 4/4/1974

— AYRI AYRI NEDENLERLE BİR KAÇ KİŞİYİ ÖLDÜRMEK —
«Başka, başka nedenlerle bir kaç kişiyi öldüren sanık hakkında TCK. nun 450/5 md. si değil, her öldürülen için TCK. nun 448 md. sinin ayrı, ayrı uygulanması gerekir. Kışkırtmanın var olup, olmadığı her biri için ayrı, ayrı düşünülmelidir.» (4)
(TCK. 448, 450/5, 51 md.)

Y. 1. CD.
E : 1973/2254
K : 1974/1111
T : 20/3/1974

— TASARLAYARAK VE KAN GÜTME SAİKİYLE ADAM ÖLDÜRMEK —
«Maktulün oğlunun, sanığın üvey amcasını öldürmesi nedeniyle hakkında kamu davası açıldığı, sanığın önceden sağladığı tabancasını yanına alıp maktulün peşine düşerek Adliye binası karşısındaki kahvehaneye gelmesini izlediği ve arkası dışarıya dönük halde oturduğunu görünce tabancasını çekip birçok kez ateş ederek öldürdüğü anlaşılmasına göre, eylemi tasarlayarak ve kan gütme saikiyle adam öldürmektir.» (5)
(TCK. 450/4 - 10 md.)

Y. 1. CD.
E : 1973/3456
K : 1973/1328
T : 4/4/1974

— DEĞİŞİK KASTLARLA BİRDEN ÇOK KİŞİYİ ÖLDÜRMEK —
«Sanığın, mağdure kızı zorla kaçırmak istediği sırada karşı koyan kişiyi ve bu kaçırmayı önlemek isteyen mağdurenin annesini öldürmesinden ötürü ayrı, ayrı TCK. 450/7 md. ve bu iki kişinin ölümünden sonra kaçmakta olan mağdureyi de öldürmesi nedeniyle aynı yasanın 450/8 md. sinin uygulanması gerekir.» (6)
(TCK. 450/7 - 8 md.)

Y. 1. CD.
E : 1974/3557
K : 1974/5830
T : 11/12/1974

— PARASINA TAMAEN ADAM ÖLDÜRMEK —
— OLAY TANIĞINI ÖLDÜRMEK, ÖLDÜRÜLME OLAYINA ENGEL OLMAMAK SURETİYLE SUÇA KATILMA —
«1 — İki kişiyi öldüren sanık, maktullerden birini parasına tamaen öldürmesinden TCK. nun 450/7. maddesi, diğer maktulü de birinci öldürmenin tanığı olmasından dolayı öldürmesi nedeniyle TCK. 450/9 maddesi uyarınca cezalandırılması gerekir.»
«2 — İkinci sanığın eylemi, parasına tamaen öldürüleni olay yerine öldürülmek üzere getirmesi suça lüzumlu (gerekli) iştirak mahiyetinde olup, TCK. nun 65/son maddesi aracılığıyla TCK. 450/7. maddesine uyar.
Diğer yönden, birinci maktulün öldürülmesinde yanında bulunan ve olayın tanığı (delili) olmasından öldürülen ikinci maktulün, öldürülmesine engel olmaması nedeniyle TCK. nun

---

(3) YKD. 1975/3, syf. 106 - 107
(4) YKD. 1975/4, syf. 93 - 94
(5) YKD. 1975/6, syf. 112 - 112
(6) YKD. 1975/6, syf. 112 - 114

67. maddesi aracılığıyla aynı yasanın 450/9. maddesi uyarınce cezalandırılması gerekir.»
(Olayda Giresun Ağır Ceza Mahkemesi'nce 28/5/1974 gün ve 61/115 sayılı karar ile her iki sanık hakkında TCK. nun 450/5, 463. maddesi 'aynı sebep ve kasıt altında ve müstakil failli belli olmayacak şekilde adam öldürmek' hükmü uygulanmıştır.) (7)
(TCK. 450/7 - 9, 65/son, 67 md.)

Y. 1. CD.
E : 1975/776
K : 1975/1390
T : 3/4/1975

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
«Sanık, kız kardeşi ile evlilik ilişkilerinin kötü bir şekilde sonuçlanmasıyla evinden kovan öldürülene karşı kin besleyerek, olay günü onun ilçeye gideceğini öğrenip, ilçe merkezine geldiği, izlediği düşmanının (hasım) avukat yazıhanesine girdiğini ve bu **ortamı uygun** bularak orada tabancasıyla müteaddit el ateş edip (al anasını, avradını ..s.k. ettiğim, ırzla öyle oynanmaz, böyle oynanır) diyerek öldürdüğü anlaşılmasına göre eylemi tasarlayarak adam öldürmektir. TCK. nun 448. maddesiyle cezalandırılması doğru değildir.» (8)
(TCK. 450/4 md.)

Y. 1. CD.
E : 1974/4530
K : 1975/1596
T : 22/4/1975

— MAKTULÜN ARKASINDAN ANSIZIN ATEŞ EDEREK ÖLDÜRMEK —
«Sanığın, maktulün arkasından ansızın ateş ederek sırtından yaralamak suretiyle öldürmesi eylemi, tasarlayarak adam öldürmek suçunu oluşturur.» (9)
(TCK. 450/4 md.)

YARGITAY CEZA GENEL KURULU
E : 1981/368
K : 1981/468
T : 28/12/1981

— KASTEN ADAM ÖLDÜRMEK, TASARLAMA —
«Suçun tasarlama ile işlendiğinin kabulü için, tasarlamanın kesintisiz bulunması ve eylemin bu zaman sürecinde işlenmesi gerekir. Tasarlamadan sonra maddi ve manevi kesinti veya ara meydana gelmiş ise suçun tasarlama ile işlendiği kabul edilemez. 2 - 3 sene önceki olaya ilişkin olarak böyle bir kastı olsaydı, aradan geçen uzun süre içersinde sonuç alamayacağı düşünülemiyeceği gibi, bu sebat ve kararlılığı gereği ... pusu kurar sonuç alıcı eylemi herkesin bulunduğu bir yerde değil, sakin, ıssız bir yerde işlerdi ... sanığın mağdurla karşılaşınca, aniden kapıldığı tehevvür (öfkelenme, kızgınlık, hiddet) sonucu suçu işlemesinde, tasarlama ile adam öldürmek suçunun unsurları bulunmamaktadır.» (10)
(TCK. 450/4, 448 md.)

Y. 1. CD.
E : 1963/1070
K : 1963/1657
T : 10/7/1963

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
«..sanığın olay günü karşılaştıkları sırada maktulün evvelce nikâhlı karısını başkasına satmış olmasından duyduğu teessür ile ani bir kararla, tehevvüren bu suçu işlemiş olmayıpta,

(7) YKD. 1975/9 sayı, syf. 91 - 93
(8) YKD. 1975/9 sayı, syf. 93 - 94
(9) YKD. 1975/9 sayı, syf. 95
(10) Adalet Dergisi, Ocak - Şubat/1982, syf. 131 - 132

suçun işlenmesi (ikaı) için önceden düşünüp, karar verdikten sonra, bunun için elverişli vasıtaları sağlamakla beraber uygun fırsat kolladığını ve fiili icra zamanına kadar aradan geçmesi gereken müddet içersinde yine sükûnet ve soğukkanlılıkla, düşünerek, hareketinin kötülüğünü idrak etmesine rağmen bu kararından vazgeçmeyip, behemal suçu işlemek arzu ve niyeti ile hareket ettiğini kabule sevk eden kesin sübut delillerinin nelerden ibaret olduğu inandırıcı (mukni) ve kabule yeterli gerekçeleri ile açıklanmadan TCK. nunun 448. maddesi yerine 450/4. maddesi ile ceza tayini yolsuzdur.» (11)

Y. 1. CD.
E : 1980/73
K : 1980/1436
T : 1/4/1980

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
— BİRA ŞİŞESİNİN AÇILMAMASINDAN DOĞAN KAVGADA, MAKTULÜN SANIĞI DÖVMESİ —

«... Bira şişesinin açılmamasından doğan kavgada maktül sanığı dövmüştür. Dövülmeden doğan kızgınlık ve tahrikin devam ettiği sırada sanığın sağladığı tabanca ile maktulü öldürmesi olayında, öldürmenin nedeni olan dövülme ile, maktulün öldürülmesi anı arasında geçen zamanın 6-7 saat gibi çok kısa olması karşısında, işlenmesi tasavvur olunan eylemde sebat ve israrı tazammun eden (içerme, kapsama) taammüdün varlığını gösteren deliller, inandırıcı ve kabule şayan gerekçeleriyle izah kılınmadan, döğülmenin tevlit ettiği infialle maktulü öldürdüğü anlaşılan sanık hakkında TCK. nun 448. maddesi yerine 450/4. maddesi ile uygulama yapılmak suretiyle öldürme suçunun niteliğinde hataya düşülmesi ... yasaya aykırı.. » (12)

(TCK. 450/4 md.)

YARGITAY CEZA GENEL KURULU
E : 1983/1 - 244
K : 1983/383
T : 28/11/1983

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
— ANİDEN OLUŞAN ÖLDÜRME KARARIYLA EYLEMİN İŞLENMESİ —
— ÖLDÜRME EYLEMİNDE KULLANILAN TORNAVİDANIN MUTAD SİLÂHLARDAN OLMAMASI —

«Taammüden adam öldürmek suçları Yargıtayın kararlılık kazanan içtihatlarında, belli bir şahsa karşı suç işleme niyetinde sebat ve israr ile, suç işleme kararı ile, icrası arasında geçmesi gereken müddet zarfında kararında vazgeçmeyerek, sükûnet ve soğukkanlılıkla düşünerek eylemi işlemektir.

Karısını tornavida ile öldüren sanığın öldürme kararıyla icra safhası arasında kısa bir süre geçmiş olması, olay gününe tekaddüm eden günlerde sanığın bunalım içersinde olduğu, olay sabahı erkenden sokağa çıktığında eşini görünce aniden oluşan öldürme kararıyla eylemi işlemiş olması ve öldürmede kullanılan tornavidanın mutad silâhlardan bulunmaması sebepleriyle olayda suçun taammüd unsuru yoktur.» (13)

(TCK. 450/4 md.)

---

(11) Özel kartondan
(12) Ankara Barosu Dergisi 1980/5 sayısı, syf. 635-636
(13) İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1984/Mart syf. 2437-2442

ASKERİ YARGITAY DAİRELER KURULU
E : 1981/53
K : 1981/56
T : 21/5/1981

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
«Bir kimsenin suç öncesinde soğukkanlılık ve sukûnetle düşünerek hazırlandıktan sonra adam öldürmesi eyleminde suçun taammüt ögesi vardır.
Sanıkların başlangıçta öldürme kasitleri olduğu yolunda kesin ve inandırıcı kanıtlar bulunmaması halinde suçun taammüden işlendiği kabul edilemez.» (14)

Y. 1. CD.
E : 1983/1716
K : 1983/1639
T : 10/5/1983

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
Sanığın piyade tüfeğini yanına alarak (daha önce maktullerden amcasının kızı Elif'le evlenmek istemesine karşın kendisine verilmemesinden duyduğu kızgınlıkla ve bu durumda sanığın «bunu senin yanına koymam, sana gösteririm, seni öldüreceğim» sözlerini tehdit yollu söylemiş olması karşısında) olay yerine gelen ve ayrı, ayrı yerlerde bulunan maktüllere 100 - 200 metreden ansızın ateş ederek öldürmesi eyleminde, maktülleri öldürmeyi önceden tasarladığını gösterir. Eylemde tasarlayarak adam öldürmek suçunun unsurları oluşmuştur.» (15)
(TCK. 450/4 mad.)

Y. 1. CD.
E : 1984/1132
K : 1984/1195
T : 20/3/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK —
— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
«Sanıkların öldürme eylemini, önceden taslayarak (bilerek ve isteyerek) ve kan gütme nedeniyle (saikiyle) baştan sona kadar doğrudan doğruya beraber işledikleri açıklıkla belli olduğu halde, olaya uygulama yeri olmayan TCK. nun 463. maddesinin tatbiki yasaya aykırıdır...»
(Sanıklardan .....'ın babası, diğerlerinin kardeşi Abdullah'ı daha önce öldürmüş olan maktul İsmail'den intikam almak amacını güderek ve barışmış gibi görünerek, olay günü otomobil ile maktulün evine gelip borçlarını vereceklerini söylemek suretiyle hile ve huda ile onu evden çıkarıp otomobile aldıktan sonra tenha bir yere getirmeleri ve ıssız mahalde birçok el ateş ederek maktulün öldürülmesi, maktulün 6 mermi girişi ile yaralanması, bunlardan 4'ünün öldürücü olması, olay yerinde beş sanığın elinde de tabanca görülmesi ve müteaddit tabanca atışlarının duyulması, adları geçen sanıkların öldürülen maktulü sürükleyerek dereye doğru getirmek istemeleri sanıkların öldürme eylemini önceden tasarlayarak taammüden ve kan gütme saikiyle baştan sona kadar iştirak halinde doğrudan doğruya beraber işlediklerini gösterdiği halde isabetsiz gerekçelerle olayda tatbik yeri bulunmayan TCK. nun 463 maddesinin uygulanmış olması — yasaya aykırıdır..» (16)
(TCK. 450/4 mad.)

---

(14) Av. Nihat Bozkurt ÇAM, Ateşli Silâhlar, Sıkıyönetim, Cezaların İnfazı syf. 105/12
(15) YKD. 1984/1 sayı
(16) YKD. 1984/6 sayı

Y. 1. CD.
E : 1983/1737
K : 1983/2171
T : 21/6/1983

— CANAVARCA DUYGUYLA (HİSLE) ADAM ÖLDÜRMEK —

«Mezar açılarak ölenin karın bölgesi iç organlarında, özellikle barsaklarda tahribat olup, olmadığı belirlendikten sonra, dosya Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, maktulün anüsüne sokulan sert cismin ölüm nedeni ve etkeni olup, olmadığı sorularak suç niteliğinin tayini gerekli iken, eksik incelemeyle canavarca hisle adam öldürmekten hüküm kurulması,

Suça hedef olan ve yatıştırıcı durumda bulunan maktülden gelmiş haksız bir hareket olmadığı halde sanık hakkında TCK. nun 51. maddesinin uygulanması ... yasaya aykırı..» (17)

(TCK. 450/3 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/1285
K : 1984/1474
T : 3/4/1984

— TAAMMÜDEN ADAM ÖLDÜRMEĞE TAM KALKIŞMA —

A) Olaydan iki ay kadar önce mağdurun sanığın kafasına, kulağını kesecek biçimde demirli sopa ile vurması yüzünden, olay günü mağduru döğmeyi düşünen sanığın çuval parçasına sardığı baltayla kahveye geldiği, bir saat kadar kahvede kaldığı, bu müddet içinde mağdur kahvede bulunduğu halde kararsızlıklar gösterdiği, kahveden çıkmağa yöneldiği, gene geri döndüğü ve ansızın mağdurun yanına vararak balta ile mağdurun boynuna 10 cm. uzunlukta, 5 cm. derinlikte olacak ve hayati tehlike tevlit edecek biçimde yaralamak suretiyle öldürmeye teşebbüs etmesinde, tereddütler (duraksamalar) içersinde olan sanığın mağduru yaralamayı değil de, öldürmeyi önceden tasarladığını gösteren deliller karar yerinde gösterilmeden sanık hakkında TCK. nun 448, 62. maddeleri yerine 450/4, 62. maddenin uygulanması,

B) Olayın nedeni mağdurun iki buçuk ay kadar önce demir sopa ile sanığın başına vurarak yaralaması olmasına nazaran bu halin sanık lehine TCK nun 51/2. md. nin uygulanmasını gerektirdiğinin düşünülmemesi ... yasaya aykırı..» (18)

Y. 1. CD.
E : 1984/1457
K : 1984/1585
T : 10/4/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK —

— ÖLDÜRMEK EYLEMİNİN DİĞER SUÇU HAZIRLAMAK, KOLAYLAŞTIRMAK VEYA İŞLEMEK İÇİN İKASI (yapılması) —

«Sanığın zarar gören katılana (mağdur/müdahil) yönelik eylemini engellediği için Dudu'yu öldürmüş olması TCK. nun 450/7. maddesi ile uygulama yapılmasını gerektirir.

Sanığın saldırılarını engellemekten başka amacı olmayan maktulün (öldürülen), haksız hareketlerinin kanıtları gösterilmeden, sanık yararına haksız kışkırtmanın uygulanması (sanığın tahrikten yararlandırılması) ... yasaya aykırı..» (19)

(TCK. 450/7, 51 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/778
K : 1984/941
T : 6/3/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEĞE TAM KALKIŞMA —

— KAÇIRILAN MAĞDURENİN YAŞAMSAL ÖNEM TAŞIYAN KARIN BÖLGESİNDEN YARALANMASI EYLEMİNDE ÖLDÜRME KASTI VARDIR —

---

(17) YKD. 1984/2 sayı
(18) YKD. 1984/7 sayı, syf. 1101 - 1102
(19) YKD. 1984/7 sayı, syf. 1102 - 1104

«1 — Sanığın, zarar göreni (mağdureyi) vücudunun yaşamsal önem taşıyan karın bölgesinden yaralaması eylemi öldürme kastının varlığını açıkça gösterir. Bu suçunu zorla kaçırma eylemini kolaylaştırmak için işlediği gözönünde tutularak sanık hakkında TCK. nun 450/7 ve 62. maddelerinin uygulanması gerekir.
2 — Sanığın kaçırdığı mağdureyi şehevi harekette bulunmaksızın kendiliğinden, ailesi tarafından alınması olanaklı hastaneye bırakılması karşısında TCK. nun 429. maddesiyle hükmedilen cezanın 423. madde ile indirimi gerekir.» (20)
(TCK. 450/7, 62, 429, 432 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/2952
K : 1984/4400
T : 30/10/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK —

«Sanıkların öldürülenlerin her biri için TCK. nun 450/4 - 10. madeleri ile ayrı ayrı hükümlendirilmeleri gerekirken, 450. maddesinin diğer fıkraları ile birlikte uygulanmasına olanak bulunmaması ve ancak birden çok kasten adam öldürme durumunda uygulanması gereken TCK. nun 450/5. fıkrası ile hükümlendirilmesi doğru değildir.» (21)
(TCK. 450/4 - 10 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/4234
K : 1984/4251
T : 23/10/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEĞE TAM KALKIŞMAK VE SİLÂH ZORUYLA KIYGININ PARASINI ALMAK (GASP) — — İKİ SUÇTAN AYRI, AYRI CEZA VERİLMESİ GEREKİR, OLAYA T.C.K. NUN 79. MADDESİNİN UYGULAMA YERİ YOKTUR. —

«TCK. nun 79. md. nin uygulanması için sanığın işlediği bir eylem ile yasanın bir kaç maddesini (hükmünü) bozmuş olması (ihlâl etmesi) gerekir. Sanık kıygını (mağduru) bıçaklıyarak öldürmeye kalkışmış ve ayrıca silâh zoruyla parasını alarak gasp eylemini işlemiştir. Bu eylemlerin birbirinden ayrı olması nedeniyle olaya TCK. nun 79. maddesinin uygulama yeri yoktur. Sanık TCK. nun 450/7, 62, 497/1. maddeleriyle ayrı, ayrı cezalandırılmalıdır.» (22)
(TCK. 450/7, 62, 497/1 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/4105
K : 1984/4268
T : 23/10/1984

— SUÇ İŞLEMEDE KİŞİDE HATA, NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK, TAM KALKIŞMA —

«Asıl vurulmak istenen kişinin Avukat, yanılgı (hata) sonucu vurulanın ise icra memuru olmasına ve sanığın icra memurunu da vurmak istediğini ilk ifadesinde açıklamasına göre suçun kastedilen kişiye karşı işlendiğinin kabul edilmesi uygun olur. TCK. nun 450/2, 62, 61. maddelerinin uygulanması gerekir.»
1 — Olay günü bir alacak nedeni ile icra memuru mağdur (A) ile birlikte olay yerine gelen mağdur - müdahil Avukat C. ile tartışmaya girişen sanığın av tüfeğini ateşlediği **hedefte**

---

(20) YKD. 1984/7 sayı, syf. 1099 - 1101
(21) YKD. 1985/1 sayı, syf. 117 - 118
(22) YKD. 1985/5 sayı, syf. 727 - 729

hata sonucu Av. (C) yerine saçmaların icra memuru (A)'ya isabet ettiği, yaralanan icra memurunun yere düştüğü, asıl hedef Av. (C)'nin kaçmaya başladığı, sanığın icra memurunun yaralanıp yere düştüğünü gördüğü halde kastını yenileyerek asıl hedef (C)'nin arkasından 4-5 el daha ateş ettiği, yaptığı atışların mağdur Av. (C.) nin arabaların arkasına saklanması ve icra memurunun sanığı korkutmak için silâhını ateşlemesi gibi mani sebeplerle icrai hareketlerini tamamlayamadığı ve bu suretle öldürmeği kastetdiği ve bu kastın icra memurunu vurmasına rağmen yenilediği açıkca anlaşılan sanığın vazife sırasında ve vazifesinden dolayı Av. (C.)'yi öldürmeye eksik derecede teşebbüsten TCK. nun 450/2, 61. md. ile cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi,

2 — Asıl vurulmak istenen memur, yanlışlıkla vurulanın da memur olmasına ve sanığın icra memurunu da vurmak istediğini ilk ifadesinde açıklamasına, TCK. nun 52. maddesindeki açıklığa göre, suçun kast edilen kişiye karşı işlenmiş olduğu kabul edilerek TCK. nun 450/2, 62. maddeleriyle tecziyesi gerekirken 448, 62. maddelerle ceza verilmesi suretiyle sanığın eyleminin niteliğinde hataya düşülmesi ve asıl hedef mağdur (C) den gelmiş haksız bir hareket olmadığı ve «yatağında alacağım» sözünü sarf etmediği halde sanık lehine TCK. nun 51/1. maddesinin uygulanması, yasaya aykırı...» (23)

(TCK. 450/2, 61, 62, 52. md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/2971
K : 1984/4724
T : 8/11/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK, TAM KALKIŞMA —
— SUÇ İŞLEYENİ BELİRSİZ ADAM ÖLDÜRMEK —

«Sanık ve arkadaşları suçun işlenmesine engel olacak topluluğa ateş ettiklerine göre, eylem TCK. nun 450/7, 463, 62. maddelerindeki suçu oluşturur.» (24).

(TCK. 450/7, 463, 62. md.)

Y. 1. CD.
E : 3001
K : 4024
T : 13/12/1983

— TAAMMÜDEN ADAM ÖLDÜRMEK, ADLİ TIP KURUMU RAPORLARI ARASINDAKİ ÇELİŞKİNİN GİDERİLMESİ —

«Olay yerinde bulunan 65 adet boş kovanın Adli Tıp Meclisi Fizik ve Balistik şubesinin 21/1/1981 tarihli raporunda tek bir 7,65 Kalanşikov harp tüfeğinden, aynı şubenin 3/3/1982 tarihli raporunda ise 42-43 olmak üzere iki ayrı harp tüfeğinden atıldığı belirtilmiş olması karşısında raporlar arasındaki çelişki giderilmeden hüküm kurulması yanlıştır.» (25)

(TCK. 450/4 md.), (CMUK. 76. md.)

Y. 1. CD.
E : 276
K : 1307
T : 27/3/1984

— ADAM ÖLDÜRMEK, OLAYDA TAAMMÜD UNSURUNUN ARAŞTIRILMASI VE AĞIR TAHRİKİN VARLIĞI —

«A) Sanık Nezahat'in maktülü öldürmeyi önceden tasarlayıp tasarlamadığının tesbiti için, olay yerinde keşif yapıla-

---

(23) YKD. 1985/3 sayı, syf. 419-421
(24) YKD. 1985/3 sayı, syf. 423-424
(25) İKİ. Mayıs 1984 syf. 2580

rak, sanığın evinden maktulün bulunduğu yerin görülüp, görülmediği, olay yerine giden başka yollar olup, olmadığı ve silâha ait fişeklerin sanık Nezahat'in nereden temin ettiği araştırılmalı, maktulle tartışıp, tartışmadıkları tüm tanıklardan sorulmalı ve sanık Mustafa'nın olay günü nerede olduğu araştırılarak sonucuna göre öldürme suçunun önceden tasarlanıp, tasarlanmadığı ve suça iştirak olup olmadığı açıklığa çıkarılmalıdır.

B) Sanık Nezahat'le evlilik vaadi ile cinsi münasebette bulunan ve kızlığını bozan maktulün bu hareketi ağır tahriki olusturur.» (26)

(TCK. 450, 51/2 md.)

Y. 1. CD.
E : 1095
K : 2293
T : 17/5/1984

— ADAM ÖLDÜRMEK, TAAMMÜD UNSURU —

«Olay günü sanığın tarlada çalışan maktule av tüfeği ile ateş ederek öldürdüğü anlaşılmakta ise de, taammüdün unsurlarından olan, sanığın öldürme kararını önceden verdiğinin, o karardan vazgeçmeyip sebat ve ısrarda bulunarak öldürme suçunu tasarlamak suretiyle işlediğinin kesin ve inandırıcı delilleri gösterilmeden eylemine uygun düşen TCK. nun 448. maddesi yerine 450/4. maddesiyle tecziye edilerek suç vasfının tayininde yanılgıya düşülmesi, yasaya aykırı..» (27)

(TCK. 448, 450/4 md.)

Y. 1. CD.
E : 1719
K : 2054
T : 7/5/1985

— TAAMMÜDEN ADAM ÖLDÜRMEK KASTI, SIRTINDAN BIÇAKLAMAK —

«Sanığın kendisinin sınıfını geçirmemesinden duyduğu kızgınlıkla ve temin ettiği bıçakla öğretmeni olan mağdurun yolunu bekleyip, takip ettiği, yalnız kalınca mağdura arkasından yaklaşıp ansızın sırtına bıçağı saplayarak ağır şekilde yaraladığı dosya içerisinden anlaşılmasına göre sanığın mağduru beklemesi, takip etmesi, yaklaşıp ansızın sırtından ağır yaralaması eylemi, mağduru görevinden dolayı taammüden öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturmuştur. Yaralamaktan ceza tayini yasaya aykırıdır.» (28)

(TCK. 450/4 - 11, 62 md.)

Y. CGK.
E : 1984/1 - 325
K : 197
T : 8/4/1985

— FAİLİ GAYRİMUAYYEN ADAM ÖLDÜRMEK, TAAMMÜDEN —

«Taammüden, tabanca ile ateş ederek öldürme fiilinde, ölümün sanıklardan hangisinin ateşi sonucu meydana geldiği anlaşılamadığına göre. sanıkların asli faili belli olmayan öldürme suçunun fer'i faili olarak kabulü ile. TCK. nun 450/8 ve 65/3, 59. maddesi ile cezalandırılmaları gerekirken 65/3. maddesinin uygulanmaması isabetsizdir.» (29)

(TCK. 450/8, 65/3 md.)

---

(26) İKİ. Kasım 1984, syf. 2958
(27) İKİ. Mart 1985, syf. 3208 - 3209
(28) İKİ. Temmuz 1985, syf. 3457
(29) İKİ. Eylul 1985, syf. 3585 - 3589

Y. CGK.
E : 1985/1 - 152
K : 1985/456
T : 16/9/1985

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK —
— SUÇA İŞTİRAK, (Suç ortaklığı) —

«Kayış soyadlı sanıkların ailesi ile Direk soyadlı maktûl ve mağdurun aileleri arasında uzunca bir süreden beri devam eden kan davası vardır. Direk ailesinden Mustafa, sanıkların ailesinden Mustafa'yı öldürmüştür.

Israr kararına konu olan sanıklar (M.K.) ile Hüseyin fiili icra eden asli faili... başka aileden maktül (M.D.) yi ve onun oğlu mağdur İbrahim'i öldürmesi için azmettirmişlerdir. Asli fail sanık Abidin oğlu (M.K.) de sırf öldürülmüş amcasının intikamını almak gayesi ve kan gütme saikiyle Direk ailesinden maktûl (M.D.) yi tabanca ile öldürmüş ve aynı aileden onun oğlu bulunan İbrahim'i de öldürmeğe teşebbüs etmiştir.»

«Dava konusu olayda, azmettireni ve asıl suç işleyeni suça iten ortak neden, kan gütme ve öç almadır. Suça nitelik verip, şiddet nedeni olarak TCK. 450/10 md suçun unsurunu oluşturan aynı nedenin, ayrıca ve aynı zamanda indirim nedeni olarak uygulanmasına yasal olanak yoktur.»
Mahalli mahkeme, suçun münhasıran kan gütme saiki ile işlendiğini kabul etmiş ve bütün sanıklar hakkında temel cezayı taammütle birlikte TCK. nun 450/10 md. tayin etmiştir. Olayın başka sebep ve saiki olmadığı halde azmettirme suçu sanıkları hakkında TCK. nun 64/2 md. indirmeyi uygulamıştır.

Azmettirenlerin TCK. nun 64/2. md. deki indirimden yararlandırılabilmeleri için suçu icra eden asli failin, kendisini suça iten ortak menfaat dışında özel ve ayrı şahsi bir sebep ve menfaatin bulunması gerekir.»

Y. 1. CD. 8/10/1950 gün Esas : 2593, Karar : 2375 sayılı kararı :

«Azmettirenin cezasının indirilmesi için maddi faili suç işlemeye (ikaına) sevkeden ayrı ve hususi bir sebep ve menfaatin bulunması gerekir.»

«**Örneğin** : Azmettiren kimse suçu işleyecek olan asli faile para, menfaat vesair şeyler vaadeder ve asli fail para karşılığı suç işlerse, asli failde mevcut olan ve onu suç işlemeye sürüklememiş bulunan maktûle karşı vaki eski bir kan gütme veya öç alma duygusu şahsi ve özel bir şahsi menfaat olabilir ve ancak bu takdirde TCK. nun 64/2. md. ki unsurlar oluşarak azmettiren burada yazılı indirimden faydalanabilir.»

«**Sonuç** : Olayımızda müşterek saik dışında asli faili müstakilen suç işlemeye sürüklemeyen şahsi ve özel ayrı bir sebep mevcut olmayıp, gerek azmettirenleri, gerek asli faili suça iten tek bir sebep vardır. Bu sebepte öç alma, kan gütme saikidir. Müşterek kan gütme saiki suça vasıf vermiş ve TCK. 450/10 md. yazılı suçu oluşturmuştur.

O suça vasıf veren, şiddet sebebi olarak suçun unsurunu oluşturan aynı nedenin ayrıca ve aynı zamanda hafifletici sebep olarak uygulanmasında yasal olanak yoktur.
Bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan ... direnme hükmünün bozulmasına ... oyçokluğu ile karar verildi...» (30)
(TCK. 450/10, 64/2 md.)

Y. 1. CD.
E : 1985/2351
K : 1985/3277
T : 25/9/1985

— ADAM ÖLDÜRMEK (NİTELİKLİ) —
«Adam öldürmek olayında, sanığın öldürme kararı ile eylemi arasında nitelikli adam öldürme suçunun unsurları olan; sebat, ısrar ve soğukkanlılığın varlığını gösterecek yeterli bir süre geçmediği, tasarlama oluşmadan sanığın suçunu öfke ve tehevvürle işlediği mahkemece de kabul edildiği halde, eyleme uygun düşmeyen nitelikli adam öldürme suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.» (31)
(TCK. 448, 450/4 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/5212
K : 1985/39
T : 15/1/1985

— TASARLAYARAK ADAM ÖLDÜRMEK —
— KASTEN ADAM ÖLDÜRMEK —
«Olayda : Mağdur Yaşar kahvede otururken bir ara sanık Nami'nin kahveye girdiği, müteakiben kahveden çıktığı, aradan on dakika kadar bir zaman geçtikten sonra kahvenin dışında pencere yakınına gelerek mağdura ateş edip yaralamak suretiyle onu öldürmeğe teşebbüs ettiği anlaşılmasına göre, Sanığın öldürme kararını mağduru kahvede görünce değilde daha önce verdiğinin, karar ile icra arasında yeterli süre geçmesine rağmen soğukkanlılıkla düşünüp, öldürme kararından vazgeçmeksizin mağduru öldürmeğe teşebbüs ettiğinin kesin ve inandırıcı delilleri gösterilmeden, eylemine uygun düşen TCK. nun 448, 62. maddeleri yerine, 450/4, 62. maddeleriyle ceza saptanması suretiyle suç niteliğinin tayininde yanılgıya düşülmesi, Yasaya aykırı..» (32)
(TCK. 448, 62, 450/4 md.)

Y. 1. CD.
E : 1984/4262
K : 1984/4485
T : 1/11/1984

— NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEK, SUÇA KATILMAK (Azmettirmek suretiyle) —
A) Sanıklardan Güler'in maktulün karısı olduğu, buna rağmen diğer sanık Ahmet ile ilişki kurduğu, maktulden kurtulmak istediği ve Ahmet'e maktulü öldürdüğü takdirde kendisi ile evlenebileceğini söylediği, sanık Ahmet'i maktulü öldürmesi hususunda azmettirdiği ve her iki sanığın öldürmeği planladıkları ve olay gecesi saat 23 sularında sanık Ahmet'in maktulün evine gelip (seni dedem çağırıyor) diyerek kandırıp boş olan kendi evine getirdiği eve girer girmez maktulü arkasından yaptığı ateşle ensesinden yaralayarak öldürdüğü anlaşılmasına göre; öldürme suçunun önceden tasarlandığı

(30) YKD. 1986/1 sayı, syf. 101 - 105
(31) YKD. 1986/3 sayı, syf. 422 - 424
(32) YKD. 1985/5 sayı, syf. 731 - 732

ve plânlandığı şekilde maktulün sanık Ahmet tarafından taammüden öldürülmesinden dolayı TCK. nun 450/4. maddesi ile cezalandırılması gerekir. TCK. nun 448. maddesiyle ceza tayini suretiyle öldürme suçunun niteliğinde hataya düşülmüştür.

B) Sanık Güler, öldürme suçunun işlenmesi için diğer sanık Ahmet'i azmettirdiği, sanık Ahmet'in Jandarmada ve Sulh Ceza mahkemesindeki açık anlatımlarından ve sanık Güler'in suçun çıkmaması için yaptığı hareketlerden anlaşılmasına ve Ahmet'in anlatımlarının yan delillerle doğrulanmasına karşın sanık Güler'in TCK. nun 64/2, 450/4. maddeleri yerine 296. madde ile cezalandırılması suretiyle eylemin niteliğinin saptanmasında yanılgıya düşülmüştür. (33)

(TCK. 64/2, 450/4 md. 296 md.)

Y. 1. CD.
E : 1986/1323
K : 1986/2262
T : 28/5/1986

— İŞKENCEYLE ADAM ÖLDÜRMEK, KASTEN ADAM ÖLDÜRMEK —

a) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Tebliğnamesi

(1) Basit bir kavga sonunda vukubulan öldürmenin canavarca his ve işkence olarak vasıflandırılmak suretiyle TCK. nun 448. md. yerine 450/3 md. nin uygulanması.

(2) İdamı müstelzim suçlarda TCK. nun 51/1. maddesi ile yapılan indirmede ayrıca TCK. nunun 59. maddesinin uygulanması gerekirken uyulmaması kanuna aykırı görüldüğünden hükmün ... bozulması talep ve evrak tebliğ olunur.

b) Yargıtay 1. Ceza Dairesi Kararı : «Maktulün hakaret etmesi üzerine başlayan kavgada, sanık Tuncay ve Harun'un yardımı ile asli fail Sinan ve Coşkun tarafından dövülerek ve bıçaklanarak öldürülmesinde, ..nitelikli adam öldürmek suçunun kanuni unsurları oluşmadığı halde, ölümün husulü için yapılması muktazi (gereken) fiillerin tazip ve işkence (azap verme ve aşırı eziyet/aşırı güçlük ve sıkıntı) olarak nitelendirilmesi suretiyle kasten adam öldürmek yerine, sanıkların nitelikli adam öldürmekten sorumlu tutulmaları yasaya aykırıdır.» (34)

(TCK. 450/3, 51, 59, 448 md.)

●

(33) YKD. 1985/3 sayı. syf. 421 - 423

(34) Karar yayınlanmamıştır. Keskin Ağır Ceza Mahkemesi'nin 26/11/1985 gün ve 125/142 sayılı kararı, Yüksek Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin yukarıdaki ilâmı ile bozulmuştur.

İDARENİN TARAF OLDUĞU ESER SÖZLEŞMELERİYLE İLGİLİ OLARAK BAKANLAR KURULUNCA ÇIKARILAN KARARNAMELERİN BU SÖZLEŞMELERE ETKİSİ SORUNU (*)
(II)

Işıl ULAŞ (**)

V — BAKANLAR KURULUNCA ÇIKARILAN KARARNAMELER VE ÖZEL HUKUK SAHASINA ETKİSİ SORUNU

A — Konu İle İlgili Bakanlar Kurulu'nca Çıkarılan Kararnamelerin Tarihçesi

Uluslararası alanda Türk Parası, 1946, 1958 ve 1970 yıllarında üç defa büyük devalüasyona uğrayarak büyük değer kayıplarına uğramıştır. Özellikle 4.8.1958 tarihinde yapılan devalüasyon kararının yarattığı ekonomik kriz ve hızlanan enflasyon nedeniyle kamu sektörüyle ilgili inşaatların geleceğini değerlendirmek zorunda kalan hükümet 16.7.1959 gün ve 4/11184 sayılı kararıyla, devalüasyon tarihinden önce ihale edilmiş olan inşaat, ameliyat ve tesis işlerine ödenecek fiyat farkları hakındaki esasları tayin ve tespit etmek zorunluluğunu hissetmiştir.

Bundan sonraki yıllarda da ortaya çıkan fiyat farkları karşısında Bakanlar Kurulu'nca 3.4 1974 gün ve 7/7993 sayılı kararname ile 11.3.1977 tarih ve 7/13220 (30) sayılı kararnameler çıkartılmak ihtiyacı duyulmuştur. 7/13220 sayılı kararname tarihinden önce sabit birim fiyatlarla taahhüde bağlanmış kamu sektörüne ait inşaat ve tesisat işleri ile bunlarla ilgili ihracat. proje, ve mühendislik hizmetleriyle ilgili işlerde 1977 ve ileriki yıllarda uygulanabilecek birim fiyatları tespit edilmiştir. Aynı kararname ile birim fiyatlara dayalı veya anahtar teslimi şartına bağlanan taahhütlerde kullanılan ihracat için değişken birim fiyat uygulaması esası getirilmiştir. Bu arada

(*) Yargıtay Dergisi Cilt : 13, Sayı : 3, Temmuz 1987, Sayfa : 239 - 258'den devam.
(**) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi.
(30) RG., 16.3.1977 gün ve 15880 sayı.

kamu kuruluşlarına ait ihale şartnamelerine ve özellikle gelecek yıllara da etkili olarak bazı şartlar eklenmesine olanak sağlayan 11.3.1977 gün ve 7/13221, 22.5.1978 gün ve 7/16765 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnameleri çıkarılarak yayınlanmış bulunmaktadır.

Daha sonra ise, Bakanlar Kurulu 14.7.1978 gün ve 15990 sayılı kararnameyle (31) Kamu ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının; daha önce sabit veya değişken birim fiyatlarla ihalesi yapılmış ve devam edecek işlerde, yeni birim fiyatları tespite ve birim fiyat artış yüzdesi uygulamaya yetkili olduklarını belirtilmiştir.

Bu kararnameyi müteakip yayımlanan 8/505 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinde (32) ise, genel ve katma bütçeli kuruluşlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının değişmez veya değişken birim fiyatlarla götürü olarak ihaleye çıkarılmış ve 1980 ve ileriki yıllarda devam edecek işlerde yeni birim fiyatları tesbit ve birim fiyat artış yüzdesi ve fiyat farkları uygulamaya kararname kapsamına giren kuruluşlara yetki tanınmış bulunmaktadır.

Daha sonra Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 8/2574 sayılı kararnamede (33) ise, bu kararname kapsamına giren idarelerin, ihale yolu ile yaptıkları işlerin de ihale usullerine göre uygulayacakları yıllık fiat farkına ait esaslar düzenlenmiştir. Yine bu kararnamede, daha önce sözleşmeleri yapılmış işlerde ise devam konusunda müteahhitlere tanınan iki seçenekten birisini kabul konusunda idareye yetki tanımış bulunmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanunun 4. maddesine göre, 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin ... iptali istenemez» hükmü gereğince bu kararnamenin iptalinin istenilmesi mümkün bulunmamaktadır (34).

Mukayeseli hukuk açısından benzer bir uygulamanın, 1939 - 1945 yılları arasında Almanya'da oluşan enflasyon nedeniyle 27.7.1948 tarihinde yürürlüğe giren (Dönüştürme Kanunu) ile 26.3.1952 tarihli (Akit Yardımı Kanunu) adı verilen kanunlarla değer düşüklüğüne uğrayan paranın revizyona tabi tutulması ve menfaatler vaziyetine göre, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yeni şartlara uygun şekle sokabilme talep ve yetkisi verilmiştir. Ayrıca, yine Almanya'da 1936

(31) RG., 30.7.1978 gün ve 16362 sayı.
(32) RG., 14.3.1980 gün ve 16929 sayı.
(33) RG., 1.4.1981 gün ve 17297 sayı.
(34) Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnameler burada sayılanlarla sınırlı değildir. Sayılanlardan önce de benzer kararnameler çıkarıldığı gibi, sonra da yeni kararnameler yayınlanmıştır.

tarihli İpotek Faizi Kanunu ile ipotek faizleri tenzil edilmiş, 30.11.1939 tarihli nizamname ile de cari mukavelelerin değiştirilmesi ve bozulması mümkün kılınmıştır. Fransa'da da buna benzer şekilde, harpten önce inikad etmiş ticari sözleşmelerin feshine müsaade eden bir Loi Faillet ve 26 Eylül ve 30 Kasım 1939 tarihli nizamnamelerle, cari mukavelelere bir çok müdahaleler yapılmıştır. İsviçre'de ise, Federal Hükümet 17 Kasım 1939 tarihli açıklaması ile hükümetin bu yolda alınacak tedbirlerle cari sözleşmelere müdahale etmeyi imkânsız addetmiştir.

Ancak, doktrinde, buhran durumlarında kanuni hükümler çıkarılarak tayin edilecek şartlar altında genel ve özel olarak belli sözleşmelere veya hükümlerine müdahale tecviz edilse idi, o dönemde bu tür uyuşmazlıkların ve sorunların ortaya çıkmayacağı savunulmuştur (35).

B — Kararnamelerin Getirdikleri Hükümler

Yukarıda tarihsel gelişimi üzerinde durduğumuz kararnamelerin getirdikleri esaslar üzerinde de ana hatları ile açıklama yapmak gerekmektedir.

İçtihadı Birleştirme müzakeresine neden olmaları bakımından özellikle, 7/7993, 7/13220. 7/15990, 8/505 ve en son olarak çıkarılmış olan 8/2574 sayılı kararnameler açısından konuyu ele aldığımızda;

Bu kararnamelerin ortak çatısı ve ilkeleri olarak; tüm kararnamelerde ilk maddelerde öncelikle, (idare) kavramına giren kuruluşların hangileri oldukları belirtildikten ve sayıldıktan sonra, kararnamelerde geçen (iş) deyimlerinden ne kastedildiği, diğer bir deyişle, bu kararnamelerin hangi sözleşmelere uygulanması gerektiği açıklanmakta ve daha sonra süre açısından bu kararnamelerin tarih itibariyle uygulama alanlarının ne olduğu açıklığa kavuşturulmaktadır. Yine bu kararnamelerde doğrudan müteahhitlere hitap edilerek, bu kararnamelere göre işe devam edip etmeyeceklerinin iş sahibi idareye bildirmeleri için kendilerine (30) veya (60) günlük gibi süreler tanınmaktadır. Yine, tüm kararnamelerde yıllarına göre uygulanacak fiyat farklarının hesaplanması konusunda teknik ayrıntılarına girilerek bunlarla ilgili hesaplama formülleri getirilmekte ve ayrıca işin feshi seçeneği kabul edildiği takdirde tasfiyenin ne şekilde yapılacağı ayrıntıları ile açıklanmaktadır.

---

(35) Bkz., K Oftinger age., Sh. 598 - 622.

Yukarıda sayılan kararnamelerden ilk üçü yani 7/7993, 7/13220 ve 7/15990 sayılı olanları (iş) sahası olarak sadece (inşaat ve tesisat) işlerine hasredilmişken daha sonra çıkarılan 8/505 sayılı kararnamede (iş) kavramında genişletme yapılmış ve öncekilere ek olarak (imalat sanayii) de (iş) kavramı içine alınmıştır.

Yine son kararnameden önceki, tüm kararnamelerde, (idare) kavramına giren kuruluşlar sayıldıktan sonra bunların, bu kararnamelerde belirtilen esaslarla yeni birim fiyatları tespit ve birim fiyat artış yüzdesi ve fiyat farklarını uygulamaya (yetkili) oldukları belirtilmişlerdir. Oysa, son kararnamede yani, 8/2574 sayılı kararnamede (yetkili) kavramına yer verilmemiş ve kararname kapsamına giren tüm kuruluşların genellikle bu kararname hükümlerini uygulamaya zorunlu oldukları şeklinde kaleme alınmıştır.

Keza, son kararnameden önceki tüm kararnamelerde, yeni birim fiyat tespit ve fiyat artış yüzdesi konusunda idare yetkili olduğu belirtildikten sonra, bu kararnameler esaslarına göre işe devam etmek istemeyen müteahhitlere belirli süre içerisinde sözleşmelerin feshi ve işin tasfiyesini isteme hakları getirilmişti. Oysa, son kararnamede, müteahhitlerin hiçbir şart ileri sürmeden idareye başvurarak,

1 — İşlerine, sözleşmelerine göre devam etmek,
2 — Bu kararname esaslarına göre işe devam etmek,
3 — Sözleşmenin feshi (tasfiyesi),

konusundaki isteklerinden en az ikisini öncelik sırası vererek bildirmeleri gerektiği belirtilmiş ve iş sahibi idarenin de, müteahhidin iki seçeneğinden birini seçecekleri hükme bağlanmıştır. Belirtilen süre içinde başvurmayan müteahhitler yönünden ise idarenin bu üç seçenekten birini seçmekte (serbest) olduğu belirtilmiştir.

Yine, 8/2574 sayılı son kararnamenin diğer bir özelliği de (idare) kavramı içindeki kuruluşlara en geniş şekliyle yer vermesi olarak gösterilmektedir. Gerçekten de bu kararnamenin (tanımlar) bölümünde (idare) kavramına «Kamu Sektörüne dahil Genel ve Katma Bütçeli Daireler, Kamu İktisadi Kuruluşları ve Teşebbüsleri, İl Özel İdareleri, Belediyeler, Döner Sermayeler, Ofis, Banka, Fon, Birlik, Sandık gibi her tür kamu Kurum ve Kuruluşları ile özel kanunlarla veya kanunların verdiği yetki ile kurulmuş bulunan tüzel kişilikli kurum ve kuruluşları ve burada sayılan bir kısmının iştiraki ile kurulmuş bulunan tüzel kişiliğe haiz müesseseleri» de dahil edilmiş bulunmakta ve kararnamenin uygulama alanı bu şekilde hem (iş) kav-

ramı, hem de (idare) kavramı yönünden diğer kararnamelere göre genişletilmiş bulunmaktadır

Ayrıca, yine bu son kararnameyle ilgili olarak önemle hatırlatmak istediğim ve daha önce değindiğim bir başka husus da, çıkarılmış tarihi itibariyle 2324 sayılı kanunun geçici 4 ncü maddesi uyarınca bu kararnamenin iptalinin istenilmesinin mümkün olmadığıdır.

C — Yasal Düzenleme

Buraya kadar yapmaya çalıştığımız açıklamalardan sonra, İçtihadı Birleştirme müzakeresine konu edilen kararların özellikle istisna (eser) sözleşmelerine ilişkin olmaları nedeniyle, bu tür sözleşmeler yönünden ve yine kararnamelerin içerdiği konular bakımından Borçlar Kanunu'nun (ücret) ve (fesih-tasfiye) hükümlerine de kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Bu tür sözleşmelerde ücret ya başkan kararlaştırılır veyahut da sözleşme kurulurken herhangi bir ücret tayin edilmemiş olur.

a — Ücretin Sözleşmede Belirtilmesi

Ücretin sözleşmenin başlangıcında saptanması da iki şıkta toplanmaktadır ki bunlar (Götürü yöntem) ve (Yaklaşık Yöntem)'dir.

aa — Görürü Yöntemle Ücret Tesbiti (BK. 365)

Ücretin götürü yöntemle belirlenmesi demek, imal olunacak eser bedelinin peşin ve kesin surette tespiti demektir (36).

Ücretin sözleşmede ve işin başlangıcında götürü yöntemle saptanmasının en önemli sonucu sözleşme kurallarına aynen uyma (Pasta Sund Servanda) ilkesinde görülmektedir. BK. nun 365. maddesinin ilk fıkrası bu ilkeyi tekrarlayarak, «götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur... Tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mucip olsa bile müteahhit bu bedelin artırılmasını isteyemez...» hükmü getirilmiştir.

Ne varki yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, «fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyle ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheder» objektif iyi niyet kuralının özel bir hali olan «clausula Rebus Sic Stantibus» ilkesine yer verilmiş bulunmaktadır. Doktrinde de istisna sözleşmelerin

(36) Bkz., Prof. Dr. Hâlûk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ank. 1982, Cilt : 2, Sh : 100.

bu madde ile ilgili bölümü üzerinde önemle durulmuş ve konu detaylı bir şekilde incelenmiş bulunmaktadır. Bakanlar Kurulunca çıkarılan fiyat kararnameleri de bu madde ile ilgili olduğundan İçtihadı birleştirme tartışmalarında bu maddenin getirdiği ve yukarıda açıklanan ilkelerde önem taşımaktadır. Ancak, konumuz Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnameler olduğundan ve bu konuyu doktrin tartışmaları arasında tekrar ele alacağımızdan şimdilik açıklanan hususlarla yetineceğiz.

b — Yaklaşık Yöntemle Ücret Tesbiti (BK. 366)

Sözleşmede ücretin götürü yani, kesin olarak belirlenmediği, özellikle büyük işlerle ilgili istisna sözleşmelerinde, tahmine dayalı, değişebilir nitelikte bir ücret tayin edilir ki işte bu usulle kararlaştırılan ücrete, takribi (yaklaşık) ücret tesbiti denilmektedir. Bu tür fiyat (ücret) tespitinin özelliği ise, müteahhidin, işin bitiminde gerçekleşen fiyat önceden tahmin edilen bedeli aşsa bile, bunu iş sahibinden talep edebilmesinde görülür. Meğer ki, bu artış anormal, diğer bir deyişle aşırı düzeyde olmasın (37).

c — Ücretin Sözleşmede Belirtilmemiş Olması

Sözleşmede ücret ne götürü olarak, ne de yaklaşık olarak saptanmışsa, BK. nun 366. maddesi uyarınca, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir. Görülüyor ki bu tür sözleşmelerde ücretin fazla olmasının rizikosu tamamen iş sahibine aittir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, uygulama da pek küçük onarım işleri dışında bu tür sözleşmelere rastlanılmamaktadır.

Kararnamelerin fiyat farkı, diğer bir deyişle sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri ile ilgili olmaları nedeniyle Borçlar Kanununun istisna sözleşmesindeki ücretle ilgili hükümleri üzerinde kısaca durduktan sonra şimdi de konu ile doktrindeki görüşlerin neler olduğu hususunun tespitine geçebiliriz.

D — Doktrin

Borçlar Kanununun 365/2. maddesinden yukarıda söz ederken bu hükmün, doktrinde (Clausula Rebus Sic Stantibus) olarak adlandırılan ilkenin bir uygulaması olduğunun kabul edildiğini ve bu yönün doktrinde çeşitli yönleri ile irdelendiğini belirtmiştik. Şimdi de konumuzu yakından ilgilendirmesi bakımından bu yöndeki doktrin tartışmalarına kısaca göz gezdirmekte fayda görüyoruz.

---

(37) Bkz., Tandoğan, age., Sh : 113.

a — Genel Olarak

İki tarafın karşılıklı rızaları ile doğan bir sözleşme hukuki bir varlık olmakla beraber, o aynı zamanda ekonomik ve sosyal bir olgudur. Herkes bir sözleşme yapıp yapmakta serbesttir. Fakat, gerekli koşul ve şekilde yapılmış olan sözleşme artık kesinlik ifade eder. Borçlu artık yararı bulunmadığı düşüncesiyle, sözleşmenin kendisine yüklediği edimi yerine getirmekten kaçınamaz. Sözleşmenin yerine getirilmesi borçlunun yıkımını gerektirse bile, o edimini yine de yerine getirmelidir. Zira, borçlu borç altına girerken, iyi düşünmek ve bütün ihtimalleri dikkate almak ve oluşması muhtemel kötü durumlara göre, kendisini korumak için sözleşmeye gerekli koşulları koymak zorundadır. Eğer o bunu yapmamışsa, tedbirsizliğin cezasını çekmelidir. İşte, yukarıda açıklanan bu düşüncetarzı şekilci ve katı bir hukuk sistemine sahip Roma Hukukunda kabul edilmiş ve bizde «ahde vefa» veya «sözleşmeye aynen uyma» adları ile bilinen «Pacta Sund Servanda» ilkesi olarak ortaya çıkmıştır.

Bu ilkenin tabii bir sonucu olarak da, hâkim, hiç bir şekilde, adalet ve nasafet düşüncesiyle gerek resen, gerekse taraflardan birinin talebi üzerine sözleşmeyi değiştiremez veya feshedemez.

Roma Hukukunun bu katı ve şekilci kurallarına karşı yine o dönem hukukçularında karşı koyma ihtiyacı duyulmuş önce münferit defiler «Exceptio Doli Specialis» ortaya atılmış, daha sonra ise, bütün hakkın kötüye kullanılması def'ilerini içeren «Exceptio Doli Generalis» «Hakkın kötüye kullanılması» def'i yolu ile, (Pacta Sund Servanda) ilkesinin kötüye kullanılmasının engellenilmesine çalışılmıştır.

Daha sonraları ise «Pacta Sund Servanda» kuralına karşı, «beklenmeyen haller teorileri» ile sözleşme hükümlerinin aynen uygulanması ilkesinin yumuşatılması görüşleri ortaya atıldı. Beklenilmeyen haller teorilerinin ilki olan «Clausula Rebus Sic Stantibus» teorisi ilk defa 13. Yüzyılda Komondatörler Hukuk Mektebi temsilcilerinden olan Bertolus tarafından ortaya atılmış ve önceleri devletler umumi hukuk sahasında geçerli sayılan bu görüş daha sonra özel hukuk sahasında da taraftar ve uygulama alanı bulmuştur. Fransız Hukukçularınca «Emprevisyon» adı ile bilinen Alman ve İsviçre Hukukçularınca ise (Clausula Rebus Sic Stantibus) adı ile benimsenen bu teoriye göre, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu andaki durumun değişmeyeceği var sayılır. Böylece sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan esaslı değişiklikler, bozucu şartı gerçekleştirmiş olur ki, taraflar artık akitle bağlı olmayacaklardır. Yani sözleşmelerde, söz-

leşme anındaki koşulların değişmeyeceği zımnen yer almıştır. Ve bu koşulların değişmesi halinde sözleşme taraflarından artık bu sözleşmeye bağlı olacakları kabul edilemez (38).

Beklenilmeyen halleri izaha çalışan teorilerinin diğerleri ise «Tasavvur Teorisi», «İşlemin Temeli Teorisi», «Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Hata Teorisi», «İmkansızlık Teorisi», «Gabin Teorisi», BK. 365/2'nin kıyasen uygulanması Teorisi» ve «MK. nun 2/1. maddesinin uygulanması görüşü» teorileridir. Bunlardan sonuncusuna göre, (Clausula Rebus Sic Stantibus) teorisi, objektif iyiniyet kurallarının bir uygulama şeklidir ve objektif iyiniyet kurallarına göre hareket etme esası bu ilkeyi deiçermektedir Nitekim doktrinde (Clausula Rebus Sic Stantibus)'un uygulanması, akde sadakat prensibinin, üstün prensip olan hüsnüniyet prensibiyle sınırlandırıldığı esasına dayandığı kabul edilmektedir.

Beklenilmeyen haller konusundaki bu açıklamalardan sonra konumuzun benimsediği sistemin incelenmesine geçebiliriz.

b — Kanunumuzun Genel Sistemi

Türk Borçlar Kanununun getirdiği ana ilke, tarafların sözleşme kurallarına aynen uymaları gerektiğidir. Diğer bir deyişle tarafların rızalarıyla oluşturdukları sözleşmelerde «Pacta Sund Servanda» ilkesi ile bağlıdırlar. Nitekim, konumuzla yakından ilgili BK. nun 365/1. maddesi hükmü bu ilkenin bir tekrarı olarak ve karakteristik bir şekilde kaleme alınmıştır. Ne varki kanunumuz bazı hallerde bu ilkeden ayrılmış ve borçluya bazı hallerde sözleşmeedn dönme, (Aciz halinde sözleşmeden dönme ile ilgili BK. 82, 261, 346, 310. Önemli Sebeplerden Dolayı Fesih ile ilgili BK. 245, 264. 286, 303, 467. Haklı Sebeplerle Fesihle ilgili BK. 344, 535/7 gibi) bazı hallerde ise, sözleşmenin değiştirilmesinin kabul edildiği görülmektedir (BK. nun 161/3, 365/2, 282 md. gibi).

Görülüyor ki, kanunumuzun kabul ettiği sistem, akde sadakat (Pacta Sund Servanda) olmakla birlikte, bazı zorunlu durumlarda, taraflardan birine veya her ikisine birden sözleşmeden dönme veya sözleşme hükümlerinin değiştirilmesini isteme yetkisi vermektedir. O halde, kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre, kural olarak bir

---

(38) Bkz., Dr. K.T. Gürsoy, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus - Emprevizyon - Nazariyesi, Ank. 1950 Sh : 7 - 14; E. Torun, İstisna Akdine Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları, Yargıtay Dergisi Cilt : 8. s. 3 - 4, Sh : 417 - 422; Dr. N. Erman, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İst. 1979, Sh : 33 - 44.

sözleşmeye yapıldığı şekilde uyulacaktır. Fakat bu kaide yukarıda da görüldüğü gibi mutlak olmayıp. kanunun zorunlu gördüğü durumlarda bu ilkeden ayrılınabilecektir. Diğer bir söyleyişle, (İsviçre-Türk) Hukukunda akde sadakat ilkesi donuk ve sabit olmayıp, özel durum ve koşulların bunu haklı gösterdiği ayrık durumlarda bu ilkeden ayrılmaya cevaz verilmiş bulunmaktadır (29).

c — Özellikle BK. nun 365. Maddesinin İrdelenmesi

Borçlar Kanunun 365/1 maddesi hükmüne göre, şayet ücret, götürü pazarlık yöntemi ile saptanmışsa, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyat üzerinden yapmaya mecburdur. Ücretin bu şekilde tespit edildiği durumlarda tahminin üzerinde emek ve masraf yapılmış olsa bile müteahhit bedelin artırılmasını isteyemez. Görülüyorki, maddenin ilk fıkrası karakteristik bir şekilde sözleşmeye sadakat (Pacta Sund Servanda) ilkesi doğrultusunda düzenlenmiş bulunmaktadır.

Ne varki, maddenin bunu takibeden ikinci fıkrası aynen «fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse, hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısı ile ya takarrür eden bedeli tezyid veya mukaveleyi fesheder» hükmünü içermektedir. Bu fıkra metinden de açıkça anlaşıldığı bi, yasa koyucu, ilk fıkrada benimsenmiş olduğu (Pacta Sund Servanda) ilkesinden ayrılmakta ve beklenilmeyen haller nazariyesini ve bunlardan özellikle (Clausula Rebus Sic Stantibus)'un sözleşmelerin değişen şartlara uydurulmasının özel bir halini düzenlemiş bulunmaktadır (40). Bu fıkranın uygulanmasında en önemli sorun, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan durumların eserin meydana getirilmesini son derece güçleştirecek niteliğinin saptanmasındaki ölçünün ne olacağı, diğer bir deyişle kriterin saptanmasıdır. Türk - İsviçre Doktrininde, tam bir görüş birliği ile kabul edilen ölçüye göre, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumların, eserin meydana getirilmesini son derece güçleştirir sayılması için, aynı ücretle müteahhidin işe devamının kendisinin ekonomik yıkımını sonucunu doğurması gerekli olmadığı gibi müteahhidin bu işten hiç kazanç sağlamaması ya da zarara uğramasının da önemi yoktur; önemli ve yeterli olan, müteahhidin aynı ücretle sözleşmeye devamı halin-

---

(39) Bkz., Dr. K.T. Gürsoy, age., Sh. 7-10; Dr. K. Oftinger, Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül- Çev. B. Davran- İ.Ü.H.F.M., Cilt: 8, Sh. 598-622.

(40) Bkz., H. Tandoğan, age., Sh. 103-104.

de uğrayacağı zararın, ücretin artırılması dolayısı ile iş sahibinin uğrayacağı zarardan nispetsizce büyük olmasıdır (41). Hemen ilave edelimki bu kriter İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da yer almakta ve buna ek olarak tarafların edimleri arasındaki oransızlık giderilirken, ücrete eklenecek tutar, müteahhidin ekonomik gücüne bağlı değil, ortaya konulacak eser gözönünde tutularak objektif bir biçimde saptanması gerektiği belirtilmektedir (Fed. Mah. BGE. 104. II. 314 Cons b. Jdt. 1979).

Borçlar Kanununun 365 maddesi ve konumuzla ilgili diğer önemli bir husus ise, bu maddenin 2. fıkrasında hükme bağlanmış olan ücretin artırılması istemek hakkından önceden feragatin ne ölçüde geçerli olabileceğidir.

İsviçre - Türk Doktrininde görüş aykırılığı olmaksızın bu haktan vazgeçmenin mümkün olduğu ancak müteahhid bu hakkından vazgeçmiş olsa bile, bu kaydın iş sahibi tarafından ileri sürülmesinin MK. nun 2. maddesinde belirtilen objektif iyi niyet kurallarına aykırı düştüğü takdirde, sözleşmedeki feragat şartının nazara alınamayacağı ve müteahhit lehine bu gibi durumlarda BK. nun 365/2. maddesi uygulanmasının gerektiği kabul edilmiş ve savunulmuştur. Yargıtay HGK. nun 22.1.1958 tarih ve E. T. 1, K. 7 kararında da aynı görüş kabul edilmiştir (42).

> **Yargıtay'ın bu kararında aynen «inşaatın ihalesinden sonra malzeme fiyatlarının ve işçi gündeliklerinin ve taşıma paralarının yükselmesi sebebiyle fazla para ödenmesi veya müddet uzatılması isteğinde bulunamayacağına ilişkin istisna sözleşmesine konulan şartlar, BK. nun 365. maddesinin müteahhide tanıdığı haktan vazgeçme anlamını taşır ve MK. nun 2. maddesinde gösterilen sınırları aşmamak şartı ile böyle bir vazgeçme geçerlidir»**

görüşüne yer verilmekle doktrinin yukarda açıklanan görüşüne paralel bir düşünceye sahip olduğu açıkça ortaya konulmaktadır.

Yine, feragatla ilgili ve üzerinde durulması gerekli bir başka husus ise, vazgeçme anında vazgeçenin bu yöndeki irade açıklamasını yaptığı sırada mevcut olduğunu bildiği haklar yönünden bu beyanının kendisini bağlaması hususudur. Nitekim, bu ilke Yargıtay'ın

---

(41) Bkz. Dr. İ. Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, İst. 1973. Sh. 171 - 180 ve yazıda belirtilen Oser/Schönenberger, Koebel, Dürr gibi yabancı yazarlar, Dr. H. Erman age., Sh. 84; Dr. H. Tandoğan, age., Sh. 107 - 108; Dr. K. Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt : 2, Özel Borç İlişkileri, İst. 1977, Sh. 1059 - 1060; Dr. M. Bilge, Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borçlar Münasebetleri, Ank. 1958, Sh. 184.

(42) Ank. Barosu Dergisi, 1958, Sh. 206 vd.

10.11.1954 gün ve E. 18, K. 23 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde de şu şekilde tekrarlanmış bulunmaktadır.

«... **Davacı hak sahibine, diğer haklardan vazgeçme iradesinin izafe edilebilmesi için irade izhârı anında hakkının mevcudiyetine vakıf olduğunun ve iradesini mevcut olduğunu bildiği haklardan feragata matuf olarak izhar ettiğinin irade beyanından anlaşılması lâzımdır.»**

d — Bakanlar Kurulu'nca Çıkarılan Kararnameler Yönünden Türk Doktrininde İleri Sürülen Görüşler

Daha önce değinmiş bulunduğumuz gibi özellikle 1974 yılından sonra ve özellikle 2574 sayılı kararnamenin yayınlanmasına kadar çıkarılan kararnameler doktrindebaşlıbaşına bir tartışma konusu yapılmamıştır. Ancak, bilim adamlarınca çıkarılan eserlerde bu konulara kısaca değinilmiş, derinliğine bir görüş açıklaması yapılmıştır. Nitekim :

TUNÇOMAĞ, bu konuda «Nihayet Bakanlar Kurulu da çeşitli tarihlerde ihaleden sonra malzeme ve işçi fiyatlarının artması halinde idareye bunu gözönünde tutma ve müteahhide ek bir ödemede bulunma yetkisi tanıyan kararnameler yayınlanmıştır. İşte, genel, katma ve özel bütçelerle idare edilen idarelerin yaptığı eser sözleşmelerine önce bu özel hükümler, ancak onlar da bir boşluk varsa, Borçlar Kanunundaki kurallar uygulanacaktır.» şeklinde açıklama yapmaktadır. Bu açıklamada, kararnamelerin hukuki dayanaklarına inilmediği gibi sözleşmelerin taraflarını bağlayıcı olup olmadığı yönünde tartışmalara açıklık getirecek bir görüş getirilmemiştir (43).

ERMAN ise, «İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller» isimli monografisinde, istisna sözleşmeleriyle ilgili çıkarılan kararnamelerden kısaca bahsetmekte ve bu kararnamelerin içerikleri hakkında öz bilgiler vermekte ve fakat bunların bağlayıcı olup olmadığı tartışmasına girmemektedir (44).

TORUN da, Yargıtay Dergisi'nde yayımlanan yazısında, inşaat müteahhitlerinin, kendilerince hesaplama olanağı bulunmayan bu artışlar nedeniyle işlerini yapamaz durumda olmaları karşısında kararnamelerin çıkarıldığını belirttikten sonra, idarelerin kararnamelerde fiyat farkı verip vermemekte özgür bırakıldıklarından, uygulamada bu yönden aksaklıklar ortaya çıktığını vurgulamaktadır. Yazar makalesinde, Yargıtay'ın idareyi bu konuda özgür olduğunu kabul ettiğini ve uygulamanın bu yolda olduğunu açıkladıktan sonra, bir olayda idarenin fiyat artırmama yolundaki işlemin, Danıştay'ca iptal edilmiş olmasına rağmen, idarenin fiyat farkı uygulamaması nedeniyle açılan davada Yargıtay'ın idareyi haklı bulduğunu açıklamaktadır. Görüldüğü gibi, yazar, kararnamelerin takdire bırakılmış olmasının uygulamada aksaklıklara yol açtığını vurgulamakta ancak işin hukuki yönden tartışmasına girmemektedir (45).

---

(43) Bkz., Dr. K. Tunçomağ, age., Sh. 950 - 951.

(44) Bkz., Dr. H. Erman, age., Sh. 90 - 100.

(45) Bkz., E. Torun, age., Sh. 573.

Diğer bir kısım yazarlar ise, kararnameler konusunu özellikle incelemekte ve bunların hukuki dayanaklarını ve sonuçlarını tartışmaktadırlar. Nitekim;

AKYAZAN, 7/7993 sayılı kararnamenin yayınlanmasından sonra yağmış olduğu makalesinde, kararnamenin idareyi bağlaması gerektiğini, açıklamakta ve kararnamelerde yer alan «yetkilidir» tabirinden sözleşmelerin taraf olan idarenin kararname hükümlerini uygulamakta serbest veya muhayyer olmayı değil, yeni birim fiyatlarını uygulamaya mezuniyet verildiğini ifade amacıyla kullanıldığını kabul etmektedir (46).

KARAYALÇIN ise, 2574 sayılı son kararnamenin yayımlanmasından sonra neşrolunan makalesinde, genel olarak kararnamelerde sözleşmenin diğer yanı olan taraf aleyhine dolaylı olarak aleyhe sonuç doğuracak hükümler bulunduğunu, her ne kadar diğer tarafa kararnamede belirtilen üç halden (alternatiften) ikisini seçme hakkı tanınmışsa da idarenin, diğer tarafça seçilmeye zorlanan iki alternatiften birini seçmekte yetkili olması itibariyle neticede idarenin akdin diğer tarafını arzu etmediği bir sonuca götürmeye mecbur kılmasını yerinde görmekte ve buna hukuki dayanak olarak da «kararname metninde kararnamenin dayandığı yasa belirtilmemiştir. Çünkü, istisna akdi ilişkilerini tek taraflı olarak düzenleme yetkisi özel bir kanun hükmü ile idareye verilmemiştir. Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle kabul edilen esaslar ilk dört kararnamede olduğu gibi taraflara ortak iradeleriyle enflasyondan doğan problemleri çözmek hususunda yardımcı olabilir ve ortak irade oluşmadıkça tarafları hukuken bağlayıcı ve geçerli olamaz» demektir.

Yazar, netice olarak enflasyon gerçeğinin idarece kabul edilerek ekonomik dengenin yeniden kurulması için çıkarılan kararnameleri akılcı bir yol olduğunu kabul etmekte ancak, kararnamenin 8 nci maddesinde getirilen alternatifli çözüm yolunun, sonuçta sözleşmenin diğer yanı aleyhine sonuç doğurabilmesi ihtimali nedeniyle özellikle kararnamenin bu hükmünün müteahhitler bakımından geçerli olamayacağını açıklamaktadır (47).

TANDOĞAN, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan son 2574 sayılı kararname üzerine yaptığı incelemede, bu kararnamenin hükümleri itibariyle, müteahhidi fiyat indirimine ve getirdiği seçenekler itibariyle onu istemediği bir çözüm tarzına zorlama unsurları taşıdığı gerekçesiyle kararnamenin bu yoldaki hükümlerinin Anayasa'nın sözleşme özgürlüğü ilkesi (1982 An. Md. 48 - 961 An. Mad. 40) ile bağdaşmadığını, bu keyfiyetin ayrıca BK. nun 19. maddesi ile ayrıca, aynı yasanın 365. ve 369. maddelerine aykırı olduğundan geçersiz olduğunu ve bu sebeple bağlayıcı olmadığını kabul etmektedir. Yazar, ayrıca Anayasa ve İdare Hukuku açısından da kararnamelerin tahlilini yaparak (Bakanlar Kurulu'nun tüzük şekil ve usulünden başka bir yoldan düzenleyici genel işlem yapamayacağı ve 2574 sayılı Kararname Resmi Gazete'de yayınlan-

---

(46) Bkz., Aşırı Fiyat Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalenin Fesih ve Tasfiyesi ile İlgili Sorunlar, Ankara Baro Derg. 1977, S. 1, Sh. 11 - 23.

(47) Bkz., Prof. Dr. Y. Karayalçın, Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akitlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İntibak Ettirilmesi, Banka Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1981, Cilt : 11, Sayı : 1, Sh. 67 - 79.

mış olmakla beraber, Danıştay'ın incelemesinden geçmiş olmadığı cihetle «yetki» ve «usul» yönünden kesinlemyekün sayılmalı ve ayrıca iptaline hacet olmaksızın kişileri —müteahhitleri— ve adli mahkemeleri bağlamayacağı sonucuna varılmalıdır) demektedir.

Bu özet açıklamadan da anlaşılacağı üzere yazar, kararnamenin müteahhit yönünden ve onun aleyhine hükümler getiremeyeceğini, aksi düşüncenin sözleşme özgürlüğüne aykırı düşeceğinden geçersiz olduğunu belirtmekte ve buna ilaveten esasen bu düzenlemenin Anayasa ve İdare Hukuku yönünden de geçersiz olduğu savını benimsemektedir (48), (48a).

DOĞANAY ise, Karayalçın ile Tandoğan'ın yukarıda özetlenilen makalelerinin yayınlanmasından sonra Batıder'de çıkan makalesi ile adı geçen yazarların düşüncelerine katılmadığını belirtmektedir. Yazar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.2.1983 gün ve 1981/15-1042 esas ve 1983/173 karar sayılı kararı vesilesiyle yazdığı bu yazıda, özet ve anafikir olarak, müteahhitler tarafından kararnamelerin yayınlanmasından sonra bunlara dayanılarak idare aleyhine açılan davaların esas itibariyle BK. 365/2. maddesine dayalı davalar olduğunu, idarenin, çıkarılan kararnamelerle sözleşme anındaki koşulların değiştiğinin kabul ettiğini, yaşanılan hızlı enflasyonun da bunun böyle kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek, kararnamelerin emredici nitelikte olmadığı gerekçesiyle uygulanmaması gerektiği şeklinde bir düşüncenin doğru olmadığını açıklamaktadır (49).

VI — KONU HAKKINDAKİ GÖRÜŞÜMÜZ

Yazının başlangıç bölümlerinde açıklamaya çalıştığım üzere, doktrinde büyük çoğunlukca benimsendiği ve Danıştay ile Anayasa Mahkemesi kararlarında da kabul edildiği veçhile, Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlem yetkisi sadece Kanun Hükmünde Kararname, tüzük ve yönetmelik çıkarmaktan ibaret değildir. Bakanlar Kurulu, kararname adı altında kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş Anayasa'nın 8 nci maddesinden aldığı asli ve genel yetki icabı, Anayasa'ya ve mevcut kanunlara aykırı olmamak koşulu ile ve Devlet'in en yüksek yönetici kurulu olarak gereken düzenleyici işlem yapma yetkisinin bulunduğunun kabulü zorunludur.

Esasen, Adli Yargı'da bu tür işlemlerin iptali değil, bunların özel hukuk sahasındaki uyuşmazlıklarda sonuç doğurup doğuramayacağı

---

(48) Bkz., H. Tandoğan, age., Sh. 118-133.

(48a) Bu yazının tamamlanmasından sonra yazarın yayınlanan eserinin son baskısında içtihadı birleştirme kararında varılan sonucu genel olarak benimsediği görülmektedir. Bkz. Prof. Dr. Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt : II, Ankara-1987, sh. 259-273.

(49) Bkz., İ. Doğanay, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 1982, Cilt : XI, sayı : 4, Sh. 167-183.

tartışılması gerektiğine göre, İdare ve Anayasa Hukuku sahalarındaki tartışmalara daha fazla girilmesi pratik yönden de bize bir yarar sağlamayacaktır.

O halde bizim burada üzerinde durmamız gereken asıl husus, içtihadı birleştirme müzakeresine konu olan Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnamelerin, mevcut yasal düzenlemelere aykırı olup olmadığı ve özel hukuk sahasında tarafların serbest ve karşılıklı iradeleriyle oluşturdukları sözleşmelere, bu tür düzenlemelerin etkili olup olamayacaklarıdır.

Acaba, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan butür kararnameler amaçları bakımından mevcut yasal düeznlemelere aykırılık teşkil etmekte midir?

Konuyu Anayasa Hukuku açısından ele aldığımızda, Devlet tüzel kişiliğinin en yüksek ve yetkili karar organı olan Bakanlar Kurulu'nun mevcut ekonomik düzeni en iyi bilen ve onu bizzat kendisi düzenleyen bir kurul olarak, Devlet'in kamu hizmeti görmek amacıyla yaptırmakta olduğu tesislerin bir an evvel tamamlanmasının ve bu konuda yapılan yatırımların mevcut koşullarda müteahhitlere devam ettirilmesinin tehlikeye düştüğünü tespit ettiği takdirde, müteahhitlerin işlerini devam ettirebilmeleri ve dolayısı ile kamu yatırımlarının aksamamasını temin için müteahhide fiyat farkı verilmesi veya işin en kısa yoldan tasfiyesini öngören düzenle yapılması yolundaki işlemleri Anayasa'ya aykırı olamaz. Zira, Anayasa'nın 48 inci maddesinin (1961 Anayasası m. 40) ilk fıkrasında sözleşme hürriyeti ilkesi benimsendikten sonra hemen ikinci fıkrada ise, Devlet'in özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalarını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu da kabul edilmiştir. İşte, Bakanlar Kurulu da çıkardığı bu tür kararnameler ile bir yandan özel teşebbüsün Anayasa'nın öngördüğü kararlılık içinde çalışmalarını temin etmeyi amaçlarken, öbür yandan da asıl amaç olan kamu hizmetlerinin en kısa zamanda gerçekleştirilmesi ve kamu yatırımlarının bir an evvel tamamlanması gayesini gütmektedir. O halde, bu tür düzenleyici işlemlerin Anayasa'ya aykırılığından değil, bilakis ona uygunluğundan ve Anayasa gereği olduklarından bahsedilebilir. Bu arada hemen şunu da ilave etmek gerekir ki, idarenin, İdare Hukuku alanında yaptığı imtiyaz vb. gibi sözleşmelerde, sözleşme koşullarının diğer âkit aleyhine ağırlaşması halinde bu dengesizliğin giderilmesi için (Fait Du Prince) ve (Emprevizyon) ilkeleri çerçevesinde mevcut sözleşmelerde diğer akit yararına düzenlemeler yapabilmek-

tedir. İşte idare, idare hukuku sahasında esasen yapagelmekte olduğu bu tür düzenlemeleri, özel hukuk sahasında yaptığı sözleşmelerde de uygulama gereksinimi ve zorunluluğu duyduğu içindir ki, söz konusu kararnameleri çıkarmak yoluna gitmiştir.

Konuyu Borçlar Kanunu yönünden ele aldığımızda; B.K. nun 19. maddesinde kabul edilen ve kaynağını biraz önce belirttiğimiz şekilde Anayasa'nın 48. maddesinden alan sözleşme serbestisi ilkeleri karşısında, çıkarılan kararnamelere etkili olabileceği söylenebilir mi? Burada hiçbir tereddüte yer vermeyecek bir şekilde, B.K. nun 19 ve Anayasa'nın 48. maddelerindeki ilke açısından sözleşmenin diğer akidi aleyhine değişiklik yapılmasının mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Zira bu husus, özel hukuk sahasının tartışılmaz ve vazgeçilmez bir ana ilkesidir. Bizim bu tartışmada üzerinde durmamız gereken husus, bu tür düzenlemelerle sözleşme hükümlerinin sözleşmenin diğer yanı olan İdare bakımından ağırlaştırılıp, ağırlaştırılmayacağıdır.

Kanunumuz esas itibariyle sözleşme serbestisi ve sözleşme hükümlerinin aynen yerine getirilmesi (Pacta Sund Servanda) ilkelerini benimsemekle birlikte istisnaen de olsa bazı beklenmedik koşulların ortaya çıkması halinde sözleşme taraflarının dışındaki bir unsurun, yargıcın sözleşmeye müdahalesini kabul etmiştir. İşte, konumuzla yakından ilgili olduğunu kabul ettiğimiz BK. nun 365/2. maddesi de yukarıda sözü edilen ilkelerin istisnalarından birini teşkil etmektedir. İdarenin en yüksek karar organı olan Bakanlar Kurulu çıkardığı bu tür kararnamelerle sözleşmenin diğer akidi lehine BK. nun 365/2. maddesindeki koşulların gerçekleştiğini kabul ettiğine göre, bu tür düzenlemelerin, Bakanlar Kurulu'na tabi durumda alan sözleşmenin tarafı olan idareyi bağlaması, aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen eşitlik ilkesine göre hareket etmekle yükümlü olmasının da bir sonucudur.

Bu şekilde söz konusu kararnamelerin güttükleri amaç itibariyle Anayasa'ya ve Borçlar Kanunu hükümlerine bir aykırılık teşkil etmediğini saptadıktan sonra, kararnamelerin menşei olan Bakanlar Kurulu'nun sözleşmenin dışında bir unsur mu, yoksa, sözleşmenin esasen tarafı mı olduğu hususu önem kazanmaktadır.

Daha önceki açıklamalarımızda da değinildiği gibi, kararnamelerde genel bütçeye dahil kuruluşlar ile katma bütçeli kuruluşlardan başka tüzel kişiliğe haiz kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu kurumları da idare kavramı içinde kabul edilmiştir.

Genel Bütçeye dahil ve katma bütçeli kuruluşlar yönünden idarenin en yüksek karar organı olan Bakanlar Kurulu'nun Anayasa'nın 123. maddesinde (E. An. m. 112) belirtilen (idarenin bütünlüğü) ilkesi gereğince, sözleşmenin tarafı olarak mütalaa edilmesinde hiçbir hukuki engel yoktur.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri yönünden ise, daha önce de açıklandığı gibi, çeşitli yasal düzenlemelerin tamamında (KİT)'lerin kuruluşundan, görevlerinin düzenlenişlerine, denetlenmelerinde, hatta fiyat tespiti ve kendilerine özel görevler verilebilmesi yetkisi bulunması karşısında Bakanlar Kurulu ile (KİT)'ler arasında organik bir bağın mevcut olduğu ve esas amaçlarının kamu hizmeti olan bu kuruluşların Devlet'in genel çatısı içinde, idarenin bir parçası oldukları da dikkate alındığında, Devlet'in en yüksek karar organı olan Bakanlar Kurulu'nun bu kuruluşlar bakımından da devlet yatırımları açısından onları bağlayıcı düzenleyici işlem yapma yetkisinin mevcut olduğunun kabulü zorunludur. O halde, (KİT)'ler açısından da Bakanlar Kurulu'nun idarenin en yüksek karar organı olma sıfatıyla sözleşmenin tarafı olan idareyi yönlendirme yetkisinin bulunduğunun kabulü gerekir.

Bu arada, sözleşmenin diğer akidi tarafından idare aleyhine Bakanlar Kurulu Kararnamelerine dayanılarak açılan (fiyat farkı) veya (tasfiye) istemlerine dayalı davaların hukuki nitelikleri üzerinde de durmamız gereklidir. İçtihadı Birleştirme müzakerelerine konu olan bir kısım Hukuk Genel Kurulu ile Özel Daire kararlarında, bu tür davaların BK. nun 365/2. maddesine dayalı davalar olmadıkları görüşünü kabul etmekte ve bu görüşün sonucu olarak da davaların çözümlenmesinde daha adil bir sonuca varılabilmesi için bu maddenin getirdiği imkândan yoksun kalınmaktadır. Oysa, müteahhitler tarafından açılan bu davalarda, kararnamelerde müteahhitler lehine öngörülen iyileştirmelerle ilgili hükümlerin uygulanılması talep ve dava edilmekle geniş anlamda BK. nun 365. maddesinin 2. fıkrasına dayalı bir dava olarak nitelendirilmesi HUMK. nun 76. maddesi ile 4.6.1958 gün ve 1958/15 - 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (50) gereğidir. Zira, yargıç bu madde ile anılan İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince, tarafların ileri sürdükleri hukuki sebeple bağlı olmaksızın onların dayandıkları maddi vakıaya göre uygulanacak yasa hükmünü kendisi saptayacaktır. İçtihadı Birleştirme müzakeresine konu olan davalarda ise, davacı müteahhidin asıl amacı BK. nun 365/2. maddesine dayalı olmakla birlikte, o idarenin çıkardığı kararname ile anı-

(50) Bkz., Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Cilt : 5, Ank. 1981, Sh. 102.

ıan maddedeki koşulların gerçekleştiğini idarenin kabul ettiğini ileri sürerek iddiasının bu kararname hükümlerine dayandırmaktadır. O halde, doğru olanı, açılan bu tür davaların BK. nun 365/2. maddesi hukuki kalıbına oturtulmasıdır. Bu şekilde, bu tür uyuşmazlıkların çözülmesinde bu maddeden de faydalanılarak yargıcın takdir hakkı da devreye girecek ve her somut olayın özelliği de dikkate alınabilmek suretiyle daha adil bir çözüme varılabilecektir. Davaların bu madde çerçevesinde çözülmesinde kararnamelerin getirdikleri kolaylık ise, anılan maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan koşul ve kriterlerin esasen bu kararnamelerde somutlaştırılmış ve sözleşmelerin tarafı iş sahibi idare tarafından da kabul edilmiş olmasındadır.

VII — KONUYLA İLGİLİ İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI HAKKINDAKİ DÜŞÜNCELERİMİZ

İncelemenin başlangıç bölümünde de değinildiği gibi, konuyla ilgili Bakanlar Kurulu Kararnameleri uygulamada özel hukuk sahasında çeşitli uyuşmazlıklara yol açmış ve uyuşmazlıkların yargıya intıkal etmesi sonucu mahkemelerce verilen kararların Yargıtay'ca yapılan temyiz incelemesinde özel daire başlangıçta kararlı bir şekilde Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan bu nevi kararnamelerin özel hukuk sahasındaki sözleşmelere hiçbir şekilde etkili olamayacağı görüşünü benimsemiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurul'nca da bu görüşe iştirak edilmiş bulunuyordu. Ancak özel daire 1983 yılından itibaren önceki görüşünden dönmesi diğer bir deyişle, söz konusu kararnamelerin sözleşmelerin diğer yanı yükleniciler lehine sonuçlar doğurabileceği görüşünün benimsenmesi sonucu çıkan içtihat aykırılığının giderilmesi gerekmiş ve nihayet Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca 24.11.1986 tarih ve 1986/2 - 2 sayılı kararı (51) ile neticeten kabul edilerek içtihat aykırılığı bu görüşle giderilmeye çalışılmıştır.

> **«İdare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle yükleniciler tarafından idare aleyhine Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan 8/505, 8/2574 sayılı ve benzeri kararnamelere dayanılarak açılan davalarda bu kararnamelerin genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceğine, sözü edilen kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin olayların özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından saptanacağı»**

Konumuzla ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme hakkındaki düşüncemizi açıklamaya geçmeden önce genel olarak içtihadı birleştirme

(51) Bkz., 5.2.1987 tarih ve 19363 sayılı RG., ve YKD., 1987, Sayı 3, Sh. 331 - 366.

kararlarının gerek yazılışları, gerekse özetlenişleri hakkında bir kaç hususa değinmenin zorunlu olduğu düşüncesindeyim.

Bilindiği üzere, Yargıtay'ın en önemli fonksiyonlarından biri de yürürlükte bulunan kuralların adli yargıda tüm yurtta birbirine uyumlu ve çelişki yaratmayacak şekilde uygulanmasını içtihat yolu ile sağlamaktadır. İşte ancak bu görevin tam olarak yerine getirilmesi halindedir ki, yurttaşlardaki adalet kavramına olan saygınlık duygusu devam ettirebilir ve bunun doğal sonucu olarak da adalet dağıtmakla görevli yargıç, toplum içindeki saygın ve seçkin yerini koruyabilir. Tüm ülkede içtihat birliğinin sağlanabilmesi için ise öncelikle Yargıtay'ın kendi kararları arasında çelişki bulunmaması gerekir. Şayet böyle bir çelişki ortaya çıkarsa, bu çelişkinin içtihatları birleştirme yolu ile ve hiçbir kuşkuya ve duraksamaya meydan vermeyecek şekilde giderilmesi 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 7, 15/2, 16/5, 45 ve 58. maddeleri uyarınca Yargıtay'a verilmiş en önemli görevlerden biri olmaktadır. O halde, tüm yurtta içtihat birliğini kesin olarak sağlamak gücünü bünyesinde taşıyan ve adeta bir kanun niteliğini haiz ıçtihadı birleştirme kararlarının gerek gerekçe bölümleri, gerekse asıl bağlayıcı bölümü olan sonuç bölümleri hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açık, net ve kesin bir şekilde yazılmalıdır. İşte ancak bu sayededir ki, içtihadı birleştirmenin asıl amacı olan içtihat birliğini sağlamak mümkün olur. Aksi halde, bu nitelikleri haiz olmayan bir içtihadı birleştirme kararı çıkarılmış amacının aksine yeni yorumlara ve dolayısı ile yeni içtihat aykırılıklarına yol açabilir.

Yukardaki hususları dikkate alan kanun koyucu 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 45/4 maddesinde içtihadı birleştirme görüşme ve kararlarının bu konudaki Yargıtay ilke kararları çerçevesinde görüşülüp, yapılması gerektiği esasını benimsemiş, buna paralel bir düzenleme getiren Yargıtay İç Yönetmeliğinin (52) 16. maddesinde de bu tür görüşmelerin ve kararların Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından verilmiş ilke kararları çerçevesinde yürütülüp, yazılması gerektiği öngörülmüş bulunmaktadır. Gerek Yargıtay Kanununda, gerekse Yargıtay İç Yönetmeliğinde sözü edilen ilke kararlarında ise (53) içtihadı birleştirme hazırlık aşaması ve görüşmelerin yürütülmesine ilişkin ilkeler açıklandıktan sonra kararların yazılmasında gözönünde tutulacak esaslar şu şekilde sıralanmış bulunmaktadır.

---

(52) RG., 29.12.1983 gün ve 18150 sayı.

(53) Bu ilke kararları RG.'nin 13.7.1975 gün ve 15298 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

• İçtihadı birleştirme kararına neden olan kararların dayandıkları hukuki esaslar ve bu kararlar arasındaki çelişkiler, ön sorunların oylanmasına ilişkin açıklamalar.

• Müzakereler sırasında ortaya çıkan başlıca hukuki görüşler ve gerekçesi.

• Kararların sonuç kısmında içtihatların ne suretle birleştirilmesine karar verildiği ve oylama sonucu belirtilir.

Oysa, Yargıtay'ca 5 cilt halinde yayınlanmış bulunan içtihadı birleştirme kararları incelendiğinde pek azının bu ilkelere uyularak yazıldığı, diğer büyük bölümün ise bu ilkeler dikkate alınmadan kaleme alındığı açık bir şekilde gözlenmektedir.

Bu açıklamalardan sonra konumuzla ilgili 24.11.1986 tarihli içtihadı birleştirme kararı hakkındaki düşüncemize gelince; hemen belirtelimki anılan karardaki kabul şekli yani Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnamelerin, idarenin taraf olduğu ve özel hukuk sahasına ilişkin eser sözleşmelerinde, sözleşmenin diğer yanı yükleniciler lehine sonuç doğurabileceğine ve yüklenicilerin bu kararnamelere dayanarak dava açabilceklerine ilişkin görüşe aynen katılıyoruz. Ne varki, bizce bu kabul şeklinin dayanağı sadece İdare ve Anayasa Hukuku ilkeleri olmamalıydı. Sözleşmeler tamamen özel hukuk sahasına ilişkin bulunduğuna göre, içtihadı birleştirmedeki kabul şekli de hukuki dayanağını bizce yine özel hukuk sahasına ilişkin BK. nun 365. maddesinden alması gerekirdi (54). İçtihadı Birleştirme konusunun raportörü olarak bu görüşlerimizi raporda ayrıntılı bir şekilde açıklayıp, tartışmaya sunduğumuz halde içtihadı birleştirme karar metninde bu görüşten hiçbir şekilde söz edilmemiş ve bu görüşün ne sebeple kabul edilmediği de açıklanmış değildir. Oysa, yukarıda da değinildiği gibi Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun ilke kararları uyarınca tartışmalar sırasında ortaya çıkan başlıca hukuki görüşler ve gerekçeleri karar metninin gerekçe bölümünde yer alması gerekirdi. Yine aynı şekilde söz konusu içtihadı birleştirme kararının mahkemeleri asıl bağlayıcı bölümü olan sonuç bölümü de içtihat aykırılığını giderici bir netlik ve kesinlikten uzak, yeni yorumlara ve dolayısıyla yeni içtihat aykırılıklarına yol açabilecek birşekilde kaleme alınmış bulunmakta ve kanımca karar bu haliyle içtihadı birleştirmeden elde edilmesi gereken ana amaca hizmet edemeyecek bir karar niteliğine bürünmüş

---

(54) Bu konudaki düşüncemizi benimsemeyen çoğunluk görüşüne karşı eleştirilerimizi sözü edilen içtihadı birleştirme kararına ekli karşı oy yazımda ayrıntılı bir şekilde açıklamış bulunuyorum

olmaktadır. Gerekçe bölümü ise yukarıda da değinildiği gibi güçlü karşı oy yazıları karşısında kendini savunamayan, güçsüz bir kararın gerekçesi görünümünü veizlenimini vermektedir.

Üç oturum süren görüşmeler ve uzun müzakereler sonucu alınan ve aslında çok güçlü yasal dayanakları olan bu içtihat birleştirme kararının ileride yeni yorumlara yol açacağı kanısına varmış bulunduğumdan, konuyla ilgili olanlara yardımcı olabilmek amacıyla hazırlamak ihtiyacını duyduğum bu incelemeyi bu şekilde tamamlamış bulunuyorum.

Umarım bu inceleme gerek bu amacın yerine gelmesinde, gerekse bundan sonra yazılacak içtihadı birleştirme kararlarının yasa ve yönetmelikle öngörülen ilke kararlarına uygun bir şekilde sonuca bağlanıp, kaleme alınmasında yararlı olsun.

(BİTTİ)

MAKALENİN HAZIRLANMASINDA YARARLANILAN ESER VE MAKALELER DİZİNİ

AKYAZAN Sıtkı : Aşırı Fiyat Artışları Karşısında Müteahhitlere Fiyat Farkı Ödenmesi veya İhalelerin Fesih ve Tasfiyesi ile İlgili Hukuki Sorunlar (Ankara Barosu Derg., 1977/1, Sh. 11 - 23).

ARMAĞAN Servet : 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu İst. 1978.

BİLGE Necip : Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Borç Münasebetleri Ank. 1962

DOĞANAY İsmail : Kamu Sektörü Tarafından İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma Yetkisi Veren Kararnamelerin Bağlayıcı olup olmadığı Hususu - Batıder Cilt XI. S. 4.

DURAN Lütfi : İdare Hukuku İst. 1982.

DÖNMEZER Sulhi : İdarenin Tanzimi Tasarrufları ile Suç İhdası İ.Ü.H.F.M. 1962 Sh. 237.

ERMAN Hasan : İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Haller İst. 1979.

FIÇICIOĞLU Ziya : Artırma Eksiltme ve İhale Kanunu. Ank. 1976.

GÜRSOY K. Tahir : Hususi Hukukta Clausule Rebus Sic Stantibus Ank. 1950.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref : Yönetim Hukuku Ank. 1983.

GÜNDAY Metin : İdare Hukuku Dersleri (Teksir) Ank. 1984.

GÜNEŞ Turan : Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri Ank. 1965.

KARAHASAN M. Reşit : İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Ank. 1979.

KARAYALÇIN Yaşar : Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu İstisna Akidlerinin Kararnamelerle Enflasyon Şartlarına İntibak Ettirilmesi. Batıder Cilt XI. Sayı 1.

OFTİNGER Karl : Cari Akidlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül İ.Ü.H.F.M. Cilt 8 Sh. 598 - 622.

ONAR Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 1 - 2. İst. 1966.

SARICA Ragıp : İdari Kaza İst.

SEÇKİN Recai : İmran Öktem'e Armağan Ank. 1970 Sh. 47 - 95.

SELİÇİ Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu İst. 1978.

SUNGURBEY İsmet : Borçlar Kanunu Md. 365/2'deki Ücret Artırma İsteminden Önceden vazgeçmenin geçerli olup olmadığı, Medeni Hukuk Sorunları Cilt 1. İst. 1973 Sh. 166 - 181.

TANDOĞAN Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Cilt 2. Ank. 1982.

TEKİNAY S. Sulhi : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler İst. 1985.

TORUN Enis : İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması ve Sonuçları Yargıtay Dergisi Cilt 8 Sayı 3 - 4.

TUHR A. von : Borçlar Hukuku Cilt 1 - 2, Yargıtay Yayını No : 15,

TUNÇOMAĞ Kenan : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Cilt 2. İst. 1976.

YAYLA Yıldızhan : İdarenin Takdir Yetkisi. İ.Ü.H.F.M. 1964 Cilt 3. Sayı 1 - 2 Sh. 201 - 211.

HİZMET AKDİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ (*)

(III)

O. Gökhan ANTALYA (**)

d — BAĞIMLILIK UNSURUNUN AYIRICI KRİTERİ

aa — İstisna Akdinden

TBK. m. 355'deki tanıma göre «İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.» Hizmet akdini istisna akdinden ayıran başlıca unsurlar bağımlılık ve devamlılık unsurlarıdır. Devamlılık unsurunun, iş görmeye ilişkin diğer sözleşmelerden ayırabilmek açısından rolünü aşağıda ayrıca inceleyeceğiz. İstisna akdini yukarıdaki unsur farklılıklarının haricinde sözleşmelerin konularıda, akidleri birbirinden ayrılmasında rol oynar.

Hizmet sözleşmesinin konusu, belirli ya da belirli olmayan bir süreyle işgörme olduğu halde, istisna sözleşmesinin konusunu işçinin edimi değil, fakat bunun sonucu ortaya çıkarılacak, yaratılacak sonuç (eser) oluşturmaktadır (159).

Gerçekten istisna sözleşmesinde önceden tayin edilmiş olan ve bir bütün teşkil eden sonucun meydana getirilmesi önemlidir. İş sa-

---

(*) Yargıtay Dergisi Cilt : 13, Sayı : 3, Temmuz 1987, Sayfa : 288 - 304'den devam.

(**) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

(156) YHGK. 28.1.1977 T. 3520/89 - UYGUR, age., s. 59 N : 15 - Bkz. YHGK. 24.3.1976 T. 1975/9 - 955 E. 1976/1165 K. (UYGUR, age., s. 13).

(157) ELBİR, age., (Mali Müşavir), s. 5.

(158) ÇELİK, age., (Dersleri), s. 77.

(159) REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 57 - ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 109. GÖKTÜRK, age., Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1952, s. 498 - TANDOĞAN, age., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. 2, 2. bası, Ankara, 1982, s. 25. KÖTELİ, Hizmet Akdini istisna ve vekâlet akitlerinden ayırıcı kıstaslar üzerine inceleme, İBD., c. 59, sa. : 1, 2, 3, 1985 s. 81. ZEVKLİLER, age., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. bası, Ankara, 1984, s. 139 - ESEN, G. age., s. 138.

hibi için önemli olan işin yapılarak teslim olmasıdır. Müteahhit bu sonuçun yerine getirilmesi borcu altında olup, işin sonucundan sorumludur. Borcunu yerine getirmek için dilediği şekilde ve zamanda iş sahibine bağlı olmaksızın çalışabilir başkalarını çalıştırabilir. Halbuki hizmet akdinde işçi ilke olarak hizmeti kendi görmek yükümü altındadır (TBK. m. 320/1).

Sözleşmelerin konularına ilişkin bu farklılık belirleyici unsur olarak ele alınması gerektiği doktrinde savunulmuştur (160).

«Bir kimse belli bir zamanda, belli olmayan sayıda bazı aletler imalini ücret karşılığında üzerine almışsa,kural olarak istisna değil, hizmet akdi karşısında bulunulur. Belli bir sayıda şey imal edilecekse, bu sayıda imal yapma sonucunun mu, yoksa bunun için gerekli zamanda çalışmanın mı, yüklenildiğine bakılarak istisna veya hizmet akdi olarak nitelendirmeye gidilmelidir.» (161) şeklindeki görüşü belli sayıda şey imal edilmesi hakkında başvurulan ölçü konusunda konulan kritere katılmamaktayız. Zira konular arasında farklılık iki akdi ayırmada yetersiz kaldığı anda her iki akdin hükümlerindeki farklılıktan hareket etmek gerekir.

Her iki sözleşmenin konularındaki farklılık, kendisini hükümler arasında farklılıklarada yansıtmaktadır. (Ücret, kazada sorumluluk, koruyucu hükümlerden yararlanma, akdin feshi.. gibi). İşte özellikle parça borcu altına girilmişse çalışanın ücret alacağına hak kazanabilmesi için eser elde etmesi gereken borç ilişkilerinde istisna akdinden, bunun gerekli olmadığı durumlarda hizmet akdinden sözedilir (162). Ancak konulardaki farklılık her iki sözleşmeyi ayırmaya bazen yetersiz kalmaktadır.

Hizmet akdini, istisnadan ayırt etmede başvurulacak temel kıstas olarak, sözleşmeler konusunu teşkil eden edim yükümlülükleri önemini devam ettirmektedir. Kendi başına ayırıcı olduğu kadar, edim yükümlülüklerin tespitte başvurulacak ölçü olarak da «bağım-

---

(160) TANDOĞAN, age., İstisna Akdi Kavramı, Unsurlara ve Benzer Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Ökteme Armağan, Ankara, 1970, s. 326 - İsviçre Hukuku için bkz. KÖTELİ, age., s. 81 dn. 3'de belirtilen yazarlar.

(161) TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 25, yazarın verdiği örnek; «Bir bahçıvan yaz mevsimi için bahçeye bakmak üzere tutulmuş ise hizmet, belli ağaçları aşılamak ve budamak veya bir bahçeyi ilk olarak düzene sokup sonra artık uğraşmak üzere tutulmuşsa istisna akdi mevcuttur» şeklindedir.

(162) Somut olaydaki ilişkide ücret ilişkiyi nitelliyemiyorsa olayın istisna akdi olduğunun varlığının kabulü konusunda bkz - KÖTELİ, age., s. 81. - TANDOĞAN, age. (Makale), s. 326 - Parça başına ücret halinde BGE 46 I 233'de Federal Mahkeme aynı sonuca varmıştır (TANDOĞAN, age. (Makale), s. 326, dn. 87).

lılık unsuru» esas alınmalıdır (163). İşçi işverene karşı bağımlı olduğu halde, müteahhit iş sahibine karşı daha bağımsız durumdadır. Yani istisna sözleşmesinde, müteahhit işi, iş sahibine bağlı olmaksızın tam bir serbesti içinde yaptığı halde, hizmet sözleşmesinde iş aletlerinin seçiminde, işin düzenlenmesinde ve çalışma yöntemlerinin seçiminde işveren yetkili olup, işçi, işi işverenin talimatına bağlı olarak yapar. Hizmet akdinde işin yürütümü ve yönetimi işverene aittir (164). İstisna akdinde işverenin müteahhide bazı direktifler vermesi mümkün ise de, bunlar varılması amaçlanan gaye ve işin genel doğrultusu üzerindedir (165).

Nitekim bu fark nedeniyledir ki, kanun koyucu TBK. m. 322'de parça veya götürü işte, çalışan işçi, iş sahibinin nezareti altında bulunmazsa işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümlere yollama yapmış bulunmaktadır.

Bu konuda verilmiş iyi bir örneği burada verirsek (166), «Bir yapı şirketinin proje işleri için mimar çalıştırması halinde, çalışma, işverenin göstereceği yolda ve zamanla belirsiz şayi ve nitelikteki proje işlerinin yapılması şeklinde ise hizmet akdi, buna karşılık, aynı şirketin bir veya birkaç belirli projesinin işin yürütümüne karışmadan, kararlaştırılan bazı şart'arla bitirilmesi veya belirli bir kısmının yapılması için mimarla anlaşmaya varılmışsa istisna akdi doğmuş olacaktır».

Yargıtayımız istikrarlı uygulamalarında zaman (süreklilik) ve bağımlılık unsuruna başvurmakta, ancak süreklilik unsurunu bağımlılığı gösteren ölçü olarak ele alınmalı, hatta daha ziyade bağımlılığın bulunacağı zaman boyutunu belirlemek için zaman unsuru kullanması daha uygun olacaktır.

---

(163) KÖTELİ, age., s. 83'de aynı görüşü paylaşmakta, ancak risk teorisine yaklaşan bir görüşü şöyle savunmaktadır. «Müteahhidin bir sonuç borcu üstlenmiş olması onun özel borcunun bir neticesi değil, fakat ona yüklenen ayrı bir borçtur». Buna karşılık hizmet akdinde çalışan işin özenle görme borcu dışında çalışması sonucu elde olunacak ürünün sıhhatine yönelik borç yüklenemez. «İktisadi Risk» teorisine yaklaşan bu görüş riskin bağımlılık unsurunun tabi bir sonucu olduğundan eleştirilebilir. - REİSOĞLU, s. 58.

(164) ZEVKLİLER, age., s. 139 - TANDOĞAN, age., s. 26 - REİSOĞLU, age., s. 56 - TEKİL, age., s. 109 - ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku) s. 77 - ATABEK, age., s. 22 - BİLGİ, age., - ELBİR, age., (İş Hukuku), s. 44 - 46 - SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 42.

(165) REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 57 - TEKİL, age., s. 109 - SOYER, age., s. 515'de Zaman açısından bağımlılığının esas alınması gerektiğini savunmaktadır.

(166) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 110'de verilen örnek.

Fransız Mahkeme içtihadları, ölçü olarak bağımlılık unsurunu esas almakta, iş sahibinin müteahhide kesin talimat verdiği ve işi de zaman zaman gözettiği hallerde ise, iş sahibinin talimatının işin yönetimi ve gözetimine mi ait olduğu, yoksa işin genel yönü ve varılmak istenen gayeye mi ilişkin olduğuna bakmaktadır (167).

Yine bir kararında, sinema realizatörlerinin, kişiliklerine verilen öneme rağmen film prodüktörünün emir ve talimatı altında çalıştıklarından bağımlılık unsuru bulunduğundan işçi olduklarına hükmetmiştir (168). Başka bir kararında oyunlarını serbestçe, tam bir ifade özgürlüğü içinde sergileyen ve başkasının yönetim ve denetimi altında çalışmayan sanatkârların ise işçi değil müteahhit olduklarını kabul etmiştir (169).

Federal Mahkeme, burada hizmet akdinde olduğu gibi davacının çalışması değil, fakat bu çalışmanın neticesi akdin konusunu teşkil etmektedir. Ne bu neticeyi elde etmek için kullanılan vasıtalar, ne davacı tarafından harcanan zaman, ne de yapılan masraflar işvereni alakadar eder. Bundan başka taraflar arasında hizmet akdinin karakteristiği olan tabiiyet münasebeti mevcut değildir. Bilâkis aralarında çeşitli yazışmalardan tarafların eşit olarak hareket ettikleri görülmektedir, diyerek istişna akdinin ayırıcı niteliklerini belirtmiştir (170).

Yargıtayımız genellikle elektrik tesisatı (171), tamir (172), boya işlerinde (173) çalışanların istisna aktiyle çalıştıklarını, ancak bağımlılık unsurunun yani işverenin buyruğuna uygun ve denetimine bağlı olarak çalışmaları halinde hizmet akdinin varlığından bahsedileceğini belirtmektedir.

---

(167) JCP 1947, 11, 3984 - ESENER, age., s. 130, dn. 9 belirtilen kararlar.

(168) PARİS, age., 12.2.1965. Dalloz 1966, Som 16 - TEKİL, age., s. 109 dn. 15.

(169) Civ. 23.2.1956, Droit Social, 1956, s. 382 - TEKİL. age., s. 109, dn. 16.

(170) BGE. 57 II 163, - REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 57 dn. 19., Yine Federal Mahkemenin bir mezarlık idaresinin kendisiyle beş yıl için sözleşme yaptığı bahçıvan - mezar kazıcısının idareye istisna akdi ile değil hizmet akdi ile bağlı olduğu konusunda bağımlılık unsuruna verdiği karar için bkz. BGE 73 I 415, JdT, 1948, s. 566 - 567.

(171) Y. 9. HD. 27.6.1969 T. 4945/7467 kararıyla onaylanan İstanbul 12. As. H.M'nın 24.3.1969 T. 68 - 357/165 (ÖNOL/PUSAT/ACARBAY), s. 19 - 20.

(172) Y. 9. HD. 30.10.1969 T. 7005/9463 kararla onaylanan Tire As. H.M. 7.5.1969 T. 27/269 (ÖNOL/PUSAT/ACARBAY), age., s. 21 - 22.

(173) Y. 9. HD. 16.1.1970 T. 10815/264 kararıyla onaylanan Bursa İş M.'nın 21.10.1969 T. 364/493 ÖNAL/PUSAT/ACARBAY, age., s. 28

Yargıtayımız Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kanununa bağlı resmi ve özel kuruluşlarda görevli bulunup zaman zaman işverenin daveti üzerine gösterilen stüdyoda şarkı ve söz eserlerini sanatları ölçüsünde plâk ve banda geçiren kimselerle yapılan sözleşmeyi hizmet değil eser sözleşmesi olarak şu gerekçelerle nitelemiştir (174) :

«İş Hukuku alanında ise, bağımlılık, isyerine ve işverene bağlılığın bir gereği olarak en uygun niteliktedir. Diğer bir deyişle, işçinin gücü, belirli yada belirli olmayan bir zaman için, —iş görme ediminin yerine getirilmesine ilişkin emirler, direktifler, gözetim ve kontrol, hatta cezalandırma yetkileriyle donatılmış bulunan— işverenin otoritesi altındadır.

İstisna aktinde, işi üstlenen kişi, kural olarak iş sahibine bağlı olmaksızın çalışarak eserini verir. Anlaşmanın konusu, bu çalışmanın sonucu olup tanınan süre ise edimin yerine getirilmesi tarihi ile, yani vade ile ilgilidir. İşverenin bazı direktifler verebilmesi ise, ancak elde edilecek sonuç bakımından mümkündür. Yoksa, iş sahibi, eserin oluşma süreci içinde denetim ve gözetim yetkisini haiz değildir. Olayda söz edilen ses ve saz sanatkârları, bütün çalışma zamanlarını işverene vermedikleri gibi, iş sahibine bağlı olmaksızın tam bir serbestlik içinde çalışarak bir besteyi okuyuş ve çalışmaktaki özelliklerini ve sanat güçlerini yayına elverişli hale koymaktadırlar. Bu durumda anılan kişilerle iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisinin «İstisna Akdi» çerçevesinde nitelendirmek gerekir.»

Yargıtayımız başka bir kararında, bir sinema filminin yapımında, artist, figüran, dublajcı, kameraman, teknik eleman, rejisör, prodüksiyon amiri gibi değişik edimleri gören çalışanların sigortalı sayılıp, sayılmıyacakları niteliği açısında verdiği karar konumuz açısından önemlidir (175) :

«Eğer, çalışma, işgücünü, belirli yada belirli olmayan bir zaman için çalıştıranın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işverenin buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi BK. md. 355 gereği istisna akdine dayanıyor demektir.

Çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde başka bir anlatımla, işverenin işyerinde, edimlerini göreceklerdir. Bu durum bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlana-

---

(174) Y. 10. HD., 14.12.1973, 5183/3154 - DALAMANLI, Borçlar Kanunu Şerhi, c., 2 (m 182 - 546), Ankara, 1977, s. 466 - 467. Bu kararın eleştiri için bkz. POLAT, age., s. 508.

(175) Y. 10. HD., 1.7.1974 T. 3612/4738 (ÇENBERCİ, age., (Sosyal Sigortalar), s. 883, No : 16 - 17). Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 5.3.1981 T. li ve 725/889 sayılı kararında bir fabrikada konser veren solist, şentöz, orkestra ve saz heyetindeki ses ve saz sanatkârlarıyla bu işi kendilerine bulmasına aracılık eden kişi arasındaki ilişkiler istisna ilişkileri olarak nitelemiştir (YKD., c. VII, sa. 7, Temmuz 1981, s. 933 - 935).

bilme gereğidir. İşverenin belirli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmeyebilir. Örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırma söz konusu olduğundan, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işyerinde çalışması, işveren vekili olarak nitelenebilecek rejisörün genel direktörü ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılmaz. Meydana getirilen filmin o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmak yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerine bir, sonuç bağlamayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin ise, istisna akdi olarak nitelenemeyeceği de açıktır».

Yargıtay, ücretin götürü olarak hesaplanması halinde, TBK. m. 313'e göre hizmet akdinde yapılacak işe göre toptan kararlaştırılabilmesi mümkün bulunduğundan, bu iş için belirli bir miktar kararlaştırılmasının ve kişinin kendi aletleri ile çalışmış olması İş Kanunun 23. maddesi karşısında sözleşmenin istisna akdi olduğunu göstermiyeceğini belirterek gerçek bağımlı çalışma koşulunun, bir süre için kizmet etmenin mi, yoksa, önceden tayin edilmiş bir iş sonucunun meydana getirilmesi borcunun yüklenildiği şüpheli olması halinde tarafların amacı, durumu, hayat tecrübelerinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

«Çünkü hizmet akdinde işçi emegini iş sahibinin emrine hazır bulundurur, faaliyetinin meydana gelmesinin sonucu için değil, bu faaliyet için ücret alır» (176).

Kendisiyle hizmet akdi yapılan Hamalın işçi olduğu «kendi nam ve hesabına çalışan serbest piyasa hamalı olmadığı, mesaisini devamlı olarak işverene hasrettiği ve onun emir ve otoritesi altında çalıştığı ve böylece aralarındaki ilişkinin hizmet akdine dayandığı anlaşılmaktadır Davalıdan zahire alan, bazı müşterilerin ayrıca davacıya yükleme ücreti vermiş olmaları bu durumu değiştirmeyeceği başka bir Yargıtay kararında belirtilmiştir (177). Aynı şekilde Doktorla iş sahibi arasında hizmet akdinin kurulmasında bağımlılık unsuruna yer verilerek, iş saatleri içinde muayenehane çatısı altında yada iş saatleri dışında başkalarına iğne yapmasının davacı ile dok-

---

(176) Y. 9. HD., 27.2.1984 T. 1132/1166 (YKD., c : X, sa. : 6, Haziran 1984, sa. : 898-890).

(177) Y. 9. HD., 19.3.1982 T. 982-2156/2856, GÜNAY, age., s. 38-Y. 10. HD., 16.5.1977 T 842/3780 (UYGUR, age, s. 70 No : 49). Y. 9. HD., 12.2.1982 T. 982-288/1450 sayılı kararlarında serbest hamalın hizmet ilişkisine taraf olamıyacağı belirtilmiştir (GÜNAY, age., s. 39).

tor arasındaki hizmet ilişkisinin niteliğini etkilemiyeceğini içtihad etmiştir (178).

Yargıtayımız istikrarlı uygulamalarında zaman (devamlılık) ve bağımlılık unsuruna başvurmakla, ancak devamlılık unsurunu bağımlılığı gösteren ölçü olarak ele alınmalı hatta daha ziyade kişisel bağımlılığın bulunacağı zaman boyutunu belirlemek için süreklilik unsurunu kullanmalıdır.

Parça başı ücreti (179) verilen veya götürü akitlerde, hizmet veya istisna akdi niteliğinin bulunduğunda şüphe edilebilir. Bu gibi hallerde akitte taraf olanların gerçek iradeleri, olayların bütünü, hayatın olağan şartları gözönüne alınmalı, taraflarca kabul edilen hak ve yükümler, işin özelliği, iş yerinin durumu, rizikonun kime ait olduğuna dikkat edilmelidir (180).

bb — Vekâlet Akdinden

TBK. m. 386/f. 1'e göre «vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler».

Hizmet akdi ile vekâlet akdi arasında benzerlik mevcuttur. Her ikisininde işgörme akdi olması yanında, her ikisinin konusu da «iş»tir. Üstelik vekilin sorumluluğu konusunda genel olarak hizmet akdinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır (TBK. m. 390/1). Vekâlet akdi diğer iş görme sözleşmelerini kapsayan bir nitelik taşır. Özellikle kararlaştırılan işin hizmet akdi çerçevesine so-

---

(178) Y. 9. HD., 8.2.1982 T. 982-2312/3508 (GÜNAY, age., s. 38).

(179) Parçabaşı ücrette çalışma halinde bağımlılık unsurunu arayan kararı için bkz. Y. 9. HD., 27.2.1978, 2806/3343 (UYGUR age., s. 68 No : 45).
Kendi evinde çalışanlar hakkında şüphe halinde, istisna hükümlerinin uygulanması konusunda bkz. BGE, 46 I 233 (TANDOĞAN, age., (ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ, s. 27).

(180) Y. 10. HD. 22.1.1976 T., 1975-4935/1294'de; inşaatın projesini çizen ve bunun uygulanmasını sağlayıp, denetliyen MÜHENDİS ile İşveren 42 yapı kooperatifi arasındaki anlaşmanın ilk kesiminde «proje bilimsel ve tekniksel biçimle, onu çizenin tüm özelliklerini taşıyan bir yapıt sayılmalıdır. Çalışmanın ikinci evresinde mühendis; tasarının gerçekleştirilmesine çalışmakla birlikte, İşverenle olan anlaşmasına göre bunu işyerinde, işverenin sağlayacağı araçla ve onun işçileri ile gereçlere, uygulayacaktır. Bu durumda uğraşı; büyük ölçüde somutlaşmakta ve işverenle olan ilişkiler gittikçe yoğunlaşmaktadır. Artık, işin yasalara, sözleşmeye ve eklerine ve projesine uygun olarak yapılmasında işverenin iş düzeninde yalın ve etkin gözetim ve denetimi söz konusudur. Bütün bunlardan sonra söylemek yerinde olur ki, mühendis ile kooperatif arasındaki anlaşma; istisna ve hizmet bağıtlarından oluşmuş bir —Bileşik sözleşme— niteliğindedir.

kulmaması halinde, vekâlet hükümleri uygulanır (TBK. m. 386/2). Vekâlet akdi taşıdığı bu özellik niteliği nedeniyle diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmak için vekâlet akdinin unsurlarından değil, hizmek akdinin ayırıcı unsurlarından hareket etmek gerekir. Hizmet akdinin vekâletten ayrılması akdin feshi konusunda pratik bir önem taşır.

Vekâlet akdi esas itibariyle ivazsız olarak da kurulabileceği halde, hizmet akdinde her zaman ivaz yani ücret unsurunun bulunması gerekir. Borçlar Kanununa göre sözleşmede şart edilmişse veya teamül varsa vekil ücret talep edebilecektir. BK. m. 386/f. 3'e göre ücret vekâletin kanuni ve zorunlu bir unsuru değildir.

Hizmetin ivazsız yapılması ve münasebetin her an kaldırılmasının mümkün olması halinde bir vekâlet akdinin varlığı kabul edilebilir (181). Ücreti kararlaştırılmış olan bir vekâlet akdinin, hizmetten ayırt edilmesi güçtür. Özellikle TBK. m. 353'de belirtilen «ilmi veya bediî malûmatı mahsusaya haiz olanlar tarafından ücretle yapıla gelen» serbest hizmetlerde her iki akdin uygulama alanlarının belirlenmesi pratik bir önem taşır.

Yapılan işin hukuki niteliğinin ayırımda rol oynayabileceği iddia edilebilir. Vekâlet akdinde hizmetin hukuki fiillerle, hizmet akdinde ise maddi fiillerle iş görüldüğü söylenebilir. Gerçekten vekâlet akdinde vekil, haiz olduğu temsil yetkisine dayanarak müvekkili nam ve hesabına hareket ettiği ve akdin hüküm ve sonuçlarını müvekkilinin hukuki alanında meydana getirdiği halde, hizmet akdinde işçi, işverenin temsilcisi sıfatıyle onun nam ve hesabına hareket etmektedir. Fakat her iki akdin konusunu da hem hukuki, hem de maddi fiiller girebildiğinden ayrımda bu ölçüde kesin değildir (182).

İş Hukukunda, işverene bağlı olarak çalışma hizmet akdinin en belirgin niteliği olduğundan, bağımlılık unsurundan geniş ölçüde, başvurulacak tek ölçü olarak faydalanabiliriz. Vekâlet akdinde vekil ile müvekkil arasında bir bağımlılık ilişkisi mevcut ise de, bu ilişki

---

(181) REİSOĞLU - age., (Hizmet Akdi), s. 58 - ESENER, age., s. 131 - ÇELİK., (Ferdi İş Hukuku), s. 110 - ESEN, G., age., s. 140.

(182) REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 58 - ESENER, age., s. 130 - ZEVKLİLER, age., s. 140 - TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 200 dn. 79'da hizmet sözleşmesi ne zamanla sınırlandırılmış çeşidiyle belirlenmiş (generisch) 43, vekâlet sözleşmesine ise spesifik olarak (özel nitelikleriyle) belirlenmiş bir işgörmenin konu tesbiti ettiğini belirtmiştir.

hiçbir şekilde hizmet akdinde işveren ile işçi arasındaki bağımlılık ilişkisi kadar yoğun değildir (183).

Doktrin ve uygulamada her iki sözleşmeyi ayırmak için zaman kıstasına başvurulmaktadır. Zaman kıstasının yetersiz olduğu durumlarda mevcuttur. Nitekim taşıma idaresi, hasta tedavisi veya özel öğrenim yapılmasına ilişkin vekâlet sözleşmelerinin uzun süre aktedilmesi, hatta vekâlet sözleşmesinde ücretin zamana göre belirlenmesi mümkündür (184).

İsviçre Hukukunda, **GAUTSCHİ** zaman kıstasının yeterli olmayacağını savunarak, bunun yerine vekilin nisbi bağımsızlığı kıstasını uygulamanın daha yerinde olduğu savunulmuştur. Bu yazara göre, hizmet vekâletin ayrılmasında dikkate alınması gereken, iş görmenin talimatlarla genel olarak işverene ekonomik bağımlı olarak yani genel bir alt - üst ilişkisi çerçevesinde işi, işverenin göstereceği yerde onun sağladığı araçlarla yapıp, yapmadığı, işverenin de onun için sosyal edimlerde bulunup, bulunmadığıdır. Bunun aksinin yani yukarda bulunması gerekenlerin bulunmadığı takdirde vekâlet akdinden söz edilir (185).

THALBERG'e göre ise, hizmet akdi çalışanın faaliyeti üzerinde tasarruf yetkisini çalıştırana veya bir ilişki kurduğu halde, vekâlet gayri maddi karakterde bir işin gerçekleşmesine yönelik olduğu belirtilmiştir (186).

Yargıtayımız uygulamalarına bakılacak olursa : «Avukat, müvekkilinin işyerinde çalışmayıp kendi bağımsız yazıhanesinde çalışmasını sürdürüyorsa, müvekkille arasındaki ilişkisi hizmet değil, vekâlet sayılır (187). Ancak bir banka yada sigorta şirketinde dava takip ederek veya mütalâa vererek çalışan bir avukatın çalıştığı şirketle olan hukuki ilişkisi hizmet akdidir (188).

---

(183) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 112 - ESENER, age., s. 131 - TEKİL, age., s. 111 - ATABEK, age. (Feshi), s. 21, - SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 411 - 412 - ZEVKLİLER, age., s. 140 - ESEN, G. age., s. 140.

(184) TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 200.

(185) TANDOĞAN, age., s. 200 - ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku) - KÖTELİ, age., s 84.

(186) KÖTELİ, age., s. 85.

(187) YHGK. 28.1.1977 T. 976-13-3520/977-89 (UYGUR, age., s. 59, No : 15) aynı yönde YHGK. 13.4.1977 T. 976-9, 1635/977-355 (UYGUR, age., s. 13), bu konudaki diğer kararlar için bkz. - ÇENBERCİ, age., (İş Şerhi), s. 82, No : 19'da belirtilen kararlar.

(188) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 113.

YHGK'nun 27.12.1967 T. kararında;

«hastane ile burada çalışan HEKİMLER arasındaki ilişki hizmet akdidir. Hekimlerin, hastane idaresince hastalardan alınan vizite ücretlerinin % 40'ını almaları, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi nam hesaplarına çalıştıklarını göstermez.»

(189) demektedir.

Yargıtayımız, hizmet akdinin vekâlet akdinden ayrılmasında bağımlılık unsuruna dayandığı, hatta süreklilik unsuruna tercih ettiği kararlar mevcuttur. Nitekim Anonim Şirket Denetçisinin, şirketle olan ilişkisinin hizmet sözleşmesine dayanmadığı ileri sürülerek davanın reddine dair verilen karar (190) Y. 9. HD. nin aşağıdaki gerekçesiyle bozulmuştur (191)

«Genel kurulun murakıplığa ilişkin kararı hukuki nitelikçe bir «icap»tır ve murakıbın «kabulü» ile de aktif ilişki kurulmaktadır. Bu akti ilişkide aylık ücret kararlaştırılmıştır ve zaman unsurunun varlığı da belirgindir. Bu bakımdan sözü edilen akti ilişkinin «Hizmet Akti» olarak kabulü gerekir.

Öbür yandan, H.Ç'nin hizmet aktinin gerektirdiği hizmet edimini, davalı anonim şirkete ait işyerinde gördüğü de uyuşmazlık konusu teşkil etmemektedir».

Mahkemenin, bozma kararına karşı direnen mahkemenin kararı (192) aşağıdaki gerekçeyle YHGK'ca aşağıdaki gerekçeyle onaylanmıştır (193)

«Murakıp ile anonim şirket arasındaki ilişkinin vekâlet akti niteliğinde bulunmasına ve murakıbın işini işverenin sürekli denetim ve gözetimi altında yapmaması itibariyle işçi olarak kabul edilmeyeceğine göre «hukuki ilişki hizmet akdi olarak nitelenmiştir. Yargıtayımız başka kararlarında da Anonim Şirketle denetçi arasındaki ilişkinin hizmet akdine konu teşkil edebileceğini belirtmiştir (194).

---

(189) ÖNOL/PUSAT/ACARBAY, age., s. 9-10, aynı mahiyette serbest çalışan doktorların aynı zamanda hizmet akdine bağlı olarak özel hastanede çalışmalarının mümkün olduğu hakkında bkz. Y. 9. HD. 18.3.1966 T. 650/2334 (ÖNOL/PUSAT/ACARBAY, age., s. 8).

(190) Bkz. SEÇKİN, H., Şirketle Denetçisi Arasındaki İlişki Vekâlet Akdi sayılır mı? (EKONOMİK HUKUK DERGİSİ, 1974, s. 25)-TEKİL, age., s. 113.

(191) Y. 9. HD. 5.6.1972 T. 32457/19496 (İBD, Ocak-Nisan, 1976, c: 50, sa. 1, 2, 3, 4, s. 208).

(192) İstanbul 1. İş Mahkemesi 12.11.1973 T. 972-1339/2801 (İBD., Ocak-Nisan, 1976 c. 50, sa. 1, 2, 3, 4, s. 209).

(193) YHGK. 25.6.1975 T. 974-9-841850 (İBD., Ocak-Nisan, 1976, c. 50, sa. 1, 2, 3, 4, s. 209).

(194) Y. 10. HD. 29.11.1973 T. 1378/1875 (TEKİL, age., s. 112), Y. 10. HD. 14.9.1973 T. 180/209 (İşv. Der., Aralık-1973, s. 15-16)-Yargıtay, LİMİTED ŞİRKET ORTAKLIĞININ, aynı şirkette işçi olarak çalışmasını engelleyen bir hükme cula sözleşmede yer verilmediğinden, şantiye şefi olarak çalışan şirket ortağının alacağının hizmet sözleşmesine dayanabileceğini kabul etmiştir. Y. 10. HD. 7.6.1977 T. 3789/4372 45 (TÜBA/İŞ Mevzuatı, c. 4/1, s. 27).

Yargıtay, uygulamalarında, anonim şirketle müdürü arasındaki çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayandırmıştır. «Dosyada davacının başka bir özel hukuk sözleşmesine göre çalıştığını gösteren herhangi bir delile rastlanmamaktadır. Bundan başka, davacının hizmet akdinin kendisine yüklediği edimi işin gereği olarak, anonim şirkete ait işyerinde gördüğü kuşkusuzdur» (195).

Kanaatimizce de, işi yaptırmak isteyen hukuki ilişkinin karşı tarafından bağımsız sayılabilecek şekilde, işi alan tarafından uygun görülen zamanda, onun seçtiği araçlarla ve genellikle kendi istediği yerde, hatta bizzat değilde başkalarıyla birlikte yapılması halinde vekâlet akdi sözkonusu olacaktır.

D — DEVAMLILIK UNSURU

a — Genel Olarak

Hizmet akdinde, işçinin taahhüt ettiği işin yapılması daima bir zaman içinde gerçekleşir. İş görme borcuna karşılık işverenin ücret borcu ve tarafların diğer borçlarının belirli bir süreye göre, devam etmektedir (196).

Hizmet ediminin, belirli veya belirsiz süre için vaad olunması gerekir (197). Sürenin belirli yada belirsiz, sürekli yada süreksiz olması bu devamlılığı bozmaz (198). Süre, on saat, beş gün, iki ay, bir yıl gibi belirli olacağı gibi sürenin belirlenebilir olması mümkündür. Sürenin belirlenebilir olması halinde sözleşmenin devam edeceği belirli yada belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanabilir. Sözleşmenin belirsiz olması halinde akid feshi ihbar anına kadar devam eder. Hizmet süresince tüm zamanının işverene ayrılması da gerekmez. Belirli zaman kesitleri için örneğin, her ayın ilk günü veya haftada iki gün gibi süreler için hizmet akdi yapılabilir, işverenin yüklendiği edimde olan ücret için ani edim olarak bir ücret kararlaştırılması, akitten doğacak ilişkinin devamlılık niteliğini etkilemez. Bir satım aktinde satılan malın teslim borcu, bunun belirli bir anda yapılmasıyla sona erer. Halbuki hizmet akdinde işin yapılması ve ücretin

---

(195) Y. 10. HD. 9.9.1974 T. 5035/509 (İHU., 1976, SSK., 2, No : 1, s. 1). Aynı mahiyette Y. 9. HD. 14.5.1984 T. 4567/5332 (YHD. c : 7, sa. : 6, Haziran - 1984, s. 876 - 877). Gerçekten işçi ile işveren arasında vekâlet akdinin bulunması, aynı zamanda hizmet akdinin bulunmasına engel değildir (Aynı Görüş : ATABEK, R.'in İHU., 1976, SSK. 2, No : 1'deki karar incelemesi).

(196) EKONOMİ, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 79 - SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 397.

(197) TUNÇOMAĞ, age., Özel Borç İlişkileri, s. 813, aynı yazar age., (İş Hukuku), s. 128.

(198) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 106 - REİSOĞLU, age., s. 50 - TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 814 aynı yazar, age., (İş Hukuku), s. 128 - TEKİL, age., s. 107 - ZEVKLİLER, age., s. 138 - BİLGE, age., s. 206.

ödenmesi az çok devamlı bir süre içinde olmaktadır. İşçi ve işverenin borçları devamlılık göstermektedir (199). Satım akdinde olduğu gibi ücret karşılığı olsa dahi devam etmeyen tek bir ifa ile sona eren münferit hizmet ilişkileri, hizmet akdinin konusu olamaz (200).

Hizmet akdinde edim sonucunun gerçekleşmesi zaman içinde bir sürede olduğundan, iş görme süreci içinde akit tarafları yükümlerini yerine getirmektedirler (201). Hizmet akdinde borcun muhtevası, bir süreye yayılmış edim borçlarına ihtiva etmektedir. Bu niteliği dolayısıyla hizmet sözleşmesi devamlı bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir.

Hizmet akdinde yüklenilen edim borçlarına, zaman unsurunun yapmış olduğu etki gözardı edilemez. Zaman unsurunu hizmet akdinin unsuru olarak kabul edilmese dahi akdin devamlılık niteliğinin vurgulaması gerekir.

Ancak hizmet akdinin belirgin niteliğini zaman unsuru taşıdığı kabul edilemez (202). Özellikle ücret ödemenin zamana göre değilde parça başına kararlaştırıldığı sözleşmelerde yada çalışanın çalışma süresi üzerinde durulmaksızın belli adette eşya yada parça üretmesi sözkonusu hallerde ayırıcı kriter niteliğini taşımamaktadır.

Ancak iş akdini iş görmeye ilişkin diğer sözleşmelerden ayırabilmek için önemini koruduğunu söyleyebiliriz (203). Gerçekten de bu kriterin hizmet akdinde yer verilme sebebi diğer benzer akitlerde ayırabileceği ümidi olmuştur. Ancak kesin bir kıstas teşkil etmez (204). Doktrinde zaman kıstasının her zaman yeterli olmadığı savunulmuştur (205).

Devamlılık unsurunun, iş görme borcu açısından zamana yönelik bağımlılık kurduğu, işgücünün zaman açısından bağımlılığında, çalışma borcunun hukuki nitelikli bir süreklilik gösterip, göstermediğine dikkat edilmesi gerektiği, bunun içinde hukuki ve fiili duru-

---

(199) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 106.

(200) REİSOĞLU, age., s. 50.

(201) SELİCİ, age., s. 24.

(202) TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 813, aynı yazar, age., (İş Hukuku) s. 128 - GÖKTÜRK, age., s. 498 - BİLGE, age., s. 206.

(203) SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 411 - REİSOĞLU, age., s. 51, 57 - AKGÜN, age., s. 1139 - SÜZEK, age., s. 8 - KÖTELİ, age., s. 83, 84 - SOYER, age., s. 516 - TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 25 - ESEN, G., age., s. 140.

(204) REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi) s. 51'de belirtilen Hollanda mevzuat değişikliği ve eleştirileri.

(205) SOYER, age., s. 515.

mun birbirinden ayrılması gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre hukuki bakımından süreklilik göstermeyen, ayrı ayrı taleplere bağlı olarak ve her bir talebi kabul etmek zorunluluğu bulunmaksızın zaman zaman hep aynı kişiye karşıda olsa edimi bir borç konusu yapan kimsenin çalışması, hizmet akdine dayanan bir çalışma sayılmaz.

Bu görüş, bağımlılık unsurunun varlığını ve önemini azaltıcı değil, aksine bağımlılık unsuruna yeni bir bakış açısı olarak değerlendirilmelidir.

Kişisel bağımlılığın varlığı için yani işveren tarafından işçiye verilen talimatların zaman boyutunu teşkil etmektedir. İlişkinin sürekliliğini bağımlılık dolayısıyla işveren sahip olduğu yetkilerin süresinin belirlenmesinde ayrı bir önem taşıyacaktır. İşgücünü zaman açısından bağımlılığı, işçinin, işverenin organizasyonuna tabi olmasında bir kriter olarak değerlendirilmelidir. Federal Mahkeme değişik tarihli kararlarında, devamlılık unsurunu, hizmet akdinin temel unsuru saymıştır (206). Uygulama ayırıcı kriter olarak zaman unsuruna bağımlılık unsuruyla birlikte yer verilmektedir.

Uygulama ayırıcı kriter olarak zaman unsuruna bağımlılık unsuruyla birlikte yer vermektedir (207a). Gerçekten «çalışan, BK. nun 313. maddesinin öngördüğü çerçeve içinde ve «zaman ve bağımlılık» unsurlarını gerçekleştirecek biçimde çalışmaktaysa aralarındaki çalışma hizmet akdine dayanıyor demektir. Bilindiği üzere unsuru, çalışanın iş gücünü belirli yada belirli olmayan bir süre içinde, işverenin veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimi yerine getirecektir» (207b). Yargıtayımız edimin niteliğini belirlemekte buna zaman boyutundaki özelliğini saptadıktan sonra bağımlılık kriterine göre aktin niteliğini saptamaktadır. Gerçekten de akde niteliğini bağımlılık unsuru vermektedir. Devamlılık unsuru bağımlılık unsurunun bir ön meselesini teşkil etmektedir.

---

(206) BGE 90 II 483, BGE 83 II 525, BGE 83 II 32 (KANETİ, age., No : 73, 83, 91), Bağımlılıkla birlikte zaman unsuruna yer verdiği karar için bkz. JdT 1948, s. 566 - 567 : BGE 73 I 415 - TANDOĞAN, age. (Makale), s. 326, dn. 85).

(207a) Y. 10. HD. 24.1.1974 T. 119/1274 (YKD. c : 1, sa : 1, Ocak 1975, s. 81, 82), Y. 10. HD. 14.2.1974 T. 5183/3154 (DALAMANLI, age., s. 466 - 467), Y. 10. HD. 1.7.1974 T. 3612/4738 (ÇENBERCİ, age. (Sosyal Sigortalar), s. 883, No : 16, 17.

(207b) Y. 10. HD. 27.2.1984 T. 1132/1166 (YKD., c. : X, sa. 6, Haziran - 1984, s. 898).

b — DEVAMLILIK UNSURUNUN AYIRICI KRİTERİ

aa — İstisna Akdinden

İş görmenin zaman içinde sınırlandırılmasını kıstasının hizmet akdinin ayırıcı unsuru olacağı, bazı yazarlarca (208) kabul edilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, hizmet sözleşmesi belirli bir süre için hizmeti konu edinmişken, istisna akdinde önemli olan, bir işi belirli iş sonucu meydana getirmektedir (209). Özellikle süreli bir hizmetin sözkonusu olduğu hallerde bir hizmet akdinin varlığı kabul edilmelidir (210).

Hizmet ilişkisi içinde bile çalışanın bağımsızlığını koruyabileceği belirtilerek, bağımsızlık unsurununda istisnaya has bir unsur olmadığı ileri sürülerek bağımlılık unsurun esas alınmaması gerektiği savunulmuştur (211).

Bu görüşü savunanlar bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak her zaman kolay olmayacağını, «özellikle bir kimsenin hizmetin sonucu ile belirlenmiş bir süre (örneğin, ürünün toplanması) için veya saptanmış sayıdaki belirli konuların tamamlanması için taahhütte bulunması halinde ayırım güçtür. Aynı şekilde, götürü sözleşmelerde de bir süre için hizmet etmenin mi, yoksa önceden tayin edilmiş bir iş sonucunun meydana getirilmesi borcunun yüklenildiği kuşkulu olabilir» (212).

Bu görüşü savunanlardan **TUNÇOMAĞ**, «bu ve benzeri hallerde yanları niyeti, sadece hal ve durumun bütününe, hayat tecrübesine göre araştırılıp bulunmalıdır» (213). Zaman unsuru yukarıda belirtildiği gibi her durumda yeterli olmadığı açıktır. Bu yüzden hizmet akdinin işveren ile işçi arasında, kişisel bağımlılık ilişkisi kurduğundan bağımlılık unsuru, hizmet akdini diğer iş görme akidlerinden ayırıcı bir kıstas niteliğine sahiptir.

---

(208) TUNÇOMAĞ, age (Özel Borç İlişkileri, s. 813) - BİLGE, age., s. 205 - GÖKTÜRK, s. 179.

(209) TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 840'da «hizmet sözleşmesi», eser sözleşmesi terimleri yerine «faaliyet sözleşmesi», «iş sonucu sözleşmesi» ve diğeri de «zamana göre belirtilmiş hizmet sözleşmesi», «iş sonucuna göre belirtilmiş hizmet sözleşmesi» terimleri önermişlerdir.

(210) TUNÇOMAĞ, age. (Özel Borç İlişkileri), s. 841.

(211) TUNÇOMAĞ, age. (Özel Borç İlişkileri), s. 813. 840 - BİLGE, age., s. 79.

(212) TUNÇOMAĞ, age. (Özel Borç İlişkileri), s. 841, aynı hususlar dikkate çeken ÇELİK, age. (Ferdi İş Hukuku), s. 110 dn. 81.

(213) TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri) s. 841.

İstisna sözleşmesinde süre en önemli değildir. Kural olarak üstlenici belirli bir süreyle bağlı değildir. Süre kararlaştırılsa bile, süre yaratılan eserin teslimi içindir. Buna karşılık hizmet akdinde süre önemlidir (214).

İstisna akdinde, müteahhit belirli bir sonuca ulaşmış, bir eser meydana getirmiş olmadıkça salt zaman içinde çalışması karşılığında ücrete hak kazanmaz. Hizmet akdinde ise mutlaka belirli bir sonucun gerçekleşmesi aranmaz belli bir süre çalışmış olmak, hatta çalışmadan işyerinde hizmete hazır beklemek ücrete hak kazandırır (215).

Federal Mahkeme kararında (216) «burada hizmet akdinde olduğu gibi davacının çalışması değil, fakat bu çalışmanın neticesi akdin konusunu teşkil etmektedir. Ne bu neticeyi elde etmek için kullanılan vasıtalar, ne davacı tarafından harcanan zaman ne de yapılan masraflar işvereni alâkadar eder. Burda başta taraflar arasında hizmet akdinin karakteristiği olan tabiiyet münasebeti mevcut değildir. Bilakis aralarındaki çeşitli yazışmalardan tarafların eşit olarak hareket ettiklerini olduğunu ifade etmiştir».

Türk uygulaması da yukarıda belirttiğimiz gibi zaman unsuruna yer vermektedir. Fakat, genellikle işçi sıfatının varlığın çalıştıranın denetim ve gözetim hakkına yani bağımlılık unsurunu ön planda tutmaktadır (217).

bb — Vekâlet Akdinden

Hizmet akdini vekâlet akdinden ayırmak için önemli kıstas olarak genellikle süreklilik unsuruna başvurulmaktadır. Hizmet akdinin sürekli bir ilişkinin, vekâlet de ise bir veya birkaç işin yapılmasının yani vekâletin konusu olan işgörmelerde zamanla bağlılığın bulunmadığı esası hareket noktası olmaktadır. Bu kıstasa göre : Belli olan veya olmayan bir zaman için işgücünün tahsisi sözkonusuysa (örneğin, bir mimarın bir binanın yapımını üzerine alması halinde) hizmet akdi, her zaman sınırlaması olmaksızın spesifik olarak belirlenen yani belli bir sonuca yönelik, tek işe veya teker teker sayılmış işlere ait bulunması ve sonucun kusur olmaksızın meydana gelmemesi rizikosu üstlenilmeksizin görülmesi halinde (örneğin, işçiye bırakıl-

(214) REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 57 - ZEVKLİLER, age., s. 140 - TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 25.

(215) SÜZEK, age., (Fesih Hukuku), s. 8.

(216) BGE 57 II 163 - REİSOĞLU, age., s. 57.

(217) YHGK. 1.7.1974 T. 972 - 160/414 (YKD., 1975/10, s. 28) YHGK. 13.4.1977 T. (YKD., 1978/5 s. 676).

mış çeşitli işlerin yapılması veya mimarın bir binaya ait maliyet hesabı çıkarması halinde) vekâlet sözleşmesi karşısında bulunur. Her iki hukuki ilişkinin ayrılmasında tereddüt ve kuşku duyulması halinde, o ilişki TBK m. 386/2'e göre vekâlet akdi olarak kabul edilmesi gerektiği (218) ve buna örnek olarak da avukatla - müvekkil, doktorla - hasta arasındaki ilişkiler gösterilmektedir (219). Bununla beraber hekimin hastanede veya avukatın belirsiz nitelikteki işler için hukuk müşaviri olarak bankada, devamlı şekilde çalışması halinde hizmet akdinin varlığı kabul edilmektedir (220).

Bazı yazarlar da (221) borçlar hukukunda işverene bağlılık hizmet akdinin bağlayıcı unsur sayılmadığından, sözkonusu akitlerin ayrımında zorunlu olarak zaman unsuruna yer verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

SOYER'e göre ise hizmet akdinde muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda işgörme borcu altına girmekle, bu borç açısından bir bağlılık kurulmaktadır. İşte işgücünün zaman açısından hukuki bağımlılığı hizmet akdinin ayırıcı niteliğini oluşturacaktır (222). **KÖTELİ** ise vekâlette hizmet akdinin ayırımında benimsediği zaman ölçütü, çalışanın emeğinin değerlendirilmesi için bir ölçü birimi olarak değil, çalıştıranın çalışanın zamanı üzerinde söz sahibi olup olmamasına göre kıstas olabilmektedir (223).

Diğer bazı yazarlar ise (224) öncelikle bağımlılık unsuru ve bu unsur ayırımında yeterli olmadığı takdirde devamlılık unsuruna başvurulması gerektiğini ileri sürmektedirler.

---

(218) ATABEK, age., (İş Kazası), s. 9'da «Yeni iş kanunları düzenlemesinin, sosyal karakteri ve işçiyi koruyucu niteliğini bu ayırımda dikkate alınması gerektiği, işgörme borçlusunun daha yararına olan hizmet akdi nitelemesine ağırlık verilmesini» ileri sürer.

(219) TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 240 - TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 842 - SAYMEN, age., (İş Hukuku), s. 411 - REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 59 - BİLGE, age., s. 205, 206 - OLGAÇ, age., (Hizmet Akdi), s. 4 - SÜZEK, age. (İş Akdi), s. 8 - UYGUR, age., s. 51 - ZEVKLİLER, age., s. 140.

(220) ÖSER - SCHÖNENBERGER, Art. 319 Nr. 36 - TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkisi), s. 200.

(221) Bkz. ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 111 - 112.

(222) SOYER, age., s. 515.

(223) KÖTELİ - age., s. 86'da devamla «buna göre eğer çalışan, çalışma zamanını kendisi belirlemekte, iş sahibinin talimatıyla da olsa işi görülürken bunun zamanını kendisi seçmekte ise, ücreti zamana göre ödenmese de vekil, buna karşılık çalışma zamanı iş sahibi tarafından saptanmakta ise işçi olarak kabul edilmelidir.»

(224) ESENER, age., s. 131 - TEKİL, age., s. 111.

İsviçre Federal Mahkemesi uygulamalarında (225) zaman unsuruna yer vermektedir. Yargıtay'da uygulamasında zaman unsuruna yer vermektedir (226). Ancak bağımlılık unsurunun da ön planda olduğu kararları mevcuttur (227).

Zaman unsuru, vekâlet akdiyle, ayrımın sınırını çizmeye yeterli olmadığı zira bir mal varlığı yada arazinin yönetimine ilişkin bir vekâlet akdinin uzun yıllar sürmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir (228).

Bir meslek yada sanatkârın onun mesleğini konudan bir hizmet akdi yaptığı mesleğini ifasında ona hareket serbestisi verilmesi durumunda olduğu gibi, vekâlet akdinde de vekilin hareket serbestisi müvekkilin talimatıyla sınırlama bileceğinden zaman unsurunun ayırıcı niteliği kesinliğini kaybetmektedir. Bu nedenledir ki, bağımlılık unsurunu devamlılık unsuruna tercih etmeli ancak bağımlılığın göstergesi olacak işgücünün zaman açısından hukuki bağımlılığını esas almalıyız. Zaman unsurunu bağımlılık unsurunun ön meselesi olarak işgücünün bağlanacağı süre olarak ele almalıyız.

II — HİZMET AKDİNİN HUKUKİ NİTELİKLERİ

1. ÖZEL HUKUK AKDİ OLMASI

Hizmet akdi niteliği itibariyle, hukuki ehliyet ve eşit haklara sahip kılınan işçi ve işveren arasındaki ilişkileri eşit şartlar altında düzenlenmesinde, kanun önünde eşit düzeydeki kişilerin iradelerinin birleşmesinden doğar (229). Bu nedenle hizmet akdi, özel hukuk sözleşmesidir.

İşverenin, gerçek kişi yada tüzel kişi olması (şirket, dernek, sendika), hatta devlet yada iktisadi devlet teşekkülü olması mümkündür.

---

(225) BGE 83 II 525 (KANETİ, age., s. 135-138) - BGE 60 II 117 ve 61 II 97 - REİSOĞLU, age., (Hizmet Akdi), s. 59, 60.

(226) Bkz. YHGK., 26.6.1975 T. 74-984/850 (İBD., 76/1, 2, 3, 4 s. 209).

(227) Y. 4. HD., 30.3.1971 T. 3817/2991 (MÜDERRİSOĞLU, Avukatlıkta vekâlet ve ücret sözleşmesi ve içtihatlar, Ankara, 1974 s. 534. No : 335) - Y. 9. HD. 21.11.1967 T. 7599/10689 (ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 112 dipnot : 89.

(228) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 112 dp. 30 - ZEVKLİLER, age., s. 140.

(229) ESENER, age., s. 129 - ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 105, aynı yazar, age., (Dersleri), s. 75 - TEKİN, age., s. 108 - ERTAŞ, age., Türk Hukukunda işçinin Sadakat Borcu, Ankara, 1982, s. 8.

Hizmet akdinin özel hukuk akdi niteliğinde olması, buna kamu hukuku alanına giren (işçinin korunması ve işin düzenlenmesi gibi amaçlarla) kanun koyucunun müdahalesini engellemez (230).

2. İŞÇİNİN ŞAHSINA BAGLI OLMASI

Hizmet edimi, şahsi bir edim olması nedeniyle borçlunun bedeni veya fikir bir emek suretiyle yerine getirmek zorunda olduğu edimdir. Bu nedenle hizmet edimi şahsa sıkı sıkıya bağlı edimdir. İşçinin yüklendiği edim açısından hizmet akdinin, şahsına bağlı olduğunu söyleyebiliriz (231).

Gerçekten işçinin bizzat ve işverenin talimat ve emirlerine bağlı olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu iş görme edimi, onun kişiliğiyle ilgilidir. Hizmet akdi, ücret unsur dolayısıyla mal varlığı edimini ihtiva etmekle beraber, bu tür edimlerin değişiminden çok iş görme edimiyle, hatta yapma edimiyle ilgili olarak işçinin kişiliğinin gözönünde tutulması gerekeceğinden kullandırma borcu doğuran kira ve karz akdinden ve devretme borcu yükleyen satım akdinden farklı ve işçinin şahsına bağlı bir akit olduğu kabul edilmektedir. Bu nitelik dolayısıyla işin görme ve ücret ödenmesi borçlarına, sadakat, itaat, işçiyi gözetme, eşit muamele yapmak gibi yeni borçlar eklenmiştir (232).

Hizmet akdi, özel hukuk akdi olması niteliği itibariyle, taraflar akdin muhtevası ve şartları üzerinde serbestçe tartışıp görüşerek, bu görüşmeler sonunda akdin şartlarında anlaşmaları halinde, akdi kuracaklarından, iltihaki akit karşıtı olan (233) görüşmeli akidlerdendir (234).

---

(230) Y. 9. HD. 25.2.1982 T. 561/2080 (YKD., c. VIII, sa.: 9, Eylül, 1982, s. 1267'de «Akit yapma serbestisi, bazı yasal sınırlamaları içinde ilke olarak geçerlidir. İşveren çalıştıracağı kimseyi seçmekte serbest olduğu gibi, işçide çalışacağı işvereni seçmekte ve akit yapıp yapmamakta serbesttir. Yine bu açıdan taraflar akdin yapılmasını yasal sınırlamalar dışında bazı koşullara bağlamak mümkündür».

(231) von TUHR, age., s. 46 - KOCAYUSUFPASAOĞLU, age., s. 30 - EREN, age., s. 110 - TUNÇOMAĞ, age., Türk Borçlar Hukuku, c. I, Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 63 - ÖZSUNAY, Borçlar Hukuku. İSTANBUL, 1973, s. 30.

(232) ÇELİK, age., (Ferdi İş Hukuku), s. 105, aynı yazar age., (dersleri), s. 76 EKONOMİ, age., (İş Hukuku), s. 78.

(233) EREN, age., s. 244 - ÖZSUNAY, age., s. 53 - 54 - ESENER, Borçlar Hukuku, İş Akitlerinin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara, 1969, s. 20 karşılaştırınız. - TEKİL, age., s. 108'de hizmet sözleşmesi, çoğu zaman koşulları, işveren tarafından önceden belirlenmesi ve işçinin ise sadece irade beyanı ile katıldığı sözleşme tipi» olduğundan «İltihahi sözleşme» olarak nitelendirilmiştir.

(234) EREN, age., s. 242 - FEVZİOĞLU, age., s. 363 - ESENER, age., (Borçlar Hukuku), s. 18 - EREN, age., s. 240 - KOCAYUSUFPASAOĞLU, age., s. 113 - TUNÇOMAĞ,

3. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEMESİ

Hizmet akdinde, diğer borçlar bir yana bırakılırsa taraflardan birinin edimi (borcu), diğer tarafın ediminin (borcuna) sebep ve karşılığını oluşturacak şekilde her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim (borç) yüklenmektedir. İşçinin iş görme borcuna karşılık, işverenin ücret ödeme borcu vardır (235).

Bu niteliği dolayısıyla hizmet akdi satım trampa, kira istisna akitleri gibi tam iki taraf borç yükleyen akitlerdendir. Ancak İş Hukukunda sosyal düşüncelerle, işçiye çalışmadığı halde ücret ödenmesi gibi önemli değişiklikler olmuştur.

III — SONUÇ

Hizmet ilişkisini, geniş anlamda borç olarak ele alıp, bundan hareketle dar anlamda borçlar meydana getiren bir kaynak, bir organizma olarak düşünmemiz gerekir.

Hizmet akdi çok taraflı bir hukuki muamele olduğuna göre, irade beyanları bu akitde kurucu rol oynar. Hukuki muamele olgusunda irade beyanı dışında olgunun gerçekleşmesi hukuk düzeni tarafından aranmadığından kurucu olguların aranmasına gerek yoktur. Hatta sözleşmenin hükümlerini doğurması için gerçekleşmesi gerekli tamamlayıcı olgulara da ihtiyaç yoktur. Katılma teorisinin ortaya koyduğu hareket noktalarına hizmet akdinin kurulması için başvurulmasına gerek olmadığı gibi, hükümlerinin uygulanması içinde başvurulmasına ihtiyaç yoktur.

Akdin meydana gelebilmesi için irade beyanın sarih (açık) veya zımni (örtülü) olabileceğini gözden uzak tutulmaması gerekir (TBK. m. 1/II). İşyerine bağlılık, ister işyeri topluluğuna katılma ister, çalışma topluluğuna katılma şeklinde olsun iradeyi ifade eden bu hareketler, fiili irade olarak zımni (örtülü) irade beyanını gösterebilir. Beyan iradesinin bulunmaması halinde de güven prensibi uygulama alanı bulur.

---

age., (Genel Hükümler), s. 144 - 494 - TEKİNAY, age., s. 68 - ÖZSUNAY, age., 51 - SCHWARZ, (DAVRAN), Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul, 1948, s. 169 - REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hukuku Genel Hükümleri, 5. bası, Ankara, 1983, s. 19.

(235) TUNÇOMAĞ, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 26 - TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 25 - TANDOĞAN, age., (Özel Borç İlişkileri), s. 25 - FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, 1976, s 368 - 369 - TEKİNAY, Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul, 1985, s. 86 - 1411 - AYTEKİN, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul, 1981, s. 39.

Hizmet akdinden doğan birçok sorun hizmet ilişkisinin devamlı bir borç ilişkisi niteliği taşımasıyla çözümlenebilir (Örneğin, hizmet ilişkisinin meydana gelmesi ile, dar anlamda borçların doğumunun aynı anda gerçekleşmesi de zorunlu olmadığı gibi.

Emredici hükümlere aykırılık nedeniyle hizmet akdine geçersizlik yaptırımının uygulanmasının geleceğe dönük sonuç doğurmasının kabulünde, kanun koyucunun amacını dikkate almamız gerekir. Bu çözüm Anayasa İlke ve Kurallarının yatay ilişkilerde uygulanmasının gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Sürekli bir borç ilişkisi niteliği taşıyan hizmet akdin, ani edimli borç ilişkilerine uygulanan TBK.'nın genel hükümleri uygulanamaz. Kanundaki bu düzenleme boşluğu tarafların menfaatleri dikkate alınarak doldurulmalıdır. Hâkimin, yarattığı kuralın kamuoyu tarafından tasvip edilecek bir kural olması için ferdi çıkarlarla toplumsal çıkarlar arasında toplum ihtiyaç ve telakkilerine göre bir denge kuracak yukardaki çözümü tercih etmelidir.

Hizmet akdini, diğer akitlerden ayırırken bu ilişkiye hukuki özelliğini, hukuki tipini veren asli edim mükellefiyetlerini dikkate almamız gerekir Hizmet akdinin dört unsurunu, borç ilişkisinde aramamız gerekir. Devamlılık unsurunu, bağımlılık ilişkisinin kurulduğu zaman boyutunu belirlenmesinde bağımlılığın bir ön meselesi olarak ele almalı, hatta bağımlılığın varlığının bir kriteri olarak gözönünde tutulmalıdır

(BİTTİ)

BİBLİYOGRAFYA

Akgün, Z. : Hizmet Akdi, AD., 1960, sa. 6, s. 550 vd.

Arcak, A. : İş Akdı, Hizmet Akdinin Türkçesi Midir?, Ad. D., 1952, sa. 3, s. 392 vd.

Ataay, A. : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 1. Yayım, 3. bası, İstanbul 1981.

Atabek, R. : İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938 (Feshi)

Atabek, R. : İş Kazası ve Sigortası, İstanbul, 1978 (İş Kazası)

Başgil, A.F. : Türk İş Hukukuna Giriş, Ankara, 1936.

Bilge, N. : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 3. bası, Ankara, 1971.

Brox, H. : Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Münster, 1983.

Cuhruk/Çolakoğlu/Bükey : Sosyal Sigortalar, Ankara, 1977.

Çelik, N. : İş Hukuku Dersleri, 6. bası, İstanbul, 1984 (Dersleri)

Çelik, N. : İş Hukuku, I. Genel Bilgiler Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1971 (Ferdi İş Hukuku)

Çelik, N. : Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul, 1966 (Toplu Sözleşme).

Çenberci, M. : İş Kanunu Şerhi, 5. bası, Ankara, 1984 (İş Şerhi)

Çenberci, M. : Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977 (Sosyal Sigortalar)

Çenberci, M. : Yeni İş Kanunu Açısından İş Sözleşmesi ve İş Hukukuna İlişkin Bazı Temel Düşünceler, BATIDER, 1968, sa. 1, s. 448 vd. (Düşünceler).

Dalamanlı, L. : Borçlar Kanunu Şerhi c. 2, m. 182-544, Ankara, 1977.

Elbir, H.K. : İş Hukuku Notları, İstanbul, 1979 (Notları).

Elbir, H.K. : Ferdi İş Münasebetleri, 931 Sayılı İş Kanunu Semineri, 15-19 Ocak 1968, İstanbul, s. 17 vd. (Münasebetleri).

Elbir, H.K. : Sosyal ve Ekonomik Sebeplerle Klasik Hizmet Sözleşmesinden Uzaklaşma Temayülleri, İÜHF. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1982 Yılı Konferansları, İstanbul, 1983, s. 21 vd. (Klasik Hizmet Sözleşmesi).

Ekonomi, M. : İş Hukuku, Ferdi İs Hukuku, c. I, 3. bası, İstanbul, 1984 (İş Hukuku).

Ekonomi, M. : Türk İş Hukukundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu, İstanbul, 1969 (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi) (Akid Yapma Zorunluluğu).

Eren, F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, Ankara, 1985.

Erkul, I. : Türk İş Hukuku Dersleri, Ankara, 1970.

Esen, N. : Türk İş Hukuku, Ankara, 1944.

Esen, G. : İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsangücü Yönetimi, Bireysel 1. Kitap, Temel Kavramlar.

Esener, T. : Borçlar Hukuku, I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara, 1969.

Esener, T. : İş Hukuku, Ankara, 1978.

Fevzioğlu, F.N. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, İstanbul, 1976 (Genel Hükümler).

Fevzioğlu, F.N. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri, c. I, İstanbul, 1978 (Özel Borç İlişkileri).

Günay, C.İ. : Açıklamalı İçtihatlı İş Kanunları ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1984.

Güzel, A. : İşverenin Değişmesi ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1982 (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).

Göktürk, A.H. : Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1952.

İnce, E. : Çıraklık, İstanbul, 1974.

İzveren, A. : İş Hukuku. Ankara, 1974.

Kaneti, S. : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, (1955 - 1964), c II, Özel Borç İlişkileri - Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara, 1968.

Kangal, İ. : İş Akdinin Tarifi ve Unsurları Üzerine Bir Deneme, İBD., 1953, sa. 10, s. 681 vd.

Kocayusufpaşaoğlu, N. : Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Birinci Fasikül, İstanbul. 1978.

Koshaker, P. : (Kitabı Yeniden Elden Geçiren : AYİTER, K.) Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları. Ankara, 1977.

Koteli, M. : Hizmet Akdini İstisna ve Vekâlet Akitlerinden Ayırıcı Kıstaslar Üzerine Bir İnceleme, İBD., 1985, sa. 1 - 3, s. 822 vd.

Mimaroğlu, S.K. : Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, 2. bası, Ankara, 1965.

Müderrisoğlu, F. : Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihadlar, Ankara, 1974.

Kutal, M. : İş Hukuku 1. Kitap, Ferdi İş Münasebetleri, İstanbul 1965.

Oğuzman, K. : Hukuki Yönden İşçi - İşveren İlişkileri, c. 1, 3. bası, İstanbul, 1984 (İşçi, İşveren İlişkileri).

Oğuzman, K. : Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2. bası, İstanbul, 1967 (Grev).

Oğuzman, K. : İş Akdi - Hizmet Akdi, ABD., 1954, sa. 9, s. 467 vd. (Hizmet Akdi)

Oğuzman, K. : Türk Borçlar Kanununa ve İş Mevzuatına Göre Hizmet «İş» Akdinin Feshi, İstanbul, 1955 (İş Akdinin Feshi).

Olgaç, S. : Emsal İçtihadlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara, 1976 (Türk Borçlar Kanunu).

Olgaç, S. : Hizmet Akdi. Ankara, 1977 (Hizmet Akdi).

Orhaner, B. : İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1986.

Özsunay, E. : Borçlar Hukuku. İstanbul, 1983.

Palandt : Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl., München, 1978, s. 611.

Rado, T. : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1982.

Önal/Pusat/Acarbay : Sosyal Sigortalar Kararları, Ankara, 1970.

Reisoğlu, S. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. bası, Ankara, 1984 (Borçlar Hukuku).

Reisoğlu, S. : Hizmet Akdi, Mahiyeti - Unsurları - Hükümleri, Ankara, 1968 (Hizmet Akdi).

Reisoğlu, S. : İş (Hizmet) Akdi Yönünden Borçlar Kanunu ve İş Kanunları Arasındaki Münasebetler, BATIDER, 1965, sa. 1, s. 60 vd. (Münasebetler).

Saymen, F.H. : Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954 (İş Hukuku).

Saymen, F.H. : İşçi Sıfatı - Batıl İş Akdi Sigortalı Olma, Karar İncelemesi, IHFM., c. XXIV, sa. 1-4, s. 489 vd. (Makale).

Selçuki, S. : İlmi - Kazai İçtihadlarla İş Kanunu, 3. bası, İstanbul, 1973.

Selici, Ö. : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977.

Schwarz, A.B. : (Çev. DAVRAN B.) Borçlar Hukuku Dersleri, I, İstanbul. 1948.

Seçkin, H. : Şirketle Deneticisi Arasındaki İlişki Vekâlet Akdi Sayılırmı?, Ekonomi Hukuk D., 1974, s. 25.

Süzek, S. : İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.

Süzek, S. : İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985.

Sızmazoğlu, T. : İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1953.

Soyer, M.P. : Karar İncelemesi, Y. 10. HD. 14.12.1973 T. 1973/5183 E. 3154 K., Hizmet Akdi, Yasa D., 1980, sa. 4, s. 508 vd.

Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. I/1, 3. bası, Ankara, 1984 (Özel Borç İlişkileri).

Tandoğan, H. : Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Değerlendirme, İÜMHE., Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978, s. 137 vd. (Genel Değerlendirme).

Tandoğan, H. : İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzer Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Okteme Armağan, Ankara, 1970, s. 320 vd. (Makale).

Taşkent, S. : İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.

Tekil, F. : İş Hukuku, İstanbul, 1981.

Tekinay, S.S. : Borçlar Hukuku, c. I, İstanbul, 1985.

Tolga, M.V. : İş Hukuku, 3. bası, İstanbul, 1958 (İş Hukuku).

Tolga, M.V. : Muhteva ve Şekil Bakımından İş ve Hizmet Akitleri Arasındaki Esaslı Farklar, İBD., 1948, sa. 11, s. 681 vd. (Esaslı Farklar).

Tuncay, C. : İşçi Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul, 1975 (Sendika Üyeliği).

Tuncay, C. : Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. bası, İstanbul, 1984 (Sosyal Güvenlik).

Tunçomağ, K. : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, İstanbul, 1976 (Genel Hükümler).

Tunçomağ, K. : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. II, İstanbul 1977 (Özel Borç İlişkileri).

Tunçomağ, K. : İş Hukuku, Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, c. 1, 3. bası, İstanbul, 1984 (İş Hukuku).

Tunçomağ, K. : Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 2. bası, İstanbul, 1982 (Sosyal Sigortalar).

Tunçomağ, K. : Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, İHD., 1962/II s. 118 vd. (Makale).

Umur, Z. : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983.

Uygur, T. : İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara, 1980.

Von Tuhr, A. : (Çev. EDEGE, C.) Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. 1-2, Ankara, 1983.

Yavuz, C. : Fransa'da İspat Külfeti İle İlgili Son İçtihad Gelişmeleri, YD., c. 9, 1983, sa. 1-4, s. 31 vd.

Zevkliler, A. : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. bası, Ankara, 1984.

Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1977, 1976, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul'da Düzenlenen Seminer Yayınları.

KISALTMALAR

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
Ad. D.	:	Adliye Dergisi
Aufl.	:	Auflage
age.	:	Adı Geçen Eser
bkz.	:	Bakınız
b.	:	Bent
B.	:	Birleşim
BATIDER.	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	:	Cilt
Çev.	:	Çeviren
D.	:	Dergisi
DenİşK.	:	Deniz İş Kanunu
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
f.	:	Fıkra
HD.	:	Hukuk Dergisi
İşK.	:	İş Kanunu
İÜHF.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜMHE.	:	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
İBD.	:	İstanbul Barosu Dergisi
İKİD.	:	İlmi ve Kazai İçtihatlar Aylık Dergisi
İHD.	:	İş Hukuku Dergisi
İHFM.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
m.	:	Madde
MMGKR.	:	Millet Meclisi Geçici Komisyon Raporu
MMTD.	:	Millet Meclisi Tutanak Dergisi
OR.	:	Obligationenrecht
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
sa.	:	Sayı
SSK.	:	Sosyal Sigortalar Kanunu
Sk.	:	Sendikalar Kanunu
TBK.	:	Türk Borçlar Kanunu
TMK.	:	Türk Medeni Kanunu
Vb.	:	Ve Benzeri
Vd.	:	Ve Devamı
YHD.	:	Yasa Hukuk Dergisi
YHGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı
Y. İç. Bir. K.	:	Yargıtay İçtihadları Birleştirme Kararı
Y.	:	Yargıtay
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi

İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİNİN İŞ AKDİNİN FESHİNE KARŞI KORUNMASI

Hasan TUNÇ (*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — İşyeri sendika temsilciliği. 1 — Tanım. 2 — Temsilcilik görevinin sona ermesi. II — Temsilcilere sağlanan korunma. 1 — Temsilcilerin özellikle korunma sebebi. 2 — İş akdinin feshine karşı korunma. A — Genel olarak fesih. B — İşverenin fesih hakkının kapsamı. C — İşverenin farklı işlemlerine karşı korunma. D — Feshin sonuçları. III — Mukayeseli hukukta temsilcilere sağlanan teminat. 1 — Fransız hukuku. 2 — Belçika hukuku. 3 — İtalyan hukuku. S o n u ç.

GİRİŞ

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 34. maddesinde işyeri sendika temsilciliği ve yine aynı Kanunun 30. maddesinde de temsilcilik teminatı düzenlenmiş bulunmaktadır. 274 sayılı Kanunun 1963 yılında çıkarılmasından itibaren, 3008 sayılı İş Kanunundaki «işçi temsilcilerinin» yerini «sendika temsilcileri» almış olmaktadır. Sözkonusu kanun hükmüne göre, işçi temsilcileri, işyerinde çalışmakta olan tüm işçiler arasından seçilmekte idi. Sendikalar Kanununda düzenlenen sendika temsilcileri ise, sendikanın işyerinde çalışan üyeleri arasından atanmaktadır. Temsilci atamaya yetkili sendika, o işyerinde toplu iş sözleşmesini imzalayan işçi sendikasıdır. Diğer deyişle, işyeri sendika temsilcileri, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasınca atanmaktadırlar. İşletme toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikaları açısından durum biraz karışıktır. Özellikle, sözleşme kapsamına giren herhangi bir işyerinde sendikanın üyesi işçinin olmadığı hallerde ne yapılacağı konusunda kanun suskundur.

Temsilcilere sağlanan iş güvencesi konusunda 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30. maddesi ile getirilen teminatın yeterli olduğunu söyleyebilmek oldukça güçtür. Aynı Kanunun 35. maddesinde temsilcilerin görev sürelerinin, toplu iş sözleşmesi süresine bağlı

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

kılınmasıyla temsilciler büsbütün işverenin insafına terk edilmişlerdir. Bu dönemde işveren, temsilcilerin iş akitlerini diğer işçiler gibi fesh edebilecektir. İncelememizde, işverenin, işyeri sendika temsilcilerinin iş akitlerini fesih hakkının kapsamını belirtmeye çalışacağız. Konunun mukayeseli hukukdaki görüntüsünün çok kısa da olsa incelenmesinin yararı şüphesizdir.

I — İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ

1 — Tanım

Doktrinde yazarlar, işyeri sendika temsilcisinin farklı özelliklerinden hareketle değişik tanımlar yapmaktadırlar. Biz bunlardan birkaçını sıralamakla yetineceğiz. Bunlardan birine göre, «sendika temsilcisi, işyerinde çalışan sendika üyelerinin her türlü hak ve menfaatlerini korumakla görevli, orada sendikanın teşkilatlanmasını, güçlenmesini sağlayacak şekilde faaliyet gösteren kişidir» (1). Diğer bir tanıma göre, «işyeri sendika temsilcisi sendikalar kanununun sendikalara tanıdığı bir hak olup, sendikanın bu hakkını kullanmasıyla ortaya çıkan ve sendikanın işyerinde kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını koruyup temsil eden kişidir» (2). Diğer bir yazar ise, «sendika temsilcileri işyerinde işçi ve sendika haklarının koruyucusu durumundadırlar» şeklinde tanımlamaktadır (3). Bir diğer yazar ise, «işyeri sendika temsilcisi işyeriyle sınırlı olmak üzere bir yandan işçilerin (hatta bir ölçüde sendika üyesi olmayanların) işveren ve sendika karşısındaki hak ve çıkarlarını korumaya ve şikayetlerini çözmeye çalışacak; öte yandan, işçilerle işveren arasındaki ilişkiyi düzgün halde tutmak, işyerinde çalışma ahengi ve barışını devam ettirmek için çaba harcıyacaktır» şeklinde bir açıklama yapmaktadır (4).

Sendikalar Kanununun 35. maddesine göre ise; işyeri sendika temsilcileri, işyerine münhasır kalmak kaydıyla işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlemek, işçi ve işveren arasındaki işbirliği ve çalışma ahengi ile çalışma barışını devam ettirmek, işçilerin hak ve menfaatlerini gözetmek, iş kanunları ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir. İşyeri sendika temsilcileri bu görevlerini, işyerinde işlerini

(1) Ağralı, s. 234.
(2) Okur, s. 2, (Teksir).
(3) Süzek, s. 187.
(4) Tunçomağ, s. 160.

aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile yerine getirirler.

2 — Temsilcilik Görevinin Sona Ermesi

Sendikalar Kanununun 35. maddesi gereği, işyeri sendika temsilcilerinin görevi toplu iş sözleşmesinin bitimi ile son bulur. Bu durumda, temsilcilik sıfatı da kendiliğinden ortadan kalkar. Yine Sendikalar Kanununun 34. maddesinde, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasının işyerinde çalışan üyeleri arasında temsilci atayabileceği öngörüldüğünden, işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı ve temsilci olarak atandığı işyerinin işveren tarafından değiştirilmesi halinde de temsilcilik sıfatı sona erer (5). İşletme toplu iş sözleşmesinde; sözleşme kapsamına giren her işyeri için ayrı temsilci atanacağından işyerleri tek tek ele alınarak aynı sonuca varılacaktır. Yani, bu durumda da işyeri değişimi ile temsilcilik görevi ve sıfatı sona erecektir.

Bu haller dışında, hizmet aktinin sona erdiği durumlarda da temsilcilik sıfatı ve görevi sona erer. Bunun yanısıra, temsilcinin sendika üyeliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi, sendikanın temsilciyi azletmesi, sendikanın mevcut temsilcisi yerine o işyerinde çalışan başka bir işçiyi temsilci tayin etmesi gibi hallerde de temsilcilik sıfatı son bulur (6). Açıktır ki, işveren ve sendika bu haklarını iyiniyet kurallarına aykırı kullanmamalıdır (7).

II — TEMSİLCİLERE SAĞLANAN KORUNMA

1 — Temsilcilerin Özellikle Korunma Sebebi

İşçi kuruluşlarının güçlenip, gelişmesi için sadece sendikal özgürlüklerinin kabul edilmesi yetmez. Ayrıca bunların yönetici, temsilcilerinin güvenceye kavuşturulması gerekir (8). Özellikle, işyeri düzeyinde işçi ve sendika haklarının koruyucusu durumunda bulunan (9), işyeri sendika temsilcilerinin diğer işçilerden farklı bir korunmadan yararlandırılmaları gereklidir. İşverenin işçisi olmakla birlikte, işyerinde sendika ve işçilerin menfaatlerini korumakla görevli, kanunlar ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını denetleyen işyeri sendika temsilcisi her an işverenin fesih tehdidi altındadır, bu sebeple

(5) Eyrenci, s. 160.
(6) Fazla bilgi için bkz., Okur, s. 142 - 172, (Teksir).
(7) Ekonomi, İHU Sendikalar Kanunu 20. md., No: 31.
(8) Ekonomi; Okur, İHU Sendikalar Kanunu 20. md., No: 12'den naklen.
(9) Süzek, s. 187.

temsilcilerin görevlerini gereği gibi yerine getirmeleri işverenin farklı işlemleri ve fesih yetkisine karşı korunmalarına bağlıdır.

Sendikalar Kanununun 30. maddesi ile feshe karşı bir teminat sağlamış olmakla birlikte işverenin farklı işlemlerine karşı açıkça herhangi bir korunma öngörülmemiştir.

2 — İş Akdinin Feshine Karşı Korunma

A) Genel Olarak Fesih

İş akdinin belirli hallerde bir fesih hakkına dayanılarak işçi yada işveren tarafından tek yanlı irade beyanı ile sona erdirilmesi mümkündür. İş akdini fesih kavram olarak, haklı sebeple fesih ve feshi ihbarla fesih olmak üzere iki ayrı fesih türünü kapsar. Doktrinde bu mesele farklı terimlerle ifade edilmektedir (10).

Genel olarak iş akdini fesih hakkı, hak sahibine tek taraflı, ulaştırılması gerekli bir irade beyanı ile iş akdini derhal yada belirli bir sürenin geçmesi ile kaldırabilme yetkisi veren bir yenilik doğuran haktır. Bu sebeple iş akdini fesih hakkı, yenilik doğuran hakların ortak özelliklerini taşır. Bu hakkın kullanılabilmesi için karşı tarafın rızası aranmaz, feshe ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaştırılması yeterlidir. İş akdini fesih hakkı bir kez kullanılmakla ortadan kalkar ve bir daha kullanılmaz. Bunun yanında fesih beyanını herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirli ve açık olması gerekir. Ayrıca fesih hakkının şarta bağlı kullanılması da kural olarak mümkün değildir. Gerek haklı sebeple fesih ve gerek feshi ihbar tek taraflı irade beyanıyla var olan bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldırdıklarına göre bozucu yenilik doğuran haklardandır (11).

Bozucu yenilik doğuran hak olarak ortak özelliklere sahip bulunmalarına rağmen haklı sebeple fesih ile feshi ihbar birbirinden kesin çizgilerle ayrılan iki hukuki müessesedir (12).

İK. 13. maddeye göre fesih halinde, bu feshin objektif iyiniyet kurallarına aykırı tarzda yapılması durumunda feshin kötüniyetle yapıldığının ispat yükü işçiye düşer. Fakat işverenin haklı sebeple işçinin (temsilcinin) iş akdini fesih halinde, bunun haklı sebebini isbat işverene aittir. Yargıtay, işçinin işvereni resmi mercilere şikâyet et-

---

(10) Farklı terimler için bkz. Çelik, s. 152.
(11) Süzek, s. 13 - 14.
(12) Süzek, s. 14.

mesi sonucu işverenin hizmet aktini fesih etmesi halinde, işverenin kötü niyetli olduğu sonucuna varmıştır (13).

İK. 13. maddeye göre kötüniyetli fesihte, ihbar tazminatının üçkatı tutarında kötüniyet tazminatı ödenir, işçi işe iade edilemez. Temsilcinin iş akdinin feshinin geçersizliğinde ise, iş akdi hiç fesh edilmemiş gibi devam eder. Temsilci fesihle, feshin iptali arasındaki tüm hakları almaya hak kazanır, işe iade edilir.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şunları söylemektedir: 274 (yeni Kanun 2821) sayılı Sendikalar kanunu işyeri sendika temsilcileri ile ilgili 20. (yeni Kanun 30.) maddesi prosedürü dışında kanunlarımızda işçinin işe iadesini öngören bir hüküm yoktur (14).

İK. 13. maddeye göre fesihi ihbar (ihbarlı fesih) hakkı süresi belirsiz akidle sürekli bağlı kalmanın, diğer deyişle akdi köleliğin önlenmesi amacı güder. Bildirimsiz fesih hakkı (haklı sebeple fesih) ile de, dürüstlük kurallarına göre akdin devamının mümkün olmadığı hallerde taraflara kendisini bu bağdan kurtarabilme imkânı tanınmıştır (15).

B) İşverenin Fesih Hakkının Kapsamı

SK. nun 30. maddesine göre işveren işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akidlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Acaba sözkonusu düzenleme ile sadece feshe karşı bir koruma mı amaçlanmış, yoksa işverenin feshi kabul edilebilinecek tüm işlemlerine karşı koruma mı sağlanmak istenmiştir.

Biz bu konuda önce işverenin Sendikalar Kanununun 30. maddesine göre fesih yetkisini, sonra diğer halleri inceleyeceğiz.

Sözkonusu düzenlemede yer alan haklı sebep kavramı nedir? Bu düzenleme işverene İş Kanununun 17. maddesindeki ihbarlı fesih hakkını da veriyor mu? Öğretide bu konu tartışmalıdır.

Konuya ilişkin olarak sayın **Süzek;** bilindiği gibi haklı fesih sebepleri taraflara belirli yada belirsiz süreli iş aktini derhal feshetme yetkisi veren sebeplerdir (İK. 16, 17 md.ler). Buna karşılık belirsiz sü-

---

(13) Yargıtay 9. HD.'nin 17.2.1965 tarih, E: 410/D-4, K: 66 sayılı kararı, Çelik, s. 167

(14) Yargıtay 9. HD., 6.5.1980 tarih, E. 5929 K. 5367; 24.3.1980 tarih, E. 3227, K. 2738 sayılı kararları; Çenberci, s. 245.

(15) Süzek, s. 16 - 18; Çelik, s. 151 - 152; Oğuzman, s. 34 - 35.

reli bir iş akdinin feshi ihbarla fesh imkânı tanıyan iyiniyet kurallarına uygun bulunan feshi ihbar sebepleri ise meşru sebepler olarak kabul edilmelidir. Böylece haklı sebep (juste motif) kavramından farklı olarak ortaya meşru sebep (motif legitime) kavramı çıkmaktadır (16). Objektif iyiniyet kurallarına uygun bilinen feshi ihbarla işe son vermeler meşru sebeple fesih olarak nitelendirilecektir. Meşru fesih sebepleri bir haklı fesih sebebi teşkil edecek ağırlıkta bulunmamakla birlikte işverene feshi ihbar önellerine uyarak belirsiz süreli iş akdine son verme imkânı sağlayan sebeplerdir. Meşru sebeplere uygun olarak yapılan feshi ihbarlar bir kötüye kullanma teşkil etmeyecektir (17).

Açıklanan şekilde, haklı sebep - meşru sebep ayırımına yer veren yazar Sendikalar Kanununun 30. maddesi ile işverene tanınan ihbarlı fesih hakkının işyeri sendika temsilcileri açısından kaldırıldığını belirtmektedir. Yazar, temsilcilerin iş akidlerini işverence yalnız İş Kanunu 17. maddede belirtilen hallerde fesih edilebileceğini, bunun iş hukukunun işçiyi koruyan bir hukuk olmasının tabii sonucu olduğunu ifade etmektedir. Bu yönüyle, temsilciler açısından Sendikalar Kanunu 30. maddede belirtilen haklı sebep kavramının meşru sebep hallerini kapsamadığı sonucuna varmaktadır. Yine yazar, sebebin bir haklı sebep oluşturacak ağırlıkta olmadığı hallerde (Mesela: İşverenin temsilcinin çalıştığı üniteyi kapatması), iş hukukunun işçiyi koruyan hukuk olması sebebiyle, işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde temsilci işçiyi işyerinin en uygun yerinde istihdam etmesi gerektiğini bildirmektedir. Tüm bunlara ek olarak yazar, sözkonusu kanun metninin (SK. 30. md.) mutlaka temsilci işçi lehine yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır (18).

Aynı konuda sayın **Okur;** ülkemizde kanun koyucu sendika temsilcilerini diğer sendika ve işçi yöneticilerinden farklı bir biçimde özellikle feshe karşı korumuştur. Bunun yanında sendika ile işveren imzaladıkları toplu iş sözleşmelerinde, temsilcilerin işyerindeki faaliyetlerini düzenleyici, onlara bazı kolaylıklar sağlayıcı ve onları feshe karşı koruyucu hükümlere yer vermektedirler. Bu hükümler temsilcirin iş sözleşmelerinin feshinden önce disiplin kurulu kararı alınmasını, temsilcilere karşı İş Kanununun 13. maddesinin ve bazı haklı fesih sebeplerinin kullanılmasını aksi halde ağır bir tazminat ödenmesini öngörmektedir. Bu sınırlamalar fesih yetkisini giderek sınırlayan, ira-

---

(16) Aynı görüş için bkz. Oğuzman, s. 209.
(17) Süzek, s. 110 - 111.
(18) Süzek, 1983 - 1984 öğretim yılı ders notları.

de özerkliğine dayalı fesih kavramı yerine, statüye bağlı fesih kavramı getiren, feshi artık işverenin kişisel tasarrufu değil işletmenin daha iyi yürüyebilmesi için alınması gerekli bir tedbir olarak gören çağdaş gelişmeye uygun olur (19), şeklinde bir açıklama ile işverenin fesih yetkisinin sınırlanabileceğini belirtmektedir. Buna karşılık işverenin temsilcinin iş sözleşmesini feshettiği her durumda, feshin bildirimli - bildirimsiz veya toplu oluşuna bakılmaksızın ve feshin sebebini de dikkate almaksızın özellikle fesihin sendikal nedene dayalı olup olmadığını aramaksızın Sendikalar Kanunu madde 20/5 (yeni Kanun 30. md.) deki hükümler uygulanmalıdır (20), diyerek işverenin fesih hakkının da bulunduğu sonucuna varmaktadır.

Bir başka yazarımız **Mollamahmutoğlu;** hizmet aktinin işverence feshi himayenin muhtevasını meydana getirir ve fesih türü önemsizdir. Sendikalar Kanununun 30. maddesine göre, eğer fesih haklı bir sebebe dayanmaz ise özel himaye sistemi doğar. Acaba, işverenin hizmet aktini fesih yetkisinin temelini meydana getiren bu «haklı sebep» ne anlama gelmektedir? İşyeri sendika temsilcilerinin hizmet akdini feshi sözkonusu olduğunda haklı sebep şartlarına göre ihbarlı yada ihbarsız fesih hakkının kullanılmasını meşru kılan her durumdur, diyen yazarımız şöyle devam etmektedir. Bilindiği gibi, belirsiz süreli hizmet akdine has olan ihbarlı fesih hakkının kullanılması açık bir sebebin varlığına bağlı değildir. İşte Sendikalar Kanununun 30. maddesi burada bir istisna getirmekte ve ihbarlı fesih hakkını kullandığında dahi işverene feshe dayanak olarak açık bir sebep getirme mecburiyeti yüklemektedir.

Şu halde, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş akdinin feshinde haklı sebep: İyiniyet kurallarına göre işten çıkarmayı meşru kılan herhangi bir olay yahut durum olacaktır. Bu durumda haklı sebep, sözleşmeyi derhal sona erdirecek ağırlıkta olmayan ama ihbarlı fesih hakkını mümkün kılan bir sebeptir. Türk doktirinine göre böyle haklı sebep aslında bir meşru sebeptir. Bu sebep işletmenin mali, teknolojik ekonomik güçlüklerinden ibaret olabileceği gibi temsilci işçinin hafif kusuru, mesleki yetersizliği veya uyumsuzluğu da olabilir. Şayet temsilci işçinin hizmet akti ihbarsız fesih hakkının işverence kullanılması ile sona erdirilmişse haklı sebep, İş Kanunu 17. maddede sıralananlardan biri veya benzerleri olacaktır.

Sonuç olarak Sendikalar Kanunu, 30. maddeki haklı sebep ağırlığına göre akdin ihbarlı yada ihbarsız feshini meşru kılan her

(19) Okur, İHU, SK. 20. mad. No: 12.
(20) Okur, s. 248 - 249, (Teksir).

durum olarak anlanmalıdır. Herşeye rağmen şunu belirtelim ki, Sendikalar Kanunu 30. maddesi, İş Kanununun 13. maddesindeki işverene tanınan ihbarlı fesih hakkını ortadan kaldırmış değildir. Fakat bu hakkın işverenden alınması daha adil olurdu sözleriyle yazarımız konuya ilişkin görüşlerini açıklamaktadır (21).

Sayın **Ekonomi,** konuyu şu şekilde ele almaktadır : İş Kanununun 13. maddesine dayanarak hizmet akdi feshedildiğinde, geçerli sebepler yönünden işverene iş akdini haklı sebeple derhal fesih yetkisi veren sebepler dışında işçinin şahsından veya davranışlarından ileri gelen nedenlerin yahut işyeri gereklerine dayalı nedenlerin varlığına bakılması uygun olacaktır. İşverence işyeri gereklerine (hammadde yokluğu, satış güçlükleri, rasyonalizasyon önlemi, işyerinin bazı bölümlerinin faaliyetine son veriimesi ve işyerine ilişkin önlemler alınmasını gerektiren diğer nedenler) dayanarak gerek toplu işçi çıkarma ve gerek bireysel işçi çıkarma hallerinde işverenin İş Kanununun 13. maddesine göre feshini haklı kılan geçerli haklı nedenler bulunduğundan, temsilci işçinin Sendikalar Kanununun 20/5. (yeni Kanunun 30.) maddesi hükümlerine göre işe iadesi sözkonusu olamaz.

Aynı durum, işyeri sendika temsilcisinin şahsından ileri gelen bedensel ve ruhsal yönden yetersizlik, beceriksizlik, gerekli öğrenme kabiliyetinin azlığı, işyeri şartlarına uyumsuzluk veya davranışlarına dayalı haklı sebeple derhal feshini gerektirecek kadar ağır olmayan davranışlar, özellikle hizmet akdinden doğan borçlara aykırı davranışlar, (işyeri barış ve düzenini bozan davranışlar gibi) için de geçerlidir. Hizmet akdi bu tür geçerli sebeplerle de işverence İK. nun 13. maddesine göre feshedildiğinde temsilci işçi ise iade edilmeyecektir. Fakat, geçerli nedenlerin bulunmadığı durumlarda işe iade edilecektir. Feshin geçerli nedenlere dayandığını isbat işverene aittir (22).

Yine sayın **Eyrenci**'de, Sendikalar Kanununun 30. maddesindeki hükme göre, «işveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akidlerini haklı sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez». Buradaki «haklı sebep olmadıkça» ifadesinden, ilk bakışta, işverenin temsilcisinin hizmet akdini ancak İK. nun 17. maddesine göre bildirimsiz derhal fesih yoluyla sona erdirebileceği sonucu çıkarılacaktır. Ancak kanımızca, bu ifade ile yasa koyucu fesih türünü belirtmeyi amaçlamamış, haklı bir sebebin varlığı ha-

(21) Bu çalışmada Sayın Mollamahmutoğlunun tercümelerinden yararlanılmıştır.
(22) Ekonomi, İHU., SK. 20. md., No : 4.

linde yapılan bir feshin sonucunda temsilcinin mahkemece işe iadesinin sözkonusu olmayacağını belirtmiştir. Bununla beraber, toplu iş sözleşmesinde temsilcinin hizmet akdinin ancak İK. nun 17. maddesi uyarınca feshedilebileceğinin öngörülmesi mümkündür. Buna göre, işveren temsilcinin iş akdini feshettiği her durumda, ezcümle bildirimli veya bildirimsiz fesihte yahut toplu çıkarma halinde temsilci işçi Sendikalar Kanununun 30. maddesi teminatından yararlanacaktır, şeklindeki açıklamalarıyla ihbarsız feshi de mümkün görmektedir (23).

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, doktrinde sayın **Süzek** dışında birçok yazar farklı gerekçelerle aynı sonuca varmaktadır. Netice olarak, Sendikalar Kanununun 30. maddesi karşısında İK. nun 13. maddesinin uygulanabileceği görüşünde birleşmektedirler.

Kanaatimizce, konu salt (hizmet akdi) feshi olarak ele alınmamalıdır. Herşeyden önce, Sendikalar Kanunu 30. maddeyle temsilcilik görevi süresince, görevin fiilen ifasının gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Temsilci işçi üyesi bulunduğu sendika ve özellikle o işyerinde çalışan işçiler adına çok önemli görevler yüklenen kişidir. Görevlerini gereği gibi yerine getirebilmesi, diğer işçilerden ayrı ve üstün bazı teminatlara sahip olmasını gerektirir. Kanun koyucu, Sendikalar Kanununun 30. maddesi ile bu güvenceyi sağlamayı amaçlamış olsa gerekir.

Temsilcilere sağlanan himayenin görevlerinin devamınca kesintisiz olması, bu süre içinde temsilci işçinin gerekli ve yeterli teminata kavuşturulması gerekir. Mesela, Alman Hukukunda, işyeri sendika temsilcilerinin iş akidleri görev süreleri içinde, haklı sebebe dayalı derhal fesih dışında kural olarak feshedilemez. Aksi halde fesih geçersiz olur (24). Aynı şekilde, bizim hukukumuzda da temsilcinin hizmet akdinin haklı sebeple derhal fesih dışında feshedilememesi gerekir. Görev süresince sağlanan bu korunma, yüklenen sorumluluk ve rikslerin tabii sonucudur. Diğer yönüyle, şayet feshin muhtevasını oluşturan sebep derhal feshi gerektirecek ağırlıkta değil ve işyeri gereklerinden kaynaklanıyorsa, akdi en son fesh edilecek işçiler, temsilciler olmalıdır. Bu sebeple işverenin ihbarlı fesih hakkını temsilcilere karşı kullanım alanı oldukça daralmakta, adeta yok olmaktadır. Aksi halde işveren, zoraki sebepler oluşturarak yetenekli ve tecrübeli temsilcileri işyerinden uzaklaştırabilir. İşçi yararına

(23) Eyrenci, s. 161.
(24) Hueck, A., s. 256 vd.; Ekonomi, İHU. SK. 20. md. No : 4'den naklen.

olmak zorunda olan Sendikalar Kanununun 30. maddesinin işverenlere bu hakkı verdiği düşünülemez.

Temsilcinin şahsından kaynaklanan sebeplerin meydana gelmesi halinde de, derhal feshi gerektiren ağırlıkta olmayan sebeplerle temsilcinin hizmet akdi feshedilmemelidir. Bu teminat görev süresi için, görevin gereği olarak sağlanmalıdır. Aksi halde görevin anlamı kalmaz.

C) İşverenin Farklı İşlemlerine Karşı Korunma

Birçok ülke hukuk sisteminde, temsilcileri, işverenin farklı işlemlerine karşı koruyucu hükümlerine yer verilmemiştir. Ancak bu durum, biraz da bu ülkelerde benimsenen işçi - işveren ilişkileri sisteminin bir sonucu olup, bunların hiçbir korunmadan yararlanmadığı anlamına gelmez. Konuya ilişkin olarak, sendika temsilcilerini işverenin farklı işlemlerine karşı koruyucu milletlerarası kurallar da henüz kabul edilmemiştir. Yalnız genel olarak işçileri koruyucu anlaşmalardan bu konuda yararlanılabilinir (25).

Sendikalar Kanunumuzun 30 ve 31. maddelerinde işyeri sendika temsilcilerini koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Kanunumuzun 31. maddesinde genel olarak işçiler sendikal faaliyetleri sebebiyle işverenin farklı işlemlerine karşı korunmaktadırlar. Bu hükümden en evvel yararlanması gerekenlerin temsilci işçiler olduğu açıktır. Biz bu konuda daha çok Fransız Hukukunda işten çıkartılmaya benzetilen, işverence temsilcinin işyeri veya işinin değiştirilmesi (26), gibi konuları inceleyeceğiz.

İşveren, işyerinde yönetim yetkisinin bir sonucu olarak ekonomik ve teknik gelişmelere uyabilmek amacıyla işletmeyi yeniden düzenleyebilme hakkına sahiptir (27). İşveren işyeri ile sınırlı olan bu yönetim yetkisini sendika temsilcilerinin görevlerini engellemek amacıyla kullanamaz Yalnız olağanüstü hallerde (yangın, sel, deprem vs.) temsilci işçi işverene sadakat borcu gereği esas işiyle alâkalı olmayan başka işleri de yapmak zorunda kalabilir. Bu gibi istisnalar dışında işveren temsilciyi esas işi ile ilgili olmayan işlerde çalıştıramaz. Aksi halde, işverene temsilciyi feshe zorlayıcı işlemlerde bulunma yetkisi verilmiş olur ki, kanuna karşı hile teşkil edecek böyle bir yetki, hem Sendikalar Kanununun 30. maddesine hem de aynı Kanunun 31. maddesine aykırı olur.

---

(25) Okur, s. 174, (Teksir).
(26) Mollamahmutoğlu.
(27) Okur, s. 175 - 176, (Teksir),

Bilindiği gibi işyeri sendika temsilciliğini düzenleyen hüküm (SK. md. 30), işverenin temsilcinin hizmet akdini feshetmesi halinde uygulama alanı bulacaktır (28). Acaba hizmet akdinin devamı süresi içinde işverenin tek taraflı olarak temsilcinin işyerini değiştirmesi halinde Sendikalar Kanununun 30. maddesi hükmü uygulanabilir mi? Yargıtay 1979 tarihli bir kararında; muvafakatı alınmadan çalıştığı işyeri değiştirilen temsilcinin buna uymayıp hizmet akdini feshetmesi ve işine iadeyi talep etmesi üzerine, burada haklı feshin varlığını kabul etmiş. Fakat, kanunda işe iadenin nakle değil işverence işe son vermeye ilişkin olarak düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle işe iadenin söz konusu olamıyacağı sonucuna varmıştır (29). Biz Yargıtayın belirtilen görüşüne katılamıyoruz. Herşeyden önce, işyeri sendika temsilcisinin Sendikalar Kanununun 30. maddesinde düzenlenen korunmadan yararlanabilmesi için temsilci olarak atandığı işyerinde fiilen çalışır olması gereklidir. Başka bir işyerine nakil halinde, işçi temsilcilik sıfatını kaybedecektir. Temsilci olarak atandığı işyeri işveren tarafından tek yanlı olarak değiştirilen işçi de bu yolla Sendikalar Kanununun 30. maddesinin getirdiği teminattan yoksun kalacaktır. İşyeri sendika temsilciliği sıfatı ve görevinin sona erdirilmesi işverenin iradesine bırakılmamıştır Esasen böyle bir yol, kanuna karşı hile teşkil eder ve müessesenin niteliğine ve işverenin fesih işlemine karşı Sendikalar Kanununun 30. maddesi ile getirilen korunma ile güdülen amaca aykırı düşer (30).

İşverenin birden fazla bağımsız işyeri var ise, bunlardan birinde çalışan temsilciyi işveren yönetim hakkına dayanarak başka bir yere nakledemez. İşverenin bu konuda vereceği tek taraflı emir ve talimat yönetim hakkı kapsamına girmez, dolayısıyla verilen emir ve talimatlar geçersizdir. Temsilci işçinin muvafakatının alındığı durumlarda aynı sonuca varamayız. Ancak çok istisnai hallerde (temsilcı işçinin çalıştığı bölümün kapatılması vs.) işveren, temsilcinin işyerini en uygun yere nakil şartı ile değiştirebilir (31).

D) Feshin Sonuçları

Sendikalar Kanununun 30. maddesi hükmü gereği işveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akidlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe fesh edemez. Fesih

---

(28) Eyrenci, s. 162

(29) Eyrenci, İHU. SK. 20. md. No : 10; 9. HD., 9.7.1979, E. 79/10403. Çelik, s. 297 - 298; Eyrenci, s. 162.

(30) Eyrenci, İHU. SK. 20. md. No : 10

(31) Eyrenci, İHU. SK. 20 md., No : 10; Tunçomağ, s. 161; Eyrenci, s. 162; 274 sayılı Kanun dönemindeki durum için bkz Okur, s. 179 vd., (Teksir).

bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Dava seri muhakeme usulüne göre (HUMK. nun 501 - 506. maddeleri) iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkeme temsilcinin işine iadeye karar verirse fesih geçersiz sayılarak, iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün hakları işveren tarafından ödenir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. İşine iade kararı verilen işçi altı iş günü içinde işine başlamak zorundadır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenmez

Mahkemenin kararı kesin olmakla beraber işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları saklıdır.

Yukarıda madde metninde de belirtildiği gibi, himaye prosedürü, temsilcinin iş akdinin işverence feshinden sonra temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın talebi ile işlemeye başlamaktadır. Sözkonusu talebin yapılması gereken bir aylık süre, kanaatimizce bir hak düşürücü süre olup hareketsiz geçirilmesi halinde hakkın düşmesine sebep olacaktır (32) Bununla birlikte, temsilci her şarta genel hükümlere göre dava açılabilir. Yalnız, bu halde himaye hükümleri işlemez, genel hükümler uygulanır (33).

Özel himayeyi düzenleyen Sendikalar Kanununun 30. maddesi uygulamada bazı problemlere yol açabilecek şekilde düzenlenmiştir. Meselâ, temsilcinin çeşitli sebeplerle dava hakkından vazgeçmesi, buna karşılık, temsilcinin rızası hilafına sendikanın dava talebinde bulunması halinde durumun ne olacağı belirgin değildir. Bizce burada sendikaya bir insiyatif tanınmış olsa da gerçek hak sahibi temsilcinin kendisidir Her ne kadar ilgili hükmün lâfzından, her ikisine de dava hakkı verildiği sonucu çıkarılabilinirse de sendika davayı temsilcinin rızası bulunduğu hallerde açabilmelidir. Özellikle temsilci işçinin değişik şekillerde tatmin edildiği durumlarda veya temsilcinin sendikaya karşı olduğu zamanlarda sendikaca açılan dava sonuçsuz kalacaktır. Bütün bunlara ek olarak, bu gibi hallerde sendikanın hukuki yararının bulunduğu dahi şüphelidir (34). Benzer şekilde, devam etmekte olan davadan, davanın herhangi bir aşamasında, herhangi bir sebeple temsilcinin vazgeçmesi halinde de aynı

---

(32) Aynı yönde bkz. Tunçomağ, s. 163; Mollamahmutoğlu.
(33) Mollamahmutoğlu.
(34) Aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu.

sonuca vararak, hukuki yararın ortadan kalkmış olması gerekçesiyle davaya son vermek gerekir.

Kanun metninden de anlaşılabileceği gibi, fesih sebebini ispat işverene aittir. İşveren fesih bildiriminde açık ve kesin şekilde belirtmek zorunda olduğu fesih sebebiyle bağlıdır ve dava açılması halinde belirttiği sebebi ispatlamak zorundadır.

Bilindiği gibi feshin mahkeme kararıyla geçersiz sayılması halinde, bozucu yenilik doğuran hak bir hüküm ve sonuç doğurmamakta ve temsilci ile işveren arasındaki akdi ilişki hiç çözülmemektedir. Yani, iş akdi tüm hüküm ve sonuçlarıyla kesintiye uğramaksızın devam etmektedir. Diğer bir deyişle burada yapılan fesih bir tür butlanla malûldür. Anılan batıl olma haklı sebep kavramının gerçekleşmemiş olmasının bir müeyyidesini oluşturur. Şu halde, hakim haklı sebep yokluğunu tespit ettiği anfeshi geçersiz sayacak ve bunun sonucu olarak da işe iadeye hükmedecektir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, haklı sebep yokluğu sebep yokluğu anlamına gelmez. Çünkü, tüm tek yanlı işlemlerde işlemin orijininde zorunlu olarak bir sebep bulunmak zorundadır ve bu sebep subjektif olarak gözükür. Yani, işlemin yapılmasını tespit eden bir sebep olarak ortaya çıkar (35).

Mahkemece fesihin geçersizliğine karar verilmesi halinde feshin geçersizliğinin tabii bir sonucu olarak işe dönme hakkı elde eden temsilcinin altı işgünü içinde işe başlaması gerekmektedir. Burada hizmet sözleşmesinin geçersizliğinin askıya alınmış olması hali yoktur. Çünkü, askı durumunda ücret sözkonusu olmaz (36). Halbuki, bahsedilen halde, ücret ve tüm hakların verilmesi zorunludur (37). Konuya ilişkin olarak altı iş günü içinde işe başlamak zorundadır ifadesini de, işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır şeklinde anlamak gerekir (38).

İşveren tarafından yapılan fesihin mahkeme kararı ile geçersiz kılınmasının bir neticesi olarak, temsilci işine ve aynı zamanda fonksiyonlarına iade edilmektedir. Fakat, Sendikalar Kanununun 30. maddesi işverene temsilcilik görevi sonuna kadar ücret ve diğer haklarını ödemek şartıyla çalıştırmama hakkını verir gözükmektedir. Kanaatimizce, böyle bir sonuca varmak anılan düzenlemenin amacına ve iş hukukunun işçiyi koruyucu yönüne aykırıdır. Getirilen himaye-

(35) Mollamahmutoğlu.
(36) Süzek, Ders notları.
(37) Karşı görüş için bkz. İnce, s. 132.
(38) Eyrenci, s. 167.

nin amacı temsilcinin ücret ve diğer haklarını koruma altına alma değil aksine temsilcilik müessesesinin fonksiyonlarının gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Aksi halde, Sendikalar Kanununun 30. maddesi ile getirilen korumanın anlamı kalmaz.

Bu konuya ilişkin olarak, fesihin geçersizliği halinde temsilci işçiye ödenecek ücret ve diğer hakların temsilcilik süresine bağlı olmadığını sanıyoruz. Temsilcilik sıfatının sona ermesiyle iş sözleşmesinin sona ermesi birbirinden bağımsızdır. Aksi durumda, mahkeme kararının bağlayıcılığı temsilcilik süresine bağlı kılınmış olur ki, böyle bir sonuç mümkün değildir (39). Diğer bir deyişle, bu hallerde temsilcilik görevi son bulsa da iş akdi devam etmektedir. Yalnız, artık işçi Sendikalar Kanununun 30. maddesi himayesinden yararlanamayacağından, işveren iş akdini İş Kanununun 13. maddesi uyarınca fesh edebilir. Bu halde feshin sendikal faaliyetler sebebiyle yapıldığı hususunda güçlü bir kuşku doğacaktır (40).

Sendikalar Kanununun 30. maddesinde tazminat sözcüğü ile neyin kastedildiği açık değildir. Lafzi bir yaklaşımla, maddenin ayrıca bir tazminat öngördüğü sonucuna varılabilir (41). Bizce, bu tazminat kelimesi ile bir önceki cümlede yer alan «temsilcinin ücret ve diğer hakları» ifade edilmek istenmektedir (42).

Diğer taraftan, işe anılan sürede dönmemenin burada tazminat olarak belirlenen ücret ve diğer hakları neden kaybettirdiğini anlamak güçtür. Çünkü, mahkeme kararı ile feshin geçersiz kılınması, iş aktinin kesintiye uğramaksızın devam ettiği anlamına gelir. Dolayısıyla, sözleşmenin devamı süresince ücret ve diğer hakları işveren ödemek zorundadır. Diğer bir deyişle, kendi kusuru ile temsilci işçinin çalışmasını engelleyen işverenin bu süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ödemesi gereklidir. Burada belirtilen sürede işe dönmemekle, ancak mahkeme kararından sonraki döneme ilişkin ücret ve diğer hakların kaybı düşünülebilir.

III — MUKAYESELİ HUKUKTA TEMSİLCİLERE SAĞLANAN TEMİNAT (43)

1 — Fransız Hukuku

Fransız hukukunda, sendika temsilcileri feshe karşı etkili şekilde korunmuşlardır. 18 Haziran 1966 tarihli Kanunla sendika tem-

(39) Eyrenci, s. 166.
(40) Ekonomi, İHU. SK. 20. md. No : 4; Eyrenci, s. 167.
(41) Mollamahmutoğlu
(42) Çelik, s. 297; Tunçomağ s. 163; Mollamahmutoğlu.
(43) Süzek, s. 43 vd.

silcilerinin işten çıkarılması özel bir usule bağlanmıştır. Temsilcilere bir yıl kıdemi olması kaydıyla görevlerini sona ermesinden itibaren altı ay işverenin feshine karşı korunmuşlardır. Bu hukuk sisteminde temsilcilerin iş güvencesi işletme kurulu ve iş müfettişlerinin onayına dayanan ikili bir denetim sistemi ile sağlanmaktadır. İşveren, temsilcilerin işledikleri kusur ne kadar ağır olursa olsun iş akdinin feshinden önce işletme kuruluna başvurmak zorundadır. Kurul gizli oyla ve oylamaya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir. Kararın işverenin aleyhine olması halinde, işveren sözkonusu karara ilişkin tutanak tanzimi tarihinden itibaren 48 saat içinde yetkili iş müfettişine başvurabilir. İş müfettişi bu konuda kararını onbeş gün içinde verir. Yapılan tüm incelemelerde her iki taraf (Temsilci ve İşveren) mutlaka dinlenir.

2 — Belçika Hukuku

Belçika hukukunda ise, 1946 tarihli Kanunun 21. maddesinde işletme kurullarında görevli işçi temsilcileri yanında, bu temsilciliklere aday olanlar dahi korunmuşlardır. Temsilcilerin iş akidlerinin feshi ancak ya derhal fesih yetkisi veren bir haklı sebebin ortaya çıkması yada işletmenin ekonomik ve teknik zorunluluklarının böyle bir feshi gerektirmesi halinde sözkonusu olur. Feshi gerektiren işletme zorunluluklarının varlığı ise, işçi ve işveren temsilcilerinden kurulu yetkili bir komisyon aracılığı ile takdir edilir.

3 — İtalyan Hukuku

İtalyan hukukunda, işçi temsilcilerinin iş akidleri üyesi bulundukları mahalli sendikanın onayı olmaksızın feshedilemez anlaşmazlık halinde bir hakem kurulu sorunu çözümler. Hakem kurulu feshin geçersiz ve hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmediğini kararlaştırabileceği gibi, fesihten doğan kanuni haklar dışında temsilcinin beş ilâ sekiz aylık ücreti tutarında özel bir tazminat ödenmesi şartı ile feshe izin verebilir.

SONUÇ

İncelememizde belirtildiği gibi, Türk hukuk sisteminde temsilcilere tanınan himaye, işverenin fesih beyanı sonrası işlemeye başlar. Fesih öncesi herhangi bir denetim yolunun öngörülmemiş olması hukuk sistemimiz açısından bir eksiklik teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak, fesih sonrası herhangi bir korunmanın sağlanmamış olması yönüyle de Sendikalar Kanununun temsilcilere sağladığı korunma yetersizdir. Konuya ilişkin olarak, yabancı hukuklardakine benzer bir düzenleme ile sorun belirli ölçüde çözülebilir sanıyoruz.

Sendikalar Kanununun konuyu düzenleyen hükümlerinde bazı cezai müeyyideler öngörülmemiş olması, sağlanan korunmanın etkisini büyük ölçüde azaltmaktadır. Özellikle mahkeme kararıyla temsilci işe iade edilmişse de, işveren görev ve fonksiyon ifasını engelleyebilir. Sözkonusu mahkeme kararının işlerliğini sağlayıcı belirli bir yaptırımın olmaması temsilcileri işverenin insafına teslim etmektedir. İcra - İflâs Kanununa göre ilâmların icrası ile dahi bu mümkün görülmemektedir (44).

Kanuna karşı hile halleri Sendikalar Kanununun temsilcilere ilişkin maddelerinde öngörülmemiştir. Özellikle, işyerinin veya işin değiştirilmesi durumlarında temsilcilerin özel korunma prosedüründen yararlandırılmaları gerekmektedir. Aksi halde, özel düzenlemenin anlamı kalmaz.

---

(44) Mollamahmutoğlu.

●

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AĞRALI, Sedat : Günümüze Kadar Belgelerle Türk Sendikacılığı, İstanbul 1967.

ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1984.

ÇENBERCİ, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.

EKONOMİ, Münir : İHU, SK. 20. md., No : 4.

EKONOMİ, Münir : İHU, SK. 20. md., No : 31.

EYRENCİ, Öner : Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984.

İNCE, Ergun : Toplu İş Hukuku, İstanbul 1983.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi : La Protection des Dèlèguès Syndicaux Droit du Travail Turc

OĞUZMAN, M. Kemal : Türk Borçlar Kanunu Ve İş Mevzuatına Göre (İs) Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

OKUR, Ali Rıza : İHU, SK. 20. md., No : 12.

OKUR, Ali Rıza : Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği Ve Güvencesi, İstanbul 1981, (Teksir).

SÜZEK, Sarper : İş' Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.

SÜZEK, Sarper : 1984 Ders Yılı Notları.

TUNÇOMAĞ, Kenan : İş Hukuku, II. Cilt. İstanbul 1985.

SORUMLULUK VE İŞ HUKUKU YÖNÜNDEN HASTALIK

Ahmet İYİMAYA (*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Giriş. II — Hastalık kavramı. III — İş hastalığının belirlenmesi ve kanıtlanması. A — İş hastalığının belirlenmesi yöntemi. 1 — Hastalığın belirlenmesi. 2 — İşlem sonucuna itiraz B — İş hastalığının ispatı (deliller). IV — Meslek hastalığı sigortası dışında kalan hastalık alanı. 1 — Sigorta mevzuatında öngörülen sürelerin dışında oluşan hastalıklar. 2 — Bulaşıcı hastalıklar. 3 — Manevi tazminat isteminin bağlandığı hastalıklar. V — Tazminatla ilgili bazı sorunlar. A — İş göremezlik tazminatı ile destekten yoksun kalma tazminatının çatışması sorunu. 1 — İş göremezlik tazminatının destekten yoksun kalma tazminatını önleyememesi konusu. 2 — İş göremezlik tazminatının destekten yoksun kalma tazminatı ile denkleştirilmesi konusu. B — İş hastalığına yakalanan kişinin sağlığında aldığı manevi tazminat ile ölüm sebebiyle yakınlarının isteyebilecekleri manevi tazminatın çatışması sorunu. VI — Hastalık - sorumlulukla ilgili diğer sorunlar. VII — S o n u ç.

I — GİRİŞ :

Gelişmiş ve hızla gelişmekte olan teknoloji, yüce amaçlar uğruna insanında içinde bulunduğu çevreyi tüketmektedir. Solunacak havanın (1), gürültüden soyutlanmış alanın ... bulunmadığı şehirler (2) az değildir. Çoğu kez yararlı olan gaz, buhar, elektrik enerjisi, duman, radyasyon ... üretim ve tüketim hırsı içinde, değişik teknolojik sunumlarda ters - tepen silah niteliğine bürünmektedir. Giderek bir tür fizyolojik denge olan sağlık, yerini hastalığa ve yaşamdan ayrılığa bırakmaktadır (3).

Ortaya çıkan çarpık ve tahripkâr sonuçların giderilmesi, insanlığın görevidir. Bu görevin algılandığı söylense dahi, kişi, ülke ve milletlerarası bazında yerine getirildiği söylenemeyecektir.

Sorumluluk Hukukunun temel işlevlerinden biri de önleyiciliktir. Amaç yalnızca zararın karşılanması değil, zararın ortaya çıkmasının önüne geçilmesidir. Yargı kararı ile kurulan tazminat yaptırımı, sorumluyu bir daha öyle sonuçla karşı karşıya kalmamasına yönlendi-

---

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Hürriyet Gazetesi, 23.1.1979, Düşüncelerin Formu. Milliyet Gazetesi. 30.5.1976.

(2) Ural. Çevre ve Hukuk. Ankara. 1981. Shf. 109. Ankara yerleşim alanının en ıssız yerinde dahi gürültünün 65 - 70 desibel olduğu, bu eserde ifade edilmektedir. Kulak, sinir ve beyin için ne denli çağdaş mikrop ürettiğimizi bu örnek yeterince açıklamaktadır.

(3) Dr. Cahit Erkan, İşçi Sağlığı Ders Kitabı. Ankara, 2. Bası. 1972. Shf. 4 ve clv.

rir (4). Amerikan teknolojisinin olumsuz sonuçları, dönemlerinde açılan ve karara bağlanan yüklü tazminatlarla büyük ölçüde önlenmiştir. Amerikan hukukunda tanınan grup dava uygulamasının hukukumuz yönünden yokluğu, önemli bir eksikliktir (5).

Gelişmiş teknolojinin işletmelere uyarlanması, emek - yoğun işletmeler yönünden işçiyi onulmaz kaderin önüne atmıştır. Bu sözümüz, teknolojinin reddi anlamına alınmamalıdır. Ancak bu kabul içinde, işyerinde tükenen yaşama (6). üretim uğruna insan unsurunun feda edilmesi anlamına gelen önlemsizliğe ve sorumsuzlukla eşdeğer taşıyan serbestiye hukukun sınır ve yaptırım getirmesi gerekir.

Bu yazımızda işyerinde ve çalışma hayatında ortaya çıkan hastalık kavramı üzerinde durulacaktır. Bağımsız bir esere konu olacak genişlikte olan sorunun uygulamada beliren güncel yönleri ele alınacaktır. Bu yönüylde inceleme. olması gerekenin altında sayılacak kısalıktadır. Olası her sorunun değil, öngörülen bazı sorunların değerlendirilmesi yapılmıştır

II — HASTALIK KAVRAMI :

Hastalık. sağlık denen fizyolojik dengenin bozulmasıdır. Hastalık, tıp - yoğun bir kavramdır. Ancak hakkın temel süjesi olan insandaki değişim ve bozulma ile hukukun uğraşmaması olanağı yoktur.

İşyerindeki etmenlerle işçinin yakalandığı hastalık, iş hastalığı olmaktadır.

İş Hukuku yönünden hastalık, sigorta hukukunda düzenleme gören meslek hastalığı kavramından daha geniştir. Her meslek hastalığı iş hukuku anlamında hastalıktır. Fakat bunun yanında meslek hastalığı tanımına girmeyen, iş hastalığı sayılan hastalık alanı bulunmak-

---

(4) Prof. Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. Ankara. 1986. Shf. II/ 150 - 153, Prof. Tercier (Özdemir Çerv.) Sorumluluk Hukuku, Ankara. 1983. Shf. 7 ve civ.

(5) Prof. Halûk Tandoğan, ... Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk. Yargıtay Dergisi, 1986. Cilt : 12. Sayı : 1 2. Shf. 48 ve civ.

(6) Rakamlarla İşyerlerinde tükenen yaşam, Petrol İş Sendikası yayını. Eserin tamamı. «Azottan Emekliyse Yaşamaz» başlıklı derleme. Nokta Dergisi 2 Kasım 1986. Sayı : 43. Shf. 32 (vd.) — hekimliğinin kurucusu olarak bilinen Ramazzini, 1701 yılında şöyle diyordu : «Çoğu zaman zanaat, bunu icra edenler için hastalık kaynağı olmaktadır. Kendilerinin ve ailelerinin geçimi için sarfedilen çaba, en vahim hastalıkların kaynağı olarak ölüme yol açıyor, nankör meslek lanetleniyordu.» (Prof. Cahit Talas. Sosyal Güvenlik. Ankara. 1953. Shf. 103). İşyeri hastalığının tarihçesi için bkz. Dr. Erkan. age. shf. 6 ve civ.

tadır (7). İK. 74 hükmünde salt «hastalıktan» sözedilmesi, 506 sayılı Yasaya herhangi biçimde yollama yapılmaması, normatif düzenlemenin bu yönde olduğunu gösterir. 506 sayılı Yasa anlamında meslek hastalığı sayılmayan ve fakat yapısı itibarıyla iş koşullarından oluşan veya o koşullarda gelişen hastalıkların bulunduğu hususu, incelemenin gelecek bölümlerinde pratik olarak ve örnekleme yoluyla ortaya konacaktır (8) Sorumluluk ve İş - Hukuku yönünden bu ayırımı da içerici yapısı gereği, «iş hastalığı» terimini önermekteyiz. Normatif düzenlemedeki yapısal farklılık, meslek hastalığı ve iş hastalığı kavramını alternatif kavram olarak sunmayı engellemektedir. İş kazası teriminin iş yasasında yer almamasına rağmen içtihat ve doktrindeki benimsenişle yerleştiği hatırlanmalıdır. Önerimiz iş ve sorumluluk hukukunda eşdeğer sonuç doğuran kavramlar olarak, iş kazası tamlamasına benzerlikle de uyumludur (İş kazası/İş hastalığı). Bu bağlamda iş yasalarının sigorta yasalarından hayli eski olduğu, iş kazası teriminin hukukumuzda (SSK. Md. 11)'den önce girdiği gözardı edilmemelidir (8a). Esasen sigorta hukukunda ilişkinin sosyal güvenlik kurumu artışında üçlü, iş hukukunda ise işçi/işveren öğesinden oluşan ikili karakter taşıması da böyle bir ayırımı zorunlu kıl-

---

(7) Dr. Sarper Süzek İş - Güvenliği Hukuku. Anayasa. 1985/Shf. 195 (eser, hukuk literatürümüzde, alanında ilk ve tek ciddi eser sayılabilir.) Prof. Fikret Eren. Borçlar Hukuku ve İş - Hukuku Açısından İşverenin İş - Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara. 1974. Shf. 31 ve civ. Çenberci, İK. Şerhi. Ankara. 1986. Shf. 988 ve civ. Y. 9. HD. 25.5.1973 T., 45883/18763 - E/K., Çenberci, İKŞ. 1978 bası. 1357 - 1358. Kararda aynen şöyle denmektedir. «İşyerindeki sağlık koşullarını gerçeklestirecek tedbirlerin alınmaması sonucu husule gelecek hastalıklardan ötürü işverenin tazminle sorumlu olduğu bir gerçektir. Meydana gelecek hastalığın Sosyal Sigortalar Kanununun 11. Maddesinde öngörülen (meslek hastalığı) niteliğini taşımasında zorunluk yoktur. Daha çok işyerinde uğranılan hastalıklar, «meslek hastalığı» niteliği taşımakla birlikte, işçinin bu niteliği taşımayan bir hastalığa maruz kalması da mümkündür ve hakiki sorumluluk yönünde her iki durum arasında bir ayırım söz konusu değildir. Nitekim İş - Kanununda genel bir anlatımla (Meslek hastalığı) değil, (hastalık) denmiştir. İşveren zararın meydana gelmemesi için gerekli bütün tedbirleri aldığını ve yasaklara uyduğunu ispat ödevindedir. «Çenberci, İKŞ. Ankara. 1986. Shf. 988. Keza Y. 9. HD. 14.5.1971 T., 13842/21573 - E/K. Mahmut Çuhruk ve Arkd. Sosyal Sigortalar, Ankara. 1977. Shf. 281'de. Y. 10. HD. 27.2.1978 T., 3997/1375 - E/K. (Yasa Hukuk Dergisi, Nisan - 1978, Sayı : 4. Shf. 690). Yargıtay 9. HD. sinin Saygı değer başkanı Erdoğan Çubukçu'nun karşı görüşü için bkz. Y. 9. HD. 31.3.1981 T., 15394/4025 - E/K. Yasa Hukuk Dergisi, Aralık - 1981. Sayı : 12. Shf. 1648 ve devamı. Çubukçu, meslek hastalığı tanımı dışında kalan başka tür bir iş - hastalığının olmadığı düşüncesindedir.

(8) Bkz. Bu yazımızın «IV. Sigorta dışında kalan hastalık alanı» bölümü.

maktadır (506 Sy. Yasa Md. 11, BY. 332, İY. 74, 73; İşçi sağlığı ve İş - Güvenliği Tüzüğü Md. 57 - 58).

Meslek hastalığında varlığı zorunlu öğeler, iş hastalığında aranmaz (506 Sy. Yas. Md. 11/B) (9). Önemli olan hastalığın işle, işyeri ile illiyet içinde bulunmasıdır. Sözgelimi bünyede önceden varolup işyeri koşullarının, sağlığa elverişsiz şartların artırdığı herhangi bir hastalık, artma oranında sorumluluğa yol açabilecektir. Keza işyerindeki bulaşıcı ve fakat mesleki olmayan karakterdeki bir hastalık, sorumluluk doğuracaktır (BK. 332, İK. 74 İSİGTz. 57/58) (10).

Hastalık yapan işyeri koşulları (etmenler), genellikle toz, duman, buhar, gaz ısı, elektrik enerjisi, soğuk, basınç, gürültü, radyasyon, toksinler, mikrop, endüstriyel yorgunluk v.b. olarak görülmektedir. (11) Bu etmenler, değişik ve geçici, kalıcı fizyolojik denge bozukluklarına yolaçmaktadır. Belli çalışma döneminden sonra yiten cinsel iktidar, iflas etmiş akciğer ve diğer solunum sistemi, gelecek nesillere dek etkilerini sürdüren genetik değişiklikler ... sanayi toplumunun emeğe armağanı olarak kalmaktadır. Örneğin günümüzün konusu, işçi toplumu dışında da etkinliğini duyuran radyasyon, kanser, er ken ölüm,, lösemi, anarmal büyüme ... gibi rahatsızlıkları organizmaya enjekte etmektedir (12).

İşyeri eklentilerinde (örneğin) emzirme, yemekhane, dinlenme, revir, yatakhane, spor-eğitim yerlerinde) yakalanılan hastalık ta iş hastalığıdır (13).

İş hastalığının genellikle sürekli gelişme göstergesi, organizmayı zaman içinde bitirmesi yapısal özelliği vurgulanmalıdır (14). Hastalanan organın devreden çıkmasının diğer rahatsızlıkları, öldürücü hastalıkları yanında getirdiği tıbbi özelliği unutulmamalıdır. Örneğin akciğer rahatsızlığı, kalp rahatsızlığına, kansere rahatlıkla yolaç-

---

(9) Prof. Eren. 7 nolu dipnotta geçen eser, Shf. 22 ve dev. Dr. Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul. 1984. Shf. 153 ve civ. Prof. Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar. İst. 1982. 2. Bası. Shf. 314.

(10) YHGK. 2.2.1979 T., 737/88 - E/K. Y. 9. HD. 30.9.1980 T., 8701/9726 - E/K. (Her iki kararda da uygun illiyet ve işkoşullarından kaynaklanma olguları, sorumluluk yönünden yeterli görülmüştür).

(11) Dr. Erkan, age. Shf. 85 ve civ. Prof. Güley - Dr. Vural, Toksikoloji, Ankara. 1976, eserin tamamı.

(12) Dr. Erkan, age. Shf. 83 ve civ.

(13) İK. 74, Bk. 322, Oser-Schönenberger. Art. 339. Ho : 6. Prof. Kenan Tunçomağ. Türk Borçlar Hukuku, İstanbul. 1977. 3. Bası. Shf. II/890.

(14) Prof. Eren. dipnot 7'de sözü geçen eser. Shf. 27. Y. 10. HD. 5.3.1980 T., 1077/1645 - E/K.

maktadır. Sorumluluk hukuku örjinli ölçmede bu verilerden yararlanılacaktır.

III — İŞ HASTALIĞININ BELİRLENMESİ VE KANITLANMASI

A — İş Hastalığının Belirlenmesi Yöntemi

İş hastalığı genel olarak tıbbi araştırma ve bu araştırmada yardımcı olan kanıtlarla belirlenir. Ancak iş hastalıkları çoğu kez meslek hastalığı niteliğinde olduğu için etkisini denkleştirmede gösteren bir zorunluk nedeniyle sigorta işlemleri yoluyla belirlenecektir. Sözü edilen zorunluluk, meslek hastalığı sonunda kurumca hak sahiplerine bağlanan gelir peşin değerinin denkleştirmede gözetilmesinden kaynaklanmaktadır (506 sayılı Yasa Md. 26, BK. 43). Aksine bir çözüm, sorumlu olan kişinin zararı hem sigortaya ve hemde zarar görene ödemesi yani mükerrer ödeme sonucunu doğururki bu, zararın tekliği ilkesine ve adalete aykırıdır.

Ancak sigorta işlemleri bitmeden dahi sorumluluk davası açılabilecektir. Bu durumda sorumluluk davası, sigorta işlemlerinin sonucunu bekleyecektir (15).

1 — Hastalığın belirlenmesi : Sigorta Hukuku yönünden meslek hastalığının belirlenme yöntemi, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğünde düzenlenmiştir (16). Buna göre hastalığın mesleki nitelik taşıdığı labaratuvar testleri ve raporla tesbit olunmalıdır (SSSİT. Md. 65 ve diğ. SSK. Md. 18/1). Bu tüzükte sayılmayan ve fakat mesleki nitelik taşıdığı tıbben belirlenen hastalık ta meslek hastalığı olmaktadır (Tüzük. Md. 65/II, 43/A - 1).

Hastanın sigorta işlemleri başlatılmadan veya bu işlemler sona ermeden ölümü halinde de aynı yöntem yürüyecektir. Ne varki bu gibi hallerde, hasta yaşamadığı için labratuvar testi artık yapılmayacak, hastanın geride bıraktıkları ile sonuca varılabilecektir. Esasen 506 sayılı Yasada meslek hastalığı tanımlanırken ölüm hali düzenlenmemiştir. (Bkz. Md. 11/B) Yasanın 12/H hükmünde dolaylı düzenleme vardır) (17).

2 — İşlem sonucuna itiraz : Meslek hastalığının yokluğu, malüliyet derecesi veb. olumsuz işlemlere karşı, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kuruluna itiraz olunur. Yüksek Sağlık Kurulu, idari bir kurum-

---

(15) Y. 9. HD. 30.10.1986 T., 8728/9641 - E/K. (ABD 1986 T., 6. Shf. 891 - 893.) Atabek, İş Kazası ve Sigortası. İst. 1978. Shf. 338.

(16) RG. 22.6.1972 T., 14229 sayı.

(17) Aynı şekilde, Dr. Tuncay, age. 125.

dur. Yargı organlarının üstünde bağlayıcı karar veremez. Kurul kararına karşı dava yolu açıktır. Ancak yukardaki yöntem bitirilmeden itiraz davası açılmaz (506 S.Y. Md. 109) (SSK. 11/B, Shf. 129) (18).

Sigorta işlemlerine itiraz ve kurul kararına karşı açılacak itiraz davalarının sorumluluk (tazminat) davasında yolaçacakları sonuçlar üzerinde durulmalıdır.

Sigorta işlemi, hastalığın listedeki (SSİTZ. 63) tanıma uymadığı yahut hastalık varolmakla birlikte maluliyete yolaçmadığı veya ortada meslek hastalığı olmakla birlikte, yasal koşullarının oluşmadığı (kuluçka dönemi vb.) biçiminde olabilir.

Bütün bu işlemlere karşı, sigortalının (hastanın) SS Yüksek Sağlık Kuruluna itiraz hakkı vardır (SSK. Md. 109/B - 5).

Sigortalının itiraz etmemesi durumunda sorumluluk davasının akibeti ne olacaktır? Sorun, hukukumuz yönünden tartışılmamıştır. Konunun değerlendirilmesi, itiraz davasına ilişkin açıklamalarımız içinde yapılacaktır.

SS Yüksek Sağlık Kurulu kararlarına karşı, itiraz davası açılabilir. Bu davanın davacı tarafı, Sosyal Sigortalar Kurumu dışında kalan ilgililerdir. Sigorta işlemlerine karşı, SS Yüksek Sağlık Kuruluna baş vurulmadan açılan itiraz davası, dava koşulu oluşmadığından dinlenemez. (18 - a) Davada, sigorta işleminde ve Yüksek Sağlık Kurulu kararında benimsenen çözümün 506 sayılı yasdaki düzenlemelere aykırı olduğu ve sigorta hakkının, meslek hastalığının ve gelir bağlama hakkının doğduğu ileri sürülecektir. Dava bu yönüyle sataşmanın önlenmesi ve eda davası niteliğindedir. Kabule ilişkin karar, izharidir. Hakkı kurmaz. Bildirir.

Davada varılan kararın sorumluluk (tazminat) davasına etkisi ne olacaktır?

Bilindiği gibi sorumluluk davası davacısının (hastanın) sürdürdüğü yukardaki prosedür (sigorta işlemine ulaşmak, itiraz, itiraz davası) sorumluluk davasında bekletici sorundur.

---

(18) Y. Tev. İçt. 28.6.1976 T., 6/4 - E/K (RG. 26.7.1976 T., 15685 sa. Shf. 3 4).

(18a) SSİTz. Md. 56. SSK. 109. Çenberci. SSKŞ İst. 1985. Shf. 656. «ilgili» kavramı içinde işverenin de olduğu noktasında bkz. Y. 10. HD. 9.4.1984 T., 1123/1990 - E/K. Çen. age. Shf. 658'de. Kurula itiraz etmeden itiraz davasının açılamazlığı için bkz. YHGK. 22.10.1976 T., 803/2651 - E/K. Çenberci. SSKŞ. 1977 bas. Shf. 1425'te.

İtiraz davasının kabulü halinde bir sorun-bulunmamaktadır. Bu karar, tazminat davası yönünden sorunu çözücüdür. Sorun, itiraz davasının reddedilmiş olması durumunda önem kazanmaktadır.

Tazminat davasında, itiraz davasında ulaşılan red hükmü, hükmün içeriğine göre, sonuç doğuracaktır. Red hükmü, 506 sayılı yasa yönünden meslek hastalığının olmadığı sonucuna varmış ise, tazminat hakimi, iş hukuku yönünden hastalığın oluşmuş sayılıp sayılmadığını inceliyecektir. Özellikle sigorta alanı dışında kalan hastalık halleri için bu çözüm, kesindir. (18 - b) Çünkü bu gibi durumlarda, Kurum yönünden gelir bağlama yükümü doğmamakla birlikte, işveren yönünden tazmin sorumluluğu sürmektedir. Öteyandan itiraz davasında varılan çözüm, bu hastalığın işin yürütme koşullarından doğmadığı, hastalığın bu işyerleriyle bağlantılı bulunmadığı, örneğin bünyevi nitelik taşıdığı ... gibi iş hastalığını da oluşturmayacak bir nedene dayalı ise, sorumluluk davasında bu karar bağlayıcı olacaktır (HMUY. 237, İK. 74, 73, BK. Shf. 332).

SS Yüksek Sağlık Kuruluna karşı, itiraz davasının açılmaması durumunda tazminat davasında nasıl bir çözüm benimsenecektir? Bu durumda SS Yüksek Sağlık Kurulu kararı, tazminat hakimini ve mahkemesini bağlayacak mıdır? Bu soruya hukukumuz yönünden olumlu cevap vermek olanağı yoktur. Tazminat davasında hakim, artık sigorta işlemi ve kurul kararı ile bağlı olmaksızın, sorumluluk ve iş hukukunun isterleri doğrultusunda çözüme ulaşacaktır. Hastalığın, iş hastalığı olup olmadığı, ölüm sebebi, maluliyet derecesi, sorumluluk konularında yöntemince ve gereğince sağlık kurullarına (Tıp Fakülteleri, Adli Tıp ve benzeri kuruluş veya kurallara) başvurarak sonuca ulaşacaktır. Bu düşünce dayanağını aşağıdaki gerekçelerden almaktadır :

a — Hiç kimse, dava açmaya zorlanamaz. Hakta ve davada tasarruf, hakkın süjesine (hastaya) aittir. (HMUY. 79, Any. 36/1 negatif içerik) (18-c) Belirtilen neden'e sorumluluk davasında, davacının itiraz davası açmasına ... yollu bir ara - kararı kurulamaz. Bu hak, kişilik haklarındandır (MK. 23). (Any Shf. 17).

b — Sigorta prosedürünün, tazminat davasında beklenmesindeki amaç bu durumda gerçekleşmiş olmaktadır. Amaç, sigorta tahsisi

---

(18b) Bkz. Bu yazımızın «IV - Sigorta dışında kalan hastalık alanı» Bölümü.

(18c) Dr. Alagonya, Medeni Usul Hukukunda Vakıalarının ve Delillerinin toplanmasına ilişkin ilkeler, İstanbul, 1979. Shf. 2 Prof. Kuru, age. II/1320. Prof. Üstündağ, age. I/203. YHGK. 17.10.1973 T., 487/795 - E/K. Emsal İçtihatlarla HMUK. Olgaç, Ankara. 1977 T., Shf. 389. YHGK. 11.9.1963 T., 30/68 - E/K. İlmi ve Kazai İçtihatlar D. 1963/34. Shf. 2505.

yanında mükerrer tazminata sebep olmamaktır. Bu amaç gerçekleştiğine, artık tahsis yapılmayacağına, sigorta hakkı doğmadığına göre bekleticilik gereği de ortadan kalkmış demektir. (18-d)

c — Yüksek Sağlık Kurulu Kararının bağlayıcı olmaması, hukuk sistemimizden kaynaklanmaktadır. Kurul, yargının üstünde bir organ olmadıktan başka, tazminat davasına, itiraz davasında tartışılan olgular zaten tartışılacaktır Öte yandan her iki davanın mahkemesi de aynıdır (506 Sy. Md. 134, 5521 Shf İMUK. Md. 1) Konu bu yönüyle belli ölçüde tevhidi içtihatta tartışılmıştır. (Bkz. dipnot 18). Bundan başka tazminat davasında taraf, işverendir. Mükerrer tazminat ayrığı dışında işverenin sorumluluğu tartışılmaktadır. Bu tartışmada, sigorta işlemi, ancak bir delildir. ve toplanacak öbür deliller içinde değerlendirilecektir.

Aynı şekilde sigortalı (hasta), sorumluluk davasında, (sigorta) işlemine karşı itiraza zorlanamaz. SS. Yüksek Sağlık Kuruluna başvuru/itiraz, süjenin (hastanın) potansiyel hakkıdır. Bunu kullanıp kullanmamak, yasal zorunluluk olmadıkça, başka bir kişi veya organın yönlendirmesinde değil, kişinin davranış alanındadır (MK. 23).

Bu hakkı kullanmaması, kendisini sigorta hakkından mahrum kılar, Ancak bu mahrumiyet, işverenden alacağı tazminatı, işverenin sorumluluğunu da içermez. Sorumluluk davasında itiraza uğramamış olsa dahi, sigorta işlemindeki deliller (tahkik ve tahsis evrakı) ile birlikte, diğer deliller (mahkemenin) yaptıracağı tıbbi tahliller, kurul incelemeleri, topladığı tanık bev. deliller) tartışılacak ve sonucuna göre çözüme ulaşılacaktır. Sigorta işlemine itiraz etmeme, onun kabulü anlamına gelmez. Çünkü bizatihi tazminat davası, böyle bir sonucu benimsememeiradesi anlamını taşır (18-e).

Bu bölümde varılacak ve sorumluluk-sigorta hukuku girişimii karma sorundaki sonuç şöyle özetlenebilir· Sigorta işlemine karşı yürütülen itiraz ve itiraz davası prosedürü, sorumluluk davası için, mükerrer tazminata yer vermemek bakımından bekletici sorundur.

(18d) SSK. Md. 26. Y. 9. HD. 12.11.1985 T., 83307/10447 - E/K. Çenberci, İKŞ. 1986. Bası. Shf. 1804. vd

(18e) Bkz. Hukuki özdeyiş ve atasözlerinin hukuktaki değerliği için. Prof. Karayalçın, Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod. Ankara. 1981. Shf. 54. Prof. Edis age. 139. Konumuzla ilgili olarak: «Sakite bir söz isnadolunmaz. (Mecelle, Md. 67). Tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur.» (Mec. Md. 13). Bu özdeyişlerin boşluk doldurma ve irade yorumlarında önemi, yukardaki müelliflerce vurgulanmaktadır. Ayrıca Y. 1. HD 10.4.1979 T., 2264/4666 - E/K. (ABD. 1980. 3, Shf. 373).

Ancak, sigortalının (hastanın) bu prosedürü işletmemesi halinde, artık sigortaca bir tahsis (gelir bağlama) olamayacağından, mükerrer tazminat olasılığı da ortadan kalktığından, tazminat davası kendi yöntemi içinde bekletici sorun yokluğunda sürecektir. Tazminat davasında, tamamen kişilik hakkı kapsamında olan ve özel yasayla öngörülmeyen itiraza ve itiraz davasına sigortalı (hasta) zorlanamaz. Ancak mahkeme bekletici sorunun varolup olmadığını anlaması yönünden, davacıya (hastaya) itiraz veya itiraz davası açıp açmayacağını soracaktır. 506 sayılı Yasanın 6/2 kuralı da, sigorta geliri (tahsis) ile değil, sigorta statüsü ile ilgili olup varılan bu çözüme engel değildir (18-f).

Nevarki olması gereken davranış yönünden, hastanın yanlızca tazminata ulaşması yerine, sosyal güvenlik güvencesine de ulaşması, itiraz ve itiraz davası prosedürünü sürdürmesi, örgütlerin (sendikaların) ve sorumluluk davasındaki hukukçunun (avukatın, danışmanın veb) bu konuda bilgi eksikliği içinde olan süjeyi (hastayı) aydınlatması, kutsal sayılacak insanlık borcudur. Bu bilgi aktarılmasının yapılmaması yada vekalet yoluyla üstlenilmesine rağmen prosedürün işletilmemesi, avukatlıkta özen borcuna aykırılık teşkil eder (Av. 34. Shf. 134), (18-g). Çünkü işverenden alınacak peşin değer, sigortadan alınacak peryodik gelirin güvencesini zamanın akışı içinde getiremeyecektir. En iyisi hukuki ölçme arıklığında çifte yararın (işveren ve sigorta ödemelerinin) sağlanmasıdır.

Sorumluluk davasından sonra itiraz ve itiraz davası prosedürünü işleterek, sigortadan gelir sağlama kurnazlığına hukukumuz kapalıdır. Y. 10 HD'nin getirdiği ve esasen 506 s Y. Md. 26 ile genel halefiyet kurumunda yatan formül, kesin ve çözücüdür. Mükerrer ödemeye yer yoktur. Sigortalı, sorumluluk davası ile maddi zararının tamamını (peşin değeri) tahsil ettiğine göre, sigorta tahsisi (maaş) kesilir. Bu itibarla yukardaki vardığımız çözümün olası bu tür bir tehlikesinin de olamayacağı vurgulanmalıdır (18-j)

B — İş Hastalığının İspatı (Deliller)

1 — Sigorta işlemleri sonunda hastalık belirlenmiş ise, kurumca oluşturulan tahkikat ve tahsis dosyası ile kanıtlanmış olmaktadır. Ancak kurumun olumlu belirlemesine karşı işverenin itiraz davası

(18f) Bkz. Yargıtay Yüksek 9. HD. sinin görüşünün değerlendirilmesi bakımından dipnot : 15'teki içtihat).

(18g) Bkz. Ahmet İyimaya, Avukatlıkta Özen Borcu, ABD. 1986. 2 Shf. 181 - 183.

(18j) Y. 10. HD. 30.5.1984 T., 2939/3043 - E/K. Y. 10. HD. 13.5.1983 T., 2341/2551 - E/K Çenb. SSKŞ. 1985. Shf. 206. Yev. İçt. 31.3.1954 T., 17/10 - E/K.

açması durumunda sorumluluk davası için bu hal, bekletici sorundur.

2 — Üzerinde durulması gerekli sorun, kurum işlemine karşı açılan itiraz davası ile kurumla alakası bulunmayan (meslek hastalığı alanı dışında kalan) sorumluluk davasında meslek hstalığının hangi delillerle kanıtlanacağıdır (19).

Hastalık ispat hukuku yönünden bir olay niteliğindedir. Olayların hertürlü delille kanıtlanması, yargılama hukukumuzun temel özelliklerindendir (20)

İtiraz davasında tartışılan, sigortanın topladığı deliller (özellikle laboratuvar bulguları) ile Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu Kararı'dır. Kurum, sağlık işlemleri tüzüğünde belirlenen yöntem ve kanıtlarla bağlıdır. Çağdaş tıp Kurumun olanakları ötesinde ölçme tekniği ile donatılmış olduktan başka, Kurumun hata yapmayacağının garantisi de yoktur. Akademik Sağlık Kuruluşları (Tıp fakülteleri) ve diğer sağlık kurumlarının kurumdan başka sonuçlara vardığı örnekler az değildir. Hatta hukuki veriler içinde, olayın özelliğine göre sağlık raporlarına rağmen ölümün meslek hastalığından kaynaklandığını klavuzlayan Yüksek Mahkeme kararları vardır (20), (HMUY. 286).

Hastanın yaşaması halinde en büyük kanıt, kuşkusuz tıbbi gözlem ve tahlil sonuçlarıdır.

Sorun, hastanın ölmesi durumunda önem kazanmaktadır.

Bu halde mahkeme, hastanın özel durumu hakkında geniş bilgi toplamak (bünyevi rahatsızlık, işten ayrılıp ayrılmadığı, başka işyerinde çalışıp çalışmadığı) durumundadır. Meslek hastalığının yolaçtığı maluliyet derecesi (örneğin % 50 işgöremezlik durumu bev. gibi) hastanın yaşı, çalışma süresi, çalışma koşulları, o işteki hastalık sebebiyle vaki ölüm sayısı, hastalığın sürekli artış göstermesi tıbbi

---

(19) Bkz. Bu yazımızın «IV - Sigorta dışında kalan hastalık alanı» bölümü.

(20) HMUY. 288. Prof. Sabri Ş. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara. 6. Bası. Shf. 288 ve civ. Prof. İlhan E. Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları. Ankara. 2. Bası. Shf. 26 ve diğer sahifeler. Prof. Baki Kuru. Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara. 1980. Dördüncü Bası, Shf. II/1602 ve dev. Prof. Necip Bilgi - Dr. Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara. 1978. 3. bası. Shf. 560 ve civ. Prof. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul. 1984. 3. Bası. Shf. I/558 ve devamı.

(21) Y. 9. HD. 27.2.1975 T., 1710/1206 - E/K. Çenberci, İKŞ. 1978. Shf. 1369'da. Olayda hasta, işyerinde hastalanmış, köyde ölmüştür. Yüksek Sağlık Kurulunun aleyhtekl raporuna rağmen köy ihtiyar heyeti ve tanık deliliyle meslek hastalığı ölüm sonucuna varılmıştır. Bkz. dipnot : 22. Y. 9. HD 28.6.1982 T., 5756/6241 - E/K.

bilimsel gerçeği de gözetlenecektir. Bu konuda sağlıkta yazımlanmış tedavi kâğıtlarının, hasta ile yaşamı birlikte geçmiş kişi anlatımlarının (tanıkların) önemi açıktır. Olay, bu yönüyle ferdileştirilmeli, geçmiş ve ölüm anı, labratuvar gözlemi gibi yaşanmalı, hayatın olağan akışının yolaçacağı sonuç yargıçca kestirilmelidir. Toplanan delillerin ve verilerin iş güvenliği uzmanı, hukukçu ve hastalığın ilgili bulunduğu tıp otoritesinden oluşturulacak kurul bilirkişi incelemesine götürülmesi zorunludur. Rapor sonucuna göre karar verme gereği yoktur (HMUY. 286). Hakim, olaya en yakın gerçeği daha sağlıklı bulma olanağı bulunan kişidir (22).

İnsan yaşamının üzücüdürki henüz önem kazanmadığı ülkemizde tutulan kişilik tutanaklarında (nüfus ölüm kayıtlarında) yazılı ölüm sebebi notunun elbetteki bağlayıcı değeri yoktur. Çoğu kez otopsiye

---

(22) Meslek hastalığı ölüm sorunlarına ilişkin zengin içtihat kolleksyonu vardır. Par. Ex. Y. 10. HD. 1.7.1975 T., 1659/4166 - E/K. Çenberci, İKŞ. 1986. Shf. 1006'da. Y. 9. HD. 27.12.1985 T., 8942/12124 - E/K (yayımlanmamış, arşivimde). Y. 10. HD. 28.2.1977 T., 6353/1395. Çenberci, İKŞ. 1978. Shf. 1371. dipnot: 10. Dr. Erkan, age. Shf. 86 - 88. Y. 9. HD. 30.9.1980 T., 8701/9726 - E/K (Yayımlanmamış arşivde) Adli Tıp meclisinin aksine kararına rağmen Yargıtay Yüce 9. HD., şu doğru sonuca varmıştır. «Davacıların miras bırakanı işçi 1948 ile 1964 yılları arasında davalıya ait işyerinde kömür tozları, rutubet ve yer altı gazlarının tesirine maruz kalarak çalışmış ve 15.8.1964 tarihinde işine son verilmiş, 31.5.1966 tarihinde de meslek hastalığına tutulduğu tespit edilerek % 29,2 malûliyet üzerinden gelir bağlanmış, gelir almakta iken 13.2.1978 tarihinde ölmüş, gömme izin kağıdında ölüm sebebi pnomokanyoz olarak gösterilmiş, Sosyal Sigorta Kurumu doktoru tarafından ölümün meslek hastalığının zamanla ilerleyerek husule getirdiği mutad komplikasyonlar neticesi vukua geldiği bildirilmiş, bunun üzerine hak sahiplerine meslek hastalığı sigortasından gelir tahsis edilmiş ve bu işlemlerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Davalının isteği üzerine mahkemenin mütalaasına basvurduğu Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık kurulu raporunda da dosyada kesin bir ilmi belge bulunmamakla beraber mevcut raporlara göre ve ölümün kaza veya başka bir hastalıktan meydana geldiğine dair dosyada belge bulunmaması sebebiyle ölümün meslek hastalığı sonucu olmasının muhtemel bulunduğu bildirilmiştir. Gerçekten ilmi ve tıbbi açıdan meslek hastalığının zamanla ilerleyen ve sonunda öldürücü bir hastalık olduğu bilinmektedir. Bu durum ve yukarıda izah edilen hususlar nazara alındığında miras bırakanın meslek hastalığı sonucu öldüğünü kabul gerekir. Adli Tıp Meclisinin (... ölüm olayının, aynı hastalık sonucunda vukua gelmiş olması hakkında bir karar verilmesi mümkün değildir...) seklindeki raporundaki ise bir kesinlik yoktur. O halde miras bırakanın meslek hastalığı sonucu öldüğünün kabulüyle yapılacak incelemeye göre bir karar vermek gerekirken isteğin reddi doğru değildir.» (Y. 9. HD. 28.6.1982 T., 5756/6241 - E/K. Yayımlanmamış).

dayanmayan ve ölüm teknik olgusuna ilişkin bilgisi bulunmayan kişinin anlatımına dayalı bu kaydın aksi, her türlü delille kanıtlanır (23).

IV — MESLEK HASTALIĞI SİGORTASI DIŞINDA KALAN HASTALIK ALANI

506 sayılı yasa anlamında meslek hastalığı sayılmayan ve fakat iş - sorumluluk hukuku yönünden hastalık niteliğini taşıyan pozitif bir alan katagorisi vardır. Bu bölümdeki analitik belirlemeler, meslek hastalığı kavramının her türlü iş hastalığını kapsamadığını da ortaya çıkaracaktır (24).

1 — Sigort mevzuatında öngörülen sürelerin dışında oluşan hastalıklar :

a) Yükümlülük süresi yönünden: Sigorta mevzuatı, meslek hastalığının oluşmuş sayılması için belli bir kuluçka döneminin geçmiş olmasını aratmaktadır (SSİTz. Md. 65/II. son cümle.) (25). Bu süre dolmadan oluşan hastalık, meslek hastalığı sayılmayacaktır. Ama bu süre dolmadan işkoşulları içinde bir hastalık oluşmuş ve tıbben de ispatlanmış ise işveren sorumluluktan kurtulamayacaktır.

b) İşden ayrılma durumunda aranan süre yönünden: İşten ayrıldıktan sonraortaya çıkan meslek hastalığı (iş göremezlik ve ölüm) için yasa sınır koymuştur. Buna göre, işten fiilen ayrılma ile hastalığın meydana çıkması arasında, tüzükte belirtilen sürenin üzerinde bir sürenin geçmemiş olması gerekir (506 S. Y. Md. 18/II. SSİTz. Md. 63). Bu süreden daha uzun bir süre sonra ortaya çıkan hastalık, meslek hastalığı değildir. Ancak iş yeri koşulları ile bağlantısı sorumluluk hukuku ölçüleri içinde ortaya çıkarsa işveren, sorumlu olacaktır.

Bu sürelerin hak-düşürücü süre olmadıkları açıktır. Tıp bilimi ve sosyal güvenlik olanağı içinde yürütme organınca gözden geçirilmesi gerektiği kuşkusuzdur (26). İdareyi böyle bir düzenlemeye zorlayan normun da bulunmadığı düşünülünce sorumluluk hukukunun işlevi ve önerdiğimiz iş hastalığı kavramının yararı daha da belirginleşmektedir.

---

(23) MK. 7. 1587 sayılı Nüf. K. Md. 33-40 Y. Tev. İçt. 14.6.1965 T., 3/3-E/K. Egger-Çerniş, Kişinin Hukuku, Ankara. 1947. Shf. 144-145. Prof. Aydın Zevkliler, Kişiler Hukuku, Ankara. 1981. Shf. 419 ve dev. Prof. Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul. 1980. Shf. 519 ve dev.

(24) Bkz. Dipnot 7'deki Y. 9. HD. 31.3.1981 T., 15394/4025-E/K.

(25) Prof. Eren, dipnot 7'de sözü geçen eser, Shf. 29.

(26) Any. Mahk. 27.4.1972 T., 1/20-E/K. RG. 22.12.1972 T., 14399.

Öte yandan Tüzükte öngörülen meslek hastalıkları listesinde yeralmayan hastalıklar için yukarda belirtilen iki tür süre noktasında düzenleme boşluğu vardır. Örneğin Antimuan elementinin yolaçtığı meslek hastalığı, ülkemizde bu maden hatırı sayılır yoğunlukta bulunmasına rağmen, listede yeralmamıştır. Bu gibi durumlarda da herhangi nedenle sigortanın meslek hastalığını yok sayması halinde, iş hastalığının varlığı sözgötürmez (27).

c — Tahsis süresi yönünden : Meslek hastalığından kaynaklanan hak, doğumunu izleyen beş yıl içinde istenmediği takdirde düşer. (506 SY. Md. 99). Bu durumda meslek hastalığı sayılmamadan çok, hakkın düşümü, hastalığın hak fonksyonunun dış nitelik (süre) nedeniyle yitimi vardır. Pozitif olarak. belli anlamda hastalık, hukuksal işlevini yitirmektedir. Ne varki bu halde de iş hastalığı, varlığını hak-doğurma özelliğini sürdürmektedir (28).

d — Tahsisin yapılamıyacağı diğer yönlerden : 506 sayılı yasa gereği hastalığın işkoşullarından kaynaklanmasına rağmen. tahsis yapılamamaktadır. Örneğin ölen hastanın geride yalnızca kardeşlerini bırakması (eş, çocuk, anne-baba yokluğu) yahut Anne-babanın bakıma muhtaç olmaması yada normatif koşulların bulunmaması halinde, sigorta geliri bağlanamayacaktır. Bu gibi durumlarda, fonksyonel olarak meslek hastalığı yoktur. (SSK. Md. 24) Ama iş hastalığı vardır.

e — Malüllük sigortası yönünden : Yapısı itibariyle iş koşullarından kaynaklanmasına rağmen tahsisin malüllük sigortasından yapılmış olması halinde de meslek hastalığı fonksiyonel olarak yoktur. Uygulamada akciğer, solunum rahatsızlıkları ile kronik - kanser orjinli mesleki hastalıklarında bu yol seçilmektedir. (Bkz. SSİTz. Md. 5/9, 10 A - 6, C - 13, 14H - 48 vd.) Giderek bu uygulama 1978 t, 2167 sayılı yasayla normatif yapıya kavuşmuştur. (SSK Md. 53/C. Md. 20) (28-a). Sık rastlanan bu gibi durumlarda bu hastalığın ve işvere-

---

(27) İşyerinde tükenen yaşam. Shf. 463 ve civ. Eserde, tüzükteki listede düzenlenmeyen, Avrupa'da benimsenen uzun - bir meslek hastalığı sistemi yer almaktadır. Sosyal Güvenlik Kuruluşumuz Antimuanı da nihayet meslek hastalığı kaynağı saymıştır Aynı konuda Yüksek Mahkemenin kabarık sayıda uygulama birliğini oluşturan kararları vardır. (Par. Ex. Y. 9. HD. Çenberci, İKŞ, 86. Shf. 1030. No : 131/b.

(28) Y. 9. HD. 22.2.1979 T., 15418/2433 - E/K. Yasa Hukuk D. 1979, Nisan, Shf. 581. YHGK. 18.1.1969 T., 111/49 - E/K. RKD. 1969. 8. Shf. 287, Y. 10. HD. 16.9.1975 T., 2116/4723 - E/K. Çenberci, SSK. Şerhi. Ankara. 1977. Shf. 1419.

(28a) SSK. Çenberci. SSK. 446. «Çalışamazlık durumu ister işyerinde ve ilgili olarak husule gelmiş olsun» ibaresi. YHGK. 6.5.1983 T., 9-237/478-E/K. Y. 5. HD. 1983, Ağustos, Shf. 248. Özellikle kararda Syn Çubukçu ve Syn. Kadılar ta-

nin sorumluluğunun varlığı tartışılamaz Öteyadan malüllük sigortasından bağlanmış gelir peşin değeri sigortaya rucu hakkı vermediği, mükerrer tazminata yolaçmadığı için tazminattan düşmez. (SSK. Md. 26. BK. Shf. 43) (28-b).

2 — Bulaşıcı hastalıklar : Kuluçka dönemi yaşanmadan, işyerine herhangi biçimde ulaşmış bulaşıcı hastalığın işçiye sirayeti, meslek hastalığını oluşturmaz. Ancak koşullar oluşmuş ise, bu tür hastalıklar, iş hastalığı sayılabilmektedir (29).

3 — Manevi tazminat isteminin bağlandığı hastalıklar : Sorumluluk davasında yalnızca manevi tazminat istenmiş ise, sigorta işlemlerinin sonucunu beklemeğe gerek yoktur. Manevi tazminat, sigortanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu davada alınan ve iş hastalığının varlığını kapsayan, tarafı sigorta kurumu olmyan yargı kararı, kesin delil niteliğindedir. İtiraz davasında fonksiyonunu yürütür (30). Sigortaca yapılacak tahsisin manevi tazminatta gözetlenmemesi kuralı da bekletici sorun sayılmamayı gerektirir.

V — TAZMİNATLA İLGİLİ BAZI SORUNLAR

A — İş göremezlik tazminatı ile destekten yoksun kalma tazminatının çatışması sorunu :

Meslek hastasının sağlığında sorumludan tahsil ettiği iş göremezlik tazminatı, aynı hastalıktan ölüm halide doğan destekten yoksunluk tazminatını önler mi? Hiç olmazsa iş göremezlik tazminatının destekten yoksun kalma tazminatından mahsubu veya denkleştirme gerekmez mi? Sorunun içtihatta değerlendirildiği kadar teoride tartışıldığı söylenemez. Biz, yazımızda her iki soruya cevap arayacağız.

---

rafından düşülen karşı oy yazısı, yukarıdaki ayırımın yapı ve sonucunu açığa çıkarması yönünden önemlidir. Tunçomağ. Sosyal Sigortalar. Shf. 398. Ayırımın kavramsal kapalılığı noktasında bkz age. Shf. 146 - 147.

(28b) Y. 9. HD. 18.11.1981 T., 10948/13802 - E/K. Çenberci. İKŞ. 1986. Shf. 1121.

(29) Eren, dipnot : 7'de sözü edilen eser, Shf. 31. İSİGTz. 57 vec. İK. 74, 73. BK. 332. SSK. 65'de düzenlenen bulaşıcı hastalık ipotezi sorumluluk hukukundakinden dar kapsamlıdır. Mesleki kanserler yönünden de aynı durum vardır. Önceden var olup ta işkoşulları nedeniyle artan hastalıklardan da sigorta hakkı (meslek hastalığı ve geliri) doğmamasına rağmen, artış oranında işveren sorumludur (Bu durumda göreceli - nisbi iş - hastalığı vardır).

(30) HMUY. 295/I, 506 SY. 109/II, 26 (argumantum a contrario), BK. 47. Bkz. Bu yazının «III - A/2 ve B Bölümü», İşçinin bünyesinde varolup işkoşullarının artırdığı hastalık grubu da bu katagoriye sokulabilir. Bkz. Ankara 10. As. Huk. Mahk. 8.4.1982 T., 116/211 - E/K sayılı ilâmına onayan Y. 13. HD. 5.7.1982 T., 4637/5059 - E/K. (yayımlanmamış arşivimde).

1 — İş göremezlik tazminatının destekten yoksun kalma tazminatını önleyememesi konusu : İş göremezlik tazminatı, hastanın sağlığında uğradığı maluliyet derecesinden kaynaklanan bir tazminattır. Destekten yoksun kalma tazminatı, ölüm olayının yanında getirdiği destek yitiminden kaynaklanan bir tazminattır. Görüldüğü gibi her iki tazminatın sebepleri ve düzenleme tarzları ayrıdır. İş göremezlik tazminatının destekten yoksun kalma tazminatını önlemesi olanağı yoktur. Süregelen içtihat ta bu yöndedir (31).

2 — İş göremezlik tazminatının destekten yoksun kalma tazminatı ile denkleştirilmesi konusu : Sorun güncelliğini korumaktadır. İçtihat, her iki tazminatın sebeplerinin ayrı olması nedeniyle denkleştirmenin sözkonusu olamayacağı yönündedir. Özellikle iş göremezlik tazminatı, bir ilamla alınmış ise artık o kesin hükmün bertarafı anlamına gelen denkleştirmeye gidilemezlik vurgulanmaktadır (32).

Bize göre, tazminatın yapısına uygun belirleme yöntemi içinde iş göremezlik tazminatı, destekten yoksunluk tazminatında gözetlenmelidir. Hukuksal doğrunun bulunması için, sorunun açılması gerekir. "A", "B"nin maden ocağında yakalandığı iş hastalığı nedeniyle % 40 iş görümezliğe düşmüş, bunun tazminatı olan 3.000.000.— TL. yı "B"den hükümle tahsil etmiştir. Henüz 40 yaşında olan "A"nın ya-

---

(31) Y. 9. HD. 28.10.1986 T., 8647/9624 - E/K (ABD. 1986, 6. Shf. 890. Keza, Y. 9. HD. 30.9.1980 T., 8701/9726 - E/K. Destekten yoksunluk tazminatının reddine ilişkin yerel mahkeme kararı şu gerekçe ile bozulmuştur. «Daha önce miras bırakan, meslek hastalığına uğradığını iddia ile, manevi tazminat istemiş, mahkemece iddia sabit görülerek dava kabul edilmiştir. O halde önceki davaya ilişkin dosya ile davacının iddiasına ilişkin deliller ve davalının aksi yöndeki savunmasına ilişkin deliller hep birlikte bilirkişi kuruluna verilerek, ölümün önceki dava sonucu tespit olunan meslek hastalığından ileri gelip gelmeyeceği incelettirilip, illiyet bağının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit olunarak varılacak sonuç uyarınca karar verilmek gerekirken ... (aksine) hüküm tesisi isabetsizdir.» Prof. Selahattin S. Tekinay. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1963. Shf. 66 ve civ. Prof. Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku (GH), İstanbul. 1976. 2. Bas. Shf 579.

(32) YHGK. 25.5.1984 T., 301/619 - E/K. YKD 1986. 5. Shf. 629. Çenb. İKŞ. 1986 Bas. Shf. 1076. No : 167/c. Meslek hastalığından ölüme bağlı destekten yoksun kalma tazminatı kararında Genel Kurul. «...Destekten yoksun kalma tazminatı, mirasçılık sıfatından ayrı ve bağımsız bir hak olduğundan, desteğin sağlığında % 74 beden gücünün kaybına karşılık olarak işverenden almış olduğu tazminatın da bu davaca hesap edilecek tazminat tutarından mahsup edilmesi (indirilmesi) düşünülemez.» sonucuna varmıştır. Aynı sonucu kesin hüküm ipotezi ile ulaşılan karar için bkz. YHGK. 16.10.1985 T., 10 - 800/827 - E/K. YKD. 1986. 10. Shf. 1439. Dava hakkı ile ilgili diğer kararlar için bkz. Turgut Uygur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar 1980. Shf. 664 - 665.

kınları ("C1, C2... vs)". "B"ye karşı destekleri "A"nın iş hastalığından ölümü sebebiyle 10.000.000.— TL destekten yoksun kalma tazminatı davasını açmışlardır. İkinci davaya, birinci tazminatın etkisi ne olacaktır?

Sağlıkta alınan iş görmezlik tazminatının ölüm sonrası yaşam tablosuna yansıyan bölümü, destekten yoksun kalma tazminatından düşülmelidir. Elbetteki bu indirim, destekteğin destek görene ayıracağı pay oranında olacaktır. Aksine çözümün hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir. Çözüm önerimizi şu düşünceler de desteklemektedir. :

a — İş göremezlik tazminatı, hasta yaşasaydı varsayımına göre ömür tablosu içinde hesaplanmıştır. Ölüm, bu varsayımı reel olarak yıkmıştır.

b — Destek (iş göremez), maluliyet oranında işverene zararı tazmin ettirmiştir. Yaşasaydı desteğin elde edeceği ve belli bölümünü destek-görenlere aktaracağı gelir içinde bu tazminat da vardır. Zaten iş göremezlik tazminatı, maluliyet oranında uyarlanması ile bulunmaktadır. Bu tazminat düşülmez ise işveren, destek yine yaşıyormuş gibi önceden verdiği maluliyete yansıyan zararı, yeniden (mükerrer olarak) ödeyecektir. Görüldüğü üzere maluliyete yansıyan zararın düşülmemesi halinde, zararın iki kez sorumludan tahsili gibi hukuka yabancı bir çözüme ulaşılmaktadır. Gerçi genel yapıda YGK görüşünde belirtildiği gibi her iki zararın bağımsızlığı düşüncesi hatıra gelebilir. Ne varki destekten yoksun kalma tazminatının yapısında, desteğin geliri temel belirleyicisi vardır. Destek, gelirdeki maluliyete yansıyan kaybı tahsiletmiştir. Artık ikinci kez onu kazanma olanağı (işverenin sağlıkta iki kez ödemesi) yoktur. Bu itibarla desteğin elde edemeyeceği gelirin elde edilecekmiş gibi destek görenlere aktarılması, bu tazminatın yapısına, öğelerinin özelliğine uymaz. Zarar, maluliyet işgöremezlik tazminatı dışında kalan destek geliriyle yöntemince bulunacak tutardan ibarettir. Desteğin bu tazminatı harcamış olması da, davacılara bir hak bahşetmez. Desteğin tasarrufu, sorumluğu tecziye sebebi değildir.

c — Ortada taraf, konu ayrılığı içinde kesin hüküm engeli de yoktur. Kesin hüküm infazedilmiştir. Hükümle elde edilen yararın bir başka zarar hesabında gözetlenmesi, BK. 43 "olayın özelliği" kuralı ve normun koruma amacı teorisi (hukuka aykırılık bağı) içinde de mütalaa edilebilir (33).

---

(33) Dr. Teoman Akünal, Denkleştirme Sorunu, İstanbul. 1977. Shf. 103 vd. Pro Eren. BH. II/265. Prof. Teklnay, Borçlar Hukuku, İstanbul. 1985. 5. Bası. I/876

B — İş Hastalığına yakalanan kişinin sağlığında aldığı manevi tazminat ile ölüm sebebiyle yakınlarının isteyebilecekleri manevi tazminatın çatışması sorunu : Sağlıkta sorumludan tahsil edilen manevi tazminatla ölüme bağlı manevi tazminat arasında hiçbir şekilde bağlantı yoktur. İlki, ikincisinin engeli değildir. Denkleştirme de olmaz. Bu konuda yasa ve doktrin yönünden bir duraksama da yoktur. Mustakar içtihat ta aynı yöndedir. Çözümün dayanakları şöyle belirtilebilir.

a — Sağlıkta alınan manevi tazminat, hastanın vücut bütünlüğünün ihlaline ve onun manevi zararına aittir. Öbür manevi tazminat, ölüme ve yakınlarının manevi zararlarına (acılarına vb) ilişkindir. Her iki tazminatın maddi sebepleri ve süjeleri ayrıdır (BK. 47).

b — Her iki tazminat, yukardaki espri içinde "bağımsızdır". Özellikle bu bağımsızlık sebebiyle ölen hastanın, yakınlarının manevi tazminatı üzerinde tasarrufda bulunma (feragat, sorumluluk anlaşması, sulh veb.) hakkı yoktur. Mirasın reddi halinde dahi, bu tazminat varlığını sürdürür. Ölüm sebebiyle istenecek tazminat, tereke niteliğinde olmayan, muristen halefiyet yoluyla intikal etmeyen, ölümün doğurduğu tazminattır. Hastanın sağlığında istediği tazminatın dava hitama ermeden ölüm sebebiyle varislere intikali de bu bağımsızlığı teyit etmektedir (34)

---

vd. Prof. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara. 1961. Shf. 327. Prof. Tekinay, Dipnot : 31'de anılan eseri, Shf. 69 ve civ. Cemal Öztürkler, Destekten yoksun kalma Dava Hakkının Mirasçılara İntikali Sorunu, ABD. 1979. 2. Shf. 36. Sema Güleç (Uçakhan), Sakatlanma ve Ölüm Halinde Ödenecek Maddi Tazminatların Hesaplanması, Ankara. 1982. Shf. 109 ve civ.

(34) Prof. Tandoğan, age. 299 ve civ. Prof. Tercier, age. 196. Oser - Shch. II, 415 1950 (Seçkin Çevirisi. Tekinay, Öl. Taz 71 vd. Feyzioğlu, age. 579. Arkun Kuda Ölüm Tazminatı, Ank. 1975. Shf. 70 ve civ. Prof. Tekinay, BH. II/832. Prof. Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku. 1978. İstanbul. 32 ve civ. YHGK. 24.6.1977 T., 1999/656 - E/K. YKD. 1978. 7. Shf. 1087. Yargıtay 9. HD. bu konuda şu sonuca varmıştır : «Davanın konusu, miras bırakanın meslek hastalığından ölümü nedeniyle manevi tazminat alınması isteğinden ibarettir. Mirasbırakan, sağlığında meslek hastalığına uğraması nedeniyle manevi tazminat istemiş ve manevi tazminat hüküm altına alınmıştır. Her iki dava, BAĞIMSIZ AYRI hukuki sebeplere dayanmaktadır. O halde MÜKERRER MANEVİ TAZMİNAT sözkonusu değildir. Mahkemece işin esası incelenerek, meslek hastalığı ile ölüm arasında illiyet bağının gerçekleştiği ve diğer koşulların mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde uygun manevi tazminata hükmedilen gerekirken yazılı şekilde manevi tazminat isteğinin reddi isabetsizdir (Y. 9. HD. 30.9.1980 T., 337/9840 - E/K. Karar yayımlanmamıştır. Arşivimde) Keza Y. 4. HD. de bu konuda aynı sonuca ulaşmıştır : «Her iki manevi zarar, ayrı ayrı gerçekleşmiş ve birincisi de ileri sürülmüş durumdadır. Mahkemece miras bırakanın ileri sürdüğü manevi tazminat dileğinin reddine ilişik kararı bo-

c — BK. 47 kuralının, vücut bütünlüğünün ihlali halinde yakınlarınca manevi tazminat istenememesini öngörmesi eleştirilmekte, extra-legal (kanun ötesi) kriter içerdiği belirtilmekte, giderek asabi şok gibi yıkım anlamına gelen olaylarda dava hakkı, hukuka aykırılık bağı içinde içtihatça tanınmaktadır (35).

d — Sağlığında maddi ve manevi tazminat alınmış ve fakat maluliyet derecesinde artma olmadan ölüm olmuş ise, bu tazminatların alınamayacağı, ölüm sonrası maddi ve manev itazminatın sağlıktaki tazminat sonrası artan maluliyet oranıyla sınırlanması görüşü bu konuda yalnız kalan, yasal düzenleme ve bu tazminatların yapılarıyla çelişen düşüncedir (36). Ölüm sonrası manevi tazminatın maluliyet oranıyla bir ilgisi yoktur. Maluliyet belli bir oranda yaşama fonksiyonunu, ölüm ise tüm yaşamayı tüketmektedir. Ölüm, yalnızca artan maluliyet kesimini değil, bizatihi hayatın tamamını ilgilendirmektedir. Maluliyet oranlı tazminat, yalnızca hastayla ilgilidir. O oran üzerinde, ölenin yakınlarının tazminat hakkı yoktur. (BK. 47). Ölüm

---

zulmalıdır.» (Olayda, vücut tamamiyeti ihlale uğrayan kişinin dava sonrası ölümü sözkonusu idi, ölüm öncesi ölenin, ölüm sonrası yakınlarının açtığı manevi tazminat davaları birleşmiş, yakınların istemi kabul, ölümle intikal eden sağlıkta açılan davadaki istem reddedilmişti.) (Y. 4. HD. 7.11.1968 T., 3112/8654 - E/K. Karahasan, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Ankara. 1981. Shf. 1295'te).

(35) Prof. Seyfullah Edis, Başlangıç Hükümleri, Ankara. 1983. 2. Bası. Shf. 121. Prof. Eren, Hukukta Aykırılık Bağı. Koloolu Armağanı, Ank. 1975. Shf. 461. Prof. Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ank. 1963, Shf. 6 ve d. Aynı müellif, Hukukta Aykırılık Bağı. BATİDER, 1979, X, 1, Shf. 1. 22. İki gözü kör olan kişinin anne/babasının manevi tazminat açması örneği için bkz. Y. 4. HD. 12.5.1978 T., 1413/6476 - E/K. Karahasan. age. 1150'de. Y. 4. HD. 30.11.1976 T., 6958/10448 - E/K. YKD. 1978, 1, Shf. 27.

(36) Y. 9. HD. 1.12.1986 T., 9988/10843-E/K. (yayımlanmamış). Kararda, «...Mirasbırakan... meslek hastalığından dolayı açtığı davada sulhen manevi tazminatını almıştır. Şayet o davadan sonra MESLEK HASTALIĞININ ARTMASI NEDENİYLE ölüm meydana gelmiş ise, davacılar ancak o TAKDİRDE VE ONUN ETKİSİ oranına göre kendileri için manevi tazminat isteyebilirler denmiştir.» «Yüksek Mahkemenin yukardanberi tahlil edilen bu belkide olaya özgü - tek/kalan kararının mustakar içtihatlara aykırılığı bir yana, aynı tarihli başka kararında benimsenen ve mustakar içtihatlarda şekillenen içtihada da uymamaktadır. (Y. 9. HD. 1.12.1986 T., 9987/10842 - E/K. yayımlanmamış. Kararda, ölenin sağlığında açtığı manevi tazminat ile yakınlarının açtıkları manevi tazminatın ayrı ayrı dinleneceği, koşullarının araştırılması gerektiği doğru olarak vurgulanmaktadır Davanın sağlıkta bitmiş olması ile sonradan sonuçlanması arasında fark olmayacağına göre, her iki kararda farklı sonuca varılmasının dayanağı kalmamaktadır. Ayrıca, bkz. Yargıtay Yüksek 9. HD. sinin 2.4.1987 t. 3060/3448 E/K. sayılı içtihadında görüşümüze yakın sonuca ulaşılmıştır (Y. 9. HD., 1987, 6, Sh. 899).

sonrası manevi-maddi tazminat, ölümle ilgili bulunmaktadır. Öte yandan sağlığında dava açmadan tazminat almadan ölenin yakınları arasında, yapay eşitsizlik yaratılmış olmaktadır. Tazminatı almayanın yakınları dava açabilecek, üstelik çok daha yüksek manevi (-maddi) tazminat alacaklar, sağlığında tazminat alanın yakınları ise, hiçbir şey alamayacaklar. Bu çözüm, sağlığında dava açmayı ve tazminat almayı eşitsizlikten de öte, adeta cezalandırılmaktadır. Esasen bu düşünce tarzı, yazımızın V/B-/c bölümlerinde belirtilen tazminatın özelliği ile yine aynı bölümün dipnotlarında sözüedilen Yüksek Mahkeme içtihatlarına, her iki manevi tazminatı düzenleyen BK. 47'deki temel kurallara aykırıdır. Öte yandan burada aslolan, meslek hastalığının ölüme yolaçıp açmadığı'dır. İlliyet halinde hak doğar. İlliyeti etkileyen diğer faktörler, kaçınılmazlık ve hakkaniyet adı altında bir indirime denkleme girmektedir. Yüksek 9 HD. sinin kararında isabetle belirtildiği gibi bu halde mükerrer bir tazminat ta bulunmamaktadır (37). Maluliyet oranına yansıyan iş göremezlik zararı dışında, destekten yoksun kalma tazminatında maluliyetin fonksiyonu yoktur. Burada ek hakkı doğuran, hastalık sonucu ölümdür. Halen fonksiyondan yakınlarının maddi tazminat hakkı yoktur (BK. 46). Maddi tazminat, fonksiyon yitiminin kaynağı olan hastalığın tüm - hayat fonksiyonunu tüketmesiyle ilgilidir (38).

VI — HASTALIK - SORUMLULUKLA İLGİLİ DİĞER SORUNLAR

Bu bölümde, yine uygulamada biçimlenen bazı sorunlara, ilgisi nedeniyle, kısaca değinilecektir.

1 — İş hastalığında alınması gerekli önlemler, İY. 73 ve 74'de genel olarak İSİG Tüz. ve muhtelif diğer tüzüklerde özel olarak belirlenmiştir. Çağdaş tekniğin zorunlu gördüğü önleyici sistemler, işyerine monte edilecektir. İşveren, kusursuzluğu, ispat sozundadır (39).

---

(37) Bkz. Dipnot 34'de metni verilen Y. 9. HD 30.9.1980 T., 337/9840 - E/K. sayılı kararı. Aynı şekilde 28.10.1986 T., 8637/9624 - E/K. ABD. 1986, 6, Shf. 890. Y. 9. HD. 1.12.1986 T., 9987/10842 - E/K).

(38) Y. 9. HD. 3.7.1980 T., 6268/8265 - E/K (Direnme üzerine YHGK. 25.5.1984 T., 9-301/619 - E/K sayılı kararında aksi görüş benimsenmiştir.) Her iki karar metni için bkz. YKD. 1986, 5, Shf. 629.) Yüce 9. HD. sinin bu kararı da, yukardanberi belirtilen mustakar uygulamasına, normatif yapımıza ve bu tazminatların özelliklerine dayalı kurumsal organizmaya ters - düşüp belkide olaya özgü, istikrarı ifade etmeyen karar niteliğindedir.

(39) Bk. 96. Ahmet İyimaya, Sorumluluk Hukuku Yönünden Gelişim Kusuru. ABD. 1985, 5 - 6. Shf. 686. YHGK. 28.6.1978 T., 3596/696 - E/K. Turgut Uygur, age., Shf. 736'da.

2 — Meslek hastalığının oluşumunda kusurlu biçimde yaratılan elverişli işyeri koşulları yanında, kaçınılmazlığın da önemi vardır. Bütün önlemler alınsa dahi, meslek hastalığında belli bir oranda kaçınılmazlık bulunmaktadır. Kaçınılmazlığa yansıyan sorumluluk, hakkaniyet ve taktir ölçüleri içinde, insanın kutsallığı da gözetlenerek, zarar gören ile sorumlu arasında paylaştırılır. Paylaştırma ikiye bölme biçiminde değil, takdir hakkına vücut veren faktörler içinde, çoğu işverene yüklenecek yöntemle olur (40).

İşverenin, hastalığın oluşumunda belli oranda bir kusuru var ise (munzam kusur), kaçınılmazlık indirimi yapılamayacaktır. Çünkü kusursuz sorumlulukta, munzam kusur, kaçınılmazlığı nötralize eder (41). Söyleyelimki Yüksek Mahkeme, iş hastalıklarında sorumluluğu risk (tehlike kusursuz) sorumluluk esasına dayandırmasına rağmen (42), munzam kusurun müterafik kusuru ve kusur benzeri indirim faktörlerini önlediği, etkisizleştirdiği hukuk doğrusunu uygulamaya aktarmış değildir. Munzam kusur, kaçınılmazlığın indirimsizliği yanında sonucu kolaylaştıran bünyevi istidatlarda da aynı etkiyi doğurur.

3 — Hastalığın genler yoluyla çocuğa geçmesi (örneğin radyasyonun gende kalıcı etki bırakması, giderek gelecek nesillerde hastalıklar belirmesi) yahut işçi gebe kadının doğmamış çocuğu üzerinde etkileme, küçük yönünden tazminat hakkını doğurur (43).

4 — Manevi tazminat için, meslek hastalığının varlığı yeterlidir. Mululiyetin oluşması, hastalığın bu yoğunluğa gelmesi gerekmez (44). Her maluliyet artışı, ayrı bir olgudur. Bu itibarla ayrı bir manevi tazminata ve bu olgu kesinleşmesi ile başlayan yeni zaman aşımına

---

(40) Y. 9. HD. 18.2.1977 T., 5967/1155 E/K. Çenberci, age. 1986. Shf. 1009'da. Oradaki diğer içt. BK. 43.

(41) Prof. Eren, dipnot 7'deki eseri. Shf. 119 ved. Prof. Tandoğan, T. Mes. Huk. 324, JdT. 1940. I. Shf. 162. Eren, Shf 119 dipnot : 84'de. Keza oradaki aynı doğrultuda Oftinger görüşü. Prof. Eren, BM. II/233. Aynı müellifin Uygun İlliyet Bağı adlı eseri. Shf. 143, 185 ve civ. Prof. Tandoğan. Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. Ank. 1981. Shf. 8.

(42) Y. Tev. İçt. 27.3.1957 T., 1/3 - E/K. Sorumluluğun Hukuki Sebebi ve tev. içt. eleştirisi için bkz. Süzek, age. 209 ve dev. Tunçomağ, age. 267 vd. Atabek, İşkazası ve Sigortası, İst. 1978. Shf. 289. Eren. İşverenin Sorumluluğu, Shf. 77. Prof. Hatemi, IHU - II/I. 73.

(43) Prof. Tandoğan, age. inceleme. YD. 1986, 1 - 2. Shf. 46. (MK. 27) Bu gibi durumlarda Zamanaşımı sorunu için bkz. Y. 4. HD. 23.10.1984 T., 6447/7849 - E/K. Ys. HD. 1985, Ocak, Shf. 72. Keza. Y. 11. HD. 17.4.1975 T., 445/2764 - E/K. (yayımlanmamış).

(44) Y. 9. HD. 23.12.1981 T., 2396 age. 1986. Shf. 1022'de. YHGK. 21.9.1977 T., 2004/739 - E/K. YKD. 1978, 6, Shf. 874

vucut verir (45). Faiz, hastalığın ortaya çıkma tarihinden itibaren başlar. Raporda tespit, hastalığın başlangıcı zamanı değildir (46).

5 — Meslek veya iş hastalığına yakalanma, hizmet akdinin işçi tarafından haklı fesih sebebidir. Hastalık sürdükçe, devamlılık taşıdığından İY. 18'deki 6 iş-günlük süre işlemeyecektir. (47) (İY. 16/II' deki "ve benzeri haller" ibaresi)

6 — Önlemlerin alınması yönünden yapma borcunu pratiğe aktarma biçimli bir eda davasının açılmasında çalışanın ve örgütlerinin hukuksal yararları vardır. Çalışma hayatında, insanın sağlığının korunması uğruna böyle bir çabaya girildiği söylenemeyecektir (BK.97) (48).

7 — Hastalık nedeniyle işten erken ayrılmada yoksun kalınan kıdem tazminatı alınabilir. Keza erken ölümde mahrum kılınan kıdem tazminatı maddi tazminat içinde istenebilir (49).,

8 — Sorumluluk sosyalize edilebilir.

VII — S O N U Ç

1 — İş Hukuku yönünden hastalık kavramı ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda düzenlenen meslek hastalığı kavramı, gerek yasal düzenlemeler, gerekse bağlanan sonuçlar yönünden ayrı kavramlardır. Ayırımın sorumluluk hukuku bazında pratik sonuçları vardır. (SSK. 11-B, İK. 74, 73).

2 — İş hastalığına dayalı sorumluluk (tazminat) davasında, mükerrer ödemeye neden olmamak bakımından, sigorta işlemlerinin sonucunu beklemek gerekir (SSK. Md. 26). İncelemede belirtilen ayrık durumlarda bekleme zorunluğu yoktur. Son sigorta işlemi niteliğini taşıyan Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararına karşı itiraz davası yolu açıktır (SSK. Md. 109).

---

(45) Y. 10. HD. 16.2.1982 T. 444/903 - E/K. Yas. Hukuk D. 1982. Mayıs, Shf. 710. Y. 10. HD. 7.4.1977 T., 6171/2640 - E/K. Çenb. İKŞ. 1986. Bas. Shf. 1129'da.

(46) Sorunun genişçe değerlendirilmesi için bkz. Süzek, age., 188 vd. Bu sonuç, iş - hukukumuz yönünden hayli pratik çözüm getirecek niteliktedir. Hukuk uygulayıcılarının çözümü pratiğe uyarladıkları söylenemez. Bkz. Y. 9. HD. 29.4.1985 T., 2021/4497 - E/K. (yayımlanmamış), Yüce Daire, bu gibi hallerde feshi «İY. 16/a» hükmüne dayandırma eğilimindedir.

(47) Oser - Sch. age. Art. 339. N. 21.

(48) Y. 9. HD. 10.5.1973 T., 42027/15912 - E/K. Çenberci, İKŞ. 1448. No : 192. Y. 15. HD. 3.7.1980 T., 1109/1701 - E/K sayılı ilginç karar için bkz. Karahasan, age. Shf. 1035 - 1036. Y. 4. HD. 29.9.1977 T., 7403/8952 - E/K.

3 — Hasta, sigorta işlemine karşı itiraza ve Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararına karşı itiraz davası açmasına zorlanamaz. Bu gibi durumlarda sorumluluk davası bekletici sorun yokluğunda, bağımsız olarak sonuçlandırılır.

4 — Gerek sorumluluk, gerekse itiraz davasında meslek hastalığının varlığı ve koşulları her türlü delillerle ispatlanır. Kusursuzluğu ispat, sorumluya aittir. Munzam kusur halinde, kaçınılmazlık, müterafik kusur sonucu hazırlayan bünyevi özelliklerden kaynaklanan tazminatı indirme nedenleri ortadan kalkar. (Munzam kusurun indirim nedenlerini nötralize etmesi ilkesi).

5 — Hastanın sağlığında açtığı iş görmezlik ve manevi tazminat ile ölüm sebebiyle yakınlarının açtıkları maddi ve manevi tazminatlar tamamen ayrı nedenlere bağlı ve bağımsızdırlar. Ancak iş göremezlik tazminatının ölüm sonrasına ait bölümü, desteğe aktarılacak pay oranında düşülür. Bunun yasal dayanağı, BK. 45'teki destek geliri hesabı, sorumlunun aynı ömür tablosunda ikinci gelir elde ettirme yükümünde olmaması, giderek BK. 43'teki olayın özelliği kuralıdır. Manevi tazminatın tamamen ölüme dayalı olması karşısında sağlıkta açılan ve alınan manevi tazminatın ölüme bağlı manevi tazminatı etkilememesi, düzenleyici normun kaçınılmaz sonucudur. Ölüm sonrası manevi tazminat, ölenin sağlığında tahsil ettiği manevi tazminat dönemindeki maluliyet derecesinin artışı şartına bağlanamaz. Böyle bir bağlamı yasa öngörmedikten başkabu rada aranacak husus, maluliyetin artışı değil, hastalığın ölüme neden olup olmadığı, neden olmuş ise, hayatın artık kapanması, tüm fonksyonların sıfırlanmasıdır. Esasen maluliyet artışı nedeniyle yakınların tazminat hakları da yoktur. Aynı şekilde sağlıkta açılan maddi tazminat, ölüm sonrası açılan maddi tazminata maluliyet artışı oranında ancak alınır gibi negatif etkisi bulunmamaktadır. Burada da ölüm, yaşayan organizmayı (desteği) maluliyet artışına değil, hayatı sonlandırmaya, fonksyonu sıfırlamaya götürmektedir. Yüksek Mahkemenin muhtelif dairelerinin yerleşik uygulaması da belirtilen biçimdedir.

6 — İş hastalığına yakalanan kişi, İY. 16/II'deki "ve benzeri haller" sebebine dayanarak sözleşmeyi haklı biçimde fesheder, kıdem tazminatına hak kazanır. Hastalık sürdükçe İY. 18'deki hak düşürücü süre işlemez. Hastalık nedeniyle erken işten ayrılma veya erken ölümde, maddi tazminat içinde olağan süre işte çalışsa idi alınabilecek (mahrum kalınan) kıdem tazminatı da istenebilir.

KİRA PARASININ ÖDENMEMESİ NEDENİYLE YAPILAN İLAMSIZ TAHLİYE TAKİPLERİNDE «TAKİP TALEBİ»NİN İÇERİĞİ

Talih UYAR (*)

I — Kira bedelinin ödenmemesi üzerine, alacaklı - kiralayan; —mahkemeye başvurup dava açacak yerde— icra dairesine başvurarak, **«kira alacağı»** için "haciz yolu ile" takip talebinde bulunabilir.

Kiralayan, sadece **«kira alacağı»**nın ödenmesini isteyebileceği gibi «kira alacağı» ile birlikte —kira parasının yasal süre içinde ödememesi halinde— **«kiralananın boşaltılmasını (tahliyesini)»** de isteyebilir.

Kiralayanın sadece «kira alacağı» için yapacağı takip, «genel haciz yolu ile ilamsız takip» ten bir farklılık göstermez. Bunun için, kiralayanın basılı takip» ten bir farklılık göstermez. Bunun için, kiralayanın, basılı «takip talebi» nin (örnek: 48) (7) nolu bölümünü doldurup icra dairesine vermesi yeterli olur (1). İcra Dairesinin bu «takip talebi» üzerine, borçluya, «örnek: 49» (ödeme emri) (2) göndermesi gerekir (3).

Kiralayanın, ödenmemiş «kira alacağı» ile birlikte «kiralananın tahliyesini (boşaltılmasını)» da istemesi halinde, bu isteğini «takip talebinde» açıklaması gerekir (4). Takip talebinde, «tahliye» isteğinin kısaca «tahliye» şeklinde belirtilmesi geçerlidir (5) **Yüksek mahkeme**, açıkça «tahliye» istenmemiş olması-

---

(*) **Manisa Barosu Avukatlarından - Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Görevlisi.**

(1) «Takip talebi»nin doldurulma şekli hk. bknz : **UYAR, T.** Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku, sh : 536.

(2) «Örnek : 49 ödeme emri» örneği için bknz : **UYAR, T.** age., sh : 599.

(3) Bknz : 12. HD. 14.11.1985 T. 3893/9570; 15.1.1985 T. 10692/108; 25.6.1984 T. 5792/8153; 21.5.1984 T. 4131/63830; 26.1.1984 T. 11096/645.

(4) Bknz : 12. HD. 3.6.1986 T. 13131/6645; 26.5.1986 T. 12218/6772; 3.4.1986 T. 11200/4896.

(5) Bknz : 12. HD. 31.12.1982 T. 8160/8867.

na rağmen, «takip talebinde bu anlama gelen bir kayıt» bulunması halinde, bunu da yeterli saymaktadır (6). Nitekim; yüksek mahkeme takip talebinde, «borçlu - kiracıya örnek : 51 ödeme emri gönderilmesini» istemiş olan kiralayanın, aynı zamanda «tahliye» de istemiş olduğunu kabul etmiştir (7).

Daktilo ile doldurulan takip talebinde, «el yazısı ile» (8), «mürekkepli kalemle» (9) tahliye istenmiş olması geçerli olduğu gibi, takip talebi doldurulduktan sonra —ancak; kiracıya ihtarlı ödeme emri gönderilmeden— «tahliye» isteğinin takip talebine eklenmesi mümkündür. Bu taktirde, eklenen bu isteğin altının kiralayan tarafından imzalanması gerekir (10).

Kiralayanın, İİY. mad 269 vd. na göre «kira borcu» nun ödenmesi için, kiracısı hakkında icra takibinde bulunabilmesi için, kiracısı ile arasında «kira ilişkisi» nin bulunması gerekir (11). Bunun mutlaka «**yazılı**» kira sözleşmesine dayanması gerekmez. Yazılı olmayan «**sözlü**» kira sözleşmesine dayanarak da, alacaklı - kiralayan, takip talebinde bulunabilir (12). Çünkü, yasada; «kira alacağından dolayı yapılan takiplerde», mutlaka «yazılı bir kira sözleşmesi»nin varlığı aranmamış ve «sözlü sözleşme» ye dayanan kira alacakları hakkında da, ilamsız icra yolu ile takip kabul edilmiştir.

Taraflar arasında «yazılı» bir kira sözleşmesi varsa, kiralayanın, takip talebine bu yazılı sözleşmeyi de eklemesi gerekir mi? **Bir görüşe göre** (14) ise, kira sözleşmesinin ödeme emri ile birlikte kiracıya da bir suretini eklemesi, bundan başka borçlu sayısı kadar sureti de, takip talebi ile birlikte icra dairesine vermesi gerekir. **Diğer bir görüşe göre** (14) ise, kira sözleşmesinin ödeme emri ile birlikte kiracıya

---

(6) Bknz : 12. HD. 5.6.1980 T. 3376/4888; 12.7.1979 T. 5912/6524; 3.2.1977 T. 196/930.

(7) Bknz : 12. HD. 14.10.1985 T. 2376/8119; 7.3.1977 T. 2017/2471.

(8) Bknz : 12. HD. 26.9.1985 T. 1565/7523.

(9) Bknz : 12. HD. 15.9.1981 T. 5019/6703.

(10) Bknz : 12. HD. 19.1.1984 T. 10646/289 - 17.9.1985 T. 1262/7109.

(11) Bknz : 12. HD. 16.4.1981 T. 2540/3866.

(12) Bknz : 12. HD. 15.12.1983 T. 9276/10524; 21.6.1983 T. 3686/5045.

(13) **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, sh : 439 **GÜRDOĞAN, B.** İcra Hukuku, sh : 31 - **AYDINLIYIM, S.** Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, sh : 97.

(14) **BERKİN, N.** İcra Hukuku, sh : 471.

tebliği gereksizdir. Çünkü, sözleşmenin bir örneği borçluda vardır. **Yargıtay**'ın, içtihatlarında ikinci görüşü benimsediğini görüyoruz (15).

Eğer, alacaklı ile borçlu arasında «kira ilişkisi» hiç kurulmamışsa, yani borçlu herhangi bir kira sözleşmesine dayanmaksızın taşınmazı işgal etmekte ise, alacaklı bu durumda «**kira**» isteminde bulunamayıp sadece «**fuzuli işgal tazminatı**» (**ecrimisil**) isteyebileceğinden, bunun için borçluya «örnek· 49 (ödeme emri)» nin gönderilmesi gerekir (16). Yoksa, «örnek· 49 (ödeme emri)» yerine, «örnek· 51 (ihtarlı ödeme emri)» gönderilemez.. Ancak hemen belirtelim ki, borçlunun ödeme emrine itirazı üzerine takip durur. Alacaklının, mahkemeye başvurup, isteyebileceği «fuzuli işgal tazminatı (ecrimisil)» hakkında, mahkemeden karar alması gerekir. Başka bir deyişle, ecrimisil alacakları, yargılamayı gerektirdiğinden, «ilamsız takip konusu» yapılamaz (17).

Eğer taraflar arasındaki «kira ilişkisi» —örneğin; sulh mahkemesince (18) ya da tetkik merciince (19) tahliyeye karar verilerek veya taraflarca feshi ihbarda bulunularak (20)— sona ermişse, bu tarihten sonra, alacaklı, borçludan sadece «fuzuli işgal tazminatı (ecrimisil)» isteyebilir, «kira» isteyemez.

Yukarıdaki koşullara uygun olarak, alacaklı —kiralayanın «takip talebi»nde bulunması üzerine; icra dairesince borçlu— kiracıya «örnek: 51 ihtarlı ödeme emri» (21) gönderilmesi gerekir (22).

Kiralayan, «takip talebi»nde, «kiralananın boşaltılmasını» istediği halde, icra dairesince borçlu kiracıya —hatalı olarak— «örnek: 49 (ödeme emri)» gönderilmişse, kiralayan, bu ödeme emrine dayanarak, Tetkik Merciinden «kiralananın boşaltılmasına karar verilmesini» isteyemez (23).

II — K i m ya da k i m l e r —ilamsız— tahliye takibi için «takip talebi»nde bulunabilir?

---

(15) Bknz : İİD. 8.5.1951 T. 2364/2486.
(16) Bknz : 12. HD. 21.4.1981 T. 738/4014.
(17) Bknz : yuk. dip. 15.
(18) Bknz : 12. HD. 24.3.1986 T. 9006/3150; 5.11.1984 T. 8316/11291; 29.5.1984 T. 3881/6845; 18.2.1981 T. 153/1555.
(19) Bknz : 12. HD. 12.2.1985 T. 11690/1181; 29.3.1984 T. 689/3764; 16.2.1981 T. 478/1411.
(20) Bknz : 12. HD. 15.3.1976 T. 871/2764.
(21) «Örnek : 51 ihtarlı ödeme emri» örneği için bknz : **UYAR, T.** age., sh : 606.
(22) Gönderilecek «ödeme emri»nin içeriği ve doğurduğu sonuçlar hk. Bknz : **UYAR, T.** İcra Hukukunda Tahliye, sh : 106 vd.
(23) Bknz : 12. HD. 19.10.1981 T. 6706/7581

«Alacaklı (kiralayan)» sıfatını taşıyan kişi (veya onun halefleri —örneğin: kiralananı kendisinden satın alan yeni malik yahut kiralayanın mirasçıları—) icra dairesine başvurarak —ilamsız— tahliye takibinde bulunabilir.

Alacaklı - kiralayanın malik olması gerekli değildir (24).

Kiralayan, **bir kişi** olabileceği gibi; **birden fazla kişi** de olabilir. Eğer, kira sözleşmesinde, birden fazla kiralayan varsa —kiralanan şey ister «iştirak halinde mülkiyet» ister «müşterek mülkiyet» konusu olsun— bölünmesi mümkün olmayan bir hak ve talep olan **tahliye takibinin**, kiralayanların tümü tarafından yapılması gerekir. Çünkü, bu durumda kiralayanlar arasında «zorunlu dava (takip) arkadaşlığı» vardır (25) (26) Buna karşın, **kira alacağı**'nın ödenmesine ilişkin talep (yani kira borcu) bölünebilen bir borç olduğundan, kiralayanların her birisi kendi payına düşen kira alacağı için yalnız başına alacak takibi yapabilir (27) (28)

İştirak halindeki bir taşınmazın kiraya verilebilmesi, ancak bütün mirasçıların onayı ile (MY. mad. 630/II) ve **müşterek mülkiyet halindeki bir taşınmazın** kiraya verilebilmesi de —«önemli idari tasarruf» sayıldığından— ancak pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile (MY. mad. 624/III) mümkün olur. Eğer; iştirak halindeki veya müşterek mülkiyet halindeki bir taşınmazı, mirasçılardan (ya da paydaşlardan) birisi yasanın öngördüğü «oybirliği»ni ya da «pay ve paydaş çoğunluğu»nu sağlamadan başkasına kiraya verirse, bu kira sözleşmesi kuşkusuz diğer mirasçı ve paydaşları bağlamaz. Ancak, bu sözleşme «taraflar arasında» —yani «kiracı» ile taşınmazı kiraya veren «mirasçı»ya da «paydaş» arasında geçerli olur mu? Bu «kira sözleşmesi»ne dayanarak: kiralayan durumundaki mirasçı ya da paydaş tek başına tahliye takibinde bulunabilir mi? **Doktrinde**, «gerekli çoğunluk sağlanmadan yapılan işlemin, tarafları dahi bağlamayacağını» ileri sürenler bulunduğu gibi (29), «gerekli çoğunluk sağlanmadan yapılan sözleşmenin tarafları borçlar

---

(24) Bknz : 12. HD. 27.5.1986 T. 12516/6354; 6.11.1978 T. 8055/8905.

(25) **KURU, B.** Hukuk Muhakemeleri Usulü, c : 2. sh : 2394 vd.

(26) Bknz : 12. HD. 16.3.1981 T. 497/2495; 25.3.1980 T. 231/2819.

(27) **KURU, B.** age., sh : 2398.

(28) Bknz : Yuk. dipn. 26'daki içtihatlar.

(29) «... Bu çift çoğunluk sağlanmadan alınan kararlar hükümsüzdür. **Ne bu muameleyi yapanı** ve ne de öbür paydaşları hatta ne de üçüncü şahısları **bağlamaz.** Bununla beraber çoğunluğun sonradan böyle bir muameleye icazet vermesi de mümkündür.» (**AKİPEK, J.** Türk Eşya Hukuku, «Ayni Haklar», İkinci kitap, sh : 31).

hukuku alanında bağlayacağını» (30) savunanlar da vardır. **Uygulamada**, «tahliye davaları» bakımından konuya eğilen **Yargıtay 6. HD.** bazı kararlarında «kiralayanın kira akdine dayanarak mutlak şekilde talepte bulunabileceğini (tahliye davası açabileceğini), pay ve

---

(30) «... Paydaşlardan biri, çoğunluğa ihtiyaç gösteren bir akdi, üçüncü bir şahısla tek başına yaparsa, bu akit hükümsüz olmaz. Mesela, paydaşlardan birisinin, müşterek şeyin tamamı hakkında üçüncü bir şahısla yapacağı kira akdi tamamen geçerlidir; **bu akit sadece diğer paydaşları bağlamaz.** Eğer bu yüzden, kira akdini yapan paydaş, taahhüdünü yerine getiremezse, kiracıya tazminat ödemekle yükümlü olur...» (**TEKİNAY, S.S.** Eşya Hukuku, sh : 391), «... Gerekli ekseriyet kararı alınmadan bir veya birkaç paydaş tarafından müşterek malın tamamı veya bir kısmı kiraya verilmişse, **diğer paydaşlar bu kira akdi ile bağlı değildir.** Eğer akit bütün paydaşlar adına yapılmışsa, selahiyetsiz temsil hükümleri (BK. m. 38, 39) uygulamak gerekir. Şayet kira akdini yapan paydaş akdi kendi nam ve hesabına yapmışsa bu taktirde, diğer paydaşlar kiracının kullanmasına mani olurlarsa, akdi yapan paydaş, borcunu yerine getirmemenin neticelerine katlanır (BK. m 96 vd; 253, 275)» (**OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö.** Eşya Hukuku, sh : 267.) «... Müşterek maliklerden birinin hisse ve rey ekseriyetini temin etmeden müşterek mülkü veya şayi hissesini kiraya vermesi halinde bu akdin diğerlerini ilzam etmeyeceğinde tereddüt yoktur. Diğer hissedarların muvafakatı halinde kira akdi hükümlerini yürütür. Fakat hissedarlardan herhangi biri, akitle bağlı olmayı istemezse, müsteciri tahliye edebilir... Acaba, akit olan hissedarın durumu ne olacaktır? Biz bu akiti Temyiz Mahkememiz gibi halle taraftar olamıyoruz. Kendi hissesi üzerinde böyle bir akit inşasına teşebbüs eden hissedarın hiç değilse, diğer hissedarların ekseriyetinin icazet ve muvafakatlerini zımnen taahhüt etmiş bulunduğunu düşünüyoruz. Müşterek mülkün tamamının kiralanması halinde ise, hadiseye vekaletsiz iş akdi hükümlerinin tatbikine taraftarız... **Binnetice, mezkûr akit hangi şartlar altında yapılmış olursa olsun, akit hissedarı kendi hukuki sahasında bununla bağlı sayıyoruz.** Akit hissedar, diğer hissedarların muvafakatı olmadığından bahisle akdin feshi cihetine gidemiyeceği gibi, ayni sebeple akdin hükümlerini yerine getirmekten de içtinap edememelidir» (**KÜLEY, M.** Toplu Mülkiyet, sh : 44 vd.), «Gerekli çoğunluk kararı bulunmadan bir veya birkaç paydaş tarafından ortak malın tamamı veya bir kısmı bütün paydaşlar adına bir üçüncü kişiye veya bir paydaşa kiraya verilmiş ise yetkisiz temsile ilişkin esaslar uygulanır, diğer paydaşlar icazet vermezse, akit hüküm ifade etmez ve kiraya veren paydaşlar kendileriyle akit yaptıkları kişiye BK mad. 39 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olurlar. **Eğer, yetkisiz bir veya birkaç paydaş kira akdini kendi adlarına yapmışlarsa akit geçerli olur**, zira kira akdi borç doğurucu bir akit olduğundan başkasının malını da kiraya vermek kâbildir; ancak diğer paydaşlar kiracının kullanmasına engel olurlarsa, kiraya verenler borçlarını yerine getirmemenin sonuçlarına katlanırlar (BK. md. 96, 253, 275)» (**TANDOĞAN, H.** Borçlar Hukuku «Özel Borç İlişkileri» c : I/2, sh : 106 vd.), «Müşterek mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğuyla yapılmayan sözleşme geçersizdir. Bu sözleşmede, ister paydaşlardan birisi, isterse üçüncü şahıs olsun, fark etmez. **Ancak, kiralayan paydaş, akit sıfatıyla kiracı aleyhine yalnız başına tahliye davası açabilir.** Sözleşmeye taraf olmayan paydaşlar, sözleşmeyi tanımayarak

paydaş çoğunluğunun söz konusu olmayacağını» belirtirken bazı kararlarında (32), «tahliye davasının pay ve paydaş çoğunluğuna sahip paydaşlar tarafından açılabileceğini» belirtmiştir.

Bu konuda öneride bulunurken: «müşterek mülkiyet konusu taşınmazın kiraya verilebilmesi için, MY. mad. 624/III gereğince pay ve paydaş çoğunluğunun gerekli olduğunu» (33) ve «bir veya birkaç

---

kiracı aleyhine men'i müdahale davası açabilecekleri gibi, bu sözleşmeyi kabul edip, geçerlilik tanıyarak, müşterek mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğuyla tahliye davası da açabilirler...» (**ERDOĞAN, C.** Tahliye Kira Tesbiti ve Kira Alacağı Davaları, sh : 84) «... İştirak halinde malik olanlardan sadece biri veya birkaçı sözkonusu mülkü bir üçüncü şahsa kiraya vermişse, bu kira akdinin ve kiralayanın akibeti ne olacaktır? Eğer, kiralayan akdi, iştirak halindeki diğer maliklerin de adına yapmışsa, onların icazeti akdi kurtarır ve tümü birden kira parasının alacaklısı olur, aksi halde sözleşme hükümsüz sayılır. Kiralayan, akdi, diğer maliklerin (paydaşların) da adına değil, doğrudan doğruya ve münhasıran kendi adına yapmışsa, bu akit kiralayanı bağlar, fakat buna muvafakatlerini esirgeyen iştirak halindeki diğer malikleri bağlamaz...» (**FEYZİOĞLU, F.** Borçlar Hukuku «Akdin Muhtelif Nevileri», C. I, sh : 479), «... Biz, taraflar arasında akdin muteber sayılması fikrini müreccah (tercihe şayan, üstün, doğru) görüyoruz...» (**POSTACIOĞLU, İ.** Şayi Hissenin Kiraya Verilmesi (İçtihat Tahlili) «İHFM. 1947, c : XIII, s : 3, sh : 1238 vd.».

(31) Bknz : «Taraflar arasında kira akdi bulunduğu sübut bulmuştur. Kira akdinde **kiralayanın, taşınmaz malın maliki bulunması şart değildir.** —Üçüncü şahıslara ait taşınmaz malların kiralanmasını önleyen kanun hükmü yoktur. Kaldı ki, mahkemece de taraflar arasında kira akdi bulunduğu kabul edilmektedir. **Bu durumda paydaş ve pay çoğunluğu (MK. m. 624/III) söz konusu olmaz. Kiralayan kira akdine dayanarak mutlak şekilde talepte bulunabilir.** Bu itibarla kiralananın boşaltılmasına karar verilmesi gerekirken, bundan zuhul olunması, usul ve kanuna aykırıdır» (6. HD. 7.11.1968 T. 3625/4558 «**MALATYALIOĞLU, K./ERTAŞ, H.** Tahliye Davaları, sh : 44».

(32) Bknz : «Müşterek mülkiyete konu olan taşınmaz malın (ihtiyaç sebebiyle) tahliye davasında davayı paydaş çoğunluğunu teşkil eden şahısların açması veya **davanın devamı sırasında bu şartın yerine getirilmesi** gerekir. Davada, pay çoğunluğu varsa da paydaş çoğunluğu yoktur. Bu bakımdan davacıya, paydaş Ruşen'i davaya dahil etmesi veya rızasını alması için mehil verilmesi, bu hususun ikmalinden sonra duruşmaya devam olunması, kesin mehle rağmen yapılmazsa davanın reddedilmesi gerekir.» (6. HD. 4.4.1963 T. 940/1671 «**ERDOĞAN, C.** Tahliye Davaları, sh : 97)».

(33) Bknz : 27.11.1946 T. 28/15 s. İçt. Bir. K. «... Müşterek malın kiraya verilmek suretiyle menfaatinden yararlanmak konusu MK. nın 625. maddesinin son fıkrasındaki temliki tasarruflardan olmadığı gibi 624. maddesinde misal olarak gösterilmiş olan ufak tefek onarmalara ve ziraat işlerine de benzetilemiyeceğinden, bunun sözü geçen maddenin 3. fıkrasında yazılı tasarruflar çeşidinden mühim idari bir tasarruf sayılması lâzım gelir.

müşterek malikin ihtiyacı için, müşterek maldaki kiracıya karşı, pay ve paydaş çoğunluğuna sahip hissedarlar tarafından tahliye davası

Mühim sayılan bir idari tasarrufu diğerlerinin haberi olmaksızın paydaşlardan her birinin veya bir kaçının yapmasına Medeni Kanun hükümleri müsait değildir. Kanun koyucu bu tasarrufu ancak müşterek mülkün yarısından fazlasına malik olan ve sayı itibariyle çokluk teşkil eden paydaşların birlikte yapabileceğini kabul etmektedir.

Bu şart bulunmadıkça paydaşlardan bir kısmının mühim idari tasarruflardan sayılacak bir hususa dair yapacakları tasarruflar, ötekileri ilzam etmiyeceği gibi 3. şahıslarla kendileri arasında bir bağlantı husule getiremez. Eğer paydaşlar müşterek şeydeki mülkiyet haklarının mahiyeti ve bağıt yapmaya yetkilerinin derecesi hakkında üçüncü şahıslara yanlış malûmat vermiş veyahut sıfat ve yetkilerini saklamış ise bu haksız hareketlerinden dolayı onlara karşı haksız fiillere dair hükümler dairesinde bir mesuliyet altına girmiş olurlar.

Kanun koyucunun mühim idari tasarruflar için koyduğu bu ehliyet şartının 3. şahıslarla yapılacak bağıtlara mahsus olup, paydaşların birbirleri ile bu kabilden yapacakları tasarruflara şümulü olmadığı yolunda bir tefsire her bakımdan kanun metni ve ruhu müsait değildir. Çünkü kiracının yabancı bir şahıs veya paydaş olması tasarrufun mahiyetini değiştirmez. Kira bağıdı paydaşlar arasında da yapılsa bu bağıtı yapanlar yine mühim bir idari tasarrufta bulunmuş olurlar, bundan dolayı kanunda tayin edilen çokluğu teşkil etmeyen paydaşların diğer paydaşlardan biri ile yaptıkları kira bağıtı, taraflar arasında bir bağlantı vücuda getiremez.

Yalnız iki kişi arasında yarı yarıya müşterek olan bir şeyin paydaşlarından birinin kendi payını diğerine kiralaması halinde kiralayan taraf kanunun tayin ettiği çoklukta olmamakla beraber bu şekilde yapılan tasarruf bütün paydaşların birlikte yapmış oldukları bir tasarruf olması bakımından muteber sayılması icabeder. Esasen kanun koyucu, bütün paydaşların birlikte her türlü tasarrufları yapabileceklerini bir asil olarak kabul etmektedir. Bazı tasarrufları paydaşlardan herbirinin veya bir kısım tasarrufları da paydaşlardan muayyen bir çokluk teşkil edenlerin yapabileceği hakkındaki hükümler aslın müstesnası olarak konulmuş hükümlerdendir, hilafına sözleşme bulunmadıkça paydaşlar kanunun bu hükümleri dairesinde hareket etmek mecburiyetindedirler.

Paydaşlardan birinin, müşterek şeyin gelir ve semerelerinden payına düşecek olan kısmı paydaşlardan birine veya üçüncü şahsa devretmeyi payın kiraya verilmesi demek değildir, böyle bir bağıt devralana ancak devredenin payını, şeyi idare eden paydaşlardan istemek hakkını verir. Rey ve idare hakkını vermez. Çünkü rey ve idare hakkına malik olmak ancak o şeyde pay sahibi olmaya bağlıdır. Bir şeyde pay sahibi olmayanlar onun idaresi işinde rey vermek hakkına malik olamazlar.

Bir paydaşın, müşterek şeyin aynındaki payını üçüncü bir şahsa veya paydaşlardan birine kiralaması esas bakımından mümkün olmayan tasarruflardandır. Çünkü, kiralayan sıfatını alan paydaş, müşterek şeyi diğer paydaşlarla idare etmek mecburiyetinde olduğundan kira bağıtı ile üstlendiği borcu yani bağıttan maksut olan kullanmaya salih bir şekilde teslim borcunu ne paydaşına ne de ikinci bir şahsa karşı yerine getirmeye ve kira müddeti

açılabileceğini» (34) vurgulayan İçt Bir. Kararlarını da göz önünde bulundurmak gerekir.

Kanımızca, tahliye takibi, mülkiyet hakkına değil, kira sözleşmesine (kişisel hakka) dayanan bir takiptir. Kiralayan sıfatına sahip olabilmek için malik olmak gerekmediğinden, gerekli çoğunluğu (ya da oybirliğini) sağlamadan, «tek başına» hissedar olduğu taşınmazı kiraya veren paydaş veya mirasçıya, kiracıya karşı gerektiğinde «tek bşına» takipte bulunma hakkının tanınması uygun olur. Hemen belirtelim ki, «tahliye takipleri» bakımından **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi**'nin içtihatları (35) bu konuda tam bir açıklık taşımamaktadır...

içinde de bu halde bulundurmaya muktedir değildir. Hatta o şey paydaşlar sayısınca hisselere ayrılmış ve herbir hisse paydaşlarından birinin kullanmasına bırakılmış olsa bile yine bunların ayrı ayrı mühim idari tasarruflardan olan kira bağıtı yapmaya yetkileri olamaz. Meğerki kanunun tayin etmiş olduğu çokluk veya bütün paydaş buna müsaade etmiş olsunlar. Aksi takdirde böyle bir kira bağıtının diğer paydaşları da bağlaması bu halde bu paya ait kira müddeti bitmedikçe diğer paydaşların Medeni Kanunun 627. maddesi mucibince haiz oldukları taksim ve şuyuun izalesini istemek haklarını kullanmamaları lâzım gelirki bu yolda bir tefsirin kanunun hükümlerine olduğu kadar hukukun umumi prensiplerine de aykırı düşeceği açıktır.

Yukarıda yazılı düşünce ve sebeplerden dolayı müşterek mülkte pay sahibi olan müteaddit şahıslardan birinin kendi payı hakkında gerek yabancı ve gerek paydaşlarından birisi ile yapacağı kira bağıtının taraflar arasında bir bağlantı vücuda getiremiyeceğine ancak iki kişi arasında müşterek olan bir şeyin paydaşlarından birinin kendi payını diğerine kiralaması halinde; bu kira bağıtının iki taraf arasında muteber bir bağlantı vücuda getireceğine karar verildi.» (RG. 21.4.1947 T. 6588 sayı).

(34) Bknz : 6.7.1955 T. 12/18 s. İçt. Bir. K. «... Daha ziyade mühim olan idari tasarrufun muteber olabilmesi için, müşterek mülkün yarısından fazlasına malik ve adet itibariyle de ekseriyeti teşkil eden hissedarların muvafakati kâfidir. Akalliyette (azınlıkta) kalan hissedar veya hissedarlar her vakit şuyuun izalesini istemek suretiyle haklarını koruyabilirler. Bu bakımdan akalliyette kalan hissedarlar için intifa tarzının tebdili hali hâdis olmuş addolunamaz. Tasarrufun mahiyetine nazaran bu kabil hadiselerde dava hakkının tayini için Medeni Kanunun 625. maddesinin ikinci fıkrası değil 624. maddesinin son fıkrasının tatbiki icabeder.

Netice : Müşterek mülkiyete mevzu olup da ilerlden beri kiraya verilmek suretiyle idare edilen bir gayrimenkulün hissedarlarının bir veya bir kaçının mecura olan ihtiyacı sebebiyle müstecir aleyhine tahliye davası açabilmeleri için, Medeni Kanunun 624. maddesinin son fıkrası gereğince müşterek mülkün yarısından fazlasına malik olan ve adet itibariyle de ekseriyeti teşkil eden hissedarların bu hususta reylerinin içtima etmiş bulunması lâzım ve kâfi gelmekte olduğuna karar verildi.» (RG. 28.12.1955 T. 9192 sayı).

(35) Bknz : 12. HD. 11.11.1985 T. 3156/9249; 28.1.1985 T. 555/595; 27.12.1982 T. 9564/9890 - 27.11.1984 T. 8928/12268 - 26.4.1983 T. 1142/3255; 25.1.1983 T. 9958/308; 27.12.1982 T. 9564/9890; 14.9.1982 T. 6037/6471 - 8.4.1982 T. 2689/2975.

Kiralayanın ölmesi halinde, mirasçılar arasında «zorunlu takip (dava) arkadaşlığı» ortaya çıktığından, tahliye takibinin mirasçıların tümü tarafından açılması (veya yürütülmesi) gerekir (36).

III — K i m e ya da k i m l e r e k a r ş ı —ilamsız— tahliye takibinde bulunulabilir?

«Borçlu (kiracı)» sıfatını taşıyan kişi (yada onun mirasçılarına) karşı, tahliye takibinde bulunabilir.

Taşınmazda bulunan k i ş i k i r a s ö z l e ş m e s i'ne dayanarak oturmuyorsa (37) —örneğin «ortaklık sözleşmesi» gereğince oturuyorsa (38)— ya da herhangi bir sözleşmeye dayanmadan veya kira sözleşmesi fesh edildikten sonra (39) —«fuzuli şâgil» olarak— oturuyorsa, kendisine karşı İİY. mad. 269 vd. göre tahliye takibinde bulunulamaz.

Kira sözleşmesinde **birden fazla kiracı varsa;**

a) «Taşınmazın boşaltılması borcu» b ö l ü n e m e y e n b o r ç l a r d a n olduğundan, tahliye takibinin tüm kiracılara yöneltilmesi (zorunlu takip «dava» arkadaşlığı) yani, kiracıların hepsi hakkında tahliye takibinde bulunulması gerekir (40). Eğer kira sözleşmesinde «kiracıların kira borcundan zincirleme olarak (müteselsilen) sorumlu olacağı» öngörülmüşse, kiralayanın kiracılardan birisine karşı da tahliye takibi yapabilmesi gerekir (41) (BY. mad. 142). Ticari kira sözleşmelerinde —aksi öngörülmedikçe— kiracılar kira borcundan zincirleme olarak sorumlu olduklarından (TY. mad. 7), kiralayan kiracılardan birisine karşı «tahliye takibi»nde bulunabilir.

b) «Taşınmazın kira borcu» ise, b ö l ü n e b i l e n b o r ç l a r d a n olduğundan, kira sözleşmesinde, kira parasından kiracıların zincirleme (müteselsil) olarak sorumlu olacakları hakkında bir kayıt bulunmuyorsa, kiracıların herbiri —BY. mad. 69 uyarınca— eşit şekilde paylarına düşen kira parasından sorumlu olacakların-

---

(36) Bknz : 12. HD. 18.3.1986 T. 9400/3006; 26.2.1985 T. 12151/1710.

(37) Bknz : 12. HD. 16.4.1981 T. 2540/3866.

(38) Bknz : 12. HD 7.6.1983 T. 3254/4567.

(39) Bknz : 12. HD. 24.3.1986 T. 9006/3150; 12.2.1985 T. 11690/1181; 5.11.1984 T. 8316/11291; 29.5.1984 T. 3881/6845; 29.3.1984 T. 689/3764; 18.2.1981 T. 153/1555; 16.2.1981 T. 478/1411; 15.3.1976 T. 871/2764.

(40) Bknz : 12. HD. 26.5.1986 T. 12225/6278; 17.4.1986 T. 10789/4486; 31.3.1986 T. 9569/3527; 23.12.1985 T. 6135/11491; 15.2.1984 T. 11933/1545.

(41) **KURU, B** age., sh : 2401.

dan, kiralayan her kiracı hakkında, sorumlu olduğu kira parası için takipte bulunabilir (42).

Ölmüş olan kiracının mirasçılarından biri ya da birkaçı hakkında —her mirasçı, miras bırakanın borcundan ve bu arada kira borcundan, bütün malvarlığı ile sorumlu olduğundan— «k i r a a l a c a ğ ı» için takip yapılabilirse de, kiralananın boşaltılmasını sağlamak için yapılacak «t a h l i y e t a k i b i»nin, tüm mirasçılara yöneltilmesi gerekir (43).

Kiracı, kiralananı kendiliğinden boşaltmışsa, kendisine ihtarlı ödeme emri gönderilemez (44).

Kapıcıdan —1475 s. İş Yasasına, 2184 s. Yasa ile eklenen ek maddenin 3. fıkrası gereğince— «kira parası» istenemeyeceğinden, kapıcı hakkında —örnek : 51 ihtarlı ödeme emri gönderilerek— tahliye takibi yapılamaz (45).

IV — Kira alacağı, «g ö t ü r ü l e c e k b o r ç l a r»dan olduğundan, BY. mad. 73 gereğince, —aksi kararlaştırılmış olmadıkça— «kiralayanın ikâmetgahında» ödenmesi gerekir. Bu nedenle, kiralayan, kiralanan taşınmazın bulunduğu yerde ikâmet etmiyorsa, kendi ikâmetgâhının bulunduğu yerdeki icra dairesine başvurarak da, kiracısı hakkında «kira alacağı»nın ödenmesi (ve «kiralananın boşaltılması») için takipte bulunabilir. Başka bir deyişle, «kira alacağına ilişkin uyuşmazlık», «kiralanan taşınmazın aynı ile ilgili» olmadığından, icra takibinin mutlaka, taşınmazın bulunduğu yerde yapılması zorunlu değildir (46)

V — «Kira sözleşmesi»nden doğan k i r a a l a c a ğ ı için, kiralayan sadece «kiracı» hakkında takipte bulunabileceği gibi, kira sözleşmesinde üçüncü bir kişi, kiracıya «kefil» olmuşsa, kiralayan, bu kimseyi de —sorumlu olduğu kira parası için— takip edebilir. Kefilin sorumlu olacağı kira borcu ve kefalet süresi, kira sözleşmesinde —çok kez olduğu gibi— açıkça belirtilmemişse, kefilin sorumlu-

---

(42) Bknz : 12. HD. 1.10.1985 T. 1788/7616; 23.5.1985 T. 15277/5067; 3.12.1984 T. 9385/12483; 9.12.1982 T. 9039/9235; 16.3.1982 T. 1448/1994; 7.12.1981 T. 7888/9307.

(43) Bknz : 12.HD. 27.1.1984 T. 10990/706 - 3.10.1984 T. 8420/10924; 23.6.1980 T. 4425/5448

(44) Bknz : 12. HD. 10.6.1980 T. 2385/4989.

(45) Bknz : 12. HD. 16.4.1985 T. 13842/3593.

(46) Bknz : 12. HD. 2.7.1985 T. 1101/6588; 2.6.1983 T. 3255/4430; 26.5.1983 T. 2854/4183; 24.5.1983 T. 2431/4094.

luğu «kira sözleşmesindeki kira süresi kadar» —örneğin; kira sözleşmesi 3 yıllık yapılmışsa, kefil 3 yıllık kira parasından sorumludur, eğer kira sözleşmesi 1 yıl için yapılmış ve «kiralanan da kiracının oturduğu sürece, kefaletin geçerli olacağı» belirtilmişse, bu belirtme, BY. mad 484 uyarınca hükümsüz olduğu için, kefilin sorumluluğu yine «kira süresi» olan bir yıl için— söz konusu olur (47).

VI — Kiralayanın, hangi aylara ait kira parasını takip konusu yaptığını, «takip talebi»nde belirtmesi gerekir. Eğer «takip talebi»nde bu husus belirtilmemişse —«itirazın kaldırılması» için Tetkik Merciinde yapılacak duruşma sırasında— istenen kira parasının hangi aylara ait olduğunun, kiralayana açıklattırılması gerekir. «Takip talebi»nde bu hususun belirtilmemiş olması, başlı başına «itirazın kaldırılması» isteminin reddine neden olmaz (48).

VII — İşyeri olarak kiralanan yerler için, kiralayan ancak n e t k i r a p a r a s ı için —sözleşmede öngörülen kira parasından Gelir Vergisi Yasası gereğince maliyeye yatırılması gereken % 20 stopaj miktarını düşerek— takipte bulunabilir (49).

VIII — Kira sözleşmesinde, kira parasının «her ay peşin» ödeneceği öngörülmüşse, kiralayan ayın birinci günü değil, dördüncü günü, ödenmeyen kira alacağı için takipte bulunabilir. Çünkü, yerleşmiş Yargıtay içtihatları gereğince, kira her ayın dördüncü günü muaccel hale gelir (50).

IX — Kiralayanın, kiracı hakkında, İİY. mad. 269 vd. göre, «kira parasının ödenmesi» (ve temerrüt halinde tahliye) isteğiyle takipte bulunabilmesi için, kira parasının (bedelinin) «b e l i r l i» olması gerekir. Bu para, «kira sözleşmesinde» —uyuşmazlığa neden olmayacak biçimde— belirtilmiş olabileceği gibi (51); kira parasının tesbiti»ne ilişkin ilâmda da yer alabilir. Kiralayan, kira parasını tesbit eden ilâmda belirtilen «kira alacağı» (ya da «kira farkı alacağı») için, —mahkemede ayrıca dava açacak yerde— icra dairesine başvurarak, «ilamsız icra takibi» yapabilir. Bu durumda kiracıya; kira tesbit ilamındaki **kira farkı** için «örnek : 51 ihtarlı ödeme emri», **yargılama giderleri** için ise «örnek : 53 icra emri» göndererek, borçlunun kira parasını (farkını) belirtilen süre içinde ödememesi halinde, Tet-

(47) Ayrıca bknz : (Orjinalinde yazılmamıştır. **YD.**)

(48) Bknz : 12. HD. 21.11.1985 T. 4212/9833: 3.12.1984 T. 9449/12549; 29.12.1983 T. 10066/11326.

(49) Bknz : 12. HD. 8.5.1986 T. 11717/5452; 29.4.1986 T. 11374/5075; 6.3.1986 T. 8876/2511.

(50) Bknz : 12. HD. 1.3.1983 T. 10809/1519.

(51) Bknz : 12. HD. 30.3.1981 T. 1992/3205.

kik Merciinden, taşınmazın boşaltılması konusunda karar alınabilir (52). Bu konuda, önemi nedeniyle şu hususu hemen belirtelim ki, 12.11.1979 T. 1/3 sayılı İçt. Bir. K. gereğince, kira parasını tesbit eden ilâmın takip konusu yapılabilmesi için, kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalı ve ancak kesinleşmişse, takip konusu yapılmasına izin verilmelidir (53).

Yüksek mahkeme, önceleri (54) «kira tesbit ilamı»na dayanılarak yapılan «ilamsız takiplerde», ödeme emrinin «kiracıya» gönderilmesini isterken, son içtihatlarında (55), —«ilamlı takiplerde» olduğu gibi— kiracının «ilamda adı yazılı olan vekiline» gönderilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

X — İİY. 269 vd. göre —ilamsız— tahliye takibi **hasılat kiralarında** (56) —örneğin; «işletme ruhsatı ile birlikte kiralanan» taksi durağının,ılıcanın, kaplıcanın, vapurdaki büfenin, tiyatronun, plajın, değirmenin, otelin, lokantanın tahliyesinde— da uygulanır (57).

XI — İİY 269 vd. göre —ilamsız— tahliye takibi sadece **taşınmaz kiralarında** mümkündür. Bu takip yolu, taşınırlar hakkında uygulanmaz (58).

XII — Alacaklı - kiralayan, «kira parasının ödenmesi» (ve temerrüt halinde tahliye) isteğiyle takipte bulunduktan sonra, kiracısı hakkında açacağı «ihtiyaç nedeniyle tahliye davası» (59) ve «kira parasının tesbiti davası» (60), başlamış olan icra takibine etkili olmaz.

Alacaklı - kiralayan, kiracısı hakkında hem «temerrüt» ve hem de «tahliye taahhüdü» nedenine dayanarak, tahliye isteyebilir (61).

---

(52) Bknz : 12. HD. 19.12.1985 T. 5350/11275; 15.3.1983 T 715/1963; 21.9.1981 T. 5379/6892.

(53) Bknz : 12. HD. 24.4.1986 T. 11032/4819; 22.1.1985 T. 11023/410; 7.7.1981 T. 4830/6405, HGK. 7.11.1980 T. 12-224/2333.

(54) Bknz : 12. HD. 5.6.1978 T. 5137/5226.

(55) Bknz : 12. HD. 10.4.1980 T. 2090/3397.

(56) Ayrıntılı bilgi için bknz : **CANSEL, E.** Türk Hukukunda Hasılat Kirası, sh - 39 vd. - **TANDOĞAN, H.** age. sh : 4 vd. - **FEYZİOĞLU, F.** age. sh : 407 vd.

(57) Bknz : 12. HD. 24.11.1983 T. 8129/9448

(58) Bknz : İİD. 31.12.1963 T. 13940/13995.

(59) Bknz : 12. HD. 18.9.1983 T. 9727/10906.

(60) Bknz : 12. HD. 21.1.1980 T. 9813/291.

(61) Bknz : İİD. 27.3.1969 T. 3532/3444.

XIII — Kira alacağı «ilam» ya da «ilam hükmündeki belge»ye dayanıyor da olsa, kiralayan «ilamlı takip» yapacak yerde İİY. mad. 269 vd. göre, «ilâmsız icra yolu ile tahliye» isteminde bulunabilir (62).

XIV — Konkordato mühleti (İİY. mad. 287 vd.) **içinde,** borçlu - kiracıya karşı, İİY. mad. 269 vd. göre —kira borcunun ödenmemesi nedeniyle— «tahliye takibi» yapılabilir mi? Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporunda da belirtildiği gibi; «konkordato mühleti içinde yapılamayacak veya duracak olan takipler, borçlunun malvarlığını hedef tutan» takiplerdir (63). Hakkında konkordato mühleti verilen borçluya karşı, İİY. 269 vd göre tahliye takibi yapılamaz (64), (65), çünkü, bu takibin bir kısmı, borçlunun malvarlığı ile ilgilidir (66). Bu söylenenler, «konkordato mühleti verilmeden önce» doğmuş olan kira alacakları içindir. «Konkordato mühleti verildikten sonra» doğan (işleyen) kira alacakları için; takip yapılıp yapılmayacağı **doktrinde** (67) tartışmalıdır.

---

(62) Bknz : İİD. 30.3.1967 T. 2786/2941.
(63) **KURU, B.** İflas ve Konkordato Hukuku, sh : 427, dipn. 62.
(64) Bknz : İİD. 21.11.1968 T 10248/10764.
(65) Fakat, karş :
(66) **KURU, B.** age. sh : 428, dipn. 63.
(67) Bknz : **KURU, B.** age. sh : 428, dipn. 63 - **ANSAY, S.S.** Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, sh : 343 - **GÜRDOĞAN, B.** İflas Hukuku, sh : 174 - **BERKİN, N.** İflas Hukuku, sh : 538.

FİKRÎ HUKUKTA MUSİKÎ VE SİNEMA ESERLERİ VE 3257 SAYILI «SİNEMA, VİDEO VE MÜZİK ESERLERİ KANUNU»NUN İNCELENMESİ VE TENKİDİ

Doç. Dr.
Şafak N. EREL (*)

● **ANLATIM DÜZENİ : A — Genel olarak eser kavramı. I — Esasa ilişkin şart - sahibinin özelliğini taşımak. II — Şekle ilişkin şart - kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olmak. B — Musikî eserleri. C — Sinema eserleri. D — 3257 sayılı «Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu». 1 — Genel mülahazalar. 2 — Kanunun incelenmesi ve tenkidi.**

A) GENEL OLARAK ESER KAVRAMI

Fikri hukukun temel kavramlarından biri eserdir. Zira, ancak eser sayılabilen fikri emek ürünleri üzerindeki haklar korunur. Doktrinde bir fikir ürününe eser niteliği tanıyabilmek için objektif ve subjektif olmak üzere iki unsurun varlığı aranmıştır.

Objektif unsura göre fikir ürününün iktisaden değerlendirmeye elverişli olması, yani kamuya sunularak veya uygulanarak faydalı olma imkanının bulunması gerekir. Ancak bu unsurun varlığını arayan görüşler haklı olarak tenkide uğramış ve fikir ve sanat eserlerinde ihtira haklarına konu olan fikir ürünlerinde olduğu gibi iktisadi elverişlilik şartının aranamayacağı, çünkü her eserin mutlaka iktisadi bir amaçla meydana getirilmeyeceği öne sürülmüştür (1). Gerçekten fikri haklar sadece iktisadi ve mali menfaatleri değil, eser sahibinin manevi - şahsî menfaatlerini de korurlar. Kaldı ki hukuk düzeni iktisaden yararlanmaya elverişli olmayan eserleri dahi korumakta ve eser niteliği, fikrî ürünün yayımlanarak veya alenileşerek ticarete konmasından, hatta eser sahibinin kişisel gizlilik çevresini aşmasından önce dahi, sırf yaratma olgusu ile kazanılabilmektedir (FSEK md. 20).

(*) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın ve Yayın Yüksek Okulu Öğretim Üyesi.

(1) Halil ARSLANLI, Fikrî Hukuk Dersleri, İstanbul - 1954, s. 4 - 5.

Sübjektif unsura göre ise, ancak sahibinin (yaratıcısının) özelliğini taşıyan fikrî ürünler eser niteliği kazanabilir. Sahibinin özelliğini taşıyor olmak, bir fikir ve sanat ürününe eser niteliği tanıyabilmek için yegâne şarttır.

Bern Sözleşmesi ile yabancı mevzuatın pek çoğunda, meselâ Fransız, Alman ve İtalyan kanunlarında «şahsi yaratıcılık», «bireysel fikrî faaliyet», «orijinal fikrî yaratıcılık» veya «yaratıcı fikrî eserler» kıstaslarına, yani sübjektif unsura göre eser niteliğinin belirlendiği görülmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzun 1. maddesi de fikir ürünündeki eser niteliğinin tesbitinde bu sübjektif unsura yer vermektedir : «Bu kanuna göre eser, **sahibinin hususiyetini taşıyan** ve aşağıdaki hükümler uyarınca ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulüdür.»

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bu hükmüyle eser niteliğinin tesbitinde biri esasa, diğeri şekle ilişkin iki şarta yer vermiş görünmektedir :

I — Esasa İlişkin Şart : Sahibinin Özelliğini Taşımak

Kanunun kullandığı «sahibinin hususiyetini taşıyan» ibaresi açıklanmaya muhtaçdır. Kanaatimizce bir eserin sahibinin özelliğini taşıyor sayılması için bağımsız bir fikrî çalışma ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerekir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, fikrî çalışmanın ne bağımsızlığı, ne de yaratıcılığı deyimleri mutlak anlamlarında kullanılmıştır.

Eserin bağımsız bir fikrî çalışma ürünü olması, kendisinden önce yaratılan diğer eserlerden istifade edilemeyeceği anlamına gelmez. Ancak bu istifade başkasının eserini gasba veya intihale varacak ölçüde olmamalıdır. Fikrî hukuk şahsın kendisinden hiçbir şey katmadan veya az çok bir zihni çaba göstermeden başkasının eserine sahip çıkılmasını yasaklar; yoksa tabiidir ki, önceden açıklanarak toplumun kültürüne mal olmuş eserlerden, fikir ve idelerden yararlanılacaktır. Önemli olan bu yararlanmanın yanısıra, **eser sahibine atfedilebilecek az çok bağımsız bir fikrî emeğin bulunmasıdır.**

Eserin sahibinin yaratıcı gücünü yansıtması da, eserde daha önce duyulmamış ve görülmemiş mutlak bir orijinalite bulunması anlamına gelmez. İhtira hukukunda bir icada ihtira beratı verilebilmesi

için mevcut bilimsel ve teknolojik düzeyde bir yenilik getirmesi gerekir. Halbuki fikri hukukta mevcut malzemenin başka türlü şekillendirilmesi, tasnifi yahut mevcut bir fikir ve anlayışın farklı tarzda inceleme, açıklama veya yorumu da himaye görür. **Fikri hukukdaki yaratıcılık var olandan başkasını meydana getirmek şeklinde anlaşılmalıdır.**

II — Şekle İlişkin Şart : Kanunda Belirtilen Eser Kategorilerinden Birine Dahil Olmak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anılan 1. maddesiyle eser niteliğinin tesbitinde sahibinin özelliğini taşımaktan başka, fikir ürününün kanunda dört ana kategori halinde belirtilen eser formlarından biriyle ifade edilmiş olmasını da şart koşmaktadır.

Kanunda gösterilen eser kategorileri şunlardan ibarettir :

1 — İlim ve Edebiyat Eserleri (md. 2),
2 — Musiki Eserleri (md. 3),
3 — Güzel Sanat Eserleri (md. 4),
4 — Sinema Eserleri (md. 5).

Bu ana eser kategorileri veya formları kanun tarafından sınırlandırılmıştır. Böylece bir fikir ve sanat ürününü bu kategorilerden birine sokmak mümkün değilse, onu kanuna göre eser saymak ve korumak da mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, kanunun her kategori içinde ayrıca belirttiği eser türleri sadece örnek kabilinden sayılmıştır ve o kategorinin ayırıcı niteliklerini taşıyan yeni bir eser türünün bunlara ilâvesi her zaman mümkündür.

Eser niteliğinin tesbitinde, fikir ve sanat ürününün bürüneceği kalıp veya şekli kıstas kabul etmek doğru görülmeyebilir; zira edebiyat, müzik, resim vs. duygu, düşünce ve hayallerin ifadesinde sadece birer vasıtadır. Madde, şekil, kelime, ses ve renk önceden mevcut şeylerdir. Eser dediğimiz fikir ürününün duyularımıza hitap etmesi ve tarafımızdan kavranıp algılanabilmesi için bunlar birer ifade vasıtası olarak kullanılırlar. Eser, bu ifade vasıtalarının bir fikri çalışma sonucu bir araya getirilerek, muhtevalarına duyularımıza hitap edecek bir bütünlük kazandırılmasıyla oluşur. Ancak bu ifade vasıtalarının veya fikir ve sanat ürününün alacağı şekil sadece Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda öngörülen kategorilerden mi ibarettir?

Eserin alacağı şeklin sınırlandırılmış kategoriler halinde sayılması, henüz meydana getirilmemiş türden veya bugün için yaygın

olarak görülmeyen bazı eserlerin korunabilmesi için kanunun tadiline ihtiyaç gösterir. Nitekim Almanya'da sinema eserlerinin korunabilmesi, 1910 tarihinde özel bir kanun çıkarılarak sağlanabilmiştir. Bu yüzden Polonya ve İtalyan Kanunlarının yanısıra 1957 tarihli Fransız ve 1965 tarihli Alman kanunlarında tür ve ifade şekli bakımından hiçbir tarif veya tesbit yapılmaksızın, sadece bugün için bilinen eser türleri örnek olarak sayılmıştır. Bu usulün yegâne mahzuru, eser düzeyine yükselmemiş bazı fikri ürünlere de kolayca eser niteliği tanınabilmesine imkân sağlamasındadır (2).

Pozitif hukuk bakımından eser niteliğinin tesbiti için şekil unsuruna yer verilmesinin en önemli sonucu, fikir ürününün bu şekil altında ifade edilmesi halinde eser olduğu yolunda bir karinenin doğmasıdır (3).

Yukarıda belirtilen esasa ve şekle ilişkin şartlar dışında bir fikir ürününe eser niteliği tanıyabilmek için başka hiçbir şart veya unsura gerek yoktur. Bu yüzden eser sayılmak için bir fikir ürününün üzerine tesbit edildiği madde veya vasıtanın cinsi ve niteliği önem taşımaz. Diğer taraftan yaratıcısının özelliğini taşıyan ve kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olabilecek bir fikir ürünü sadece maddi bir vakıadan ibaret olan «yaratma olgusu» ile eser niteliğini kazanır. Bunun için yaratıcı - eser sahibinde eser yaratma yolunda bir iradenin varlığına dahi gerek yoktur ve küçükler, hatta mümeyyiz olmayanlar bile bir eser meydana getirip, onun sahibi sayılabilirler. İradeye ihtiyaç göstermediği için de yaratıcı - eser sahipliği **hukuki işlemle değil**, yaratma olgusundan ibaret bir **hukuki eylemle** kazanılan bir statüdür. En önemlisi, eser niteliğinin kazanılması ve eser sahibi sayılabilmek için ihtira (patent) haklarında olduğu gibi fikir ürününün herhangi bir makama sunulmasına, resmi bir mercide kayıt ve tesciline yahut bir berat veya lisans alınmasına da gerek yoktur (4). Bu husus, Türkiye'nin 1952'den beri üye bulunduğu Bern Birliği Sözleşmesinin madde 4, bent 2 hükmünde de açıkça ifade edilmiştir: «Bu haklardan (telif haklarından) istifade ve bunları kullanma keyfiyeti **hiçbir şekle tabi değildir;** bu haklardan istifade ve bunları kullanma keyfiyeti eserin menşe memleketinde himaye görüp görmediği hususuna da bağlı değildir.» Hâl böyle iken, aşağıda incelenecek olan 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanu-

---

(2) Nurşin AYİTER, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara - 1981, s. 46; ARSLANLI, s. 10.

(3) AYİTER, s. 39.

(4) ARSLANLI, s. 62 - 63; AYITER, s. 90.

nu özellikle sinema eserleri bakımından bir tescil ve ruhsat mecburiyeti öngörmüş bulunmaktadır.

Eser kavramı üzerindeki bu genel açıklamalardan sonra, musiki ve sinema eserleri üzerinde daha yakından durmak istiyoruz.

B) MUSİKİ ESERLERİ

Musiki eserleri her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir (FSEK md. 3). Sözsüz musiki eserlerinde sadece besteler, sözlü musiki eserlerinde ise hem beste, hem de güfteler musiki eseri olarak korunur (5). Ancak güftede ayrıca edebi bir özellik varsa, FSEK md. 2/bent 1'e göre bunun dil ile ifade edilen bir eser olarak da korunması mümkündür. Mesela operada beste musiki eseri olarak, libretto ise hem musiki eseri, hem de edebi eser olarak korunabilir.

Musiki eserlerinde korumanın konusu sadece işitme duyusuna hitap eden ve eserin ifade aracı olan sestir. Şayet eserde aynı zamanda görme duyusuna da hitap eden unsurlar ve özellikler varsa, o takdirde bunlar da ayrıca korunurlar. Mesela bir bale eserinde bestenin musiki eseri olarak, dans bölümlerinin de FSEK md. 2/bent 2 uyarınca «sözsüz sahne eseri» olarak korunması söz konusudur.

Musiki eserlerinde korunan seslerin insan hançeresinden yahut herhangi bir musiki âletinden veya elektronik araçtan çıkması önem taşımaz; yeter ki bu sesler yaratıcının fikri emeğinin ürünü olsun. Bu bakımdan tabiatta zaten mevcut olan yahut başka şahısların çıkardığı seslerin tesbitine yönelik bir çalışma, bunun için ne tür ve ne kadar yoğun bir emek harcanmış olursa olsun, musiki eseri olarak korunmaz. Bu tür çalışmalar, şartları varsa FSEK md. 44 ve 84 hükümleri kapsamında korunur. Diğer taraftan seslerin eser niteliğine sahip olması için nota ile yahut plâk veya manyetik bantla tesbiti de şart değildir. Esasen nota ile tesbit edilmiş bir beste seslendirilmediği sürece, müzik diliyle, yani FSEK md. 2/bent 1 uyarınca «dil ile ifade olunmuş» bir eser sayılmak gerekir. Bunun gibi müzik öğretimine yarayan her türlü kitap, solfej anahtarları vs. de musiki eseri olarak değil, ilim ve edebiyat eseri olarak korunur. Ayrıca başkasına ait bir bestenin seslendirilmesi (icra edilmesi, çalınması), bu seslendirme ne kadar ustaca veya sanatkârane olursa olsun, musiki eseri değildir. Bu durumda sadece FSEK md. 81 uyarınca icracı sanatkârın emeğinin korunması söz konusu olabilir. Nihayet bir mu-

(5) ARSLANLI, s. 22.

siki eserinin belirli bir melodiye dayanması, armoni ve kontrpuan kurallarına, bilinen müzik formlarına yahut estetik değer yargılarına uygunluğu da önem taşımaz. Bu bakımdan atonal müzik yahut elektronik müzik parçaları da yaratıcı - eser sahibinin özelliğini taşımak şartıyla korunacaklardır.

Musiki eserlerinde yaratıcının özelliği seslerin birbirini izleyişindeki, ses dizilerinin birbirine bağlanışındaki ve ritmdeki özelliğe göre belirlenir. Yoksa mevcut bir musiki eserinin birden çok müzik aleti yahut bir orkestra tarafından veya asıl bestelendiği aletten farklı bir aletle çalınmak üzere düzenlenmesi (orkestrasyon ve enstrümantasyon) bağımsız bir musiki eseri değil, şartları varsa «işleme eser» olarak korunur (FSEK md. 6/bent 4). Diğer taraftan musiki eserlerinde muhteva ve şekil birbiriyle sıkı şekilde bağlıdır. Bilimsel ve teknik eserlerde olduğu gibi aynı muhtevada fakat farklı şekillerde iki musiki eseri düşünülemez. Bu bakımdan özelliğin tesbitinde muhteva ve şekil ayırımına gitmeksizin, doğrudan doğruya seslerin birleştirilme ve düzenlenmesindeki orijinalite esas alınmalıdır.

Musiki eserlerinde bir veya birden çok melodi bulunabilir. Bu durumda eserde yer alan melodilerin eserin bütününden bağımsız olarak korunup korunamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Konu, özellikle bir melodinin üçüncü şahıslarca başka bir eserde kullanılmak üzere iktibasının caiz olup olmadığını tesbit bakımından önem taşımaktadır. Tek başına bir melodinin musiki eseri olarak korunamayacağını iddia edenler olduğu gibi (6), aksini savunanlar da vardır (7). Üçüncü bir fikre göre, bu konuda karar verebilmek için eserin basitlik ve karmaşıklığına, sadelik veya zenginliğine göre ayırım yapılmalıdır: «Büyük bir opera veya senfonide geçen bir melodinin bir diğer opera veya senfonide tekrarlanması, eser sırf bu melodiden ibaret olmadığı için, ikinci eserin hususiyetine bir mani teşkil etmeyebilir; fakat basit bir şarkıda zaten bütün hususiyet muayyen bir melodide mündemiçse, bunun başka bir şarkıda gene esası teşkil etmesi halinde artık yeni bir eserden bahsetmeye cevaz olmasa gerektir» (8).

Kanaatimizce bir musiki eserinin zengin ve mudil (karmaşık, kompleks) olması, o eserden bir melodinin serbestçe alınıp kullanılmasına gerekçe teşkil edemez. Zira musiki eserlerinde yaratıcının

---

(6) Ernst E. HIRSCH, Hukuki Bakımdan Fikri Say, cilt : II, İstanbul - 1943, s. 42.
(7) ARSLANLI, s. 21 - 22; AYITER, s. 52.
(8) Hamide TOPÇUOĞLU, Fikri Haklar (Ders Notları), Ankara - 1964, s. 43; İlhan ÖZTRAK, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara - 1977, s. 22.

özelliği zaten bestelenen çeşitli melodilerde ve bu melodilerin birbiriyle örülmesinde görülür. Modâl müzik eserleri de sonuçta böyle bir yapıya sahiptir. Melodinin etrafındaki sesler ve ritm süsleme niteliğindedir. Hele bir musiki eseri, içindeki belirli melodilerle tanınmışsa yahut eserin belirgin özelliğini muayyen bir melodik yapı teşkil ediyorsa, fikri hukuk bakımından koruma eserin bütünü kadar o melodileri de kapsamalıdır. Ancak tabiidir ki, anonim melodilerin yahut folklör müziğine ait tema ve motiflerin kullanılması serbesttir; fakat burada da melodi, tema veya motifin başka bir bestekâr tarafından işlenmiş hali değil, sadece orijinali kullanılabilir. Herhalde iktibas serbestisinin sınırlarını tespit ederken, musiki eserleri bakımından daha titiz davranılmalıdır (Bkz. FSEK md. 35/2).

Belirli bir melodinin tema olarak alınıp, onun üzerine çeşitlemeler (varyasyonlar) bestelenmesi, şartları varsa «işleme eser» olarak korunur (FSEK md. 6/4).

C) SİNEMA ESERLERİ

Sinema eserlerinin diğer eser kategorileri yanında fikir hukuku tarafından kendine özgü ve bağımsız bir eser kategorisi sayılıp korunması, ancak yakın tarihlerde gerçekleşebilmiştir. Gerçekten sinema eserlerinin niteliğini tesbit hususunda uzun süre fikir ayrılıkları var olmuştur. Mesela sessiz sinema eserleri, sözsüz sahne eserlerine; sesli ve müzikli filmler, dil veya beste ile ifade olunan ilim ve edebiyat yahut musiki eserlerine benzetilerek korunmak istenmiştir (9). Sinema eserinin dialog, müzik ve hareketli resim kompozisyonundan meydana gelmiş bağımsız bir bütün olduğu yakın tarihlerde kabul edilmiştir. 1886 tarihli Bern Sözleşmesinde sinema eserlerinden söz yoktur. Bu sözleşmenin 1908 tarihli Berlin tadilinde sinema filmleri ilk defa ve sınırlı ölçüde olmak üzere koruma kapsamına alınmış, 1948 tarihli Brüksel tadilinde mevcut sınırlamalar kaldırılarak, sinema eserlerinin bağımsız eser niteliği kabul edilmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, md. 5/I. fıkra hükmünde nelerin sinema eseri sayılabileceğini üç bent halinde belirtmektedir :

«1 — Sinema filmleri;

2 — Öğretici ve teknik mahiyette olan veya günlük olayları tesbit eden filmler;

---

(9) ARSLANLI, s. 26.

3 — Her nevi ilmi, teknik veya bedii mahiyette projeksiyon diapozitifleri.»

5. maddenin Ii. fıkrasına göre de, bu eserler film veya camdan başka bir madde üzerine tesbit edilmiş olsalar bile, **projeksiyonla gösterildikleri** takdirde sinema eseri sayılacaklardır.

Kanunun bu ifadesinden, sinema eserinin ayırıcı niteliği olarak «projeksiyonla gösterme» unsurunu esas aldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, I. fıkranın 3. bendinde projeksiyon diapozitiflerinin (slide - saydamların) sinema eseri sayılmasının gerekçesi de herhalde budur. Ancak teknik yansıtma imkânlarının sinema eserine bu niteliği veren unsur olduğu yolundaki görüş, günümüzde artık terk edilmiştir. Sinematografik özellik, dialog, müzik ve resmin kompozisyonuyla, birbirini izleyen film karelerinin yarattığı sunî olarak canlandırılmış bir görüntüden ibarettir. Sinema, statik bir sanat olan fotografinin aksine, bir fikir veya konuyu dinamik olarak seyirciye aktarabilmektedir. Bu bakımdan, kanunun projeksiyon diapozitiflerini sinema eseri sayması yerinde değildir. Günümüzdeki teknik cihazlar sayesinde sadece diapozitifleri değil, her türlü fotoğraf ve resmi bir ekrana yahut perdeye yansıtmak mümkündür. O takdirde bütün bunları da sinema eseri mi sayacağız? Sinemanın belirgin özelliğini resmin hareketli olması teşkil ettiğine göre, bu nitelikte olmayan diapozitifleri fotoğraf eserlerine dahil sayarak, taşıdığı özelliğe göre ilim ve edebiyat yahut güzel sanat eseri kategorilerinden birine sokmak doğru olacaktır (10).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre her tür sinema şeridi değil, ancak sahibinin özelliğini taşıyan sinema ürünleri sinema eseri sayılır. Bu özellik iki hususta mevcut olmalıdır.

İlk olarak sinema ürünü bütün diğer eserlerde olduğu gibi eser sahibinin —daha doğru deyişle sinema eserini yaratanların— özelliğini taşımalıdır. FSEK md. 8/IV hükmü bu hususta bir mutlak kanuni karine koyarak, sinema eserine emeği geçenlerden sadece yapımcıyı (prodüktörü) eser sahibi kabul etmektedir. Halbuki sinema eseri prodüktörün sağlayacağı finansman ve organizasyon yanında, aktör ve aktrislerle figüranların, rejisörün, kameraman, ışıkcı, dekor ve kostümcü, montajcı vs. gibi geniş bir teknik ekibin, ayrıca dialogları kaleme alan senarist ve filmin müziğini besteleyen yahut düzenleyen müzisyenin ortak çalışmaları sonucu yaratılan bir müşterek eserdir. Bu yüzden eser sahibinin özelliği, gerçekte bütün bu şahısların özellik taşıyan fikri yaratıcılıkları şeklinde anlaşılmalıdır.

---

(10) ARSLANLI, s. 27 - 28; AYITER, s. 64; ÖZTRAK, s. 26.

Sinema ürününün eser sayılabilmesi için taşıması gereken ikinci özellik, sinema sanatının kendine özgü teknik kurallarıyla, filmin konusu ve niteliğine göre belirlenir. Herşeyden önce sinema tekniğinin kullanılışı, yakın ve uzak plân çekimler, rejisör ve kameramanın teknik çalışmaları, renk ve ışıklandırma, sahnelerin kompozisyonu ve akışı gibi sinema sanatının teknik yönlerine ilişkin hususlar özellik göstermelidir (11). Bundan başka film, türü ve niteliği yönünden edebi bir konuya, öğretici, bilimsel veya teknik bir konuya veya güzel sanat yahut musikiye ait bir konuya ilişkin olabilir. O takdirde filmin ilgili bulunduğu bu eser kategorilerinin özellik ölçüleri dikkate alınmalıdır (12).

Hemen ve önemle belirtelim ki, bir filmin sinema eseri sayılabilmesi için yukarıda değinilen özellik ölçülerinden hepsini kendisinde toplaması şart değildir. Mesela güncel olayları tesbit ve nakleden bir aktüalite filminde, sadece olay ve manzaranın seçilmesinde veya seyirciye sunulma tekniğinde özellik bulunması yeterlidir. Buna karşılık kanuna göre «sırf beste, nutuk, konferans vesaireyi nakle yarayan filmler sinema eseri sayılmaz» (FSEK md. 5/III). Zira burada «sırf nakletmekle» yetinen bir film, sadece «var olanı» aslına sadık bir şekilde tesbit ve nakille yetinmekte, ne filme alan, ne de sinema tekniği veya konu bakımından bir özellik göstermektedir. Şayet film böyle değil de, yukarıda değinildiği şekilde herhangi bir özelliğe sahip bulunuyorsa, mesela bir konser nakledilirken yakın plân çekimlerle şef veya müzisyenlerin hareketleri de gösteriliyor ve müziğe artistik bir görünüm de eşlik etmesi sağlanıyorsa, ortada bir sinema eseri var demektir.

İtiraf etmek gerekir ki, anılan FSEK md. 5/III hükmü isabetli olmamıştır. Bir defa hiçbir özellik ölçüsüne uymayan ve sadece mevcudu nakilden ibaret olan bir filme pek kolay tesadüf edilmez. Diğer taraftan nutuk, konferans veya besteyi nakle yarayan filmler ya aktüalite filmi veya belgesel film olabilir. Aktüalite filmleri zaten FSEK md. 5/I, 2. bent hükmü gereğince sinema eseri sayılmışlardır. Geriye sadece belgesel filmler kalmaktadır ki, bunların sinema eseri niteliğini red etmenin hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Nihayet sırf beste, nutuk, konferans vesaireyi nakle yarayan filmler sinema eseri sayılmadıklarına göre, sırf sabit bir şekil veya görüntüyü nakle yarayan diapozitiflerin de sinema eseri sayılmamaları gerekirdi (13).

---

(11) ARSLANLI, s. 28; ÖZTRAK, s. 27.
(12) ÖZTRAK, s. 27; AYİTER, s. 63; ARSLANLI, s. 28; TOPÇUOĞLU, s. 48.
(13) ARSLANLI, s. 29; ÖZTRAK, s. 26.

Sinema ürününün eser sayılabilmesi için üzerine kaydedildiği maddenin yahut projeksiyon şeklinin önemi yoktur. Bu madde eczalı kağıt, film yahut manyetik band (video bandı) olabileceği gibi, projeksiyon sistemi de normal projeksiyon. üç boyutlu projeksiyon veya televizyon yayını şeklinde olabilir. Ancak tesbit maddesinin, güzel sanat eserlerinin tesbitindeki gibi az çok kalıcı bir madde olması gerekir. Nitekim bu özellik sinema eserlerini, onlara projeksiyon tarzı bakımından benzeyen televizyon eserlerinden ayırt etmeğe yarayacaktır. Esasen sinema eserlerinde koruma konusunu teşkil eden, ne negatif ve kopyalarda tesbit edilmiş şekiller, ne de sinema endüstrisinin ürünü olan bir tür sınaî eserdir. Koruma bu vasıtalarla ifade edilen fikri emek ürününe yöneliktir.

Sinema eserinin bir bütün olarak korunması, müziğin ve senaryonun ayrıca korunmasına engel değildir (14); yeter ki, bunlarda musiki yahut edebiyat eserleri için aranan özellik ölçüleri mevcut bulunsun. Musiki yahut edebiyat eserleri filme alınmakla bağımsız niteliklerini kaybetmezler. Ancak özel olarak bir film için bestelenmiş müzik yahut kaleme alınmış bir senaryo söz konusuysa, eser sahibi, fikir işçisi sıfatıyla çalışan bestekâr veya senarist değil, onları çalıştıran prodüktördür (FSEK md. 8/II). Bu takdirde edebi eser olan senaryo yahut musiki eseri olan film müziği, sinema eserinin cüz'ü (parçası) sayılır. Halbuki önceden yayımlanmış bir edebi eser veya bestelenmiş bir müzik parçası filmde kullanılıyorsa, ortada bir «işleme eser» var demektir (15).

Fikir ürünlerinin ifade ve nakli bakımından günümüzde televizyon en az sinema kadar önem kazanmıştır. Buna rağmen Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda televizyon eserlerine ait bir hüküm yoktur. Televizyon da sinema gibi dialog, müzik ve resim kompozisyonunun hareketli bir görüntü halinde bir ekrana yansıtılmasına dayanır. Ayrıca her türlü televizyon yayını değil, sadece özellik taşıyan yayınlar televizyon eseri sayılabilir. Bu özelliğin tesbitinde, sinema eserlerindeki özellik ölçülerinden kıyasen yararlanılabilir. Bütün bu hususlar itibariyle televizyon eserleri de sinema eserleri kategorisi içinde incelenebilir (16). O halde televizyon eserlerinin sinema eserlerinden farkı nedir?

Televizyon eserlerini sinema eserlerinden ayıran husus, yayının canlı olmasıdır. Televizyon tekniğine göre eser sayılmasına yetecek

---

(14) AYİTER, s. 63; ARSLANLI, s. 28, not : 5.

(15) TOPÇUOĞLU, s. 48.

(16) AYİTER, s. 64 ve orada anılan DESBOIS Droit d'auteur, s. 194, no. 164.

ölçüde özellik taşıyan bir yayın, arada kalıcı bir tesbit vasıtasına ihtiyaç göstermeksizin derhal ekrana yansıtılıyorsa, televizyon eserinden söz edebiliriz. Buna karşılık bir sinema filminin televizyonda gösterilmesi televizyon eseri olmadığı gibi, sırf televizyonda yayın amacıyla sinema filmine veya video banda kaydedilen bir eser de televizyon eseri değil, sinema eseri sayılır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, sinema eseri sayılmada projeksiyonun niteliği veya türü önem taşımaz.

D) 3257 SAYILI «SİNEMA, VİDEO VE MÜZİK ESERLERİ KANUNU (SVMEK)»

1 — Genel Mülâhazalar

Günümüzde fikir ürünlerini çoğaltma, nakil ve tekrara yarayan araç ve tekniklerde kaydedilen büyük gelişme, eser sahiplerinin eser üzerindeki çoğaltma, yayma ve temsil haklarının ihlalini kolaylaştırmış ve denetimi de güçleştirmiştir. Korsan video ve teyp kasetlerinin kolayca piyasaya sürülüp büyük haksız kazançlar sağlanması, bilim ve edebiyat eserlerinin çoğaltma ve yayma hakkını devir alan yayımcının sözleşmede kararlaştırılan nüsha sayısından çok daha fazlasını basıp yayması, ülkemizde sıkça görülen durumlardır. Bu tür tecavüz ve ihlâllerin yasal ve polisiye tedbirlerle önlenmesi mümkün olmadığı gibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hükümlerin yetersiz kaldığı yolundaki tenkitlerde de isabet yoktur. Zira FSEK bazı hükümlerindeki cüzî aksaklıklara rağmen, bütünü itibariyle milletlerarası mevzuata ve ileri ülkelerin kanunlarına paralel, modern fikir hukuku anlayışına uygun düzenleme ve ilkeler ihtiva etmektedir. Ne varki, kanun kırk yıla yakın bir süreden beri yürürlükte olmasına rağmen tam bir etkinlikle uygulanabilmiş değildir. Nitekim bu süre zarfında FSEK'nun uygulanmasından doğan ihtilaflara ilişkin Yargıtay İçtihatları da çok sınırlıdır. Kanaatimizce kanunun uygulanamamasının başlıca sebebi, fikir ve sanat adamlarının yeterli ve etkin bir biçimde örgütlenip, haklarını koruyamamış olmalarıdır. Zira hiç kimse bir hakkı asıl hak sahibi kadar takip ve müdafaa edemez.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun bu örgütlenmeyi gerçekleştirecek ve eser sahiplerinden oluşan meslek birliklerinin kurulmasını öngören hükümleri zaten mevcuttu (bkz., FSEK. eski md. 42). Ancak bu hükümlere uygulamada işlerlik kazandırmak ve görülen bazı aksaklıkları gidermek üzere FSEK 1983 tarih ve 2936 sayılı Kanunla tadil edilmiştir. Yapılan bu kanun tadili ve onu izleyen mevzuat düzen-

lemeleriyle (17), tip statülere göre kurulan meslek birlikleri ve bu arada «Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği» ile «Sinema Eseri Sahipleri Meslek Birliği» ilgili tüzüğün de yürürlüğe konulmasıyla faaliyete geçmiş bulunmaktadır.

Meslek Birliklerine tanınan hak ve yetkilerin yeterli olduğu söylenemez. Bununla birlikte bunca yıldan sonra bu örgütlenmenin gerçekleşmiş olması bile ileriye atılmış olumlu bir adımdır. Ancak kanun koyucu bu defa anlaşılmaz bir gerekçeyle sinema ve müzik eserlerini FSEK dışında ayrıca düzenleme yoluna gitmiş ve 7.2.1986'da yayımlanan 23.1.1986 tarih ve 3257 sayılı «Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu»nu kabul etmiştir. Bu kanun fikri hukukun yüzyılı aşkın benimsenmiş ilkelerine ve milletlerarası mevzuat ve teamüllere aykırı esaslar taşımakta, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunuyla da temel noktalarda çelişmektedir. Nitekim kanunun önemli bazı aksaklıkları daha yürürlüğe girdiği tarihten bir yıl geçmeden fark edilmiş ve 29.1.1987 tarih ve 3329 sayılı yeni bir kanunla bazı cüzî tadiller yapılmıştır. Ancak yapılan bu tadiller de yetersiz olup, kanaatimizce kanunun tamamen ilgası yerinde olacaktır.

Biz incelememizde Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununun idare hukukunu ve mali mevzuatı ilgilendiren hükümleri dışında, sadece fikri hukuka ilişkin bir değerlendirmesini yapacağız.

2 — Kanunun İncelenmesi ve Tenkidi

Her şeyden önce, kanunun başlığında yer alan «Video Eserleri» deyimi teknik yönden hatalıdır. Fikri hukukta sinema eserinden ayrı bir video eseri kategorisi yoktur ve olamaz, çünkü sinema eserinin üzerine tesbit edildiği madde, bu fikir ürününün eser sayılmasında ve korunmasında hiçbir önem taşımaz. Sinema eseri film şeridine, eczalı kağıda, video bandı denilen manyetik banda, hatta cama yahut diapozitif denilen sabit bir film karesine tesbit edilmiş olabilir (FSEK md. 5/I, 3 ve II. fıkralar). Tesbit vasıtasına göre sinema eserinin farklı isimler alması mümkün değildir.

Kanunun 2. maddesinde, eserlerin «telif, gösterim ve icrası haklarının korunması» ibaresi yer almaktadır. «Telif hakları» terimi Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yoktur. Fikri hukukta telif hakları denilince, eser sahibine tanınan mali ve manevi hak ve yetkiler bütünü anlaşılır (18). Bunlardan manevi haklar FSEK md. 14'den 19'a, mali

(17) Bkz., 28.4.1986 - 19091, 11.8.1986 - 19192, 4.9.1986 - 19211 tarih ve sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanmış tüzük ve yönetmelikler.

(18) ARSLANLI, s. 77.

haklar ise FSEK md. 20'den 30'a kadar olan hükümlerde Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunundan çok daha etraflı bir biçimde düzenlenmiş ve korunmuşlardır. Bu yüzden kanunda telif haklarının, eserin gösterim ve icrası haklarından ayrı bir kategoriymiş gibi yer alması hatalıdır. Kaldı ki, fikri hukukta eserin gösterim ve icrası hakları da «temsil hakkı» (FSEK md. 24) adıyla anılır.

Kanunun 3. maddesi tanımlara ayrılmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan «eser» tanımı da eksik ve hatalıdır. Kanun sinema, video ve müzik eserlerini «film, video, ses taşıyıcıları ve benzerleri üzerine kaydedilmiş hareketli veya sesli fikir ve sanat mahsulleri» şeklinde tanımlamaktadır. Bir defa sinema ve müzik ürünlerinin ve genelde fikir ürünlerinin de eser sayılabilmeleri için «sahiplerinin özelliğini taşımaları» gerekir. Bu husus FSEK md. 1'de açıkca ifade edildiği gibi, ileri ülkelerin kanunlarında, milletlerarası mevzuatta ve doktrinde istisnasız benimsenen bir ilke teşkil etmektedir. Kanunda sinema ve müzik eserlerinin tanımı verilirken bu unsurun dikkate alınmaması önemli bir eksikliktir. Diğer taraftan, yukarıda da belirttiğimiz gibi fikri hukukta bir fikir ürününün üzerine kaydedildiği maddenin hiçbir önemi olmadığı gibi, özellikle musiki ürünlerinin eser sayılmasında, bunların kalıcı bir vasıtaya kaydedilmiş olup olmamaları da bir rol oynamaz. Aynı maddenin (c) bendinde daha büyük bir hata yapılarak, film ve sinema eseri kavramları birbirine karıştırılmıştır. (a) bendinde «sinema eseri, film ... vs. üzerine kaydedilmiş fikir ve sanat mahsulleridir.» şeklinde bir tanım verilirken, (c) bendinde bu sefer «film ... her çeşit hareketli sinema eseridir.» denmektedir. FSEK md. 5'den yararlanılarak kaleme alındığı anlaşılan bu hükümle «eser» ve «film» kavramlarına biri diğerinin tanımı olarak yer verilmektedir. Halbuki film, sinema eserini tesbit vasıtalarından sadece biridir ve kendi başına «film» terimi sinema eserini ifade etmek üzere kullanılamaz; zira eser mertebesine yükselmemiş ürünlerin de film üzerine kaydedilmiş olmaları mümkündür. Yine 3. maddenin (d) ve (e) bentlerindeki video ve ses taşıyıcısı tanımları da teknik bakımdan yetersiz, kanun yapma tekniği ve hukuk bakımından ise anlamsız ve gereksiz tanımlardır. Nihayet aynı maddenin (g) bendindeki «yapımcı» tanımı da hatalıdır. Fikri hukukta yapımcı, bir sinema eserini meydana getirmek için bir teknik ekibin ve sanatkâr kadrosunun gerekli organizasyonunu yapan, sermayeyi temin eden ve sonuçta da sinema eserinin sahibi sayılan kimsedir (FSEK md. 8/IV). Yapımcı musiki eserinde değil, sadece sinema eserinde söz konusudur ve tanımda belirtilenin aksine, eseri kural olarak bizzat üretmez. Ayrıca eserin ithalatçısına da yapımcı denemez.

SVMEK md. 4/I sinema ve musiki eserlerinin üretimini yapacak gerçek ve tüzel kişilerin önceden Kültür ve Turizm Bakanlığına bilgi vermelerini şart koşmaktadır. Bu hüküm gereğince md. 3/(a)'ya göre eser sayılacak olan «film, video, ses taşıyıcıları vb. üzerine kaydedilmiş **bütün** fikir ve sanat mahsulleri» üretilmeden önce Bakanlığa bilgi verilecektir. Kanun eser kavramının tanımında «sahibinin özelliğini taşımak» gibi bir kıstasa da yer vermediğinden, meydana getirilecek **her türlü** sinema ürününün, hatta ticarî amacı olmayan bütün amatör çalışmaların bile Bakanlığa önceden bildirilmesi gerekmektedir. Aynı garabet musiki eserleri için de söz konusu olup, hükmün açık ve kesin ifadesi karşısında en basit bir bestenin yapılmasından önce dahi Bakanlığa bilgi vermek zorunluluğu vardır.

SVMEK md. 4/II, «kimlerin yapımcılık yapabileceği, nitelikleri, uymaları gereken kurallar ve bu işle ilgili diğer hususlar ile **amatör çalışmaların**» Bakanlığın hazırlayacağı yönetmelikte düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm, kanundaki eser ve yapımcı tanımlarıyla birlikte nazara alındığında, amatör çalışmalar da dahil olmak üzere kimlerin film çekebileceğinin, beste yapabileceğinin ve bunların taşımaları gereken niteliklerle uymaları gereken kuralların Bakanlıkça belirleneceğini öngörmektedir. Anılan hüküm kimlerin yazar, müzisyen yahut ressam olabileceğinin Yönetim tarafından belirlenmesi kadar abes bir hükümdür ve Bakanlığa bir «Müzik ve Sinema Akademisi» fonksiyonu verir görünmektedir. Gerçekte hükmün amacının bu olmadığı söylenebilir. Nitekim bahsi geçen yönetmelik çıkarılmış olup (19), burada sadece ticarî amaçlı sinema eserlerini üreten veya ithal eden yerli ve yabancı şahısların resmî merciler önünde yerine getirmeleri gereken bazı formaliteler düzenlenmektedir. Ancak yine de hükmün kaleme alınışı, kanunun hazırlanmasında gösterilmesi gereken titizlikten ne kadar uzak davranıldığına örnektir.

Kanunun belki de en mahzurlu yönü, sinema ve müzik eserlerinin Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca kayıt ve tescilini öngören ve bu yapılmadıkça eserin telif haklarına konu olamayacağını bildiren md. 5/I ve md. 8/II hükümleridir. Şayet bu hükümlerin amacı eserlerin tescil suretiyle denetimini sağlamak idiyse, o takdirde tescil ile telif hakları arasında bir bağlantı kurmağa gerek yoktu. Tescil edilmeyen bir eserin ticari dolaşıma konulması yasaklanarak bu amaç sağla-

(19) Sinema, Video ve Müzik Eserleri Yapımcıları ile Film Çekmek İsteyen Yabancılar ve Yabancılarla Yapılacak Ortak Yapımlar Hakkında Yönetmelik (Resmî Gazete, 4.9.1986 - 19211).

nabilirdi. Fikri hukukta eser üzerindeki telif haklarının doğması ve korunabilmesi için yönetim tarafından kayıt ve tescilinin yapılması ve ruhsat alınması mecburiyeti, ancak totaliter rejimlerin koydukları ve tatbikine de muvaffak olamadıkları bir usuldür. Fikri hukuktaki «yaratma gerçeği ilkesi» (Grundsatz der Schöpfungswahrheit) uyarınca, küçükler ve mümeyyiz olmayanlar bile sırf özellik taşıyan bir eser yaratmış olmaları sonucu korunurlar ve eser üzerindeki telif haklarının doğumu ve korunması için, ihtira haklarının aksine eserin bir mercide kayıt ve tesciline yahut ruhsat alınmasına gerek yoktur. Diğer yandan, tarafı bulunduğumuz Bern Sözleşmesinin bu konudaki hükmü de gayet açıktır. Bern Sözleşmesinin md. 4/bent 2 hükmüne göre, «Bu haklardan (telif haklarından) istifade ve bunları kullanma keyfiyeti **hiçbir şekle tâbi değildir;** bu haklardan istifade ve bunları kullanma keyfiyeti eserin menşe memleketinde himaye görüp görmediği hususuna da bağlı değildir.» Bu durumda SVMEK'nun anılan hükümlerinin milletlerarası taahhütlerimize de aykırı olduğu kanısındayız. Kaldı ki üretilen her türlü sinema ve müzik eserinin tek tek takibi, denetlenmesi, kayıt ve tescilinin sağlanması da uygulamada mümkün olmayacaktır.

SVMEK. md. 5/I hükmünde 3329 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu, yerli ve yabancı menşeli eserlerin kayıt ve tesciliyle işletme belgesi alınmasında, eserin çoğaltma, yayma ve gösterim hakkına sahip olanların yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Eski hükme göre kayıt ve tescille belge alınmasında, eserin zilyedinin başvurusu yeterli oluyor ve zilyedin eser sahibinden yahut halefinden ilgili mali hakları devir almış olup olmaması önem taşımıyordu. Bu önemli aksaklık kanunun tadiliyle giderilmeye çalışılmış ve SVMEK md. 8 hükmünde de buna bağlı bir düzeltme yapılarak yerli ve yabancı menşeli eserler arasındaki ayırım kaldırılmıştır. Eski md. 8 hükmünde yabancı eserleri kayıt ve tescil ettirerek işletme belgesi alan zilyed, eser sahibi veya halefinin izni, hatta haberi olmasa bile eser üzerindeki çoğaltma, yayma ve gösterme haklarına sahip sayılmaktaydı.

Ancak 3329 sayılı Kanunla yapılan sınırlı düzeltmeler, SVMEK md. 8 hükmündeki önemli mahzurları gidermemiştir. Hükmün I. fıkrasında «Hak sahibinin izni olmadıkça eserler üzerindeki her türlü tasarruf yasaktır.» denmektedir. Burada kastedilen hak sahibi, aynı fıkra uyarınca eseri kayıt ve tescil ettirip, işletme belgesi alarak çoğaltma, yayma ve gösterim hakkına sahip olan şahıstır. Bilindiği gibi eser üzerindeki mali haklar sadece çoğaltma, yayma ve gösterim (temsil) haklarından ibaret değildir; bunlardan başka eser sahibi ve halefle-

rinin işleme hakkı (FSEK md. 21), radyo ile yayın hakkı (FSEK md. 25) ile pay ve takip hakları da (FSEK md. 45) mevcuttur. Ayrıca FSEK md. 14'den 18'e kadar olan hükümlerde manevî hak kategorileri de yer almaktadır . Bu durumda sadece çoğaltma, yayma ve temsil haklarını devir almış olanların, eser üzerindeki başka her türlü tasarrufu yasaklayabilmelerini anlamak mümkün değildir. Kaldı ki, SVMEK. nun bu hükmü FSEK md. 20/I hükmüyle de çelişmektedir; zira orada «Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez.» denmektedir.

Yine SVMEK md. 8/I'de «Çoğaltma, yayma ve gösterim hakkı; alım, satım ve kiralama şeklinde her türlü intikale konu olabilir.» hükmü yer almaktadır. Bu hüküm çeşitli karışıklıklara yol açabilecek abes bir tekrardan ibarettir. Zira md. 8/son fıkrada zaten FSEK hükümleri saklı tutulmuş olup, mali hakların devir ve intikali bu kanunun 4. Bölümünde «Sözleşme ve Tasarruflar» başlığı altında (FSEK md. 48 - 65) etraflıca düzenlenmiş bulunmaktadır. SVMEK hükmü yorumlandığında, söz konusu mali hakların sadece alım, satım ve kiralama şeklinde intikal edebileceği, bunun dışında meselâ eserin kamu yararına ivazsız olarak temsili için devredilmesine izin verilemeyeceği anlamı da çıkarılabilir. Gerçekte bu hüküm telif haklarının değil, işletme belgesinin devir ve intikalinin serbest olduğunu belirtir şekilde kaleme alınmalıydı.

SVMEK md. 8/II'de «Kayıt ve tescilden sonra telif hakkının devredilmesi eser üzerinde herhangi bir değişiklik yapmak hakkını vermez.» hükmü yer almaktadır. Eserde değişiklik yapmak veya yapılacak değişikliklere karşı koymak hakkı, FSEK md. 16 uyarınca eser sahibinin manevi haklarındandır. Eserde veya eser sahibinin adında onun izni olmadan kısaltma, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. Ancak kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme. çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin özel bir izni olmaksızın da yapabilir (FSEK md. 16/II). Halbuki SVMEK. nun anılan hükmü, kayıt ve tescilden sonra telif haklarını devir alanların eserde herhangi bir değişiklik yapma imkânını mutlak biçimde ortadan kaldırmaktadır. Dikkat edilecek olursa, SVMEK. na göre sadece çoğaltma, yayma ve gösterme hakkının değil, genel olarak telif haklarının devrinin eserde değişiklik yapma yasağını doğurduğu görülecektir. Bu durumda eserin işlenmesine ilişkin mali hak (Bkz., FSEK md. 6, 21) fiilen ortadan kaldırıldığı gibi, hakkı devir alan şahıs eser-

de çoğaltma, yayım ve temsil tekniğinin zorunlu gereği olan değişiklikleri dahi yapamaz hale gelmektedir. Diğer yandan hükmün yetersiz ifade tarzından, kayıt ve tescilden sonra henüz telif hakkı devredilmemiş bir eserde, eser sahibinin değişiklik yapabileceği anlamı da çıkarılabilir. Şayet böyle bir imkân varsa, eser sahibinin haiz olduğu bu yetkiyi niçin başkasına devir edemeyeceği de meçhuldür. Kanunun amacı bu değil de, eserin denetimden geçmiş haliyle korunması ve kamuya böyle sunulması idiyse, o zaman da hükmün başka türlü ifadesi gerekirdi.

3329 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, SVMEK md. 8/II hükmünde kayıt ve tescil edilmiş eserlerin çoğaltılması da yasaklanmış ve bu suretle eserden iktisaden yararlanma imkânı tamamen ortadan kaldırılmışken, sonradan «çoğaltma hakkı» ibaresi hükümden çıkarılmıştır. Buna rağmen çoğaltma, yayma ve temsil haklarının ancak kayıt ve tescille kazanıldığı, kayıt ve tescil edilmiş eser üzerindeki her türlü tasarruf yetkisinin bu hak sahiplerinin insafına terk edildiği, eser sahibinin diğer mali ve manevi haklarının bertaraf edildiği bu düzenleme içinde, musikî ve sinema eserlerinin korunduğundan söz etmek kanımızca mümkün değildir.

●

TELEKS MÜBADELESİ İLE YAPILAN SÖZLEŞME

Çeviren
Kemal DAYINLARLI (*)

Sözleşme —Teleks mübadelesi suretiyle sözleşmenin kurulması —Yazılı şeklin saklı tutulması— Telefon konuşmasını teyit eden teleks teatisi ile bir menkul satışı sözleşmesinin kuruluşu —Satıcı tarafından sözleşmenin tamamlanmasına itiraz— Ademi ifa nedeniyle alıcı tarafından açılan maddî tazminat dâvası— Kanton mahkemesince dâvanın kabulü —Satıcının karar düzeltme müracaatı— Ret.

Borçlar Kanununun 1, 13 ve 16/1 maddeleri.

Telefonla yapılan sözleşme görüşmelerinin sonucunu teyit eden teleksle yapılan mutabakat beyanlarının teatisi, Borçlar Kanununun 13. maddesinin şartlarını yerine getirmiş olmaz, fakat yazılı bir sözleşmenin (gerekçe 3a) şartına yaklaşan bir delil diğerine bürünür. Yazılı şekil saklı tutulmuş olmasına rağmen (gerekçe 3a ve b) bu dâvada, teleks teatisi suretiyle sözleşmenin kurulmuş olduğunun kabulü (Z. Inc. c. AG, 20 Ekim 1986; ATF 112 II 326).

A) Altenrhein'da X AG Temmuz 1984'de Learjet 35 bir uçağı satışa çıkarır ve Addison (USA) daki alıcı (Z. inc.) ise amatörler grubudur.

Bu grubun Cenevre'deki havacılık müşaviri olan P., X AG ile irtibata geçer. Altenrhein'deki uçağı inceledikten sonra 12 Temmuz 1984'de Z. inc. şirketi adına X AG'ye teleksle 16 Temmuz 1984'de bir teklif verir. Ne bu teklif, ne de 19 Temmuz'daki mukabil teklif kabul edilmiş değildir.

31 Temmuz'da 2360 nolu teleksle, P. tarafından temsil edilen Z. inc., B. tarafından temsil edilen X AG'ye 1.220.000 Amerikan do-

---

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK : Journal des Tribunaux 1. Droit Fédéral, Yıl : 1987, Sayı : 3, 15 Şubat 1987, Sayfa : 67-70.

larlık bir teklifte bulunur. Bu teleks muhtelif şartları belirtiyor ve aynı zamanda satış akdinin tanziminden sonra (nach schriftlicher Fixierung des Kaufes); iadesi mümkün olmayan 50.000 US $ lık bir avans ödemesini öngörüyordu; teslime, ödemeye ve uçağın kabul edilmesine dair ayrıntıları da veriyordu.

Bunu takiben bir telefon görüşmesi vaki olur ve bu konuşma esnasında P. ve B. özellikle bedelin miktarını tartışırlar. Aynı gün (31 Temmuz), X AG'ye gönderdiği 2364 nolu teleksle P., diğer şartlar değişmemek üzere 1.250.000 US $ lık bir teklif yapar. Uçağın satışına dair daha önce sözlü olarak verdiği mutabakatı muhatabın teyit etmesini ister. Aynı gün Dr A. ve B., tarafından temsil edilen X AG., 1850 nolu teleksinde 2364 nolu teleksle yaptığı teklifi kabul ettiğini teyit eder; Union de Banques Suisses (UBS) bir muhabir bankasına 50.000 US $ lık avansın derhal ödenmesini ister. 31 Temmuz'daki başka bir teleksle Z. inc. sözleşmenin kurulduğunu X AG'ye teyit eder; avans için gerekeni yaptığını ona bildirir.

31 Temmuz 1984'de 1854 sayılı teleksle X AG 1850 nolu teleksinde bir anlaşmazlık olduğunu Z. inc.'e bildirir : Uçağın bir üçüncü şahsa satıldığını ve bedelinin de ödendiğini bildirir. Buradan ihtilâf doğar. 31 Temmuz 1984 tarihinde P. ve B. tarafından teati edilen telefon görüşmeleri ve teleksler üzerine satış akdi yapılmış mıdır?

B) 15 Ekim 1984 Saint - Gall Ticaret Mahkemesinde X AG'ye karşı Z. inc. dâva açar. Ademi ifa nedeniyle (mutabık kalınan fiyat ile uçağı dâvacının satabileceği fiyat arasındaki fark) ve iktisaba bağlı masraflardan dolayı 146.000 US $ (ve müteferrilerinin) ödenmesini talep eder. Mahkeme dâvayı kabul eder (11 Aralık 1985).

C) Dâvalı, karar düzeltmesi müracaatında bulunur. Federal Mahkeme bu müracaatı ret eder.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

3) Dâvalıya göre, taraflar Borçlar Kanununun 16/1. maddesi anlamında şekle riayet üzerinde mutabık kalmışlardır. Ancak bu yazılı şeklin ifasından sonra bağlı olacaklarını düşünmüşlerdir. İlk derece mahkemenin hâkimleri karineyi ters çevirmeyi kabul etmekle hata etmişlerdir. Dâvalı, özellikle dâvacının 3 teleksine dayanmaktadır. 2360 nolu teleksin 2. bölümünün açık ifadesine göre, tarafların Altenrhein'de ertesi günü veya öbürgün bir sözleşme imzalamaları gerektiği zikrediliyor. 31 Temmuz'daki teleksde (ki bununla dâvacının teklifinin dâvalı tarafından kabul edildiğini teyit ediyordu), dâ-

vacı için P.'nin bir yazılı anlaşmayı imza etmesi söz konusudur. Nihayet aynı gün daha sonraki bir teleks, dâvacı ile dâvalı ana şirket arasında sözleşmeyi müzakere etmesi ve imzalaması için P.'yi yetkili kılmaktadır. Böylece, dâvacı teklifinde şeklin saklı tutulduğunu bizzat kabul etmiştir. O halde, dâvalıya göre talep mesnetsizdir, ilk derece hâkimleri saklı tutulan bu hususun varlığını inkâr etmişlerdir.

a) Kuşkusuz zikredilen telekslere göre, dâvacı yazılı bir satış sözleşmesinin tanzimini düşünmüştü. Ama ancak yazılı şekle riayet edildiği takdirde bununla bağlı kalacağı hususunu anlamamıştı. İlk derece hâkimler nezdinde, işlemlerin bütün halinde rüyetini hesaba katmak gerekir. Başlangıçta, teklifler telekslerle yapılmıştır. Sonra, taraf temsilcileri telefon görüşmesi yapmışlardır. Neticede, bu görüşmenin esas noktası fiyat üzerinde meydana gelen mutabakatın ne olduğu hususundadır, bu da her iki tarafça teleksle tespit edilmiştir. Bütün bunlar gösterir ki telefon görüşmesinin sonunda, ilgili teleksler teati edilmesi suretiyle sözleşme meydana gelmiştir. Bu da gösteriyor ki ertesi günü veya bir gün sonra tanzim edilecek olan sözleşme için öngörülen şekil şartı, sözleşmenin in'ikadı için bir ön koşul teşkil etmemektedir.

Bir teleks, telefon görüşmesini müteakip bu görüşmenin yazılı olarak teyidini sağlar. Telefon görüşmelerinde fikir ayrılıkları olabilir. Mutabakatı sağlayan teleks ise bunları ortadan kaldırabilir. Bu Borçlar Kanununun 13. maddesi anlamında bir yazılı şekil değildir. Çünkü buna mecbur olan taraflar beyanlarını imza etmemişlerdir (Bkz. aynı yönde : Schönenberger - Jäggi, no : 72, ad. BK. madde 13; Schmidlin, no : 29 ss. ad. BK. madde 13; Amonn, in RJB 1976 p. 502 in initio: saklı tutulan sorun, Gauch/Schluep/Jäggi no : 422 kendi zilyetliğinde kalan belgeyi gönderici imzaladığı zaman; aynı durumda, LP'nin 34. maddesinde öngörülen yazılı şekle riayeti Federal Mahkeme kabul eder görünüyor: RO 101 III 66, JdT 1977 II 23). Teleks teatisi bununla birlikte, BK. nun 13. maddesi anlamında yazılı bir sözleşmenin şekline yaklaşan delil değerine bürünmektedir.

Özellikle, milletlerarası ilişkilerinde, taraflar genellikle daha sonra yazılı bir anlaşma tanzim etmeyi öngördükleri zaman bile teleks teatisi ile mutabakatlarının verilmesi hususunda anlaşırlar. İcabında, sözleşmenin tamamlanması için esaslı olmayan hususları bu muamele çözüme kavuşturur. Dâvalı ne derse desin, hatta teleks teatisi ile sözleşmenin in'ikadından sonra beyan niteliğinde yazılı bir anlaşma, anlamdan mahrum olmaz. O sadece tali noktaları çözümlemekle kalmaz aynı zamanda teati edilmiş telekslerin doğruluğuna dair ileride meydana gelebilecek bir ihtilâfı önler.

b) Ticaret Mahkemesi 31 Temmuz'da teati edilen telekslere büyük bir önem vermektedir. Mahkemeye göre dâvalı da geçerli olan bir sözleşmenin kurulmuş olduğunu düşünmektedir. Aksi takdirde 1850 nolu teleksle ortaya çıkan 1.250.000 US $ lık teklifin açıkça kabulü ve aynı anda 50.000 US $ lık bir ödeme talebi, ileride ödeme kaydı ile yapılan beyanlar olarak kabul edilmezdi. Eğer P.B. telefon konuşması esnasında meydana gelen mutabakatla ve bu mutabakatı teyit eden telekslerle gerçekten dâvalı bağlı olmadığını düşünseydi bunu açıkça saklı tuttuğunu beyan ederdi. Olay, o kadar açık ki, 1854 nolu teleks konusunda ve uçağın bir üçüncü şahsa satımından Ticaret Mahkemesinin vardığı sonuçlara dokunan dâvalının itirazları üzerinde durmak fuzulîdir. Aynı şekilde. 1 Ağustos 1984 tarihli 2366 sayılı teleks değerlendirmesini boşuna yapmaktadır. Bu mesajda, gerçekten P. bir sözleşmenin meydana geldiğini ve onu ifa söz konusu olduğunu açıkça müşahade etmektedir.

Birinci Hukuk Dairesi — MM Raschein, Messmer, Agli, Schubart ve Pfisterer - Rorschach da avukat E. Buob ve Saint - Gall'de avukat R. Schwager.

——oOo——

BORÇLAR HUKUKU

(B)'ye karşı (X Bankası) DÂVASINDA, 18 KASIM 1986 TARİHİNDE BİRİNCİ HUKUK DAİRESİNCE VERİLEN KARARIN ÖZETİ (KARAR DÜZELTİLMESİ MÜRACAATI).

Müşterisinin kendisine mevduat olarak yatırdığı meblağı yetkili olmayan üçüncü bir şahsa ödeyen bankanın sorumluluğu. Transfer şartı. İş yönetimi.

1) Banka hakkında müşterinin iddiası ile kurtarıcı sonuçtan mahrum bir ifanın riskini müşterileri üzerine yükleyen bankanın bu şartının hukuki niteliği.

2) Borçlar Kanununun 100. maddesinin 2. fıkrası anlamında, bir bankanın işletilmesi, yetki tevdii suretiyle bir sanayiin işletilmesine benzetilmelidir (gerekçe 3).

3) Reddin veya müşterinin iddialarının indirilmesinin yasal dayanakları (gerekçe 4).

KAYNAK : Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse Recueil Officiel. 2. Kısım. Medeni Hukuk. Sayfa : 450 - 459. 3.6.1987.

4) İki banka menfaatine müşteri tarafından yapılan iş yönetimi : Mutad bağlama kuralına uygulanabilir hukuka aykırılık (gerekçe 1a); Ödeme durumlarına göre müşteri tarafından istirdat edilen meblağın her iki banka aleyhine müşterinin alacaklarına geçirilir (gerekçe 5a ve b).

A) Saygon'da ikâmet eden, Vietnam Uyruklu (B), 30 Kasım 1967 tarihli muamele ile Fransa'nın Lille Şehri'nde oturan oğlu (H)' ye Fransa'nın Drome İli'ndeki gayrimenkullerinin satımı işlemlerini yapmak üzere umumî bir vekâletname vermişti.

14 Ekim 1968'de (X) Bankası, Cenevre'de (B)'ye İsviçre Frangı üzerinden bir cari hesap açtı. Bu bankada daha önce açılmış uzatılabilir vadeli bir mevduatın sahibi olan (B), münferit imzası ile (X) Bankasında kendisinin temsilcisi olarak karısını tayin etmişti.

15 Ekim 1968'den 19 Şubat 1975 tarihine kadar (X) Bankası müşterisi ile mektuplaşmak suretiyle irtibatını devam ettirdi.

Vietnam'da ikamet eden (B), 1975'den itibaren karısı ile doğrudan doğruya politik hadiseleri yaşadı ve bu Saygon'un düşmesini takip etti.

1975 sonbaharında, iki oğlu (H) ve (K); (X) Bankası ile diğer bankanın (B) adına elinde tuttukları mevduatın kendilerine verilmesini istemek için Cenevre'ye gelirler. Çünkü babalarının yeni Vietnam Hükûmeti'nin soruşturma yapmasından korkmadığını ve mevduatını yeniden ülkeye götürmek istediğini iddia ediyorlardı. İlk önce, (X) bankası bu isteği reddetti ve 30 Kasım 1967 tarihli vekâletnameden başka, babaları tarafından imzalanmış yeni bir talimat yazısı ile ispata davet etti. Bununla birlikte, daha sonra özellikle, vekilleri ile özel ilişkileri sebebiyle 1977 yılı Mart ayında (B) tarafından (H)'ya gönderilen iyi dilek kartının ibrazından sonra isteklerine hak verdi. (K) hem kendisi, hem de babası adına hareket ederek paraların bakiyesini Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hesabına transfer etti.

Kasım 1978'de (B), Avrupa'ya geldi ve 19 Temmuz 1977 tarihinde hesabının sıfırlandığını öğrendi. Fransız ve İsviçre bankaları nezdinde kendisinin yerini alacak hiçbir kimseye yetki vermediğini beyan ederek itiraz etti.

B) Toplam olarak kendisine 425.588 frangı faizleri ile birlikte ödemesi için (B), (X) Bankasından talepte bulundu.

Dâvalı, (K) tarafından babasına 153.000 US $ ödendiğini öne sürerek talebin reddini istedi.

25 Nisan 1986 tarihli kararı ile Cenevre kanton mahkemesi, ilk derece mahkemenin kararını hiçe sayarak, talebi kabul etti.

C) Bu karara karşı, dâvalı esas olarak talebin reddini, tâli olarak da (K)'ya karşı dâvacının haklarına halef olacağını söyleyrek, krar düzeltme talebinde bulundu.

Davacı, kabul edilebilirliği ölçüde karar düzeltme müracaatının reddini istedi.

Davayı kısmen kabul eden Federal Mahkeme, oğlu (K) tarafından kendisine verilen meblağı dâvacıya kanton mahkemesi tarafından verilen meblağdan düşmüştür.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

1 — a) Banka ile (B) arasındaki vaki olan karz veya vedia sözleşmesine, itirazsız, İsviçre hukuku uygulanacak olursa, bankaların mahkûm edilmesi varsayımında, (K) tarafından İsviçre bankalarına iade edilmesi için dâvacının oğlu (K)'dan istirdat teşebbüslerine ilişkin işlemlere de mutlaka aynı kanun uygulanmaz. Lex Fori (hâkimin kanunu)na göre böyle bir faaliyet karz veya vediadan değil, fakat iş yönetiminden doğar (BK. madde 419 ve devamı). Oysa, iş yönetimi demek olan sözleşme benzerinde tüm vekâletlerde olduğu gibi söz konusu işlemin tasdiki halinde iş görenin bu hizmeti, vekilin hizmeti şekline bürünür; bu takdirde iş yönetimi ilke olarak yöneticinin ikametgâhı kanununa tabi olur (ATF 31 II 685; SCHÖNENBERGER / JAGGI, introduction aux art. 1er ss. CO, no 302; VISCHER / VON PLANTA, Internationales Privatrecht, 2e éd., p. 181). Her halükârda, istisnaî olarak bir sözleşme (veya sözleşme benzeri)nin özel koşulları sözleşmeyi başka bir hukuk düzenine daha fazla bağlarsa, mutad bağlama kuralından ayrılmak daha uygun olur; bu durum sözleşme başka bir sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı olduğu zaman vaki olabilir (ATF 94 II 360/361 consid. 3 et les références). Olayımızda da böyledir. Gerçekten, ihtilâflı ilişkilerin merkezi, banka ile yapılan İsviçre hukukuna tâbi bir anlaşmada bulunmaktadır. Falcus procurator İsviçre bankasına karşı hareket etmiştir ve bu nedenle onun muhtemel suçluluk sorumluluğu da lex delicti commissi olarak İsviçre hukukuna tâbidir; ayrıca, dâvacı yönetici olarak hareket ettiği ölçüde (dâvalarını kazandığı varsayımında) onu müşterek âkidinin duçar olunan zararı azaltmak için yapmıştır. İsviçre hukukuna tâbi bir sözleşmede —ve oğlunun veya oğullarının— İsviçre bankasına karşı sorumluluktan aklanması da İsviçre hukukuna tâbidir; nihayet, madem ki dâvacı İsviçre bankasına karşı istirdaden alacağını ileri

sürmüştür; o halde, yönetici olarak aldığı meblağ için takas dermeyanında bulunacağını bekleyebilir. Öyle ki, bu iki hukukî sebep birbirine çok yakından bağlıdır. Bu özel durumlarda, ihtilâflı işin yönetimi İsviçre ile öncelikli bir bağ göstermektedir ve istisnaî olarak onu İsviçre hukukuna tâbi kılmaya zorlamaktadır.

Bu bakımdan, karar düzeltmesi talebi kabule şayandır (adlî teşkilât kanunu=organisation judiciaire madde 43).

2) (İyiniyetini öne sürebilmek için gerekli olan dikkati göstermediğinden dâvalı vekâletsiz işgörenin yetkisinin yokluğunu ileri sürebilmelidir. Ayrıca, müşterisinin kendisine tevdi ettiği malın karşılığını üçüncü bir şahsa —davacının oğluna— teslim etmekle iade borcundan geçerli olarak kurtulmuştur).

3) Bu kurtarıcı tleplerinin desteği olarak, dâvalı genel şartlar arasında yer alan şu iki koşulu öne sürmektedir :

4) **İmza ve vekâletname hususunun incelenmesi** : Vekâletname veya ortaya çıkmamış sahtelikten kaynaklanan zarar bankanın ağır kusur durumu müstesna müşteriye aittir.

(...)

6) **İletme kusurları** : Posta, telgraf, telefon, teleks ve diğer tüm iletim vasıtaları veya bir taşıma şirketinin, özellikle, gecikme, kayıp, yanlış anlama, çıkarma veya çift sevkiyatlarda, bankanın ağır kusuru müstesna, müşteriye aittir.

a) Bu durumda, dâvacı tevdi edilen mevduat meblâğını (BK. madde 475 ve 481) veya ödünç verdiği meblâğı (BK. 312, 315 ve 318) dâvalıdan geri vermesini istemektedir. Demek ki, maddi tazminat verilmesini (BK. madde 97/1) istememekte, fakat sözleşmenin ifasını istemektedir; bu ifa dâvası bankanın kusuruna tâbi bir husus değildir; bu olayda olduğu gibi banka, ikinci defa ödeme yapma durumunda olmayıp yetkili olmayan üçüncü şahsa edimini teklif etmiştir (Bakınız ATF 111 II 265 gerekçe 1a, b ve ilgili referanslar). Böylece, bu durumda, zarara duçar olan müşteri değil, onu yeniden ifa ile yükümlü olan bankadır. Hukukî açıdan, yukarıda zikredilen koşullar, banka müessesesinin sözleşmeden doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran veya onu sınırlayan nitelikte olmayıp bu varsayımda, bir sebep teşkil etmez (Bakınız bu konuda : GAUTSCHI Borçlar Kanunu no. 36 a'dan c'ye kadar, ad. madde 398); WEBER, Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsauftrage, in : RSJ 1985 (81), sayfa 85 ve devamı, 87; BUCHER, Wer haftet wem? Zum Prob-

lem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlesster Bankvergütungen, in : Recht 1984, sayfa 97 ve devamı, 99/100; GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3e éd., sayfa 248 ad no. 78). Gerçekten, yetkili olmayan bir şahıs eliyle ifa halinde ilke olarak banka bunun rizikosuna katlanmak zorundadır (Bu yönde, bakınız ATF 111 II 265 yukarıda zikredilen, gerekçe 1b); başka bir deyimle, banka kendi katlandığı zararı tedbir kabilinden müşterisinin üzerine yüklemektedir («Schadensabwälzung»; Bakınız WEBER yukarıda zikredilen sayfa 90) ve sonuç olarak, birincinin ikinci üzerine tesis ettiği aynı şekilde, mücbir sebep hallerine de yayılmış olan bir sorumluluktur («Zufallshaftung», Bakınız BUCHER, yukarıda zikredilen sayfa 100/101, GUGGENHEIM, ibid).

Zikredilen son kararda (ibid) Federal Mahkeme, —müspet durumda, ne dereceye kadar— kurtarıcı etkiden mahrum bir ifa riskinin, bankaların genel koşullarına dahil edilen dolambaçlı bir şarta intikal edip edemiyeceği hususunu müphem bırakmıştır. Benzer durumların çeşitliliği karşısında, şu veya bu yönde, bu konuyu çözüme kavuşturmak mümkün değildir. Sorunun çözümü müşahhas durumun koşullarının tümünün göz önüne alınarak tartışılıp incelenmesinde yatmaktadır. Yürürlükte olan hukuk bakımından (Delege lata), bu hukuki kontrolun esası olarak Borçlar Kanunu madde 100/2 esas alınabilir. Kuşkusuz, mevduatın iade edilmesi hususunda sözleşmeye bağlı bir sorumluluk nedeniyle bankayı kurtarmaya yönelik bir ifade (transfer şartı) doğrudan doğruya uygulanamaz; zira, bu husus borçların ademi ifasının sonuçlarına ilişkin hükümler arasında yer almaktadır (BK madde 99 ve devamı). Her halükârda, eğer düzenli (BK. madde 475) ve düzensiz (BK. madde 481) bir mevduatın iadesi borcu mukayese edilecek olursa, borcun benzerliğinin açık olduğu görülür ve burada bu hüküm kıyasen uygulanır. Gerçekten, ferdileşmiş bir şeyin (düzenli bir mevduatın) iadesinin kusura dayalı imkânsızlığından doğan sorumluluğunu ancak Borçlar Kanununun 100. maddesinin sınırları dahilinde hariç tutabildiği düşünülürse kullanıldıkça tükenen (düzensiz bir mevduat durumu) bir mevduatı müstevdiin iade görevini bir transfer maddesine dayanarak herşeyden bağımsız yok sayması için bir sebep yoktur. Federal Mahkemenin ATF 109 II 116 kararında bankalara BK. 100/2. maddesinin tatbik edilebilirlik sorununu müphem bırakması da örtülü olarak böyledir. Bu gerekçelerle ve hemen hemen bu noktada doktrinde mevcut oybirliği ile mutabık olarak yukarıda zikredilen hüküm anlamında, bir banka işletmesini yetki ile başkasına bırakılan bir sınayi işletmeye benzeterek bu soruna olumlu cevap vermek gerekir.

Böylece, takdir yetkisi gereğince, —yani hukuk ve hakkaniyet kurallarını uygularken (Medenî Kanun madde 4)— hâkim, edayı kabule yetkisi olmayan bir şahsa yapılan, bankanın hafif kusuru halinde, ifa riskini kendiliğinden müşterinin üzerine bırakan bir koşulu yok kabul edilir. Takdir hakkını kullanırken, sözleşmenin diğer ifadelerini ve diğer özel durumların tümünü hesaba katarak ihtilâflı maddeyi inceleme hakkı hâkime aittir (hâkimin kararına dair etki icra eden koşullara örnekler için bakınız, WEBER, Allgemeine Gaschäftsbedingungen der Banken - zum Problem einer Grenzziehung, in: La société anonyme suisse, 56 (1984), sayfa 158). Bu hususta, bir yandan, genel şartlarda gösterildiği şekliyle —pratikte müzakere konusu yapılamayan— ön formül şartlarına karşı müşterilerinin korunması ihtiyacını dikkate almaya yer vardır (Bakınız, bu konuda: WESSNER, katılma sözleşmeleri: En zayıf taraf için hangi korunma?, in: RDS 105 (1986)· I, sayfa 161 ve devamı) ve diğer yandan, bankanın gerçekleşmesi güçlükle engellenebilir olan bazı risklere karşı korunmasında menfaati olabilir. Mutlak kurallar konulması imkânsız olan bu karşı menfaat tartması, bu işe münhasır durum gözönüne alınarak banka ve müşterileri arasında riskin sonuç olarak, hakimiyete dayalı bir taksimine götürür.

Bazı yazarlar, —haklı olarak— mücbir sebepten doğan zarar varsayımını hariç tuttuğu için, BK. 100/2 maddesinin müşterilerin bankalara karşı her zaman korunmasını sağlamadığını hatırlatmaktadırlar (örneğin, elektronik sistemin kötü çalışması nedeniyle hatalı bir virman) ve diğer yandan, sözleşme ile banka istihdam ettiği kişilerin hafif kusurundan sorumlu olmayı muaf tutabilir (BK. madde 101/3; bakınız sayfa misal GUGGENHEIM, op. cit. sayfa 46; BUCHER, op cit. sayfa 101/102). Onlara göre, hâkim medenî kanunun genel normları gözönüne alınarak ihtilâflı koşulların muhtevasını incelerken bu tür riskin hakkaniyete göre bölüştürülmesine dikkat etmek zorundadır (Medeni Kanun madde 2 ve 27, BK. madde 19'dan 21'e kadar, 23 ve devamı). Bu özel durumda, bununla birlikte, banka organlarının kusurunun varlığı nedeniyle bu sorunu daha önce almaya gerek yoktur.

b) Durum böyle olunca, dâvalı tarafından ika edilen kusur, aynı koşullarda tedbirli her bankanın önleyebileceği ve önlemesi gerekli olanı tespit etme zorunluğu bulunan kusurdur. Gerçekten, bankanın karar vermeden önce yeterli zamanı vardı. Oysa, geçerli sebep olmaksızın, kuşkularını bastırdı ve müşterisinin parasını müşterinin oğluna verdi ve bunun sonucu olarak, parayı yitirme tehlikesine maruz bıraktı. Halbuki dâvacının riski başka türlü ko-

layca ve ilgilinin kaybı olmadan önlenebilirdi. Bu koşullar içinde, yukarıda zikredilen birinci şart nedeniyle sorumluluğu müşteriye yüklemek haksızlık olurdu (ikinci şart ise özel vaziyette yabancı fiili bir durumu amaçlar), tevdi edilen veya ödünç verilen meblağın iadesi borcunun düzensiz ifası nedeniyle bankanın duçar olduğu zarar. Söz konusu şart, kıyasen uygulanan BK. 100/2 maddesi gereğince yok sayılmalıdır. Ne olursa olsun, davalı kendisine müşterisinin muhafazası için tevdi ettiği parayı korumak için beklediği temel tedbirleri almada ihmal gösterdiğinden kusurun ağırlığı karşısında bir imtiyaz bekleyemez.

4) Dâvalı, müterafık kusurun davacı aleyhine varlığını dikkate almadığı için kanton mahkemesini eleştirmiştir.

Herşeyden önce, müşterinin açtığı davanın tevdi edilen veya ödünç verilen meblağın iadesi olan sözleşmenin ifasına yönelik olduğu gözlenmektedir. İade borcu, bir tazminat borcu olmadığından, tazminatın tenziline dair kurallar (BK. madde 99/3 ve 44/1) olaya doğrudan doğruya uygulanabilir değildir. Buradan, iddialarının sonucu üzerinde etki yapmayan ağır kusurun alacaklının muhtemel kusurundan meydana geldiği sonucu çıkmaz. Bunlar, aksine, tenzil edilmelidir. Bu konuda (bakınız red edilmiş olanlar) dâvalı tarafından öne sürülen kararda Federal Mahkemenin yaptığı gibi (ATF 111 II 265 ve devamı gerekçe 1c, 2 ve ilgide zikredilenler; bakınız; VON TUHR/ESCHER, II sayfa 22). Alacaklının iddialarından böylece bir indirimin (veya reddin) hukukî dayanağına gelince —bahsedilen kararda bu sorun müphem bırakılmıştır— burada sözleşmeden doğan bir kusur bulunabildiği gibi (BK. madde 97/1; bakınız p. ex 1132 keşidecinin kusuruna ilişkin BK. 1132) yahut müşterinin haksız fiilinden doğan (BK. madde 41; p. ex. hesap sahibi ile sahte bir emir veren üçüncü kişi arasında gizli anlaşma) müşterek âkidine karşı maddî tazminat iddiasını talep etmek için, banka ileri sürebilir (Bakınız GAUTSCHI, no 36 d. ad. BK. madde 398: WEBER, zikredilen madde, in: RSJ 81 (1985), sayfa 88 in limine; BUCHER, zikredilen eser sayfa 100, bu kararla ilgili ATF 109 II 116).

Bu özel olayda, müşteri tarafından ika edilen bir haksız fiil varsayımı derhal bertaraf edilebilir. Bu durumda, sözleşme vecibelerinde davacıya atfı kabil sadece haksız bir ihlalinin olup olmadığını araştırmak kalır: Oysa, böyle bir durum yoktur. Kanton mahkemesinin kesin olarak ortaya koyduğu gibi, gerçekten, ilgiliye iadeye zorlamadığı veya 30 Kasım 1967 tarihli vekâletnameyi iptal etmediği şeklinde bir eleştiri yöneltilemez. Çünkü, oğlunun bunu kötüye kullanacağını düşünmek için görünüşte hiçbir neden yoktu; vekâ-

letnameyi belli bir işlem için vermişti —Fransa'daki gayri menkullerin satımı— ve üstelik, banka nezdinde daha sonra karısını temsilci olarak tâyin etmişti, öyle ki, bu eski vekâletname sahibine alacaklarını dâvalının günün birinde vereceğini tahayyül edemezdi.Aynı şekilde, Mart 1977 de iyi dilek kartını göndermesini dâvacının bir ihmali olarak kabul etmek mümkün değildir; hatta bu kart, aksine, dâvalının nezdinde lehine para yatırması için oğlunu yetkili kıldığından şüphelenilmesi gereken bir durum yaratıyordu.

Her halükârda, dâvacıya bir kusur atfedilse bile, bu durumda, davalı tarafından ika edilen ağır ihmal veya hafif kusur arasında var olan açık bir nispetsizliği dikkate almak gerekir, bu ise BK. 99/3 maddesi gereğince uygulanan BK. 44/1 uygun olarak maddi tazminatın davalıya verilmesinin reddini sağlar.

5) Dâvacı, oğlu (K)'nın haksız olarak kullandığı ve alıkoyduğu servetini iadesi amacı ile oğlunu zorlamak için girişimlerde bulunmuştur. Böyle hareket etmekle, servetini bankalara karşı yönelteceği hukukî dâvaların geri almayı sağlamadığı duruma karşı tedbirli olmayı düşünmüştür. Buna karşın, dâvayı kazanması halinde İstirdad edilen meblağlardan bankaları faydalandıracaktı.

Madem ki muhtemelen en azından, dâvacı vekâletsiz olarak iki bankanın işini yöneltti (BK. madde 419). Bu nedenle vekil (BK. madde 400) yönetiminin hesabını vermekle mükelleftir ve geri aldığı meblağı iş sahibine iade etmek zorundadır. (BK. 419 ve 420; ATF 34 II 700; bakınız GAUTSCHİ, no 9 a ad. madde 419, OSER/SCHÖNENBERGER, no 26 ad. madde 419)

a) Diğer yandan, kanton mahkemesinin haklı olarak kabul ettiği gibi dâvacı, dâvalıya ve diğer bankaya, bu iki bankadan gelen meblağlar üzerinden tevkif edilmeleri sebebiyle 111.000 US $ lık bir meblağı teslim etmesi gerekirdi.

Buna karşın (K)'nın bu konudaki niyetlerinin ne olduğunu bilmeden, her iki banka arasındaki taksimatın nasıl yapılacığını bilmenin mümkün olmadığı şeklindeki fikrine katılmak doğru olmaz. Gerçekten, her iki alacağa orantılı olarak bu meblağın taksimi eğer BK. 87/2 maddesi kıyasen uygulanırsa ve eğer, aynı borçlu nezdinde birçok vekâlete istinaden kabza yetkili olan vekil (Federal Mahkeme 22 Ekim 1985 tarihli G'ye karşı G ve F dâvasında) tek borçluya karşı birden ziyade iş sahibinin işini görürse, birini diğerine karşı daha ziyade korumayıp eşit şekilde işlem yapma zorundadır; bu durumda alınan meblağın dağıtımında, öncelik yoksa, bir borca tahsis edilmiş olmadıkça muhtelif alacaklara orantılı olarak dağıtmak zorundadır.

Kanton mahkemesinin ilgide bulunduğu (K)'nın istinabe evrakı 14 Haziran 1982 tarihinde 111.000 US $ lık bir ödemenin yapıldığını gösteriyor. Bu tarihte, ana para ve faizler olarak borçlu olunan meblağ hesaba katılırsa dâvalının (514.015 fr. 15) ve ikinci bankanın (194.926 fr. 35), 1 Nisan 1985 tarihinde Federal Mahkeme kararında verilen rakamlara göre, diğer bankaya ve temyiz edilen karara —bu son rakamlar itiraza uğramamış olduğundan— bu iki bankaya olan borç %71,87 idi. Öyle ki kendine dönen meblağ 79.775,7 US $ bu ise 14 Haziran 1982 tarihindeki ortalama kur üzerinden 164.138 fr. 50 tutmaktadır. Bu meblağ dâvacının alacak miktarının üzerine eklenecektir.

Toplam 111.000 US $ lık meblağın kendisine verilmesini teminen dâvalının öne sürdüğü deliller inandırıcı değildir. Gerçekten, diğer banka ile ilgili Federal Mahkemenin yukarıda zikredilen karara bağlı kesin hüküm sadece dava konusunu amaçlar, dâvacının bu dâvadaki iş görmesine dayalı vecibesini göstermez. Ayrıca, zararın hesabına ilişkin ilkeler bu dâvada uygulanamaz. Çünkü dâva tazminata ilişkin değildir.

b) İş görme çerçevesinde, dâvalı için daha yüksek meblağı dâvacı almış olabilir. İcabında, bunun hesabını vermelidir (BK. madde 400 kıyasen; ATF 34 II 699; cf. GAUFSCHI, no 8a ad. madde 419; OSER/SCHÖNENBERGER, no 24/25 ad. madde 419).Aynı şekilde, iş gören olarak (BK. madde 401 kıyasen; GAUTSCHI no 9b ad. madde 419) dâvalının müktesep haklardan yararlanmasını sağlamak dâvacıya düşer.

●

İsviçre BK.	Türk BK.
41	41
44/1	44/1
97/1	96
99	98
99/3	98/2
100/2	99/2
312	306
315	309
318	312
419	410
420	411
475	466
481	472

1987 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

Konulara Göre (**)

I — GENEL KONULAR

OZANOĞLU, Teoman. **Adli Yargının Mali Sorunları ve Bunlara Bulunabilecek Adil Çözümler.** XIII (1 - 2) 1987, 5 - 27.

LİVANELİOĞLU, M. Sabri. **Yehova Şahitleri.** XIII (1 - 2) 1987, 28 - 44.

REİSOĞLU, Dr. L. Kemal. **Basın İlân Kurumu Kanunu.** XIII (3) 1987, 197 - 200.

COŞAR, Ahmet. **1987 - 1988 Adalet Yılını Açış Konuşması.** XIII (4) 1987, 373 - 394.

EVREN, Teoman. **1987 - 1988 Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma.** XIII (4) 1987, 395 - 405.

1 — BİBLİYOGRAFYA

GENİŞ, Ali Rıza. **1987 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası.** XIII (4) 1987, 561 - 564.

2 — FEDERAL MAHKEME KARARLARI

DAYINLARLI, Kemal. **Borçlar Hukuku; Tahkim.** XIII (1 - 2) 1987, 161 - 164.

DAYINLARLI, Kemal. **Milletlerarası Özel Hukuk; Kefalet.** XIII (3) 1987, 348 - 353.

DAYINLARLI, Kemal. **«Teleks Mübadelesi ile Yapılan Sözleşme», «Borçlar Hukuku»** XIII (4) 1987, 549 - 560.

3 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI

ÜNAL, Dr. Şeref. **Boşanma.** XIII (1 - 2) 1987, 165 - 171.

ÜNAL, Dr. Şeref. **Nesebin Reddi.** XIII (3) 1987, 354 - 360.

4 — YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza. **Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar; Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler; Yargıtay Yayınları.** XIII (1 - 2, 3, 4) 1987, 184 - 190; 361 - 368; 565 - 576.

5 — ANI

ÖZDİL, İ. Zekâi. **Birinci Başkanımız Sayın Nihat Renda «Ayrılsakda Beraberiz».** XIII (1 - 2) 1987, 179 - 181.

OZANOĞLU, Teoman. **Mustafa Çenberci'yi Anarken.** XIII (1 - 2) 1987, 182 - 183.

(*) **Yargıtay Yayın Müdürü.**

(**) Sıralamada, dergi sıra sayısı esas alınmıştır.

6 — KİTAP ELEŞTİRİSİ

SELÇUK, Doç. Dr. Sami. **Prof. Dr. Nurullah Kunter'in Soyyapıtının Son Basısı Üzerine.** XIII (1-2) 1987, 171-178.

II — USUL HUKUKU

KUNTER, Prof. Dr. Nurullah. **Hukukî Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu.** XIII (3) 1987, 201-208.

LİVANELİOĞLU, M. Sabri. **Genel Kurullarda Karar Nisabı.** XIII (4) 1987, 406-410.

III — ANAYASA HUKUKU

DUMAN, İlker Hasan. **Kanunsuz Emir.** XIII (1-2) 1987, 45-50.

IV — CEZA HUKUKU

EREM, Prof. Dr. Faruk. **Ehliyetsizlerden Faydalanma Suçu.** XIII (1-2) 1987, 51-59.

GÜNGÖR, Şener. **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yasasının Eski ve Yeni Düzenlemelerinde Suç ve Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması (I), (II).** XIII (1-2, 3) 1987, 60-71; 224-238.

SELÇUK, Doç. Dr. Sami. **Görünüş Değiştirme ve Zorla Yağma Cürmü.** XIII (3) 1987, 209-223.

ÇAM, Nihat Bozkurt. **Adam Öldürmek Suçlarında Cezayı Ağırlatıcı Sebepler.** XIII (4) 1987, 411-434.

V — İŞ HUKUKU

MOLLAMAHMUTOĞLU, Yard. Doç. Dr. Hamdi. **İş Hukukunda işçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünde Bir Yaklaşım (I). (I), (II), (III).** XIII (1-2, 3, 4) 1987, 123-141; 289-304; 456-480.

ANTALYA, O. Gökhan. **Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği (I), (II), (III).** XIII (1-2, 3, 4) 1987, 123-141; 289-304; 456-480.

TUNÇ, Hasan. **İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Akdinin Feshine Karşı Korunması.** XIII (4) 1987, 481-496.

İYİMAYA, Ahmet. **Sorumluluk ve İş Hukuku Yönünden Hastalık.** XIII (4) 1987, 497-518.

VI — MEDENİ HUKUK

SANCAR, Mithat. **Cebri Artırma Yoluyla Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı (II).** XIII (1-2) 1987, 72-87.

VII — MÜLKİYET HUKUKU

USLUOĞLU, H. Avni. **Sınırlamaya İtiraz Davasına Müdahale Mümkün mü?** XIII (3, 4) 1987, 239-258; .....

VIII — BORÇLAR HUKUKU

KILIÇOĞLU, Doç. Dr. Ahmet M. **Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri.** XIII (1-2) 1987, 88-97.

ULAŞ, Işıl. **İdarenin Taraf Olduğu Eser Sözleşmeleriyle İlgili Olarak Bakanlar Kurulunca Çıkarılan Kararnamelerin Bu Sözleşmelere Etkisi Sorunu (I). (II).** XIII (3, 4) 1987, 239-258; 435-455.

GÜVEN, Yard. Doç. Dr. Kudret. **Enerji Sağlayan İşletmelerin Elektrik ve Gazdan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğu.** XIII (3) 1987, 259-278.

IX — TİCARET HUKUKU

GÜCÜK, Turgut. **Türk Ticaret Kanunu Değişikliği Üzerine Düşünceler.** XIII (1-2) 1987, 98-103.

X — İCRA VE İFLAS HUKUKU

UYAR, Talih. **Olumsuz Tesbit Davalarında İsbat Yükü.** XIII (1-2) 1987, 104-113.

UYAR, Talih. **Kira Parasının Ödenmemesi Nedeniyle Yapılan İlamsız Tahliye Takiplerinde «Takip Talebi»nin İçeriği.** XIII (4) 1987, 519-531.

XI — FİKİR HUKUKU

SUCU, Nail. **Birleşik Devletler Antitröst Hukukunda Yeni Gelişmeler; Patent Antitröst Ortak Yüzü (II).** XIII (1-2) 1987, 148-160.

DAYINLARLI, Kemal. **Milletlerarası İhtira Hukuku ve Türkiye'nin Yeri.** XIII (3) 1987, 305-320.

EREL, Doç. Dr. Şafak N. **Fikri Hukukta Musiki ve 3257 sayılı «Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu»nun incelenmesi ve Tenkidi.** XIII (4) 1987, 532-548.

XII — ÖZEL HUKUK

BAKTIR (ÇETİNER), Selma. **Çocukların Korunması.** XIII (3) 1987, 321-334.

SARIDUMAN, Ünsal. **2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasasının 19, 20 ve 21. maddeleri ile ilgili Bir İnceleme.** XIII (3) 1987, 335-341.

USLUOĞLU, H. Avni. **Orman Kanununun 3302 Sayılı Kanunla Değişen 2. maddesinin Düşündürdükleri.** XIII (3) 1987, 342-347.

——oOo——

Yazar Soyadlarına Göre :

— A —

ANTALYA, O. Gökhan — XIII (1-2, 3, 4) 1987, 123-141; 289-304; 456-480.

— B —

BAKTIR (ÇETİNER), Selma — XIII (3) 1987, 321-334

— C —

COŞAR, Ahmet — XIII (4) 1987, 373-394.

— Ç —

ÇAM, Nihat Bozkurt — XIII (4) 1987, 411-434.

— D —

DAYINLARLI, Kemal — XIII (1-2, 3, 4) 1987, 161-164; 348-353; 549-560.
XIII (3) 1987, 305-320

DUMAN, İlker Hasan — XIII (1-2) 1987, 45-50

— E —

EREL, Doç. Dr. Şafak N — XIII (4) 1987, 532-548.

EREM, Prof. Dr. Faruk — XIII (1-2) 1987, 51-59.

EVREN, Teoman — XIII (4) 1987, 395-405.

AÇIKLAMA : XIII (Dergi cilt sayısı = 13. cilt), 1-2, 3, 4 (Dergi sayısı), 1987 (Dergi yayın yılı), 289-304 (Dergi sayfa numarası).

— G —

GENİŞ, Ali Rıza — XIII (1 - 2, 3, 4) 1987, 184 - 190; 361 - 368; 565 - 576.
XIII (4) 1987, 553 - 556.
GÜCÜK, Turgut — XIII (1 - 2) 1987, 98 - 103
GÜNGÖR, Şener — XIII (1 - 2, 3) 1987, 60 - 71; 224 - 238
GÜVEN, Yard. Doç. Dr. Kudret — XIII (3) 1987, 259 - 278

— İ —

İYİMAYA, Ahmet — XIII (4) 1987, 497 - 518.

— K —

KILIÇOĞLU, Doç. Dr. Ahmet M. — XIII (1 - 2) 1987, 88 - 97
KUNTER, Prof. Dr. Nurullah — XIII (3) 1987, 201 - 208

— L —

LİVANELİOĞLU, M. Sabri — XIII (1 - 2, 4) 1987, 28 - 44; 406 - 410.

— M —

MOLLAMAHMUTOĞLU, Yard. Doç. Dr. Hamdi — XIII (1 - 2, 3) 1987, 114 - 122; 279 - 287

— O —

OZANOĞLU, İ. Teoman — XIII (1 - 2) 1987, 5 - 27; 182 - 183

— Ö —

ÖZDİL, İ. Zekâi — XIII (1 - 2) 1987, 179 - 181

— R —

REİSOĞLU, Dr. L. Kemal — XIII (3) 1987, 197 - 200

— S —

SANCAR, Mithat — XIII (1 - 2) 1987, 72 - 87
SARIDUMAN, Ünsal — XIII (3) 1987, 335 - 341
SELÇUK, Doç. Dr. Sami — XIII (1 - 2, 3) 1987, 171 - 178; 209 - 223
SUCU, Nail — XIII (1 - 2) 1987, 148 - 160

— T —

TUNÇ, Hasan — XIII (4) 1987, 481 - 496.

— U —

ULAŞ, Işıl — XIII (3, 4) 1987, 239 - 258; 435 - 455.
USLUOĞLU, H. Avni — XIII (1 - 2, 3) 1987, 142 - 147; 342 - 347
UYAR, Talih — XIII (1 - 2, 4) 1987, 104 - 113; 519 - 531.

— Ü —

ÜNAL, Dr. Şeref — XIII (1 - 2, 3) 1987, 165 - 171; 354 - 360

●

YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (*)

YENİ SEÇİLENLER

● BURHAN CAHİT BELİBAĞLI

1925 yılında Gaziantep'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, 30.8.1952 günü İmranlı C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Belibağlı, bu mesleğini; Denizli C. Savcı Yardımcılığı, Bitlis C. Savcı Yardımcılığı ve Yargıtay C. Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

29.4.1975 senesinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Burhan Cahit Belibağlı, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi ile Dördüncü Ceza Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 2.7.1987 günü Dördüncü Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

● EDİP ŞİMŞEK

Siirt 1925 doğumlu Şimşek, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1925'de bitirdikten sonra, Turhal Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Sıvas, Elazığ Ceza ve Hukuk Hâkimlikleri ile Yargıtay Üye Yardımcılığı, Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1973 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Edip Şimşek, Onbirinci Hukuk Dairesi .le Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 6.7.1987 günü Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

● AHMET SEVGİLİ

1930 yılında Kozan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1966' da bitirdikten sonra, ilk mesleğe Durağan Hâkimi olarak 1969 senesinde başlayan Sevgili, sırasıyla; Mardin Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Sandıklı Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Müfettiş Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ahmet Sevgili, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● CAZIM YILMAZ

1939 Eğil doğumlu Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1963 - 1964 öğrenim yılında bitirdikten sonra, Hamur Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlamış ve bu mesleğini; Hamur Hâkimliği, Mesudiye Sorgu Hâkimliği, Mesudiye Hâkimliği, Adıyaman Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cazım Yılmaz, Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **EROL ÖCAL**

Korkuteli 1940 doğumlu Öcal, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, 1967 yılında Yüksekova C. Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Viranşehir C. Savcı Yardımcılığı, Kızılcahamam C. Savcı Yardımcılığı ve C. Savcılığı, Sungurlu, Burdur, Adapazarı C. Savcılığı, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği, Adalet Bakanlığı İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

1969-1970 öğretim yılında Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nden mezun olan ve Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürü iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Erol Öcal, Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **HİLMİ ÖZDEMİR**

1936 yılında Bolvadin'de doğmuştur. 1962'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Gercüş Hâkim Yardımcısı olarak 1967 senesinde mesleğe başlayan Özdemir, bu mesleğini sırasıyla; Karapınar Hukuk Hâkimliği, Tirebolu Hukuk Hâkimliği, Burdur Hukuk Hâkimliği ile Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hilmi Özdemir, Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **HÜSEYİN SEYREK**

1942 Konya-Ereğli'si doğumlu Seyrek, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1966'da bitirdikten sonra, Türkoğlu Hâkım Yardımcısı olarak 1970 yılında mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Yeşilova Hâkimlıği, Karaman Tapulama Hâkimliği, Sakarya Tapulama Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Adapazarı Tapulama Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hüseyin Seyrek, Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **İBRAHİM POLAT SOLAK**

1935 yılında Erzurum'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra 27.3.1964 günü Aralık Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Solak, bu mesleğini sırasıyla: Araç Sorgu Hâkimliği, Gümüşhane Hukuk Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Ankara Hukuk Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen İbrahim Polat Solak, Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **KAYA ÖZTEKİN**

1935 Afyon doğumlu Öztekin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, 1964 yılında Görele Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini; Acıpayam Sulh Hâkimliği, Reyhanlı Hâkimliği, Kahramanmaraş Hukuk Hâkimliği, İstanbul İcra Tetkik, İş, Ticaret Mahkemeleri Üyelikleri yaparak sürdürmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Kaya Öztekin, Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **KOPARAN BAŞAL**

Ayaş 1938 doğumlu Başal, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Doğubeyazıt Sorgu Hâkimi olarak 1964 yılında mesleğe başlamış ve sırasıyla; Sarıkaya Hâkimliği, Dinar Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği, Adalet Müfettişliği yapmıştır.

Adalet Bakanlığı Başmüfettişi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Koparan Başal, Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **NEDİM TURHAN**

1937 yılında Eruh'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, Kangal Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Turhan, bu mesleğini; Kangal Hâkimliği, Van Hukuk Hâkimliği, Gaziantep Hukuk Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Nedim Turhan, Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **OSMAN ARSLAN**

Kalecik 1942 doğumlu Arslan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra Keskin Hâkim Adayı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Göksun Hâkimliği, Osmancık Tapulama Hâkimliği ve Düzce Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Ankara Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Osman Arslan, Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **OSMAN KADRİ KESKİN**

1947 yılında Kastamonu'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1968'de bitirdikten sonra, 1972 senesinde Karlıova Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Keskin, bu mesleğini sırasıyla; Taşköprü Ceza Hâkimliği, Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Asil Üyeliği yaparak sürdürmüştür.

«Yargıtay Ceza Genel Kurulu Işığında Kominizm Propagandası» ile «Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Yapısı, Görevleri ve Yargılama Usulleri» adıyla yapıtlarıyla meslek dergileri ve günlük gazetelerde yayımlanmış yazıları bulunan, 1986'da Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Kamu Hukuku Dalında master yapan ve 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Osman Kadri Keskin, İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **SAMİA AKBULUT**

1939 yılında Bayramiç'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1963'de bitirdikten sonra, 1972 senesinde Muş Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlayan Akbulut, bu görevini; bir ara Erzincan Hazine Avukatlığı, daha sonra Muş Hâkim Yardımcılığı, Erzincan Hâkim Yardımcılığı, Erzincan Sorgu Hâkimliği, Erzincan Hâkimliği ve Yetkili Yenimahalle Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Samia Akbulut, Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **TAHSİN TÜRKÇAPAR**

1933 Kahramanmaraş doğumlu Türkçapar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960'da bitirdikten sonra, 19.9.1960 yılında Kahramanmaraş Maiyet Memuru olarak idari göreve başlamış ve daha sonra bu görevinden ayrılarak aynı İl'de Stajyer Hâkim olarak mesleğe girmiştir.

1966 senesinde Akkuş C. Savcılığına atanan Tahsin Türkçapar, sırasıyla; Pertek (Tunceli) Hâkimliği, Kozan Hâkim Yardımcılığı, Osmaniye Hâkimliği, Hatay Hâkimliği ve Ankara Hukuk Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

Çeşitli meslek dergilerinde hukukla ilgili yazıları yayımlanan ve 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Tahsin Türkçapar, Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **TUFAN ALGAN**

1939 yılında Haruniye'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, 1967 senesinde Nusaybin Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlayan Algan, bu mesleğini sırasıyla; Pazarcık Hâkimliği, Samandağ Sorgu Hâkimliği, Kadirli Hukuk Hâkimliği, İskenderun Hâkimliği, İskenderun Sorgu Hâkimliği olarak sürdürmüştür.

Adana Hâkimi iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Tufan Algan, Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● **ÜZEL KIZILKILIÇ**

1935 Ankara doğumlu Kızılkılıç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1958 yılında bitirdikten sonra, ilk mesleğe 1961'de Şefaatli Sorgu Hâkimi olarak başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Şefaatli C. Savcı Yardımcılığı, Kırıkkale C. Savcı Yardımcılığı, Adalet Müfettişliği, Adalet Başmüfettişliği, Adalet Müşavir Müfettişliği yaparak sürdürmüştür.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcısı iken, 23.6.1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Üzel Kızılkılıç, Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● **ABDÜLCEBBAR ŞENEL**

1922 Adana doğumlu Şenel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1944'de bitirdikten sonra, sırasıyla; Hakkâri Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Köyceğiz Hâkimliği, Gazipaşa Hâkimliği, Beyşehir Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

23.9.1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve hukuk alanında «Nazari ve Tatbiki Adam Öldürmek ve Müessir Fiil Cürümleri», «Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler», «Memurin Muhakematı Kanunu», «Orman Kanunu ve Alâkalı Mevzuat», «İnkılâp Kanunları», «İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi», «İçtihatlı Gerekçeli, Tam Metinli Ceza Hükümlerini Taşıyan Hususi Kanun ve Nizamnameler» adlı ortaklaşa yayımlanmış yapıtları bulunan Abdülcabbar Şenel, Onbeşinci Hukuk Dairesi üyesi iken aynı Dairenin Başkanlığına 18.12.1985 günü seçilmiş ve bu görevinden de 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **AHMET AKİF ÖZGÜR**

1922 yılında Gaziantep'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945'de bitirdikten sonra, 13 Eylül 1949 günü Siirt Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Özgür, sırasıyla; Urfa Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Adapazarı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Osmaniye Cumhuriyet Savcılığı, Mardin Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ve Ankara Hâkimliği ile Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

17 Eylül 1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ahmet Akif Özgür, Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi iken, aynı Dairenin Başkanlığına 6.2.1984 günü seçilmiş ve bu görevinden de 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **ALİ MAZHAR AKMAN**

Nevşehir 1922 doğumlu Akman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945-1946 öğrenim yılında bitirdikten sonra, 1950'de Rize Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Konya Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Feke Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Karacabey Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Sebinkarahisar Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği ile Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

19.7.1984 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ali Mazhar Akman, Birinci Ceza Dairesi Üyeliğinden 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **İRFAN DÖNMEZ**

1931 Gevye-Pamukova doğumlu Dönmez, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1952 yılında bitirdikten sonra, Kağızman Hâkim Yardımcısı olarak 1955'de mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Sındırgı Hâkim Yardımcılığı, Tirebolu Hukuk Hâkimliği, Kocaeli Tapulama Hâkimliği ve İstanbul Hâkimliği ile İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

20.5.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve «Tapu İptali», «İş Davaları», «Tapulama Kanunu», «Trafik Kazası Tazminatı ve Sigorta Rücu Davaları» adlı yayımlanmış yapıtları bulunan İrfan Dönmez, Onbirinci Hukuk Dairesi Üyeliğinden 1.7.1987 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● **MEHMET KAYA**

Kars 1922 doğumlu Kaya, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945'de bitirdikten sonra, 7.9.1948 yılında Bitlis Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve sırasıyla; Mutki Hâkim Yardımcılığı, Kırşehir Hâkim Yardımcılığı, Kırşehir Sulh Ceza Hâkimliği, Nevşehir, Kaman, Hacıbektaş, Çiçekdağ, Mucur, Avanos, Gülşehir, Karaisalı Gezici Toprak Mahkemesi Hâkimliği ile Ankara Sulh Hâkimliği ve Ankara Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

17.3.1970 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Yüksek Hâkimler Kurulu Üyeliği görevinde de bulunan Mehmet Kaya, Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi iken 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **MUSTAFA KEMAL BAŞDOĞAN**

Kahramanmaraş 1922 doğumlu Başdoğan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1946'da bitirdikten sonra, Siirt Hâkim Yardımcısı olarak 1950 yılında ilk mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Hatay Sulh Hâkimliği ve Çankaya Sorgu Hâkimliği ile Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Kemal Başdoğan, Beşinci Ceza Dairesi Üyesi iken 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **MUSTAFA KEMAL GÜR**

1922 yılında Geyve'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirdikten sonra, Karlıova Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Gür, bu mesleğini sırasıyla; Beypazarı Hâkim Yardımcılığı, Beypazarı Sorgu Hâkimliği, Beypazarı Ceza Hâkimliği ve Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü ile aynı Kuruluş Tetkik Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

28 Nisan 1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve günlük gazeteler ile meslek dergilerinde edebi yazıları yayımlanan Mustafa Kemal Gür, Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi iken 1.7.1987 günü yaşal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **MUSTAFA MUTLU**

Çerkez 1922 doğumlu Mutlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947 yılında bitirdikten sonra, ilk mesleğe Kağızman Hâkim Yardımcısı olarak başlamış ve sırasıyla; Çaycuma Hukuk Hâkimliği, İzmir Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● **NECDET ÇORBACIOĞLU**

1921 Çorum doğumlu Çorbacıoğlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1944 yılında bitirdikten sonra, sırasıyla; Hınıs Hâkim Yardımcılığı, Ödemiş Hâkim Yardımcılığı, Haymana Ceza Hâkimliği, Ankara Sorgu Hâkimliği, Ankara Asliye Ceza Hâkimliği, Denizli Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **TALAT MISIRLIOĞLU**

1333 (1922) yılında Camikebir'de (Gümüşhane) doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1943 - 1944 öğrenim yılında bitiren Mısırlıoğlu, 26.6.1944 günü Gümüşhane Hâkim Adayı olarak mesleğe girmiş ve bu mesleğini sırasıyla; Gümüşhane, Gülpınar, Pertek, Rize, Beşikdüzü, Rize Hâkimlikleri, Yüksek Hâkimler Kurulu Raportörlüğü, Ankara Hâkimliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Genel Sekreterliği görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekli olmuştur.

● **MEMDUH ÜNSAL**

1922 yılında Darende'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1945'de bitirdikten sonra, Gümüşhane Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Ünsal, Sırasıyla; Kadirli C. Savcılığı, Siverek C. Savcılığı, Turhal Ceza Hâkimliği ve Turhal Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi iken, 1.7.1987 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

Yeni seçilen; BELİBAĞLI, ŞİMŞEK, SEVGİLİ, YILMAZ, ÖCAL, ÖZDEMİR, SEYREK, SOLAK, BAŞAL, ÖZTEKİN, TURHAN, ARSLAN, KESKİN, AKBULUT, TÜRKÇAPAR, ALGAN ve KIZILKILIÇ'a görevlerinde başarılar; emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; ŞENEL, ÖZGÜR, AKMAN, DÖNMEZ, KAYA, BAŞDOĞAN, GÜR, ÜNSAL, MUTLU, ÇORBACIOĞLU ile MISIRLIOĞLU'na da yaşamları boyu sağlık ve mutluluklar dileriz.

●

YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER

• YASLAR

Resmi Gazete Tarihi :	No :	Sayfa :	Yasanın Adı :
24.6.1987	19497	1	**Kanun No : 3380 Kabul Tarihi : 12.6.1987** Tarımın Teşviki ve Çiftçinin Desteklenmesi, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
24.6.1987	19497	3	**Kanun No : 3386 Kabul Tarihi : 17.6.1987** 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun.
24.6.1987	19497	9	**Kanun No : 3387 Kabul Tarihi : 17.6.1987** 8.9.1971 Gün ve 1481 Sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun
25.6.1987	19498	1	**Kanun No : 3379 Kabul Tarihi : 11.6.1987** 21.12.1959 Tarih ve 7397 Sayılı Sigorta Şirketlerin Murakebesi Hakkında Kanunun Adının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna (7) Ek ve (5) Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
25.6.1987	19498	12	**Kanun No : 3381 Kabul Tarihi : 12.6.1987** 1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun 19 uncu Maddesinin 2 nci ve 3 üncü Fıkralarının Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
25.6.1987	19498	13	**Kanun No : 3382 Kabul Tarihi : 12.6.1987** 3213 Sayılı Maden Kanununun 2 nci Maddesinin Değiştirilmesi ve Geçici 4 üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun
25.6.1987	19498	14	**Kanun No : 3383 Kabul Tarihi : 15.6.1987** 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Kanunu ile 3093 Sayılı Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununun Bazı Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
25.6.1987	19498	15	**Kanun No : 3384 Kabul Tarihi : 15.6.1987** 18.12.1981 Tarihli ve 2565 Sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununun 21 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin Değiştirilmesine Dair Kanun.

25.6.1987	19498	15	**Kanun No : 3385 Kabul Tarihi : 15.6.1987** Küçük Sanayi Bölgeleri İçinde Devletçe İnşa Edilmiş Örnek Sanayi Sitesi İş Yerlerinin Mülkiyetinin Devredilmesi Hakkında Kanun.
25.6.1987	19498	16	**Kanun No : 3388 Kabul Tarihi : 17.6.1987** Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı Kanunu.
27.6.1987	19500	1	**Kanun No : 3389 Kabul Tarihi : 18.6.1987** 28.3.1983 Tarihli ve 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Hakkında 41 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun.
27.6.1987	19500	4	**Kanun No : 3391 Kabul Tarihi : 18.6.1987** Bursa İli Merkezinde Osmangazi, Yıldırım ve Nülifer Adıyla Üç İlçe Kurulması Hakkında Kanun.
27.6.1987	19500	11	**Kanun No : 3397 Kabul Tarihi : 20.6.1987** 2985 Sayılı Topiu Konut Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
27.6.1987	19500	11	**Kanun No : 3398 Kabul Tarihi : 20.6.1987** Gaziantep İli Merkezinde Şehitkâmil ve Şahinbey Adıyla İki İlçe Kurulması Hakkında Kanun.
27.6.1987	19500	15	**Kanun No : 3399 Kabul Tarihi : 20.6.1987** Konya İli Merkezinde Karatay, Selçuklu ve Meram Adıyla Üc İlçe Kurulması Hakkında Kanun.
30.6.1987	19503	1	**Kanun No : 3393 Kabul Tarihi : 19.6.1987** 7338 Sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu, 2982 Sayılı Konut İnşaatında ve Kalkınmada Öncelikli Yörelerde Yapılacak Yatırımlarda Vergi, Resim ve Harç İstisna ve Muaflıkları Tanınması Hakkında Kanun ile 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
30.6.1987	19503	4	**Kanun No : 3394 Kabul Tarihi : 20.6.1987** 1580 Sayılı Belediye Kanunu, 3030 Sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 2972 Sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarları ile İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun ve 3194 Sayılı İmar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanur
30.6.1987	19503	5	**Kanun No : 3396 Kabul Tarihi : 20.6.1987** 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Kaldırılmasına, Bir Ek ve Üç Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.

9.7.1987	19512	1	**Kanun No : 3395 Kabul Tarihi : 20.6.1987** 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun.
9.7.1987	19512	9	**Kanun No : 3402 Kabul Tarihi : 21.6.1987** Kadastro Kanunu.
4.7.1987	19507	1	**Kanun No : 3392 Kabul Tarihi : 19.6.1987** 103 İlçe Kurulması Hakkında Kanun.
4.7.1987	19507	1	**Kanun No : 3392 Kabul Tarihi : 19.6.1987** 26.10.1963 Tarihli ve 357 Sayılı Askeri Hâkimler Kanununun Ek 6 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
11.9.1987	19571 (Mükerrer)	1	**Kanun No : 3403 Kabul Tarihi : 10.9.1987** Seçimlerle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin XVIII inci Dönem Milletvekili Genel Seçimi Hakkında Kanun.

● **KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER**

Resmi Gazete Tarihi :	No :	Sayfa :	Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :
17.6.1987	19490	1	**Karar Sayısı : KHK/281** Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ve Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
6.7.1987	19509	1	**Karar Sayısı : KHK/280** 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
14.7.1987	19517	1	**Karar Sayısı : KHK/285** Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
27.7.1987	19530	1	**Karar Sayısı : KHK/287** Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci Maddesinin Beşinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname.
1.9.1987	19561	1	**Karar Sayısı : KHK/288** 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

● **T Ü Z Ü K L E R**

Resmi Gazete Tarihi :	No :	Sayfa :	Tüzüğün Adı :
24.6.1987	19497	11	**Karar Sayısı : 87/11787** Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Yurtdışında Sürekli Görevlendireceği Memurların Seçim Esaslarına Dair Tüzük.

• YÖNETMELİKLER

Resmi Gazete Tarihi :	No :	Sayfa :	Yönetmeliğin Adı :
26.6.1987	19499	17	**Karar Sayısı : 87/11716** Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
12.7.1987	19515	15	Orman Kanununun 84 üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 7 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
13.7.1987	19516	3	Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği Adalet Bakanlığı Depo ve Garajlarının Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik.
3.8.1987	19537	1	Türk Silahlı Kuvvetlerine Mensup Subay ve Astsubayların Atanma ve Yer Değiştirmeleri Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
4.8.1987	19538	6	**Karar Sayısı : 87/11998** Olağanüstü Hal Kurul ve Bürolarının Kuruluş ve Görevleri ile Yükümlülüklerin Karşılığının Tesbit ve Ödenmesi Hakkında Yönetmelik'in Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
12.8.1987	19542	1	2 Kasım 1985 Tarih ve 18916 Sayılı Resmi Gazete'de Yayınlanan «3030 Sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliği»nin 12, 29, 35. 36, 38, 39, 41, 43, 44, 45, 47 ve 50 nci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
14.8.1987	19544	1	6831 Sayılı Orman Kanunun 31, 32 ve 33'ncü Maddelerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik.
15.8.1987	19545	2	3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanun Gereğince Kurulan Fonun Harcama Esaslarını Düzenleyen Yönetmeliğin 3366 Sayılı Kanun Uyarınca Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Yönetmelik.
18.8.1987	19548	1	3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 3366 Sayılı Kanun Uyarınca Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Yönetmelik.
21.8.1987	19551	12	İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği.
23.8.1987	19533	2	Özel Çocuk Kulüpleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik.
27.8.1987	19557	3	İlkokul Yönetmeliği.
28.8.1987	19558	4	1615 Sayılı Gümrük Kanununun Bağlı Gümrük Yönetmeliği'nin Değişik 12 nci Maddesine Bir Hüküm Eklenmesine Dair Yönetmelik.