KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL : 22, SIRA SAYI: 88

YARGITAY DERGİSİ

CİLT : 22 EKİM – 1996 SAYI : 4

Sahibi : Yargıtay Adına Birinci Başkan **Müfit UTKU**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ali Rıza GENİŞ**

YAYIN KURULU

Başkan	:	*Hakkı DİNÇ*	*(2. Hukuk Dairesi Üyesi)*
Üyeler	:	*Şener GÜNGÖR*	*(11. Ceza Dairesi Üyesi)*
		Dr. Ş. Ekrem SERİM	*(9. Hukuk Dairesi Üyesi)*
		Erol ERTEKİN	*(15. Hukuk Dairesi Üyesi)*
		Halil KILIÇ	*(17. Hukuk Dairesi Üyesi)*

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
- Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
- Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
- Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir yayınlanır.**
- **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Caddesi No: 3) 06658 Ankara.
- **Telefon:** (0-312) 425 16 32 - 425 16 49
- **Faks :** (0-312) 419 41 11
- **Abone Servisi :** 417 44 60 / 3505, 3506
- **Santral (ek bina) :** (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
- % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1996 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 404.000.- liradır.**
- Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304230/110-4** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
- Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
- Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 20 indirim uygulanır.**
- **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
- Dış kapak düzeni : Ertekin KAYA
- İç kapak düzeni : Faruk AFŞAR

ISSN 1300 - 0195

İ Ç İ N D E K İ L E R

Sayfa

1– GENEL KONULAR

a) Müfit UTKU : 1996–1997 Adalet Yılını Açış Konuşması 405-416

b) Eralp ÖZGEN : 1996–1997 Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma 417-426

c) Mustafa Sadrettin AYKONU : Yargıda Reform 427-429

2– ANAYASA HUKUKU

a) Dr. İbrahim ŞAHBAZ : Anayasanın Doğrudan Doğruya Uygulanması 430-451

3– CEZA HUKUKU

a) Coşkun ERBAŞ : Tarihi Gelişimi İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik– Sursis Avec Mise À L'Épreuve) ve Fransa'daki Uygulaması İle Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu Öntasarı Metinleri (III) 452-490

b) Murat AYDIN : Şifreli Yayınların İzinsiz Toplu Gösterimi Suç mudur? 491-505

4– MEDENİ HUKUKU

a) Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN : Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği (II) 506-536

Sayfa

5– MİRAS HUKUKU

a) Nedim TURHAN : Mirasta İade 537-571

6– AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE

a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Y–Türkiye Olayına İlişkin 7 Ağustos 1996 Tarihli Kararı 572-575

8– FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI

a) Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI : Vesaik Mukabili Akreditif 576-583

9– YARGITAY'DAN HABERLER

a) Ali Rıza GENİŞ : 1996 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası 584-588

—oOo—

Sayın Okur,

Bu sayı ile 1996 yılı Yargıtay Dergisi aboneliğiniz sona ermiştir. 1997 yılı aboneliğinizi yenilemek için, Yargıtay Kararları Dergisi için 3.030.000.- TL., Yargıtay Dergisi için 1.010.000.- TL. olan abonelik bedelini, bilinen hesap numaralarımızdan birine gönderdikten sonra, Müdürlüğümüze yazılı olarak bilgi vermeniz yeterlidir.

Saygılarımızla. **Y.D.**

Yargıtay Birinci Başkanı
Sayın **Müfit UTKU**'nun, 1996-1997
Adalet Yılını Açış
Konuşması. 6.9.1996

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar, Sevgili Meslektaşlarım, Basın, TRT ve Televizyon Kurumlarının Değerli Mensupları.

Yüce Türk Milleti'nden aldığı yetkiyi, O'nun adına kullanan mahkemelerimizin 1996–1997 yılı çalışma döneminin başlaması münasebetiyle düzenlenen törenimizi yüksek huzurlarıyla onurlandıran siz seçkin konuklarımızı ve değerli meslektaşlarımızı saygıyla selamlıyor, teşriflerinizden dolayı hepinize en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Türk Yargısı'na bir ömür adayarak adalet dağıttıktan sonra emekliye ayrılan Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Başkanı Değerli; Ali Haydar Karahacıoğlu, Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanı Mustafa Sadrettin Aykonu, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Başkanı Seyfettin Çetinelli, İkinci Ceza Dairesi Başkanı Münir Onan ile Yargıtay Üyeleri; Edip Doğrusöz, Mehmet Demirtürk, Kevnin Nihat Fadıllıoğlu, Yusuf Servet Kitiş, Mualla Erman, İhsan Özkaya, Hakkı Süha Terzibaşıoğlu, Ahmet Sevgili, Sadrettin Çelik, Mustafa Vehbi Benli, Mehmet Mesut Aktürk, Emin Kaya Kurşun'a, Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile diğer yargı görevlilerine, hukuka ve adalete sağladıkları unutulmaz katkılarından dolayı şükranlarımı sunmayı yerine getirilmesi gereken bir borç olarak görüyor, bundan sonraki yaşamları için de sağlık, esenlik ve mutluluklar diliyorum. Vefat ederek aramızdan ayrılan Yargıtay Onursal Daire Başkanı İhsan Özmen, Onursal Üyeleri Kamil Tuğrul Çoşkunoğlu, İrfan Dönmez, Nurettin Gürsel, Hüseyin Doğan Mutlu ile aynı dönem içerisinde ebediyete göçen Hâkim, Cumhuriyet Savcısı ve diğer yargı çalışanlarını minnet ve tazimle anıyor, aziz ruhlarına Ulu Tanrı'dan rahmet niyaz ediyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Yargıtay'ın bilgisayara geçmesi ile tüm Dairelerimizde kullanıma başlanılması, inceleme ve karar vermede amaçlanan seriliği sağlamış, dosyaların

bekleme süresi 15 güne inmiştir. 1995 yılından 1996 yılına 35.247 dosya devretmiş, 1996 yılının ilk 6 ayı itibariyle 204.319 dosya gelmiş, bu sürede 203.574 dosya karara bağlanmıştır.

Yargıtay'a intikal eden bir dosya aynı gün bilgisayar kayıtlarında yerini almakta, yurdun en ücra köşesinden dahi telefonla vatandaşlarımız dosyaları hakkında bilgi edinebilmektedir. Dairelerimiz, müzakere esnasında bilgisayarları aracılığıyla Büyük Genel Kurul, Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ve ilgili Daire emsal kararlarına, ayrıca arzuladıkları tüm mevzuata ulaşabilmektedirler.

Yargıtay'ın mevcut çalışma temposunun bir içtihat mahkemesi için alışılmışın çok ötesinde olduğu hususunu yüksek takdirlerinize bırakıyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Toplum hayatında sosyal düzenin, barış ve güvenin gerçekleşmesinde hukuk düzeni tartışılmaz bir öneme sahiptir. İnsanın mutluluk, huzur ve güveninin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin sağlam güvencelere bağlanmasıyla mümkündür. Böyle bir düzenin sağlanması çağdaş devletin en önemli varlık nedenidir. Bu görevi layıkıyla yerine getiremeyen devlet, giderek varlık nedenine yabancılaşmış olacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması, Anayasamızda da ifadesini bulan demokratik hukuk devletinin belirleyici özelliğidir. Bir devlete "Hukuk Devleti" niteliğini kazandıracak asıl öge ise "Yargının Bağımsızlığı" dır.

Bağımsız mahkemeler, demokratik hukuk devletinde, hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidirler, hem de toplumun temel değerlerinin ve düzeninin koruyucusudurlar. Yargı organının kendisinden beklenen görevleri hakkıyla icra edebilmesi, yasama ve yürütme organlarının müdahalesi başta olmak üzere her türlü müdahale ve etkiye karşı bağımsız bir yapıya kavuşturulmasıyla mümkün olabilir. Bu hedefe ulaşabilmek bakımından, Anayasamızda ifadesini bulan "Güçler Ayrılığı" ile "Yargı Bağımsızlığı" ilkelerinin tam anlamıyla hayata geçirilmesi büyük bir önem taşımaktadır. "Yargı Bağımsızlığı" ve "Hâkim Teminatı" prensipleri ile bağdaşmayan başta Anayasamız olmak üzere tüm yasalardaki hükümlerin bir an önce kaldırılması gerekmektedir. Yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatı bakımından vazgeçilmez bir yer işgal eden "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" yeniden yapılandırılmalıdır. Bu bağlamda, adli ve idari yargıya mensup hâkim ve savcılar yönünden ayrı ayrı kurullar oluşturulmalı, Yüksek Kurul üyeliğine

seçimler doğrudan doğruya Yargıtay ve Danıştay Genel Kurulları'nca yapılmalı, Kurul'un asıl üyelerinin görevli oldukları yüksek mahkemelerle ilişkileri geçici olarak kesilmeli, Kurul'a bağlı teftiş kurulu, sekreterya olmalı ve ayrı bir bütçesi bulunmalıdır. Yapılması gereken en önemli değişiklik ise, Anayasanın 159. maddesine göre Kurul'un Başkanı Adalet Bakanı ile tabii üyesi olan Bakanlık Müşteşarı'nın, Kurul'un dışına çıkarılması olmalıdır. Adalet Bakanının yürütme organının bir üyesi, Müsteşarının ise siyasi otorite olan Adalet Bakanının inhasıyla müşterek kararname ile atanmış olması ve yüksek mahkemelerden seçimle gelen üyelerin görev sürelerinin dört yılla sınırlı olmasına karşın, Müsteşarın görevi devam ettikçe Kurul üyesi olması, kamuoyunda yargının yürütmeden etkilendiği yorumlarının yapılmasına neden olmaktadır. Bu oluşum tarzı sebebiyledir ki, çoğu kez, Kurul'un çalışması aksamaya uğramaktadır. Yakın tarihte, sık sık Adalet Bakanı ve ona bağlı olarak da Bakanlık Müsteşarının değişmesi, Kurul'un çalışmasının duraksamaya uğramasına neden olmuş, bir yıla yakın bir süre hâkim ve savcı kararnamesi çıkarılamamış, yüksek mahkemelere üye seçimi yapılamamış, Yüksek Kurul çalışamaz hale gelmiştir. Sık sık değişen iktidarların Adalet Bakanlarının, ilk demeçlerinde "Adalet Bakanı ve Müsteşar'ının Kurul'da bulunmaması gerekir" beyanlarına karşın, mensup oldukları siyasi partilerin Anayasada bu doğrultuda değişikliğe gitmemeleri düşündürücüdür. Hiç zaman yitirilmeden yapılacak Anayasa değişikliği ile siyasal iktidarın mensubu olan Adalet Bakanı ile ona hiyerarşik olarak bağlı bulunan, çoğu kez de kendisini tabi sayan Müsteşar, Kurul oluşumunun dışına çıkarılmalıdır.

Sadece yasal düzenlemeler yapmakla, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerinin tam anlamıyla işlerlik kazanabileceği hiç bir şekilde düşünülmemelidir. Başta devlet organları ve görevlileri olmak üzere, toplumdaki bütün kişi ve kurumların yargı bağımsızlığı ve Yargıç güvencesi ilkelerine inanması ve sahip çıkması lazımdır. Unutulmamalıdır ki; hukuk devletinde devlet, sadece hukuk kurallarını ihdas eden bir varlık değildir. Devlet, aynı zamanda kendi koyduğu hukuk kurallarına uygun davranan ve bu kurallara kendini bağlı sayan bir kurumdur. Ülkemizde, yasama ve yürütme organlarınca zaman zaman hukuk devleti anlayışıyla, bağımsız yargı ilkesi ve yargısal denetim mekanizmasıyla bağdaşmayacak düzenlemelerin yapıldığı, bu yönde bazı girişimlerde bulunulduğunu üzülerek gözlemekteyiz. Zamanla değişen toplum koşullarının değiştirilmesi ve kaldırılması, yeni koşullara uygun yeni düzenlemelerin yapılması elbette olacaktır. Nitekim, hukukun toplum hayatını yakından izlemesi; sosyal, ekonomik ve siyasal olguların hukuki çerçevesinin zamanında oluşturulması, ihmal edilemeyecek bir öneme haiz-

dir. Bu husus ihmal edildiği takdirde; toplumdaki barış ve güven ortamını bozabilecek, insanlarımızın hukuka ve adalete karşı güvenlerini sarsabilecek ne tür gelişmelerin ortaya çıkabildiğini yakın geçmişimizde yaşamış bulunuyoruz. Yeni hukuk kuralları ihdas edilirken:

– Hukuk sistematiğini bozabilecek müdahalelerden özellikle kaçınılmalıdır.

– Yasama, yürütme ve yargı arasında bulunması gereken dengeyi bozacak yasal düzenlemeler yapılmamalıdır.

– Yargıdan döneceği açıkça belli olan yasal düzenlemelere gidilmemeli, lüzumsuz yere yargı ile yasama ve yürütme ilişkileri gerginleştirilmemelidir.

– Hukuk kurallarının, yüzyılların birikim ve tecrübelerinden süzülerek ortaya çıktığı unutulmamalıdır.

– Toplumun sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel gerçekleri ile bağdaşmayacak düzenlemelerin işlerlik kazanamayacağı bilinmelidir.

Hukuki bir ihtiyaçtan doğmayan, değişen konjonktüre göre zaman zaman yapılan yasal düzenlemelerin kimseye bir yararının olmadığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri zayıflatılmamalı, insanlarımızın hukukun üstünlüğü ilkesine ve hukuk devleti anlayışına ilişkin düşünce ve değerleri sarsılmamalıdır. "Hukukun Üstünlüğü" ile "Yargının Bağımsızlığı" ilkesine, başta yürütme ve yasama organı mensupları olmak üzere, tüm kişi ve kurumların sahip çıkması ve bu ilkeleri içlerine sindirmesi gerekmektedir. Bir kez daha hatırlatmak isterim ki, sadece Anayasa ve yasalarda bu ilkelere yer verilmesiyle bunların hayat bulmadığı unutulmamalıdır. Yargı denetimine hız ve etkinlik kazandıracak önlemler bir an önce alınmalı, yargının gecikmesine neden olan, adaletin tecellisine engel olan koşullar zaman yitirilmeden ortadan kaldırılmalıdır. Hukuk devleti olmanın doğal sonucu olarak da yargı kararlarının gereği derhal yerine getirilmelidir.

Unutulmamalıdır ki, bir devletin hukuk devleti sayılabilmesinin en önemli koşulu, "Bağımsız Yargı" organlarınca yapılan denetimdir. Yargı denetimi, devletin çeşitli organlarının kendilerine Anayasa ve yasalar çerçevesinde tanınan yetkilerinin sınırlarını herhangi bir şekilde aşıp aşmadıklarının bağımsız yargı tarafından kontrol edilmesi anlamına gelmektedir. Hukuk devleti anlayışının ülkemizde kökleşmesini engelleyen, yargı denetimini sınırlandı-

ran tüm hükümlerin ivedilikle Anayasa ve yasalarımızdan çıkarılmasını diliyorum.

Bu bağlamda; milletvekili dokunulmazlığı müessesesinin de, yeniden gözden geçirilmesi, bu kavramın birçok demokratik ülkede olduğu gibi, çağdaş bir yorumla sadece "Parlamento Dokunulmazlığı = Kürsü Dokunulmazlığı" şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret etmek istiyorum.

Bağımsız, adil ve hızlı işleyen bir yargı düzeni; hem sosyal barış ve huzurun güvencesidir, hem de vatandaşlarımızın devlete ve adalet sistemine güvenmelerinin temel şartıdır. Böyle bir yargı düzeni hepimiz içindir, tüm Ulusumuz içindir. Bağımsız yargının yaralandığı, bağımsız yargıdan ödün verildiği bir durumda hukuk devletinden söz edilemez. Devletin en üst düzey yöneticisinden en sade yurttaşına kadar, hiç kimse sığınacak, güvence arayacak yer bulamaz.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Anayasamızın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin "İnsan Haklarına Saygılı" bir Devlet olduğu belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bu niteliği ile insanı temel değer olarak kabul etmiş olup, insan hak ve özgürlüklerini korumayı ve geliştirmeyi amaçlamıştır. Çağımızda temel hak ve özgürlüklerin tanınması, güvence altına alınması, insan haklarına aykırı hareketlerin önlenmesi ulusal mevzuat yanında, uluslararası belge ve sözleşmelerle de sağlanmaya çalışılmaktadır. Türkiye, bu belge ve sözleşmelerden büyük bir kısmını imzalamış, Avrupa Birliği'ne tam üyelik başvurusunu yapmış, Gümrük Birliği'ne katılmış bir ülke olarak uluslararası düzeyde de yükümlülük altına girmiş bulunmaktadır. Zaman zaman ülkemizde sıkça gündeme gelen insan hakları sorununu, en başta kendi insanımıza duyduğumuz sevgi ve saygının gereği olarak çözmek durumundayız. Böyle bir tutum, hem ulusal birlik ve bütünlüğümüze katkıda bulunacak, sosyal dayanışma duygumuzu güçlendirecek, hem de ülkemizi uluslararası kuruluşlara şikayet edilen ve hakkında raporlar düzenlenen bir ülke konumundan çıkaracaktır. Anayasamızın 90. maddesine göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler yasa hükmündedir. Bu bakımdan, "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" ile "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" gibi uluslararası belgelerin, iç hukuk kurallarının değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında gözden uzak tutulmaması gerekir. Bu konuda yargıç ve savcılarımıza da özellikle büyük görevler düştüğünü belirtmek isterim. Esasen uluslararası belgelere imza koyan bir ülkenin, bu belgelerdeki ilkelere ve hükümlere ters

düşen iç hukuk kurallarını en kısa zamanda mevzuatından çıkarması, o devlete düşen doğal bir görevdir. Aslında bu görev, hukuk devleti olmanın da bir gereğidir.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Basın özgürlüğü demokratik toplumun temel taşıdır. Basını özgür olmayan devletler halkın haber alma hakkını kısıtlamış olurlar. Anayasanın 28. maddesi basın özgürlüğünü teminat altına almıştır. Ne var ki, ikibinli yılların devlet yaşamındaki en büyük değer, "Birey" ve onun "Kişilik Hakkı" dır. Gerçektende yirmibirinci yüzyıl, kişilik hakkı ve bireyin kutsallaştırılacağı yüzyıl olacaktır. Bu yüzyılda "Toplum", "Sınıf" gibi kavram ve değerler yerlerini, "Birey", "Kişilik Hakkı" gibi kavram ve değerlere bırakacaktır. Birey ve kişilik haklarındaki bu kutsallaştırma, ister istemez medya özgürlüğünü sınırlandıracaktır. Nitekim, daha bugünden modern anayasa ve yasalarda kişilik hakkı, basın özgürlüğünden üstün tutulmuş, basın – yayın organlarının kişilik hakkını çiğnemesi, hukuka aykırı sayılmıştır.

Basın özgürlüğü ve haber verme hakkı, hiç şüphesiz özenle korunmalıdır. Ancak, kişilerin özel yaşamı, bilhassa gizli alanı, aile hayatı, şeref ve haysiyeti haber verme amacıyla da olsa saldırı konusu yapılmamalıdır. Bunun nedeni, az önce de değindiğim gibi modern, demokratik toplumlarda kişilik hakkının haber verme hakkına üstün tutulmasıdır. Bu nedenle, bu iki hak ve özgürlük arasındaki hassas denge bozulmamalıdır. Bunun için gerekli yasal düzenlemeler hiç geciktirilmeden yapılmalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Anayasamızın 2. maddesinde "Cumhuriyetin Nitelikleri" şöyle ifade edilmiştir:

"Türkiye Cumhuriyeti; Toplumun Huzuru, Milî Dayanışma ve Adalet Anlayışı İçinde, Insan Haklarına Saygılı, Atatürk Milliyetçiliği'ne Bağlı, Başlangıçta Belirtilen Temel İlkelere Dayanan, Demokratik, Laik ve Sosyal Bir Hukuk Devleti'dir". Bu ilkeler, hepimiz için bir düstur olmalıdır. Cumhuriyetin nitelikleri ile bağdaşmayan eylem, işlem ve düzenlemelerden hassasiyetle kaçınılması gerekir. Cumhuriyetin Niteliklerine, Atatürk İlke ve İnkılaplarına saldırıları hiçbir şekilde hoşgörüyle karşılayamayız. Bu bağlamda; özellikle laiklik konusundaki düşünce ve değerlendirmelerimi, sizlerle paylaşmak isterim.

Laiklik ilkesinin ulusal birlik ve bütünlüğümüzün harcı olduğu, bir an için olsa bile akıldan çıkarılmamalıdır. Hele hele Laik – Müslüman şeklinde, tamamen anlamsız bir ayrıma dayalı, toplumu kutuplaştırma girişimlerine asla itibar edilmemelidir. Böylesine anlamsız ve anlamsız olduğu kadar da haince bölücü bir ayrım, herşeyden önce laiklik kavramının ve laik devlet ilkesinin yozlaştırılması anlamına gelmektedir. Çünkü laiklik; hangi din ve mezhepten olursa olsun, hangi inancı taşırsa taşısın, tüm insanların din, vicdan ve inanç hürriyetinin güvencesidir. Laik devlette esas olan, devletin belli bir mezhebi temsil etmekten çıkarılması, devletin her türlü inanç karşısında tarafsız ve eşit davranmasıdır. Laik devlet düzeni, din ve ibadet özgürlüklerinin de güvence altına alınmasına dayanır. Kısaca laiklik; din ile devlet işlerinin birbirinden ayrılması ve birbirine karışmaması anlamına gelir. Kişilerin dini inanç ya da inançsızlıktan, dini emirleri yerine getirip getirmemekten dolayı kınanmamasını, ayrım görmemesini, serbestçe ibadet edebilmesini ve ibadete zorlanmamasını öngörür. Laik devlet düzeninde din; siyaseti, hukuku, yönetimi, eğitimi ve diğer devlet görevlerini belirleyici konumda olamaz. Atatürkçü düşüncede laiklik ilkesi, yalnızca devlet ile din işlerinin ayrılması, devletin din kurallarına göre yönetilmemesi anlamına gelmez. Laiklik, aynı zamanda kişiye din ve inanç konusunda özgürlük tanınması ve bu özgürlüğün devletçe korunması anlamına gelir.

Büyük Önder Atatürk'ün yapmış olduğu tüm inkılapların temelinde, laik bir dünya ve toplum anlayışının yattığı hiçbir zaman unutulmamalıdır. Laiklik ilkesinin, toplum ve devlet yaşamımızda güçlendirilerek yaşatılması, ülkemizde de zaman zaman üzülerek müşahade ettiğimiz inanç ve mezhep çatışmalarını körükleme girişimlerini, başarısızlığa uğratacak en önemli tedbir olacaktır.

Şu tesbitlerimi görüşlerinize sunmak istiyorum:

Devletin temeline "Aklı" koyduğumuz zaman ulaşacağımız nokta "Laiklik" tir.

Devletin temeline "Halkı" koyduğumuz zaman ulaşacağımız, gideceğimiz yer "Cumhuriyet" ve "Demokrasi" dir.

Cumhuriyet tektir, ebedidir.

O'da Mustafa Kemal Atatürk'ün kurmuş olduğu Cumhuriyet'tir.

Devletin temeline "Din Duygusu"nu koyduğumuz takdirde karşımıza çıkacak olan "Şeriat" tır.

Bu nedenle laik sistemi sanki dinsizlikmiş gibi gösterip halkımızın mukaddes dini duygularını istismara çalışarak, onu laikliğe karşı kışkırtan dış destekli örgütlerin amacı ülkenin bütünlüğünü bozmaktır.

Laik sistemin gereği olarak Cumhuriyet ve Atatürk İlkeleri'ne sadık, aynı zamanda samimi biçimde dinine bağlı olup gereklerini yerine getirenleri, gerici olarak itham edenlerin de amacı, yukarda belirttiğim gibi ülkenin, birlik ve beraberliğini bozmaya matuftur.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Rüşvet ve yolsuzluk iddiaları, son yıllarda ülkemizde en çok konuşulan konulardan biri olmuştur. Bazı kurum ve kişilere atfen verilen rüşvet ve yolsuzluk haberleri; medyanın, özellikle görsel ve yazılı basının gündeminden hiç düşmemektedir. Bu durum, insanlarımız nezdinde temiz toplum özlemi yaratmakta, her türlü kirlilikten ve özellikle de rüşvet ve yolsuzluktan arınma, ulaşılması zorunlu bir hedef olmaktadır. İnsanlar yolsuzlukla mücadelenin somut çarelerini aramakta, kamu vicdanı bu konuya özgü yasa ve yargı sistemi istemektedir. Bu durum ülkemizde "Temiz Toplum" özlemini hergün biraz daha artırmaktadır.

Rüşvet ve yolsuzluk, toplumu kemiren en tehlikeli hastalıktır. Rüşvet ve yolsuzluk, toplumdaki en saygın manevi ve etik değerleri yok eder; adalet, eşitlik, liyakat ve ehliyet gibi kriterleri ortadan kaldırır. Birçok devletin tarih sahnesinden silinip yok olmasının başlıca sebebini rüşvet ve yolsuzluk oluşturmuştur.

Rüşvet ve yolsuzlukla mücadelenin başarıya ulaşması, bazı önlemlerin alınmasına ve yeni kurumların devreye konulmasına bağlıdır.

Rüşvet ve yolsuzlukla etkin biçimde mücadelenin yollarından biri, devletin mal ve hizmet alımında ve özellikle devlet ihale düzeninde yapılacak ciddi değişikliklerdir. Bu amaçla ihale düzen ve hukuku tekleştirilmeli, birden çok ihale düzen ve çeşidi kaldırılmalıdır. İhalede açıklık (şeffaflık) ilkesi esas alınmalı, rekabet – çokluk prensibi sağlanmalı, bu ilkeleri içeren yeni bir İhale Kanunu hızla çıkartılmalıdır.

Yolsuzluk ve rüşvetle mücadele yollarından bir tanesi de, devletin ekonomik açıdan küçültülmesidir. Bu nedenle, üretici ve işletmeci devlet anlayışına son verilmeli, pahalılık ve enflasyonun en önemli kaynağı olan "Kit" lerin

"Kamu Bankaları" nın özelleştirilmesine özel bir öncelik verilmelidir. Kit' ler dışında, atıl ve metruk bir şekilde duran, arazi mafyası tarafından adeta talan edilen Hazine emlakının, sağlam ve güvenilir bir envanteri tutulmalı; bunlar, özel bir ihale yöntemiyle değeri karşılığında başta çiftçiler olmak üzere isteyen kimselere satılmalıdır.

Yolsuzlukla mücadele konusunda bir başka tedbir olarak da; mafya, Çek – Senet Çetesi gibi suç örgütlerine karşı en etkin yasal tedbirler alınmalı, toplum ve kişi huzurunu bozan organize suç örgütleri derhal dağıtılmalıdır.

Burada, büyük yatırımların finansmanında uygulanan "Yap – İşlet – Devret" modeli üzerinde de kısaca durmak istiyorum. Ülkemiz yönünden büyük bir finansman kaynağı olma istidadı gösteren "Yap – İşlet – Devret" modeli geliştirilmeli, yasaları çıkartılarak kolay işler bir model haline getirilmelidir. Bu suretle büyük finansman açığı içinde bulunan ülkemizde otoyol, baraj, elektrik tesisleri gibi çok büyük para isteyen yatırımlar hızla gerçekleştirilmiş olur.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Son yıllarda siyaset kurumundan ve siyasetçilerden şikayetler, giderek toplum gündeminin ilk sıralarına yerleşmiş bulunmaktadır. Gerek yapılan gözlemler, gerekse bu konudaki kamuoyu yoklamalarının sonuçları siyasete ve siyasetçilere güvenin giderek azalmakta olduğunu göstermektedir. Böyle bir oluşumun varlığının demokratik rejim bakımından düşündürücü olduğunu vurgulamak isterim. Bu nedenle, başta Anayasamızdan başlayarak, Siyasi Partiler Yasası ve Seçim Yasalarını kapsamak üzere, siyaset kurumunun sağlıklı bir şekilde işlemesini engelleyen hükümler kaldırılırken, iyi işleyen bir sistem için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Halkımızın tercihlerinin siyaset sahnesine rahatça yansıyabilmesi için gerekli önlemler, siyasete ve siyasetçilere güveni yeniden tesis edecek tedbirler derhal alınmalıdır. Yeni yasal düzenlemeler yapılırken; dar açılı, kendi menfaatini kollayan bir yaklaşımdan şiddetle kaçınılmalıdır. Ülkemizin büyüklüğünü gölgeleyebilecek, ulusal birlik ve bütünlüğümüze katkı getirmeyecek, demokratik rejimi zayıflatacak tutum ve davranışlar sergilenmemelidir. Bu konuda siyaset adamlarına büyük görevler düştüğünü belirtmek isterim. Siyasetçilerimizin, "Gelecek Seçimleri" düşünmekten ziyade "Gelecek Nesilleri" düşündükleri yönünde bir tutum takınmaları, siyasetçiler hakkındaki çoğu zaman haksız izlenimleri de yokedecektir. Siyasi partilerimizin ve siyasetçilerimizin, rejimin temel özellikleri konusunda bir "Konsensus"a vardıklarını kamuoyuna deklare etmeleri veya

bu yönde bir tutum ve davranış sergilemeleri; hem vatandaşlarımızın rejime olan güvenlerini pekiştirecek, hem de gereksiz gerilimleri önleyerek siyaset adamlarımıza büyük saygınlık kazandıracaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Bugün Avrupa Birliği Devletleri'nin sınırları içinde bir "Avrupa Birliği Hukuku" doğmuştur. Birlik Devletleri'nin, kuruluş ve kişilerinin ve hatta vatandaşlarının bir çok hukuki ilişkileri artık bu Avrupa Birliği Hukuku'na tabi bulunmaktadır. Bu nedenle, hiç zaman kaybetmeden bugünden itibaren, Türk Hukukçuları'nın da Avrupa Birliği Hukuku'nu öğrenmesi ve çıkacak uyuşmazlıklarda bu hukuku uygulamaya hazır olması gerekmektedir. İşte bu nedenledir ki, yabancı dile dayalı hukuk fakülteleri kurulmalı veya hiç olmazsa mevcut hukuk fakültelerimizde geniş kapsamlı yabancı dil eğitimiyle birlikte, asli ders olarak Avrupa Birliği Hukuku derslerini okutmaya başlamalıyız. Bu arada, sayıları giderek artan hukuk fakültelerinde, hukuk eğitiminin kalitesine de ağırlık vermenin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğuna işaret etmek istiyorum. Bu bağlamda, yukarıda zikrettiğim Avrupa Birliği Hukuku yanında; Tüketici Hukuku, Çevre Hukuku, Seyahat Hukuku, Maden Hukuku ve İmar Hukuku gibi bazı yeni hukuk dallarının da hukuk fakültelerinde ders programlarına alınmasını özellikle tavsiye ediyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye Cumhuriyeti; İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere Saygılı, Demokratik, Laik ve Sosyal Bir Hukuk Devleti'dir. Devletin bu nitelikleri Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar ise; ülkenin yaşadığı tarihi tecrübelerin ışığında, temel tehdit olarak görülen ayrılıkçılık, Kominizm ve Diktatörlük ile dil, din ve mezhep ayrımcılığına ve bu kavram ve görüşlere dayanan anti demokratik devlet düzeni kurulmasına karşı, demokrasiyi ve ülke bütünlüğünü korumak amacıyla getirilmiştir. Bu bağlamda; ülke ve millet bütünlüğümüzü bozmaya çalışan PKK Terör Örgütü ile ilgili görüşlerimi birkez daha yinelemek istiyorum:

1984 sonrasında, ülkeyi bölerek bir kesiminde ırkçı bir devlet kurma amacıyla ortaya çıkan ve yaygın silahlı şiddete dayanan PKK Hareketi; devleti, hukuk içerisinde kalarak koruyucu tedbirler almaya zorlamıştır. Zaman içinde uyuşturucu ticareti, haraç ve zorla para toplayarak son derece iyi silahlanmış bir terör örgütü niteliğini kazanan PKK ile mücadele, kolluk kuvvetlerine ek olarak Türk Silahlı Kuvvetleri'nin de desteğine ihtiyaç göster-

miştir. Sürdürülen mücadelede halkın etkilenmemesi ve zarar görmemesi için azami gayret gösterilmişse de, meydana gelen bazı olaylar PKK ve yandaşları tarafından abartılarak ve çarpıtılarak demokratik ülkeler, hükümet dışı uluslararası kuruluşlar ve dost ülke kamuoylarında Türkiye aleyhine propagandaya dönüştürülmüştür. Okul ve cami yakan, öğretmen ve din görevlisini şehit eden, genç – ihtiyar – kadın – çocuk ve bebek demeden savunmasız sivil vatandaşı hunharca öldüren PKK, bazı çevrelerin çabaları ile insan hakları savunucusu olarak gösterilmeye çalışılmaktadır. PKK'nın amacının kültürel haklar elde etmek olduğu ileri sürülmüş, asıl niyetinin, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını bölerek ırkçı sisteme dayalı ayrı bir devlet kurmak olduğu ustalıkla perdelenmiştir. Tek yönlü propagandaya kanan ve aldanan Batı kamuoyu, olayın gerçek yüzünü tesbit edememiş, PKK gerçeğini kavrayamamış, olayı, "Kürt Kimliği" sorunu olarak algılamıştır. Gerçekleri saptırarak, dost ülkeleri propaganda ile aldatıp, Türkiye üzerinde siyasi baskı yaratmak suretiyle çözüm sağlanacağını sanan zavallılar, büyük bir yanılgı içinde bulunduklarını zaman içinde anlamışlardır.

Terör örgütü ve onun arkasındaki dış güçler, sadece terör yoluyla hedeflerine ulaşmanın mümkün olmadığını bilmektedirler. Terörle yıkılmış hiçbir devlet yoktur. Asıl amaç, devlete olan güveni ortadan kaldırmak, propaganda, tehdit ve sindirme yoluyla millî birlik ve bütünlüğü bozmaktır. Bölücü terörle mücadele, devletin vazgeçilmez görevidir. Bölücü teröristler hiçbir kurala, hiçbir ahlâki, insani değere bağlı olmaksızın eylemlerde bulunurken, bunlarla hukuk devleti olmanın onur ve sorumluluğunu taşımanın bağlayıcı koşulları içerisinde mücadele edilmektedir. Bütün kurum ve kişiler bu mücadelede, devletin yanında ve terörün karşısında yer almak zorundadır.

Güvenlik güçlerimiz; vatanı canlarından aziz bilerek, teröre karşı büyük bir fedakârlıkla mücadele vermektedirler. Terörün beli kırılmıştır. Sona erdirilmesi sürecine girilmiştir. Bu mücadele sırasında; şehit olan subaylarımızı, astsubaylarımızı, askerimizi, polisimizi, öğretmenimizi, din görevlilerimizi ve bütün diğer vatandaşlarımızı rahmetle anıyor, onları bu Ulus'a hizmet için yetiştirenlere şükranlarımı sunuyorum. Yüce Ulusumuz kendilerini asla unutmayacaktır.

Toplumun huzurunu ve ulusal dayanışmayı bozup, vatan ve millet bütünlüğüne kasteden bölücüler, kişileri; yurttaş olmanın onur ve bilincine erişmiş, özgür, katılımcı, saygın birer varlık olmaktan çıkarmayı amaçlayan diktatörlük heveslileri, çağdaş Atatürk Türkiyesi'ni insan haklarına saygılı,

demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olma özelliklerinden uzaklaştırmak çabasında olanlar, Türkiye Cumhuriyeti'nin birlik, beraberlik ve bağımsızlığının simgesi olan ve rengini şehitlerimizin kanından alan Türk Bayrağı'na saldıranlar, karşılarında hukuk devleti yargıcı olmanın sorumluluğunu taşıyan ve hukuk kuralları içinde kalarak bu görevi başarıya ulaştırmaya azimli, inançlı ve kararlı yargı mensuplarını bulacaklardır. Bu mücadele varlık sebebimizdir, onurumuzdur.

Değerli Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları;

Yargıtay Başkanınız olarak; laik cumhuriyet ilkelerine sadık, Atatürk İlke ve İnkılapları'na bağlı olarak vereceğiniz her mücadelede, daima yanınızda olacağımı bilmenizi isterim.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Vatanımızın ve tebaası olmaktan gurur ve mutluluk duyduğumuz Ulu Önder Atatürk'ün kurduğu Türkiye Cumhuriyeti Devletimizin, şu sıralarda karşı karşıya bulunduğu ekonomik ve sosyal problemlerin, hepimizin göstereceği fedakarlıklarla aşılıp çözümleneceğine inancım tamdır. Bu vatanın sağladığı maddi ve manevi imkânlarla doğmuş, yetişmiş, güzel zamanlar yaşamış ve bu yaşamı yeni güzellikler ekleyerek sürdürme arzusunun da bir bedeli olması gerektiğine kalpten inanan biri olarak; gelin, birbirimizi severek, çok çalışarak güzel Türkiye'mizde, güzel ve mutlu geleceğe, elele, gönül birliği içinde hep beraber yürüyelim.

—oOo—

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Avukat Sayın **Eralp ÖZGEN**'in,
1996-1997 Adalet Yılının Açılışında
Yaptığı Konuşma. 6.9.1996

1996–1997 Adalet Yılı Açılış Töreni'ne onur veren sayın konukları, sayın yargıç ve savcıları, değerli meslekdaşlarımı, basının ve televizyonun temsilcilerini en iyi dileklerimle ve saygılarımla selamlıyorum.

Yargı yılı açılışlarında Sayın Yargıtay Başkanı ile birlikte Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın konuşması, güzel bir anane haline gelmiş iken, bu güzel anane 4 yıllık bir kesintiye uğradıktan sonra, Sayın Müfit Utku'nun Yargıtay Başkanı olması ile yeniden uygulanmaya başlanmıştır. Bu nedenle Yargıtay Başkanı Sayın Müfit Utku'ya içtenlikle teşekkür ediyorum.

Yeni adli yıla, adliyenin, hukukun ve ülkemizin yıllardır çözümlenememiş bir yığın sorunu ile birlikte giriyoruz. Yargı ve savunma mesleğimiz açısından en önemli sorun, yıllardır sözü edilen, ancak gerçekleştirilmesi için en ufak bir teşebbüse dahi halâ geçilmemiş olan "yargı reformu" konusudur. Bu reformun daha fazla geciktirilmeye tahammülü yoktur. Ayrıca, "yargı reformu" kavramı ile neyin kastedildiğinin de çok iyi saptanması gerekir. Sadece davaların uzamasının önüne geçmeyi, adalete sürat kazandırmayı yargı reformu olarak görmek büyük hatadır. Yargı reformu deyince temelden tepeye tüm sorunların ele alınıp, gerekli düzeltmelerin yapılması gerekir. Bu sorunları, ele alınması gereken yasaları sadece saymak dahi çok uzun bir vakit alacaktır. Bu nedenle bu konuşmamda ben sadece temel bir kaç soruna değinmekle yetineceğim.

En temel sorun; herkesin bildiği gibi, yargıç bağımsızlık ve güvencesinin tam olarak sağlanması sorunudur. Yargı bağımsız olmadıkça, yargı siyasi iktidarın etkisinde kalabildikçe, ona güvenmeye, devletin temelini oluşturan "adalet" idesinin gerçekleşebileceğini kabule olanak yoktur. Anayasamız yargıç bağımsızlığını hükme bağlamış, ülkemizin de taraf olduğu uluslara-

rası sözleşmeler, kişinin bağımsız mahkemelerce yargılanmasının bir insan hakkı olduğunu kabul etmiştir. Yargıçlara, özellikle özlük hakları konusunda yeterli güvence sağlanmadıkça, uluslararası sözleşmelerde, Anayasada ve yasalarda yer alan bağımsızlığı gerçekleştirmek olanaksızdır.

Ülkemizde ise bu güvencenin yeterli ölçüde sağlandığını kabule olanak yoktur. Güvence kurumu olarak Anayasamızda yer alan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bir yandan Adalet Bakanı ile Müsteşarının Kurul'da yer alması nedeni ile, öte yandan Kurul'un kendi Personel Müdürlüğü ve kendi Teftiş Kurulu olmaması yüzünden yeterli bir güvence sağlayamamaktadır. Bu nedenle yapılacak bir Anayasa değişikliği ile:

– Adalet Bakanı ve Müsteşarı Yüksek Kurul'dan çıkarılmalıdır.

– Yüksek Kurul'un kendi Personel Müdürlüğü kurulmalı ve böylece Yüksek Kurul, Bakan'a hiyerarşik olarak bağlı olan Adalet Bakanlığı Personel Müdürlüğü'nün hazırlayacağı listelere göre işlem yapan bir merci olmaktan çıkarılmalıdır.

– Yüksek Kurul'un kendi Teftiş Kurulu kurulmalı ve böylece yine Bakan'a hiyerarşik olarak bağlı Bakanlık müfettişlerinin hazırlayacakları dosyalara göre karar vermek durumundan Yüksek Kurul kurtarılmalıdır.

Yüksek Kurul'un kendi Personel Müdürlüğü'nün bulunmamasının sıkıntıları, bu yılın Temmuz ayı içerisinde yaşadığımız tayin kararnamesinde kendisini göstermiştir. 1200 kişilik bir atama listesi Adalet Bakanlığı'nca hazırlanıp, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na sunulmuş ve çok kısa bir süre içerisinde yapılacak bir toplantı ile bu atamaların gerçekleştirilmesi istenmiştir. Basında yer alan haberlerden anlaşıldığı üzere, laik ve Atatürkçü yargıç ve savcıların bir kısmı, özellikle geçen yıllarda "laiklik bildirisi"ni imzalamış olanlar, bu kararname ile sürülmekte, cezalandırılmaktadırlar.

Hepinizin bildiği gibi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, kısa bir süre içerisinde bu geniş listeyi inceleyemiyeceği için, bu konu ile ilgili toplantısını 9 Eylül tarihine ertelemiştir. Böylece, hem gerçekten atama listesinde kuşkulu bir durum mevcut ise onun önüne geçilmiş, hem de Yüksek Kurul'un, Adalet Bakanlığı'ndan gelen listeyi otomatik onaylayan bir Kurul olduğu şeklinde kamuoyunda doğabilecek hatalı bir kanının doğması önlenmiştir. Bu nedenle Yüksek Kurul'un yargıç üyelerini huzurunuzda kutlamayı ve kendilerine teşekkür etmeyi, zevkli bir görev sayıyorum.

Sözkonusu atama listesi ile ilgili olarak Temmuz ayında basında yer alan haberler üzerine Sayın Adalet Bakanı, iddia edildiği üzere bir gurup savcı ve yargıcı cezalandırma gibi bir durumun mevcut olmadığını; listenin doğal ve rutin bir atama kararnamesi olduğunu ileri sürmüştür. Şimdi Sayın Bakan için bu söylediklerini kanıtlama olanağı ortaya çıkmıştır. Eğer bu atama listesi gerçekten özel bazı atamaları öngörmüyor ise, Sayın Bakan'ın Yüksek Kurul'u şu veya bu yönde etkilemek amacı yok ise, o takdirde Sayın Bakan 9 Eylül'de yapılacak toplantıya katılmamalıdır. Adalet Bakanı katılmadan, en kıdemli yedek üyenin katılması ile Yüksek Kurul toplantıları geçmişte sık yapılmıştır. Sayın Bakan'ı huzurlarınızda, bu toplantıya katılmayarak, kamu oyundaki kuşkuları dağıtmaya davet ediyorum.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunda değiştirilmesi gereken diğer bir nokta da, Kurul üyelerinin kendi kurumlarınca gösterilen üç misli aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi yöntemidir. Yüksek Kurul üyeleri kendi kurumlarınca doğrudan doğruya seçilmeli, Cumhurbaşkanı'nın seçim yetkisi kaldırılmalıdır. Danıştay'ın kuruluş yıldönümü toplantısında yaptığım konuşmada da belirttiğim üzere, bu yöntem herşeyden önce ilke olarak yanlıştır. Cumhurbaşkanı yürütmenin başıdır. Yürütme organının başına, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye atama hakkının tanınması, yargıç bağımsızlığı kavramı ile uyuşmaz. Sayın Cumhurbaşkanımızın, tüm kamuoyunda olumlu karşılanan Anayasa Mahkemesi'ne son üye atamalarında olduğu gibi, bir Cumhurbaşkanı bu yetkilerini çok yerinde ve olumlu kullanmış olabilir. Ancak bir sistem, eğer belli bir kişinin iyi niyetine bağlı olarak çalışıyorsa, o sistemi savunmaya olanak yoktur. Cumhurbaşkanlarına bu yetkinin tanındığı 14 yıl içinde bu yetkinin amacı dışında kullanıldığı olaylara da maalesef tanık olunmuştur. Bu nedenle, kurumların Yüksek Kurul'a üyelerini doğrudan doğruya seçme sistemine bir an önce geçilmelidir.

Yargı reformu içinde ele alınacak diğer temel bir nokta, Yargıtay'ın asli görevi olan içtihat mahkemesi olarak çalışmasını sağlayabilecek önlemlerin alınmasıdır. Geçen parlamento döneminde TBMM'ne bu amaçla sunulmuş olan Üst Mahkemeler Yasa Tasarısı çok hatalı, eksik ve bu nedenlerle de amacı sağlamaktan uzak, yeni hukuki sorunlara neden olabilecek nitelikte bir tasarı idi. Bir yandan Yargıtay'ın işyükünü azaltıp, onu tam bir içtihat mahkemesi haline getirmek, öte yandan yeni düzenleme ile yeni olumsuzluklara neden olmamak için, bu konunun yeniden ele alınıp, ciddi bir çalışma ile yeni bir tasarı hazırlanmasına gereksinim vardır.

Halkımızın adalet sistemimizden en büyük şikâyeti davaların uzun sürmesidir. Bu haklı şikâyetleri ortadan kaldırabilmek için herşeyden önce kadro artırımı gerekir. Yargıç başına düşen dava sayısı azaltılmadıkça, davaların uzun sürmesinin önüne geçilemiyecektir. Diğer bir önemli husus da, adalet hizmetleri için yeterli bütçe olanaklarının sağlanmasıdır. Pek çok ilimizde benzin parası olmadığı için tutuklular duruşmalara getirilememekte ya da pul parası mevcut olmadığı için tanıklara tebligat yapılamamakta ve bu yüzden duruşmalar ertelenmekte, davalar uzamaktadır. Bu tür nedenlerle davaların uzamasının günahını yargıç ve savcılara yüklemek, insaf ölçüleri ile bağdaşmaz.

Yeterli bütçe olanakları sağlanmadığı için, mahkemelerimiz çağın teknik olanaklarından yararlanamamakta, mahkemelerimiz çoğu yerde ya Vilayet binasının girişinde bir köşeye, ya da bir işhanının kiralık bir katına sıkıştırılmış olarak görev yapmak durumunda bırakılmaktadırlar. Adalet hizmeti pahalı bir hizmettir. Adalet devletin temeli ise, ona gerekli saygının gösterilmesi, bu saygının ifadesi olacak bina ve olanakların sağlanması ve bunun için de gerekli bütçe olanaklarının onun emrine verilmesi gerekir.

Yargı reformu paketi içinde, savunmanın sorunları da çözülmelidir. Çünkü savunma, yargının "Sav – Savunma – Karar" olarak belirtilen üç ögesinden birisidir.

Herşeyden önce Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği, Adalet Bakanlığı'nın vesayetinden hâlâ kurtulamamıştır. Yıllardır yetkililer bu konuda verdikleri sözleri tutmamışlar, savunmayı Adalet Bakanlığı'nın vesayetinden kurtaracak yasal değişiklikleri yapmamışlardır. Oysa savunma bağımsız olmadıkça, yargının bağımsızlığından söz edilemez.

Mesleki açıdan önemli beklentilerimiz ve çözüm bekleyen sorunlarımız, yetkililer tarafından yine yıllar önce söz verilmiş olmasına rağmen, çözülmemiş, gerçekleştirilmemiştir. Adalet Yılının her açılış konuşmasında Birlik Başkanlarımız bu sorunları dile getirmişlerdir. Her yıl aynı sorunlar tekrar tekrar anlatılmaktadır. Ne yazık ki yetkililer, siyasilerimiz çözüm sözleri verirken çok cömert, ama çözüm getirmede çok hasis davranmaktadırlar. Ben bugün, yıllardır anlatılan bu sorunları uzun uzun tartışarak değerli vakitlerinizi almak istemiyorum. Ancak yetkilileri uyarmak, onlara bir hatırlatmada bulunabilmek amacı ile sadece birer ikişer cümle ile bu sorunlarımızın en önemli birkaç tanesini saymakla yetineceğim.

Adalet'in üç önemli ögesinden birisini teşkil eden savunmanın meslek birliği olan Türkiye Barolar Birliği, çok yanlış bir şekilde Anayasamızın yürütme bölümünde, diğer meslek birlikleri ile beraber yer almaktadır. Eğer savunma yargının bir ögesi ise, onun meslek örgütlerinin de Anayasanın yargı bölümünde yer alması gerekir. Yapılacak bir Anayasa değişikliğinde bunun sağlanmasını bekliyoruz. Ayrıca yine Anayasa değişikliği yapılırken, Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda üye bulundurma ve Anayasa Mahkemesi'nde dava açabilme haklarının sağlanması gerektiğine inanıyoruz.

Avukatları "tacir" olarak gören zihniyetin bir sonucu olan hayat standardı esasına dayalı peşin vergi sistemi, maalesef halâ devam etmektedir. Genç hukukçuların büro açmalarını genellikle engelleyen, mesleğe yıllarını, ömrünü vermiş pek çok meslekdaşımızı da mali bunalıma sokan bu vergi sistemi son derece adaletsizdir. Ayrıca Anayasanın herkesin, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu belirleyen 73. maddesine de aykırıdır. Avukat, yargının ayrılmaz bir parçasıdır ve bu nedenle de kamu hizmeti görmektedir. Kamu hizmeti gören bir meslek sınıfını, sadece mesleğinin serbest meslek olmasına dayanarak, tüccarlarla bir tutmak son derece hatalıdır, sakıncalıdır.

Bizler bu hatalı vergi sisteminin düzeltilmesini beklerken, maliye bürokrasisinin yeni bir olumsuzluğu ile karşılaştık. Maliye Bakanlığı çıkardığı tebliğler ile, avukatların vergi beyannamelerini, serbest muhasebeci veya serbest muhasebeci mali müşavirlere imzalatma zorunluluğu getirmiştir. Açılan davalarda yüce Danıştay'ın verdiği yürütmeyi durdurma kararı sonucu şimdilik uygulanmayan bu tebliğler, haksız ve hukuki çelişki yaratır niteliktedirler. Avukat, vergi sorunu olan vatandaşın hakkını Vergi Mahkemelerinde korurken vergi mevzuatını bilmekte; ancak kendi vergi beyannamesini imzalamaya gelince vergi mevzuatından anlamayan insan olmakta ve kendi beyannamesini imzalama yetkisini yitirmektedir. Maliye bürokrasisinin, avukatlara karşı bu tutumlarının nedenini anlamaktan yoksunuz.

Kamu avukatlarının durumunda da yine çeşitli sözlere rağmen, bir düzelme bugüne kadar sağlanamamıştır. Unutulmamalıdır ki kamu avukatları, kamuyu, devleti savunan; kamunun, devletin haklarını koruyan avukatlardır. Ve bu kamu avukatları, kamuda görev yapan diğer sınıflar karşısında maaş, ek gösterge ve özel hizmet tazminatı dikkate alındığında mali yönden ve bunlardan ayrık olarak da statü yönünden büyük ölçüde geriletilmişlerdir.

Dileğimiz, devletin kendi hakkını savunan avukatlarına sahip çıkması ve söz verildiği üzere, bir an evvel onların sorunlarının çözülmesidir.

Üzülerek görmekteyiz ki, ülkemizde eylem yapanlar, sorunlarını sokağa taşıyanlar genellikle sorunlarının çözümünü sağlamaktadırlar. Bizler hukukçu olmanın bilinci ve sorumluluğu ile bugüne kadar herhangi bir eyleme yönelmedik. Ama elimizde başka yol kalmazsa, sorunlarımızın çözülebileceğine dair inancımızı tamamen kaybedersek bizler de eylem yapmasını biliriz. Buna mecbur bırakılmıyacağımızı ümit ediyoruz.

Bir yargı reformu, hukuk fakülteleri ve hukuk eğitimi ele alınmadan yapılamaz. Ülkemizde son yıllarda "bir bina, bir tabela" zihniyeti ile rastgele hukuk fakülteleri açılmaktadır. Bugün için sayıları 15'i bulan bu hukuk fakültelerinin büyük çoğunluğunda yeterli öğretim üyesi mevcut değildir. "Her derde deva piyasa hukukçularının" ders verdiği bu fakültelerden bilgili hukukçular mezun etmeğe olanak yoktur. Bu cahil hukukçularla Türk hukuk uygulaması adaletin değil, adaletsizliğin hizmetinde olacaktır. Aynı cahil hukukçularla Avrupa kamuoyunda elde edebileceğimiz şey ise sadece "utanç" olacaktır.

Yargının ve mesleğimizin sorunları yanında, ülkemizin sorunları da ne yazık ki, her geçen gün artarak devam etmektedir. Bunların başında terör sorunu gelmektedir. Üniter devlet yapısına ve ülkemizin bölünmezliğine içtenlikle yandaş olan Türkiye Barolar Birliği, terörün de her türlüsüne karşıdır. Temmuz ayı içinde terörün, ulus olmamızın ve bağımsızlığımızın simgesi olan bayrağımıza yöneldiğini üzülerek gördük, yaşadık. Bu davranışı bir kez daha kınıyoruz.

Terörle mücadele, terörün kökünü kazımak, ülke bütünlüğünü korumak, devletimizin günümüzdeki en önemli görevi haline gelmiştir. Arıcak devletimiz bu mücadeleyi hukuk sınırları içinde yürütmek durumundadır. Çünkü devletimiz bir hukuk devletidir. Ayrıca terör eylemi ile düşünceyi birbirinden ayırmak, terörü cezalandıracağız diye, düşünce suçluları yaratmamak zorundayız. Bu nedenle yasalarımızda bu açıdan gerekli değişikliklerin bir an evvel yapılmasında yarar vardır.

Ülkemizin giderek büyüyen çok önemli bir sorunu da, devletin laik temellerine yönelmiş davranışlarla yeterli mücadele edilmemesi, devlet kadrolarının giderek şeriatçı görüşe sahip kişilerle doldurulması sorunudur. Ülkemizde laiklik ilkesi uzun bir süreç içinde adım adım, törpülene törpülene yok edilmeye çalışılmıştır. Laikliğe inanmış kişilerin vurdumduymazlıkları saye-

sinde bu konuda gerici güçler oldukça mesafe almışlardır.

Büyük Atatürk'ün "Ölülerden medet ummak medeni bir toplum için yüzkarasıdır. Bugün ilmin, fennin, bütün kapsamıyla medeniyetin saçtığı ışık karşısında filan veya falan şeyhin irşadıyla maddi ve manevi saadet arayacak kadar ilkel insanların medeni Türk toplumunda var olabileceğini asla kabul etmiyorum. Efendiler ve ey millet, iyi biliniz ki, Türkiye Cumhuriyeti şeyhler, dervişler, müritler, mensuplar memleketi olamaz. En doğru, en hakiki tarikat medeniyet tarikatıdır" diyerek reddettiği tarikatlar, tekrar gün yüzüne çıkmış, tarikat liderleri parlamentoda siyasi parti liderlerine akıl hocalığı yapacak hale gelmişler, ülkemizde Millî Eğitim Bakanlığı'nın gözleri önünde ve onun geniş hoşgörüsü ile tarikatlara bağlı okullar, tarikatlara bağlı öğrenci yurtları dört bir yanı sarmış, hatta çok daha ileri gidilerek son kurulan hükümetin güven oylaması sırasında tarikatların önemli roller oynadığı ileri sürülmüştür. Artık kamu oyunda parlamentoda hangi tarikata bağlı kaç milletvekilinin bulunduğu hesabı yapılır hale gelmiştir.

Ülkemiz çok büyük tehlikenin eşiğindedir. Büyük Atatürk'ün başlattığı "Aydınlanma Devrimi" ne karşı, bir karşı devrim sürecini yaşamaktayız. Ülkemiz tekrar orta çağ karanlığına götürülmek, özgür vatandaşlarımız tekrar kul haline sokulmak, özgür ulusumuz tekrar bir ümmetin parçası haline getirilmek istenmektedir. Ve ne yazıktır ki, şeriatçı olmayan, laik düzene inanmış aydınların büyük çoğunluğu büyük bir aymazlık ya da neme lazımcılık içinde, bu sürece ses çıkarmamaktadırlar. Bunlar ya korkularından, ya da her rejimde kendilerine yer kapma hevesinden suskundurlar. Sadece dost, ahbap sohbetlerinde konuşarak vicdanlarını rahatlatmaya çalışmaktadırlar. Bu kişilere, suskunluklarının neden ve derecesine göre, Büyük Ata'mızın Gençliğe Hitabesi'nde belirttiği "gaflet, dalalet, hıyanet" sıfatlarından birini vermek zorundayız.

Bütün bunlardan daha üzücü ve daha vahim olan ise, devlet organlarının ve devlet yetkilerinin, laikliği ortadan kaldırma yolunda tutum ve davranış içine girmeleridir.

Millî Eğitim Bakanlığımız, laik liseler karşısında, İmam Hatip Liselerine yıllardır verdiği tavizler yetmezmiş gibi, son olarak Millî Eğitim Şûrası'nda kabul edilen 8 yıllık zorunlu eğitim ilkesinden tekrar vazgeçmiş, bunu 5+3 olarak uygulama yoluna giderek yeni ve önemli bir taviz vermiştir.

Aynı Millî Eğitim Bakanlığımız, içinde "Dinden dönenlerin katli vaciptir" nasihatı yer alan; kaval, def ve ney dışında müzik aletleri ile yapılan müziğin haram olduğunu yazan ve nihayet gençler için en büyük günahın kahkaha ile gülmek olduğunu vurgulayan dergileri, Tebliğler Dergisi ile orta öğretim öğrencilerine önermektedir. Millî Eğitim Bakanlığımızın, laik Cumhuriyetimizin yarınki kuşaklarını, Atatürk'ün belirttiği "fikri hür, irfanı hür, vicdanı hür" niteliklerle yetiştirmek için tuttuğu yol budur.

Sayın Adalet Bakanı, Irak'ı ziyaretinin dönüşünde verdiği beyanat ile, Irak'taki infaz sistemini övmüş, mahkumlardan Kuran–ı Kerim'deki bazı sureleri ezberleyenlerin cezasında indirime gidildiğini belirttikten sonra şöyle demiştir: "Dünyadaki herşeyden istifade etmemiz lazım. İnsanlığın huzuru için uygulanmış ve başarılı olmuş herşeyden yararlanmamız lazım. Şu anda bu tesbiti yaptık ve bunu dolaba koyduk. Bunun yanında yapılan başka çalışma yok. Bu konu ile ilgili çalışmayı başlatmayı ŞİMDİLİK düşünmüyoruz."

Böyle bir sistemin laik bir ülkede uygulanmasına olanak yoktur. Sayın Bakan'ın övdüğü bu sistem, çağdaş infaz hukuku ile ilişkisi olmayan, ilkel bir sistemdir. Anayasamızda din ve vicdan özgürlüğü kabul edilmiş, hükme bağlanmıştır. Müslüman olmayan, bir başka dinden olan kişi, Sayın Bakan'ın övdüğü sistem uygulanacak olursa, ya Kur'an surelerini ezberleyip öğrenmek zorunda kalacak, ya da infazda ceza indiriminden yararlanamayacaktır. Bu, din ve vicdan özgürlüğüne tamamen aykırı bir kabul olur.

Irak Devleti'nin infaz sistemi ile ilgili bilgilerin "ŞİMDİLİK" dolaba kaldırılmış olması sözü, ileride bunların uygulamaya konmasının düşünülebileceği anlamını taşımaktadır. İnanıyoruz ki, o günler hiç bir zaman gelmeyecektir. Zira, bu şekilde hükümler ancak teokratik bir devlette söz konusu olabilirler. Laik Türkiye Cumhuriyeti'ni teokratik bir devlet haline çevirmeye ise hiç kimsenin gücü yetmeyecektir.

Ülkemizde son zamanlarda laiklik ilkesine en büyük darbe, "İslâm Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması" nın Temmuz 1996 ayı içinde bir yasa ile onaylanması ile gerçekleşmiştir.

Bu anlaşmanın giriş kısmında söz konusu Kurum'un "İslâmi ilkeler ve idealler temeline dayalı olarak" kurulacağı, "şer'i hükümlere uygun olarak bir yatırım garantisi" kuruluşu olacağı ve "şer'i hükümlere uygun bir mekanizma oluşturulması" nın öngörüldüğü belirtilmektedir.

Anlaşma'nın 5. maddesinin 2 ve 3. bentlerinde; Kurum'un "şer'i ilkelere uygun olarak ihracat kredisi sigortası veya reasürans sağlayacağı" ve 26. maddesinin 2. bendinde de Kurum'un mali yılının "Hicri Yıl" olacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu anlaşmayı onaylayan yasa ile "şer'i hükümler" ülkemizde, bir alanda olsa dahi, geçerli hukuk kuralı haline getirilmekte, ülkemizde böylece "dini hükümler" yürürlüğe sokulmakta, hukumuz kısmen dahi olsa dini esaslara dayandırılarak, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasına aykırılık oluşturulmakta ve bunun sonucu laiklik ilkesi çiğnenmektedir. Böylece Anayasamızın değiştirilemez olduğu belirtilen 2. maddesi de değiştirilmiş olmaktadır.

Onay Yasasının 1. maddesinde, yukarıda sözü edilen hükümler açısından "Anayasamız ve bağlı olduğumuz anlaşmalar hükümlerinin saklı olduğu" şeklinde bir ihtirazi kayıt yer almaktadır. Ancak böyle bir kaydın hukuki değeri yoktur. Herşeyden önce, Devletler Genel Hukuku açısından ihtirazi kayıtların anlaşmanın imzası sırasında anlaşma metnine ekli olarak yapılması gerekir. Ayrıca söz konusu anlaşmanın 57. maddesinde şöyle bir hüküm yer almaktadır: "Kurum'un şer'i hükümlere göre faaliyet göstermesini engelleyecek hiç bir değişiklik yapılamaz." Onay Yasası ile bu hüküm de onaylanmış bulunmaktadır. Onaylanmış ve yürürlüğe girmiş bu 57. madde hükmü karşısında onay yasasına konulan ihtirazi kaydın sadece bir aldatmacadan ibaret olduğu da anlaşılmaktadır. Bu ihtirazi kaydın tek bir anlamı vardır: Bu hüküm, TBMM'nin anlaşmayı, Anayasa'ya aykırı hükümler taşıdığını bile bile onayladığının ayıbını sergilemektedir.

Bu anlaşmanın onaylanmış olması, laik Cumhuriyet'e, Atatürk'ün ülkemizde başlatığı "Aydınlanma Devrimi"ne ve bunun temelini oluşturan "Hukuk Devrimi" ne büyük bir darbedir.

Laikliğin koruyucusu olduğunu sık sık tekrarlayan Sayın Cumhurbaşkanımızın, şer'i hükümleri ülkemizde yürürlüğe sokan bu onay yasasını veto ederek, laikliğin koruyucusu olma görevini yerine getirmiş olmasını gönülden dilerdik.

Ülkemiz, trafik kazalarını, yasal ve teknik önlemler almak yerine, mevlüt okutarak ve kurban keserek önlemek isteyen, yağmur yağmasının çaresini duada bulan, bütçe açığına karşı da Allah'ın nimetlerini kaynak gösteren ve bunları bir devlet politikası haline getirerek dini politikaya âlet eden bir zihniyetle idare edilmek istenmektedir.

Bu nedenledir ki, laiklik konusu üzerinde biraz uzunca durdum. Çünkü laiklik, çağdaş bilimin, çağdaş değer hükümlerinin temelidir. Laiklik, hukuk devleti olmanın temelidir. Laiklik, insan haklarına saygılı olmanın temelidir. Laiklik demokratik rejimin temelidir. Laiklik, bütün bu değerlerin olmazsa olmaz koşuludur.

Son zamanlarda laiklik karşıtı güçler, orta çağ özlemcileri, laik kişi ve kurumları korkutma ya da yıpratma kampanyasına girişmişlerdir. Türkiye Barolar Birliği laiklik ilkesini benimsemiş, Atatürk İlkeleri'ni özümsemiş bütün kurum, kuruluş ve kişilerin yanındadır, destekçisidir ve destekçisi olmaya devam edecektir.

Yeni Adalet Yılının, başarılı geçmesini diler, hepinize içten saygılar sunarım.

—oOo—

YARGIDA REFORM

Mustafa Sadrettin AYKONU (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. I– İnsan Unsuru. 2– Yeniden Yapılanma.*

GİRİŞ

Yaklaşık kırk seneyi bulan meslek hayatımı, 10 Şubat 1996 tarihinde yaş sınırı nedeniyle emekli olmak suretiyle noktalamış bulunuyorum. Bu vesile ile gerek yetkililere, gerekse meslektaşlarıma yargının iyileştirilmesi konusundaki düşüncelerimi aktarmayı uygun buldum.

I– İnsan Unsuru

Bu meslekte günler, aylar ve seneler çok çabuk geçiyor. Çünkü hâkimin mesaisi günün belli saatleriyle sınırlı değildir. Yargı görevi, sürekli inceleme, araştırma, tartışma ve düşünmeyi gerektiriyor. Böyle bir çalışma sonucunda ancak adalete ulaşılabiliyor.

Hâkim, kimseden emir ve talimat almadığı için adaleti kendisi yaratmak zorundadır. Bu nedenle, hâkimin kişiliği, karakteri, yeteneği ve bilgisi ön plana çıkmaktadır. Yasama ve yürütme organları ile idareyi ve kişileri bağlayan kararların mimarı olan hâkimlerin yetiştirilmesinde ve seçiminde ne kadar özen gösterilirse toplum o oranda mutluluk ve refaha kavuşur. Çünkü, her geçen gün çeşitlenerek artan uyuşmazlıkların süratle ve isabetle çözüme kavuşturulması, sosyal barışın sağlanmasında çok büyük katkısı bulunduğu tartışmasızdır. Bu nedenle; yargının asli unsurları olan hâkimlerin, Cumhuriyet savcılarının ve avukatların çok iyi yetiştirilmesi gerekir.

Hâkimlik ve avukatlık mesleğine girecek olan gençlerin yetiştirilmesine hukuk fakültelerinden başlanmalıdır. Hukuk fakültelerinde okuyan gençlerin çoğunluğu ileride hâkim, avukat veya bürokrat olarak uygulama alanında

---

(*) Yargıtay 15. HD. Onursal Başkanı.

görev alacakları için, nazari bilgilerin yanında, uygulamalı öğretime önem verilmelidir. Özellikle, Avrupa Topluluğu Hukuku yanında, Ülkemizin tarihi ve sosyal koşullarının bir gereği olarak daha uzun yıllar uygulanması sürecek olan taşınmaz mülkiyeti, miras ve vakıflarla ilgili eski hükümlerin de çok iyi öğretilmesi gerekiyor. Uygulamalı dersler için yüksek yargı organlarının tecrübeli hâkimlerinden de yararlanılmalıdır. Ayrıca, dört yıllık hukuk tahsili süresince dörderden oniki aylık tatil süresi bulunduğundan, öğrenciler her yıl tatil aylarında en az iki ay bulundukları yerlerdeki mahkemelere, Cumhuriyet Savcılıklarına ve İcra Dairelerine giderek oralarda uygulamayı izlemeleri ve böylece daha mezun olmadan uygulama ile tanışmaları sağlanmalıdır.

Hukuk fakültelerinde üstün başarı gösteren gençler, ileride hâkim olarak yetiştirilmek üzere burslu okutulmalı, ayrıca yabancı dil öğrenmeleri sağlanmalı, mezun olduktan sonra en az iki yıl, bilgi ve görgülerinin artırılması, yabancı hukuk lisanını öğrenmeleri için Avrupa Topluluğu ülkelerinden birine gönderilmelidir. Bunlar, hâkimlik mesleğine öncelikle kabul edilmelidir.

Hâkimlik veya avukatlık mesleğine kabul edilenlerin mutlaka Yargıtay veya Danıştay'da en az iki yıl staj görmeleri zorunlu kılınmalıdır. Yüksek mahkemelerde staj gördükten sonra uygulamada görev alanların daha başarılı oldukları görülmektedir. Bu staj sırasında ayrıca uygulamalı dersler de verilebilir.

Bu şekilde yetiştirilecek olan hâkimlerin ekonomik ve sosyal haklarının, görevlerinin özelliği ve toplum hayatındaki önemi dikkate alınarak, ayrı bir yasa ile düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur (T.C. Anayasası md. 140/3).

II– Yeniden Yapılanma

Gerek usul gerekse kuruluş olarak yargının yeniden yapılanması ile ilgili yasa tasarıları Yargıtay'ın da katkılarıyla hazırlanıp yaklaşık üç yıl önce TBMM.'ne sunulmuş ise de, bugüne kadar yasalaşamamıştır. Aradan geçen süre içinde ulusal ve uluslararası koşulların hızla değişmesi nedeniyle bu yasa tasarılarının yeniden gözden geçirilerek gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra TBMM.'ne sevk edilmesi gerekir. Söz konusu tasarılarda yargılama usulüne ve mahkemelerin kuruluşuna ilişkin değişikliklerin gerekçeleri uzun boylu anlatıldığı için bunların burada tekrarına gerek görülmemiştir. Ancak özetlemek gerekirse, "Adliye Mahkemeleriyle Üst Mahkemelerin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı" ile, Sulh Hukuk ve Asliye Hukuk Mahkemeleri yerine, tek hâkimli hukuk mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri ile

Yargıtay arasında "Üst Mahkemeler"in kurulması öngörüldüğünden buna paralel olarak "Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı" hazırlanmıştır.

Özel kanunlarla kurulan özel ihtisas mahkemeleri (Kadastro Mahkemeleri ve İş Mahkemeleri gibi) dışında hukuk davalarına bakmakla görevli tek hâkimli hukuk mahkemeleri kurulmakla ve bu mahkemelerde uygulanacak usul hükümleri yeniden düzenlenmekle, hukuk davalarının daha çabuk sonuçlandırılması amaçlanmıştır.

Birden çok hukuk mahkemeleri kurulması gereken yerlerde bu mahkemelerin numaralandırılarak, işlerin türüne göre uzmanlaştırılması öngörülmüş, bu mahkemeler arasında çıkacak iş bölümü uyuşmazlıklarının, o yerde süratle giderilmesi için gerekli düzenleme yapılmıştır.

Üst mahkemelerin kurulmasıyla, Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi ve kendisinden beklenen içtihat mahkemesi olma niteliğinin kazandırılması amaçlanmıştır.

Adli yargının sağlıklı bir yapıya ve işlerliğe kavuşturulması için daha fazla gecikilmeden öncelikle kuruluş yasa tasarısının ve hemen arkasından Yargılama Usulü Yasa tasarısının yasalaştırılması ve bu yasaları uygulayacak olan hakimlerin ve diğer adli personelin çok iyi yetiştirilmesi ve kadroların istenilen seviyeye çıkarılması zorunludur.

—oOo—

ANAYASANIN DOĞRUDAN DOĞRUYA UYGULANMASI

Dr. İbrahim ŞAHBAZ(*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *I– Giriş. II– Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı. III– Anayasada Yargı. IV– Anayasanın Doğrudan Uygulanması. V– Yargı Kararlarında Doğrudan Uygulama Örnekleri. A– Anayasa Mahkemesi Kararlarında. B– Yargıtay Kararlarında. C– Danıştay Kararlarında. VI– S o n u ç l a r.*

I– GİRİŞ

Yüksek Mahkemelerimizin kimi kararlarında Anayasanın doğrudan uygulandığına rastlamaktayız. Bu nedenle Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, Anayasada yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler ve mahkeme kararlarından örneklerle, tartışmalı bir konuda Anayasanın doğrudan uygulanması sorunu üzerine hukukçuların dikkatlerini çekmek istiyorum.

II– ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ VE BAĞLAYICILIĞI

Anayasamız 11. maddesinde; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" düzenlemesi yeralmaktadır. 1961 Anayasası'nda da aynı düzenleme vardı; ancak 1982 Anayasası 1961'den farklı olarak "diğer kuruluş" deyimine yervermiştir.

Anayasada üstünlüğün içeriği tanımlanmamakla birlikte, bağlayıcılığın yöneldiği özneler belirtilmektedir.

Bir devletin hukuk kurallarının içinde, Anayasanın en yüksek hukuk kuralı sayılmasına, Anayasanın üstünlüğü kuralı denmektedir (1).

(*) Yargıtay 9. CD. Tetkik Hâkimi.

(1) Gözübüyük, A. Şeref: Anayasa Hukuku, Ankara 1989, s. 8; Özçelik, Selçuk: Anayasa Hukuku1. (Umumi Esaslar), İstanbul 1984, s. 174; Yayla, Yıldızhan: Anayasa Hukuku Ders Notları. İst. 1986, s. 42.

Madde gerekçesinde, "Anayasanın üstünlüğü bir ilke halinde açıklanmakta ve Devlet faaliyetlerinin Anayasaya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği" belirtilmekle beraber, "**yargı kuvveti(nin) gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabile**"ceği ifade edilmektedir.

Katı ve yazılı Anayasa sistemleri Anayasa üstünlüğünün hem güvencesi hem de sonucudur (2).

Batı'daki anayasacılık hareketleri, devlet yönetimi ile bireylerin özgürlüklerini kurallara bağlamanın yanında, Anayasanın bütün hukuk kurallarına üstünlüğü ilkesini de beraberinde getirmiştir (3). Anayasanın üstünlüğü ilkesi, liberal dünya görüşünün temel ilkelerinden biridir (4).

Anayasa madde başlığında (m. 11) bağlayıcılık ve üstünlük birlikte ifade edildiğinden, genellikle eş anlamlı olarak algılanmakta / kullanılmaktadır (5). Bununla beraber, iki kavram arasında farklılık var. Üstünlük ilkesinde kurallar arasında **ilişkiler, sıralama** ve **uyum** söz konusu olmasına karşın, bağlayıcılıkta kuralların uygulanmasına ilişkin sorunlar sözkonusudur. Zira bağlayıcılık, tüm hukuk ilişkilerinde öne sürülebilen ve yargıç tarafından gözönünde tutularak kuralların gerektiği gibi uygulanmasını sağlayan ilkedir. Bu nedenle bağlayıcılık, Anayasa kuralında sayılan öznelere (yasama, yürütme, yargı, idare, diğer kuruluşlar, kişiler) ödevler yüklemektedir. Bu ödevlerin başında, yürütme / idare organları ile tüm kamu görevlilerinin Anayasaya aykırı mevzuatı ayıklaması / uygulamadan kaçınması gelmektedir.

Anayasanın üstünlüğü prensibinin iki önemli sonucuna ulaşmak mümkündür (6): Anayasa hükümlerinin yargı organlarınca uygulanabilmesi ve Anayasa hükümlerine dayanan davaların açılabilmesi.

Bu prensibin anlam ifade edebilmesi için, Anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin sağlanması gerekir (7). Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.

---

(2) Kubalı, H.N: Anayasa Hukuku Dersleri, İst. 1971, s. 95.

(3) Teziç, E.: Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 137.

(4) Teziç, E.: Anayasa Hukuku, s. 137.

(5) Balta, idareyi etkileyen temel ilkeler başlığı altında temel haklara bağlılık ilkesine yer vermektedir. Bkz. Balta, T.B.: İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara 1970/72, s. 98 vd.

(6) Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa Hukumumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1973, s. 178.

(7) Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1989, s. 19; Teziç, age., s. 176; Kubalı, age., s. 95. Aldıkaçtı, s. 178; Akad, Mehmet: Genel Kamu Hukuku, İst. 1993, s. 155; Gözübüyük, age., s. 8.

III– ANAYASADA YARGI

Anayasa, hukuk devleti ilkesini Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayarken (m.2); bu ilkenin değiştirilemiyecek hükümlerden olduğunu (m.4); egemenliğin Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılabileceğini (m.6/2); hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamıyacağını (m. 6/son) belirtmektedir.

1961 Anayasası'nın 4. maddesinin karşılığı olan 1982 Anayasası'nın 6. maddesi, bir kelimenin yer değiştirmesi hariç aynıdır. 1961 Anayasası'nın madde gerekçesinde, "Madde, aynı zamanda, Devlet yetkilerinin sınırlarını ve nasıl kullanılacağını da belirtmektedir. Bu yetkiler ancak, Anayasanın koyduğu esaslara göre kullanılabilecektir. Bu, hukuk Devletinin zarurî bir neticesidir. Hiç bir kurulmuş organ Anayasa sınırlarını aşamaz veya kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanamaz (...) bir organın yetkilerinin kaynağı Anayasa olduğuna göre, yahut başka bir ifade ile her organın yetkileri Anayasa ile gösterilmiş bulunduğuna göre, bir organın kendisine ait olmayan bir yetkiyi kullanması Anayasada kaynağını bulamayacak ve bu bakımdan Anayasaya aykırı olacaktır" hususları yeralmaktadır.

Anayasa, yasama ve yargı yetkisi (m.7 ve 9) ile yürütme yetki ve görevini (m.8) ayrı maddelerde düzenlemiştir.

Başlangıç ise Anayasa, kuvvetler ayrımını, "Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve **üstünlüğün ancak** Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" biçiminde tanımlamaktadır (8).

Anayasanın genel esaslar kısmında yargı organları arasında bir ayrım yapılmadan, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmektedir (m.9). 1961 Anayasasının 7. maddesinde de aynı düzenleme vardı. 1961 Anayasası'nın madde gerekçesinde, "Yargı yetkisine gelince, yeni Anayasamızda o da tam bir genel ve ilkel yetki olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Bir defa Anayasa Mahkemesi kurulmuş olmakla, Devletin hukukî tasarruflarının tamamı yargı denetimine bağlı kılın-

---

(8) 4121 sayılı Yasanın 1. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi "belli devlet yetki ve görevlerinin" yerinde, "belli devlet yetkilerinin" ibaresi yeralmaktaydı; 4121 sayılı Yasa, R.G. 26.07.1995, sayı: 22355.

mıştır. Ayrıca, yürütmenin aksine olarak, **kanun olmasa da, ihtilâfın mevcut bulunduğu her yerde yargı vardır. (...) bir mahkemenin** kendisine sunulan **bir ihtilâfı,** bunu çözümleyen **bir kanun bulunmadığı sebebiyle reddetmesi bahis konusu değildir**" denmektedir.

Yine Anayasada hiçbir mahkemenin, **görev ve yetkisi içindeki** davaya bakmaktan kaçınamıyacağı (m. 36/2) yeralmaktadır.

Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunması için bir özel düzenleme de getirmiştir: "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir" (m. 40/1).

Mahkemelerin bağımsızlığı başlığı altında, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" (m. 138/1) düzenlemesi yeralmaktadır. 1961 Anayasasında da (m. 132/1) benzeri düzenleme vardı. Madde gerekçesi ise şöyleydi; "Tasarının sekizinci maddesinde; Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan <Doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kuralı> olduğu yazılıdır. Bu hale göre hakim, bir kanunu tatbik ederken onun Anayasaya uygun olup olmadığını her zaman nazara alabilecektir ve tasarının 152. maddesinde yazılı olduğu şekilde hareket edebilecektir".

Anayasa, yüksek mahkemelerden ilk sırayı Anayasa Mahkemesine vermiştir (m. 146). Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu düzenleyen maddenin Danışma Meclisi gerekçesinde (m. 146), "Hukuk Devletinde kanunların Anayasaya uygunluğu esastır. Bunun sağlanması için, birisi ikinci meclis ve diğeri yargı denetimi olmak üzere iki durum vücuda getirilmiştir. İkinci Meclis (Senato) büyük çoğunluğu ile siyasi partilere mensup üyelerden oluştuğu ve siyasî itibarile kanunların yerindeliğinden Millet Meclisi'yle beraber sorumlu bulunduğu için ondan farklı bir görünüm arz edemedi. Buna mukabil Anayasa Mahkemesi siyasî amaç güdemeyeceğinden kanunların Anayasaya uygunluğu denetiminin bu Mahkemeye verilmesiyle yetinilmesi uygun görüldü" denmektedir (9).

Anayasa Mahkemesi'nin **görev ve yetkilerini** belirleyen 148/1. maddeye göre; "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve

---

(9) 1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi Yüksek Mahkemeler arasında yeralmamaktaydı. Yüksek Mahkemeler; Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi olarak sayılmaktaydı.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya **şekil** ve **esas** bakımlarından uygunluğunu denetler".

Anayasa bu denetim için iptal davası (m. 150) ve Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülebilmesi (m. 152) yollarını düzenlemiştir.

IV- ANAYASANIN DOĞRUDAN UYGULANMASI

Kural yasanın uygulanması olup, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanması istisnadır. Zira, kuralların üstünlük sıralamasıyla uygulama sırası ters orantılıdır. Anayasanın 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, yargıç bir yasayı uygularken, o'nun Anayasaya uygun olup olmadığını her zaman dikkate alabilecek ve 152. maddede yazılı olduğu biçimde hareket edebilecektir (10). Anayasanın üstünlüğü ile kamu düzeni niteliği derhal uygulanmasını gerektirse de, kurallar sıralanmasında en üst düzeyde genel, soyut hukuk kurallarına sahip oluşu, en sonda uygulanmasını gerektirir. Bir başka deyişle, kurallar sıralanmasında en üst düzeydeki kurala uygunluk aranması, bu dizgenin tutarlılık ve bütünlüğünü sağlamak amacına yöneliktir. Bu nedenle, söz konusu uygunluk ile bu uygunluğun sağlanmasına ilişkin denetim önemini ortaya koyar. İşte bu noktada, Anayasa kuralının doğrudan uygulanması bazı **koşulların** varlığını gerektirir.

Bu koşullar: arada bir yasanın olmaması, Anayasa kuralının bir uygulama yasasına gerek görülmeyecek kadar açık ve ayrıntıya sahip olması (11).

O konuyu düzenleyen bir yasa var ve Anayasaya aykırı ise, yasa atlanarak doğrudan Anayasa uygulanabilecek mi? Burada uygunluk yorumunu yargıç yapacaktır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Eğer bir yasa metni birden fazla yoruma izin veriyorsa, o zaman anayasaya uygun olan seçilmelidir. Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılabilecek bir başka yorum ise çıkartılır" (12). Yasanın Anayasaya uygun yorumu yoksa, ortada Anaysaya aykırılık sorunu var demektir. Bu da ya yargıçın kendiliğinden, ya

---

(10) Tikveş, Özkan: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması, İstanbul, 1969, s. 234.

(11) Duran, Lütfi: "Mahkeme Kararları Kroniği", İHFM, Cilt: 30, sayı: 3–4, 1964, s. 992.

(12) Ziedler, Wolfgang: "Federal Almanya Raporu", 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Yargısı, Ankara, 1988, s. 46.

da tarafların Anayasaya aykırılık iddialarını ciddi görmesiyle kendini gösterir. Böyle bir durumda yargılama durdurularak, dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi zorunludur. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak yasa kuralını/kurallarını Anayasaya aykırı görmesi halinde, bu kuralları kendiliğinden uygulamamazlık edemiyeceğini, bu konuda Anayasa Mahkemesin'den karar istemek zorunda olduğunu dile getirmiştir (13).

Bu karar dikkate alındığında, yargıcın Anayasa Mahkemesi'ne gidilmesine olanak bulunmayan durumlarda, Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince aykırılık hususunda kendisinin karar vermesi gerektiği savunulabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararının 5 ay içinde verilmemesi halinde "mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre" sonuçlandıracağından (m. 152/3), yargıcın Anayasaya aykırı bulduğu yasayı ihmal yetkisi yoktur (14). Yargıç, Anayasaya aykırı bulduğu yasayı uygulamak zorunda kalmaktadır ki, bunu hukuk devleti ve insan haklarına saygı ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Konuya yönetim açısından bakacak olursak; yöneticinin aldığı buyrukları Anayasaya uygunluk değerlendirmesi yaparak yerine getirmesi gerekir. Kanunsuz emir başlığını taşıyan 137. maddeye göre, "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir" (m. 137/1). Her ne kadar yöneticiler ve yönetsel kuruluşların konuyu Anayasa Mahkemesi önüne götürme yetkileri yoksa da, genel yönetimin vesayet denetimi kararlarına karşı yerinden yönetim kuruluşları organlarının dava açma hakları bulunduğundan, burada itiraz yetkisini kullanmaları mümkündür.

"Anayasa hükümleri", "yürütme organları" ile "idare makamlarını"da "bağlayan temel hukuk kurallarıdır" (m. 11). Ayrıca, Devlet Memurları Kanununa göre, "Devlet memurları Türkiye Cumhuriyeti Anayasısına (...) sadakatla bağlı kalmak (...) zorundadırlar" (15).

---

(13) Ay. M.K. 03.07.1964, 1964/22-54, AMKD, Sayı: 2, s. 204–210.

(14) 1961 Anayasası'nda (m. 151/son) 6 aylık süre içinde Anayasa Mahkemesi aykırılık iddiasıyla ilgili kararını vermezse, mahkemenin, "Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek davayı yürüteceği" ilkesi vardı.

(15) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, m. 6.

Yukarıda belirtilen Anayasa ilkesinin gereği olarak hükümet ve idare her davranışında Anayasaya uymakla ödevlidir (16). Bu nedenle Hükümet ve İdarenin, Anayasaya aykırı gördüğü yasaları uygulamamak ve bu gibi yasaların kaldırılması için teşebbüse geçmek yükümlülükleri vardır (17). Ancak hukuk sistemimizde, Hükümete Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisi tanınmamıştır (18). Öğretide, Anayasaya aykırı yasanın uygulanmasından kaçınılabileceği hususunda görüş birliği yoktur. Çünkü, doğrudan uygulamanın yasanın ihmaliyle değil, yasa bulunmaması halinde mümkün olabileceği ileri sürülmektedir (19). Bu da gösteriyor ki, yönetim kendiliğinden anayasaya aykırılık iddiasıyla yasayı uygulamamazlık edemez; ancak yönetimin uygulayacağı kuralları kendi belirleme yetkisi bulunduğundan, bu konuda yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin, yasayı ihmal yetkisinin, idari yargı yerince denetlenmesi mümkündür.

V– YARGI KARARLARINDA DOĞRUDAN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

A– Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Anayasa, iptal hükmünü içermeyen, uyuşmazlık konusu yasanın Anayasaya uygunluğunu da kabul etmeyen aracı tip kararlar konusunda açık bir düzenleme getirmiyorsa da, Anayasa Mahkememiz iki tür aracı (mutavassıt) tip karar geliştirmiştir (20). Yasanın, Anayasaya aykırı olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme, yasayı iptal etmek yerine, ihmal etmekte ve Anayasanın ilgili kuralını görülmekte olan davada doğrudan uygulamaktadır. Bir diğer aracı tip karar, yorumlayıcı ya da açıklayıcı kararlardır. Yüksek Mahkeme bu tür kararlarında yasayı iptal etmeksizin, o'nu Anayasaya uygunluk açısından yorumlamaktadır (21). Mahkemenin bu tür yorum kararları, yorumla-

---

(16) Balta, T. Bekir: İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara, 1970/72, s. 126.

(17) Balta, age., s. 126.

(18) Balta, age., s. 126'da bunu bir "eksiklik" olarak nitelemekte. Aynı sayfa dipnot 1'de "Böyle bir durumda Hükümetin Cumhurbaşkanını ikna ederek ona bir iptal davası açtırması düşünülebilir. Ancak iptal davaları bir kanunun yayınlanışından başlayarak 90 gün (**1961 Anayasası için**) içinde açılmak gerektiği için bu yol maksadı sağlamaz" denmektedir. 1982 Anayasası'nda bu süre 60 gündür (m. 151).

(19) Duran, Lütfi: Kanun ve Hâkimler, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, 1970, say: 4, s. 274 vd.

(20) Özbudun, E. – Aliefendioğlu, Y.: "Türkiye Raporu" 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Yargısı, Ankara, 1988, s. 187.

(21) Özbudun – Aliefendioğlu, "Türkiye Raporu", Anayasa Yargısı, 1988, s. 187; Kaboğlu, Ö. İbrahim: Anayasa Yargısı, Ankara, 1994, s. 85.

an yasayı uygulayacak diğer mahkemelerin yorum ve uygulamalarıyla, yürütme makamlarını etkilemektedir (22).

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, Anayasa hükümlerinin bir yasayı kendiliğinden yürürlükten kaldırması mümkün değildir, aykırılığın giderilmesi için mutlaka bir eylem ve işlem gerekir, bu ise ya yasama yoluyla yahut iptal kurumunun işletilmesiyle olanaklıdır diyerek, 1961 Anayasası'nın geçici 9. maddesi gereğince, yürürlükte olan yasa hükümleri için Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılabilmesini sağlayacak özel bir hüküm konulmasını, Anayasadaki temel hukuk kurallarının aykırı hükümleri kendiliğinden ortadan kaldıramıyacağını belirtmiştir (23).

Yüksek Mahkeme, sonraki bir kararında bu görüşünü değiştirerek, zımnî ilgayı kabul etmiştir (24). Buna göre, "Anayasa Koyucu (...) 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasanın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasada sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir. İspat hakkına ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir".

Ancak Anayasa Mahkemesi, yasa mevcut olmakla beraber, artık uygulanmasına olanak kalmamışsa, Anayasanın doğrudan uygulanacağına karar vermiştir (25). Yüksek Mahkeme, Emekli Sandığı Kanununun 7242 sayılı

---

(22) Kaboğlu, age., s. 85; Ay. M.K. 1986/19, 1987/3, 27.01.1987, AMKD. 23, s. 46. Yüksek Mahkeme bu kararında "...<Anayasa Mahkemesi gerek iptal davası gerekse itiraz yoluyla açılan davalarda bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuki görüş ve anlayışına göre yorumlayarak bir sonuca varmakta>..." ve bu sonuç bilindiği üzere Anayasa'nın 153. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını ... bağlamaktadır. Ancak, az da olsa kimi yargı yerleri **bu yorumla** kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadırlar. Şu kadarki, Anayasa Mahkemesi, bir yasanın Anayasa'ya uygunluk denetimini, bu yasanın ne yolda uygulandığına bakarak yapmak durumunda değildir" demektedir.

(23) Ay. M.K. 1963/205-123, 22.05.1963. AMKD, sayı: 2, s. 20; benzer kararlar: 1963/106-270, 11.11.1963, AMKD, sayı 1, s. 468-477; 1963/89, 1964/36, 05.05.1964, D.2/114-140; R.G. 22.08.1964, sayı: 11787.

(24) Ay. M.K. 1976/13-31, 03.06.1976, AMKD. sayı: 14, s. 217-218.

(25) Ay. M.K. 1963/82-282, 04.12.1963; R.G.; 10.03.1964, sayı: 11652; 1961 Anayasasına göre yargıçlar, "Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz" (m. 133/1; "altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler" (m. 134/2). 1982 Anayasasında yargıçlar ve savcılarla ilgili aynı düzenleme mevcuttur (m. 139-140). Her iki Anayasa yaşa dayalı emeklilik konusunda yasamaya takdir bırakmamaktadır.

Yasa ile değişik 39. maddesinin (b) bendinde yeralan ve otuz hizmet yılını tamamlamış olan memurların Kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş kaydı aranmaksızın re'sen emekliye ayrılabileceklerine ilişkin kuralın, yargıçlar dışında kalan iştirakçiler bakımından Anayasaya aykırı olmadığını; ancak Anayasanın yargıçlarla ilgili 133 ve 134. maddeleri karşısında söz konusu yasa kuralının yargıçlara uygulanamıyacağını, Anayasanın 8. maddesi karşısında, Yüksek Hâkimler Kurulu'nun iptali istenen kuralı uygulamasına artık olanak kalmadığını belirtmiştir.

1961 ve 1982 Anayasaları, yargıçlar / savcılar için emeklilik yaşı bakımından yasamaya takdir yetkisi vermemektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasadan önceki bir yasanın Anayasaya aykırı hükümlerini iptal edemediği durumda, önündeki olayda yasayı ihmal ederek, doğrudan doğruya Anayasayı uygulamaktadır.

44 sayılı ve 22.04.1962 tarihli Yasanın (26) 21. maddesinin 4. bendinde yeralan; "siyasî partilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları"nın Anayasa Mahkemesine iptal davası açmaya yetkili olduklarına ilişkin düzenlemesini, anayasanın iptal davası açmaya yetkisi olanların "Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasi partiler veya bunların meclis grupları" (1961, m. 149) olduğuna ilişkin düzenlemesi yönünden inceleyen yüksek mahkeme, Anayasanın bu düzenlemesiyle bir siyasi partinin iki meclisten herhangi birindeki grubunun tek başına iptal davası açmaya hakkı bulunduğunu, oysa yasadaki düzenlemenin Anayasa hükmünü değişikliğe uğrattığını, Anayasanın 149. maddesinin "açık ve kesin hükmü karşısında" yasanın bu hükmüne uyulmasının mümkün olamıyacağına hükmetmiştir (27).

Yüksek Mahkeme, Anayasadan önceki bir yasanın Anayasa hükümlerince ortadan kaldırılıp kaldırılmadığına ilişkin bir kararında da, Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması davalarında uygulanacak yasa hükümlerini Anayasa'ya aykırı gördüğünde bekletici sorun çıkarmaya ve aykırılığı karara bağlamaya yetkili olduğuna karar vermiştir (28). Mahkeme bu kararında, "Anayasa Mahkemesinin iptal davaları, itiraz başvuruları, Yüce

---

(26) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, no: 44, Kabul Tarihi: 22.04.1962, R.G. 25.04.1962, 11091.

(27) Ay. M.K. 1964/26, 1966/1, 13.01.1966, AMKD, sayı: 4, s. 19-20.

(28) Ay. M.K. 1964/22-54, 03.07.1964, AMKD, sayı: 2, s. 206.

Divan işleri ve parti kapatma davaları dışında Anayasaya aykırı bir kanun hükmünün iptaline karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'ne düşen nedir? Anayasa Mahkemesi'nin yapısının niteliği ve Anayasa'nın 8. maddesinde anlatımını bulan üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında Anayasa'ya aykırı kanunu bir yana bırakarak doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulaması gerekir".

Yine Yüksek Mahkeme, Anayasa'ya aykırı içtüzük kuralını ihmal etmiştir (29). Karara göre, "Anayasa'ya aykırı bir içtüzük kuralı konulmuş ve iptali istenmişse tabiatıyla iptal edilecektir. Böyle değil de, bir davanın incelenmesinde hukukî dayanak olarak karşıya çıkıyorsa Anayasa Mahkemesi kendiliğinden iptale gidemiyeceğine göre hükmü bir yana iterek **sorunu Anayasa kuralı uyarınca çözümleyecektir.** Anayasa Mahkemesi bu yolda davranmak zorundadır. Tersini düşünmek Anayasa Mahkemesi'ni Anayasa kuralı ile değil, bir yasa veya içtüzük kuralıyla bağlamak olur. Böyle bir tutumun ise Anayasa'nın 8. maddesine aykırılığı; Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin korunmasını nasıl güçsüzleştireceği, bütün siyasi parti gruplarının uyuşmaları halinde de Anayasa'ya aykırı davranışların nasıl hoşgörü ile karşılanmasını gerektireceği ortadadır. **İptal yetkisini kullanamadığı bu çeşit durumlarda Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı bir kuralı ihmal etmesi, o kural(a) değil Anayasa kuralına uyması gerekir".**

Anayasa Mahkemesi, bir davaya bakmakta olan mahkeme (1961/151, 1982/152) durumunda bulunmadığı hallerde, "bir hükmün Anayasaya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir kanun veya Yasama Meclisi İçtüzüğü hükmünü Anayasaya aykırı görürse Anayasa Mahkemesi'nin başvurulabileceği tek yol o **hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır"** demektedir (30).

1961 Anayasası'nın geçici 4. maddesinin, 27 Mayıs 1960 ile 6 Ocak 1961 tarihleri arasında çıkarılan yasaların iptallerinin istenememesi kuralı karşısında, Anayasa Mahkemesi, hakaret suçunda genel bir kural getiren Anayasa'nın 34. maddesi ile belirli koşulların varlığı halinde ispat hakkını kabul eden TCK.'nun 481. maddesini irdelerken, "Yasa koyucunun, geçici 7.

---

(29) Ay. M.K. 1969/24-50, 30.09.1969; D. 7/408; R.G., 17.06.1970, 13521; bkz. Aykonu, Mustafa S.–Özkul, E. Aydın, Anayasa Yargısı Cilt 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 2, 41/9.

(30) Ay. M.K. 1971/41-67, 17.08.1971 ve 19.08.1971, AMKD, sayı: 11, s. 67

maddedeki buyruğu yerine getirmemesi ve TCK.'nun 481. maddesindeki Anayasaya aykırılığı giderecek yasayı çıkarmaması ve iptal ile itiraz yollarının tıkanmış olması karşısında sürüp gitmesi, artık düşünülemiyeceğinden mahkemelerce Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8. maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa'nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir" diyerek (31) ihmal tekniğini uygulamıştır.

Yüksek Mahkeme daha sonra verdiği bir kararında görüş değiştirmiştir. 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin 12 Eylül döneminde çıkarılan yasaların Anayasaya aykırılıklarının iddia edilemiyeceğine ilişkin kuralı karşısında, benzer düzenlemeyi içeren 1961 Anayasası'nın geçici 4. maddesiyle ilgili kararının aksine, Yüksek Mahkeme, "anayasal korunma altında bulunan yasa hükümlerinin, sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemiyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince **ihmal edilebilmesinden de söz** edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak, Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir" demiştir (32).

Anayasa Mahkemesi ihmal edilemezlikle ilgili görüşünü kısa ve kesin üslüpla sürdürmüştür. Halkın Emek Partisi'nin kapatılması davasında Yüksek Mahkeme, 1982 Anayasası'nda "Geçici 15. madde 1961 Anayasası'nın geçici 4. maddesine benzer bir koruma düzenlemesidir. Söz konusu geçici maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa kurallarının geçici maddeyle korunmaları nedeniyle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilmesinden de söz edilemez (...) **Öte yandan, Anayasa yargısında bir yasa kuralının ihmal edilebilmesi için aynı konuyu düzenleyen ve birbiriyle çelişen bir yasa ile Anayasa kuralının bulunması ve yasa kuralının iptal edilebilir nitelikte olması gerekir.** Geçici 15. madde nedeniyle iptali istenilemeyen kuralın ihmali de söz konusu olamaz. Bu durumda çözümün Anayasa kuralları yönünden aranması doğaldır. Anayasa'nın geçici

---

(31) Ay. M.K. 1981/8, 1982/3, 06.05.1982; R.G.: 30 Kasım 1983, sayı: 18237.

(32) Ay. M.K. 1984/1-1, 28.09.1984, R.G. 14.02.1985, sayı: 18666, s. 39; benzer kararlar: 1990/32-25, 16.10.1990, AMKD, sayı: 20, s. 347; 1991/31-27, 12.09.1991, R.G. 14 Ocak 1992, sayı: 21111, sayfa 20; 1992/21-19, 17.03.1992, R.G., 27.05.1992, sayı: 21240; 1991/60, 1992/16, 03.03.1992, R.G., 03.06.1992, sayı: 21247.

15. maddesinin varlığı, Anayasa'nın tümlüğü içinde bir çelişkiyi değil ayrık bir durumu yansıtmaktadır. Geçici 15. maddenin içeriği, konuyu açık biçimde ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu kuralı <yok> sayması olanaksızdır" demektedir (33).

B– Yargıtay Kararlarında

Yargıtay bir kararında, Anayasanın geçici 20. maddesinde öngörülen (1961/20) bir yıllık süre içerisinde yasama organı tarafından yeni bir düzenleme getirilmemesi karşısında, Anayasanın 8. ve 132/1. maddelerindeki esaslar gereğince, aynı konuda düzenleme içeren Anayasanın değişik 38/ 1-2 maddelerinin doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle mahkemelerce re'sen dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir (34).

Yine Yargıtay'a göre, "Anayasanın 177. maddesinin (e) bendinde 11. maddeye yollama yapılarak yasaların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni yasalar çıkarılıncaya kadar varolan yasaların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin Anayasaya rağmen uygulanmasının söz konusu olamayacağı sonucu çıkar. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasasından ayrılmış, yasalardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş yönteme başvurulmaksızın, doğrudan ve duraksamaksızın, Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir" (35).

Bu kararda, 1982 Anayasası'nın, 1961 Anayasasın'dan ayrılarak, yasalardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş yönteme başvurulmaksızın Anayasanın doğrudan uygulanacağı belirtilmiştir.

Yargıtay bir başka kararında, "Anayasal denetim, Anayasa Mahkemesince yapıldığına göre; sistemin gereği olarak mahkemelerce bir yasa veya kanun hükmündeki kararnamenin, Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın, Anayasaya aykırı olduğundan sözedilerek doğrudan yok sayılmasına yasal olanak yoktur" demiştir (36).

---

(33) Ay. M.K. 1992/1, 1993/1, 14.07.1993, R.G. 18.08.1993, sayı: 21672, s. 184.

(34) YHGK. E. 1974/5-556, K. 1975/433, K.T. 02.04.1975; YKD, sayı: 1975/11, s. 9-10.

(35) YHGK. E. 1980/4-1714, K. 1983/803, K.T. 14.09.1983; YKD, sayı: 1983/11, s. 1578 vd.;bu kararda aşırı denebilecek bir yorum yapıldığı hakkında bkz. Atar, Yavuz: Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. C. Üçok'a Armağan, Cilt: 2, Ocak–Haziran 1989, sayı 2, sayfa: 200.

(36) Yargıtay 10. HD., 1989/8290-9287, 19.12.1989; YKD. Cilt: 16, Mayıs 1990, sayı: 5, s. 680-682.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, Türk Ceza Yasasının 403/son maddesinde yeralan, sanığın özgürlüğü bağlayıcı cezayla birlikte taşınır ve taşınmaz mallarının da "müsaderesine" hükmolunacağına ilişkin düzenlemeyi, Anayasanın 38. maddesindeki "genel müsadere cezası verilemez" hükmüne aykırı görüp, Anayasanın 177/e maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaksızın, doğrudan anayasa hükmünü uygulamak suretiyle, yerel mahkeme hükmünü onamıştır (37). Sözkonusu hükmün Anayasanın 38/7 maddesine aykırılığına oybirliği ile karar verildikten sonra, üyelerden bir kısmı Anayasanın 152. maddesi gereğince Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu yasanın iptalini sağlaması gerektiğini şu gerekçeye dayandırmışlardır: "Anayasa yargılamasının mevcut olduğu bir sistemde, çelişme veya aykırılığın giderilmesi, Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak, Anayasaya aykırı görülen kanun hükmünün iptalini sağlamakla mümkündür. (...) Anayasamızın 177. maddesinin (e) bendiyle doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanması için bir istisna getirilmişse de; maddede yazılı sınırlı hallerde bu yola başvurulabilir. (...) TCK.'nun 403/son maddesi ile, Anayasamızın 177. maddesinin (e) bendinde sayılan ve doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanmasına imkân veren hükümlerin uzaktan veya yakından bir ilgisi bulunmamaktadır. Anayasamızın 38. maddesinin yedinci fıkrsı genel mahiyette bir hükmü içermekte olup, bu maddede uyuşturucu madde suçlarında müsadereye ilişkin özel bir düzenleme de yapılmamış olduğundan, Anayasa hükmü ile TCK.'nun 403/son maddesinin üstü örtülüzımnî bir şekilde ortadan kaldırıldığı da kabul edilemez. Bu durumda, TCK.nun 403/son maddesinin Anayasamıza aykırı olduğu görüşünde olan Ceza Genel Kurulu'nun bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurması gerektiğini, Anayasa Mahkemesi yerine geçerek karar verme yetki ve olanağı bulunmadığı"dır.

Çoğunluk ise, Anayasanın 38. maddesinin, TCK.'nun 403/son maddesini üstü örtülü olarak ortadan kaldırdığını, bu nedenle anılan yasa hükmünün iptali konusunda Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın, doğrudan Anayasa hükmünün uygulanması gerektiğini şu gerekçelere dayandırmıştır: "Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.1976 gün ve 13/16 sayılı kararında belirtildiği gibi <Anayasanın açıkça düzenlediği bir konuda aynı konuyu düzenlemiş olan kanunların Anayasaya aykırı hükümlerini üstü kapalı olarak (zımnî) ilga ettiğini kabul etmek gerekir>. Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 15.01.1962 gün

---

(37) YCGK., K: 1988/5-76, E: 1988/135, K.T. 23.08.1988; YKD, Cilt: 14, Haziran 1988, sayı: 6, s. 840-847.

ve 3/132–1 E., 2 K. sayılı kararında da; <...Anayasanın bütün organları ve hatta bütün kişileri bağlayan ve üstün nitelikte bulunan bir kanun olması (ve mahkemelerin herşeyden önce Anayasaya göre hüküm vermekle ödevli kılınmış bulunması) gözönünde tutulunca, eski kanunlardan birisinin, anayasa hükmü ile zımnî olarak kaldırılmış bulunması durumuyla, eski kanunlardan birisinin Anayasaya aykırılığı durumunu ayırdetmek gerekecektir. Zımnî olarak kaldırılmış bulunma ancak ve ancak, özel kanunun düzenlediği bir kanunun Anayasanın bir hükmüyle açıkça düzenlenmiş olması halinde kabul edilebilecektir.... Özel Kanunun düzenlediği bir konunun Anayasanın açık hükmüyle başka türlü düzenlenmiş olmamasına rağmen, kanunun bir hükmüyle Anayasanın bir hükmünün çatışması hallerinde ise, ortada Anayasaya aykırılık durumu vardır> ve mahkemeler Anayasaya aykırı gördükleri yasa hükmünü, Anayasa Mahkemesi'ne başvurup iptalini sağlamadıkça uygulamaktan kaçınamazlar (...) Anayasanın bir konuyu açık seçik düzenlediği durumlarda, aynı konuyu düzenlemiş olan önceki kanunla çatışmasında, Anayasanın doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tereddütleri ortadan kaldırma amacını gütmektedir (...) Söz konusu Anayasa hükümleri, o alanda daha önceden mevcut olan ve Anayasaya aykırı bulunan kanun hükümlerini zımnen ilga ettiği şeklinde yorumlanabilir (...) <Anayasanın (...)> 177. maddesinin (e) bendinde, 11. maddeye de atıfta bulunmak suretiyle kanunların Anayasaya uyygunluğu sağlanıncaya, ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı açık bir biçimde belirtilmiştir. Bu hükmün muhalif mefhumundan **kanunların Anayasaya aykırı hükümlerinin Anayasaya rağmen uygulanmasın(ın) söz konusu olmayacağı sonucunu çıkartmak gerçekçi ve aynı zamanda Anayasanın özüne ve sözüne uygun bir yorum biçimi olarak kabul edilmelidir. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasasından ayrılmış, kanunlardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir.** İşte kamu düzenine ilişkin bulunduğu böylesine açık bir yaptırım hükmünün varlığı karşısında mevcut Anayasa hükümlerinin, kesinleşmiş yargı kararları dışında geçmişe etkili (...) uygulanması gerekir"

Bu kararla ilgili C. Başsavcılığı itiraznamesi TCK.'nun 403/son maddesinin Anayasanın 38/7. maddesine aykırılığının yanında, "mahalli mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne iptal konusunda başvurması ile, hükmün bu bakımdan da bozulmasına karar verilmesi"ni talep etmiştir.

Ceza Genel Kurulu önceki bir kararında (15.01.1962, E.3 – 132/1, K.2), "Kanunların Anayasa hükmü ile zımnen kaldırılarak yerine Anayasada hü-

küm konmuş olması durumunda, Anayasaya aykırı olan kanunlar ya da hükümler uygulanmaz" demektedir.

C– Danıştay Kararlarında

6785 sayılı İmar Yasasının 45. maddesinde yeralan, "bu maddeye göre yapılan ilân tebligat addedilir" hükmünü Danıştay, İçtihadı Birleştirme Kararı ile, 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde yeralan "idarenin işlemlerinden dolayı açılacak davalarda süre aşımı, yazılı bildirim tarihinden başlar" hükmü karşısında değerlendirirken şöyle demiştir: "...Anayasa'nın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu düzenliyen hükümlere aykırı olması halinde, konuyu yeniden düzenleyen Anayasa hükmünün uygulanması tabiidir" (38). Görülüyor ki, bu karar, Anayasanın doğrudan uygulanabilmesi için, uygulanacak Anayasa kuralının **açık, ayrıntılı** ve **kesin** ifadeleri içermesini kabul etmiştir.

Bu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan üyelere göre, "Anayasa hükümleri, bir konuya kısaca veya ayrıntılarıyla düzenlenmiş olsun yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlıyan temel hukuk kurallarıdır. Hiç bir kanun hükmü bu kurallara aykırı olamaz. Ancak Anayasa hükümleri diğer kanunların bazı hallerde kendisinden önceki kanunların aykırı hükümlerini ortadan kaldırışı gibi bir sonuç meydana getirmez. T.C. Anayasa'sının 147 nci maddesine göre kanunların Anayasa'ya uygunluğunu Anayasa Mahkemesi denetler. Anayasa'nın geçici 9 uncu maddesinde Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında bu(nun) Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılabileceğinin (...) kabul edilmiş olması da Anayasa'nın diğer kanunların aykırı hükümlerini kendiliğinden kaldıramıyacağını gösterir. Durum böyle olunca mahkemeler, yürürlükte olan kanun hükümlerini, Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırılığından dolayı, T.C. Anayasası'nın 149 ve 151 inci maddelerine göre yapılacak başvurular üzerine, 152 nci madde gereğince iptal edilerek yürürlükten kaldırılmadıkça, uygulamakla ödevlidir. Yalnız 151 inci madde gereğince Anayasa Mahkemesine intikâl ettirilip 3 ay içinde karar verilmeyen işlerde, ilgili mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlüyerek karar verebilir".

---

(38) DİBK., E. 1969/2, K. 1970/1, K.T. 12.02.1970; Danıştay Dergisi, 1971, sayı: 1, s. 90-93.

Bir kişi yönetime başvurup, sosyal güvenlik kapsamında yararlandırıcı işlem yapılmasını talep eder ve bu talebi yasada bu konuda açık bir kural bulunmadığı gerekçesiyle yönetimce reddedilince, Danıştay, ilgili sosyal güvenlik kapsamı dışında tutan bir yasa kuralı bulunmadığını dile getirerek, yönetimin ilgilinin talebini reddetmesinin, Anayasanın 48. maddesinde yeralan düzenlemeyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır (39).

Kararda çoğunluk görüşüne göre, yönetimin yasaklayıcı veya hak kaybına yol açan işlemlerinin, bu yetkiyi açık yasa kuralından alması gerekir.

Görülüyor ki, burada Anayasanın doğrudan uygulanması değil, ancak yasa boşluğunun Anayasal kuraldan yararlanılarak doldurulması yahut Anayasaya uygun yorum yapılması sözkonusudur.

Danıştay, yasada açık hüküm bulunmaması nedeniyle fazla çalışmaya ücret tahakkuk ettirilemiyeceğine ilişkin yönetsel işlemi, Anayasa kuralının doğrudan uygulanmamış olması nedeniyle iptal etmiştir (40). Karara göre, 1961 Anayasa'sının 42. maddesi "Devletin çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirlerle çalışanları koruyacağını ve angaryanın yasak olduğunu hüküm altına almış, 44. maddesiyle her çalışanın dinlenme hakkına da sahip olduğunu belirtmiş ve 45. maddesiyle de ücrette adaletin sağlanmasını öngörmüştür".

Görüldüğü gibi, çalışma hakkıyla ilgili Anayasanın emredici kurallarına aykırı bir durum karşısında Anayasanın, kamu düzeni gerekçesiyle, doğrudan uygulanmasının yönetimce gözönünde tutulması gerekmektedir.

VI– SONUÇLAR

1– Bir yasa, ya yasa koyucunun o yasa için getirdiği belli bir süre ile sınırlı ise, sürenin bitimiyle kendiliğinden; ya sonradan çıkan bir yasanın, önceki yasanın tümünü veya kimi hükümlerini açıkça veya üstü kapalı olarak ortadan kaldırmasıyla; ya da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla yürürlükten kalkar (41).

---

(39) Danıştay 12. Dairesi, E. 1969/2879, K. 1970/1271, K.T. 12.06.1969; Danıştay Dergisi, sayı: 2, 1971, s. 320.

(40) Danıştay 5. Dairesi, E. 1968/5543, K. 1970/219, K.T. 26.01.1971; Danıştay Dergisi, sayı: 1, 1970, s. 192.

(41) Teziç, E.: 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul, 1972, s. 153 vd.

Sonradan yürürlüğe giren bir Anayasa, daha önce yürürlükteolan bir yasayla çeliştiğinde, yasanın Anayasaca üstü kapalı biçimde ilga edilebilip edilemiyeceği hususuna cevap bulmak gerekir. Anayasa'nın da bir yasa olması nedeniyle, bir konuyu açık ve ayrıntılı düzenlediği durumlarda, aynı konuyu düzenlemiş olan yasaları üstü kapalı olarak ilga edeceği savunulabilir (42). Ancak, bu görüşü savunduğumuz zaman, tesbitin tüm mahkemelerce yapılmasını da kabul etmemiz gerekir. Zira, bakılmakta olan davaya uygulanacak hukuk kurallarının yürürlükte olup olmadıklarının tesbiti, yargı yetkisinin unsurlarından biridir. Genel mahkemelere bir yasanın sonraki Anayasa ile yürürlükten kalkıp kalkmadığını denetleme yetkisinin tanınması ise, dolaylı olarak Anayasaya uygunluk denetimini tanımak olur. Anayasamız ise, yasaların Anayasaya aykırılığı halinde bunun iptal yoluyla giderilmesini düzenlemiş ve bu yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir. Genel mahkemelerin böyle bir inceleme yetkilerinin olacağını kabul, gerek içerik ve gerekse sonuçları bakımından, yasaların Anayasaya uygunluğunun denetiminden farksızdır (43). Kaldı ki, böyle bir yorumun kabul edilmesi, Anayasaya aykırı olup, iptal edilemeyen yasalar sorununa toptan çözüm getirmiş de sayılamaz. Çünkü ilga, önceki yasanın sonraki yasa tarafından açıkça veya üstü kapalı biçimde ortadan kaldırılmasıdır. Bu durumda, Anayasadan sonraki yasalar bakımından bu görüş uygulanamıyacaktır (44).

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasanın kendinden önceki yasanın aykırı hükümlerini üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırma konusundaki kararlarına dayanarak, Yargıtay'ın doğrudan doğruya Anayasa hükmünün uygulanmasına karar vermesi (45), Anayasa Mahkemesi'ne ait denetim yetkisinden farklı değildir (46). Yargıtay, söz konusu kararını, Anayasanın 177/e maddesine dayandırmaktadır. Oysa bu madde, diğer mahkemelerin doğrudan Anayasayı uygulayacaklarını belirtmediği gibi, 152/3. madde de Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tekel yetkisine istisna getirmemektedir.

2– Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı gördüğü, fakat iptal edemediği bir yasayı, önünde bulunan olayda ihmal ederek doğrudan Anayasa

---

(42) Teziç, Anayasa Hukuku, s. 50; Ay. M.K. 1963/82-286, 04.12.1963, R.G. 10.03.1964; 1976/13-31, 03.06.1976, AMKD. 14, s. 216-217.

(43) Özbudun, age., s. 404-405.

(44) Özbudun, age., s. 405.

(45) YCGK. 1988/5-76, 1988/135, 28.03.1988, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 14, sayı: 1-6, s. 840-847.

(46) Turhan, Mehmet: Siyaset ve Anayasa, Ankara, 1995, s. 255.

hükmünü uygulayabilmesine "ihmal tekniği" denmektedir (47). Yani "ihmal tekniği", daha çok Anayasa yargısıyla yetkilendirilmiş bir mahkemece kullanılabilir. Ve bu teknikte, Anayasadan önceki ve sonraki yasa ayrımı yapılmaz. Hatta ihmal, Anayasanın emrettiği konularda bir eksik düzenleme yapılması veya Anayasada sayılan sınırlı sayıda nedenler dışında yapılan düzenlemeler için de uygulanabilir.

Eğer yasanın, Anayasaya uygun yorumu yapılabiliyorsa bu yol, değilse Anayasayla çelişen yasanın ihmal edilerek doğrudan Anayasa hükmünün uygulanması gerekir. Ancak bu öneri sorunun çözümüne her zaman yeterli olamıyabilir.

Örneğin, Anayasanın geçici 15. maddesinin koruması altındaki kurallar, Anayasanın temel ilke ve esprisiyle bağdaşmıyor (48). Anyasa Mahkemesi, Anayasanın geçici 15. maddesiyle ilgili kararında (49), bu maddenin koruması altında bulunan yasa hükümlerinin, anayasaya aykırı olduklarının ileri sürülemiyeceğini, ancak bu durumdaki hükümlerin Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmalarının düşünülebileceğini dile getirmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, geçici 15. madde nedeniyle iptali istenemiyen kuralın Anayasa Mahkemesi'nce ihmali de mümkün değildir (50).

Ara dönem yasalarının Anayasaya uygunluk denetimi dışına çıkarılmış olması, Anayasa Mahkemesi'ni pozitif hukuk açısından tam anlamıyla doyurucu olmayan iki çözümden birini benimsemeye zorlamaktadır. Bunlardan birisi, yukarıda belirttiğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarında benimsenmeyen, Anayasada açık bir pozitif temeli olmayan "ihmal" yolu; diğeri de, Anayasa hükmü ile çatışan ve fakat geçici 15. madde ile korunduğu için iptal

---

(47) Turhan, age, s. 256.

(48) Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu'nun Karşı Oy Yazısı E. 1992/1, K. 1993/1, 14.07.1993, R.G. 18.08.1993, s. 221-224 ve aynı kararda Mustafa Gönül'ün Karşı Oy Yazısı; Turhan, age., s. 257.

(49) Ay. M.K. 1984/1-1, 28.09.1984 AMKD, sayı: 20, s. 504. Ay. M. bundan sonraki kararlarında aynı görüşü dile getirmiştir. Bkz. 1990/32-25, 16.10.1990, AMKD. sayı: 26; s. 347; 1991/31-27, 12.09.1991, AMKD, sayı: 27, Cilt: 2, s. 495-499; 1992/21-19, 17.03.1992, R.G. 27.05.1992, s. 35-43; 1991/60, 1992/16, 03.03.1992, R.G. 03.06.1992, s. 29-35.

(50) Ay. M.K. 1992/1, 1993/1, 14.07.1993, R.G., 18.08.1993, s. 184; ayrıca bkz. 1991/2, 1992/1, 10.07.1992, R.G., 25.10.1992, s. 62-63; 1990/1, 16.07.1991, R.G., 28.01.1992, s. 58-59.

edilemiyen yasa hükmünün uygulanmasıdır. Oysa bu çözüm biçimi de Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır (51).

Esasen kimi kuralların Anayasal denetim dışında kalması, Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğini zedelemektedir. Anayasaların amacı sınırlı hükümeti gerçekleştirmekdir. Temelini Anayasacılıktan alan Anayasa sözcüğü, keyfi iktidarı önlemek ve hukuk düzenindeki tüm kuralların Anayasaya uygunluklarının sağlanmasını gerektirir (52).

Bu durumda geçici 15. maddenin yürürlükten kaldırılması gerekir. Ancak bunun yapılamaması karşısında, yasanın ilişkin bulunduğu konuda, Anayasada açık ve doğrudan uygulanması mümkün bir kuralın bulunması koşuluyla, Anayasa Mahkemesinin, ihmal yolunu işleterek, konuyla ilgili Anayasa hükmünü doğrudan doğruya uygulaması yolunun tercih edilmesi gerekir (53). Bu konuda genel mahkemelerin yetkileri bulunmayıp tek yetkili yer Anayasa Mahkemesidir (54).

3– Anayasanın doğrudan uygulanması ile bağlayıcılığı arasındaki bağlantı, 1961 Anayasası'nın Kurucu Meclis çalışmalarından beri sürdürülmektedir. Anayasa ön – tasarısında (m.3) "Anayasa hükümleri, (...) doğrudan doğruya uygulanması gereken hukuk kaideleridir"; S.B.F. Tasarısında (m. 106) "Anayasanın hiçbir hükmü hiçbir sebep ve bahane ile ihmal edilemez veya uygulanmadan alıkonulamaz. Hiçbir kanun ve hiçbir işlem Anayasaya aykırı olamaz"; Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Tasarısında ise (m.8), "**Anayasa hükümleri,** yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, kişileri bağlayan ve **doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kurallarıdır**" biçiminde düzenleme öngörülmüştü (55).

Meclis tutanaklarından anlaşıldığına göre, bu düzenleme, Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nın 2-17 nci maddelerinde yeralan **temel hakların** doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralı olduğuna ilişkin hükmünden esinlenilerek yazılmak istenmiş (1949/m. 1/3), ancak buna itirazlar olmuş. Anayasa tasarısının Temsilciler Meclisin'deki 2. görüşülmesinde (56),

---

(51) Özbudun, age., s. 408.

(52) Turhan, age., s. 257.

(53) Özbudun, age., s. 408-409; Turhan, age, s. 258.

(54) Turhan, age, s. 259

(55) Metinler için bkz. Aybay, Rona: Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, İstanbul, 1963, s. 22.

(56) Öztürk, Kazım: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, Ankara, 1966, s. 1205; Komisyon Sözcüsü konuşmasında, "Bu tâbirin çıkması ile mâna değişmiyor. Yerindedir, katılıyoruz" diyerek Raif Aybar ile Turhan Feyzioğlu'nun teklifini benimsemiştir.

bir kısım üyeler, tasarıda yeralan "ve doğrudan doğruya uygulanması gereken" ibaresinin çıkarılmasını teklif etmişler, Anayasa Komisyonu da bu teklife katılmıştır.

Anayasanın doğrudan doğruya uygulanmasına ilişkin olarak Komisyon Sözcüsü (57), Anayasanın doğrudan uygulanmasının yasaların ihmali sonucunu vermeyeceğini; yasalara rağmen doğrudan uygulamaya gidilmesinin öngörülmediğini; yalnız bir temel hakkın yasayla düzenlenmediği, yani o konuda yasa kuralı bulunmadığı durumlarda anayasal temel hakka ilişkin kuralın doğrudan uygulama özelliğine sahip olduğunu dile getirmiştir.

Buradan çıkan sonuç, Anayasanın doğrudan uygulanması ile bağlayıcılığı farklı iki kavramdır. Anayasanın bağlayıcılığı tüm kurallar için ve her zaman geçerlidir; oysa doğrudan uygulama, o konuda yasal düzenlemenin bulunmaması ve anayasal kuralın doğrudan uygulanabir, açık ve ayrıntılı olması halinde mümkündür.

4– 1961 Anayasası'nda, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin işin kendisine gelişinden başlamak üzere üç ay içinde kararını verip – açıklamaması durumunda, mahkemenin anayasaya aykırılık iddiasını, **"kendi kanısına göre çözümlüyerek davayı" yürüteceği** esası vardı (m. 151/son) (58). Bu husus, 1982 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verip – açıklamaması halinde, mahkemenin davayı, kendi kanısına göre değil, **"yürürlükteki kanun hükümlerine göre"** sonuçlandıracağı biçiminde yeralmıştır (m. 152/3).

1961 Anayasası'nın gerekçesinde, sözkonusu üç aylık süre içerisinde Anayasa Mahkemesi kararının verilmemesi halinde, mahkemenin "aykırılık iddiasını bizzat" inceliyeceği belirtilmekteydi.

1982 Anayasası madde gerekçesinde, 1961 Anayasası'nın 151. maddesinden esas itibariyle iki farklı hüküm getirildiği, bunlardan konumuzla ilgili olanının şu şekilde ifade edildiğini görmekteyiz: "... itiraz yoluyla dava açan mahkemenin, Anayasa Mahkemesinden altı ay içinde bir karar gelmediği takdirde bakmakta olduğu davayı Anayasaya aykırılık bakımından kendi (...)

---

(57) Öztürk, age, s. 1159, 1205.

(58) 1961 Anayasasının 151/3. maddesinde süre 3 ay olup, 20.09.1971 gün ve 1488 sayılı yasayla bu süre 6 aya çıkarıldı.

kanısına göre çözümleme yetkisinin kaldırılmasıdır. Bu yetkinin, kamuoyunda, Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya aykırılık iddiasını inceleyip karara bağlamakta acele etmemek gibi bir tutum içine girebilmesine neden olduğu kuşkusunu yaratmıştır. Bundan başka anayasal yargı mercii varken yerel mahkemenin böyle bir yetkiyi kullanması memlekette adalet tevzii birliği ilkesini de zedeler".

Görüldüğü, gibi, 1961 Anayasası için, Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin yasayı ihmal etme yetkilerinin, bir kısım koşulların da varlığı halinde, olmasına karşın, 1982 Anayasasında yasanın mevcudiyeti halinde aynı durum sözkonusu değildir. Dolayısıyla yasa varken, yasanın Anayasal prosedür yoluyla Anayasaya aykırılığı sorunu çözümlenmeden, mahkemelerin yasanın Anayasaya aykırılığından bahisle doğrudan Anayasayı uygulamaları mümkün değildir.

—oOo—

KAYNAKÇA

1– Akad, Mehmet: Genel Kamu Hukuku, İstanbul 1993.

2– Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1973

3– Anayasa Mahkemesi Kararları Dergileri.

4– Atar Yavuz: Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. C. Üçok'a Armağan, Cilt:2, Ocak – Haziran 1989, Sayı: 2

5– Aybay, Rona: Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, İstanbul 1963.

6– Aykonu, Mustafa S. – Özkul, E. Aydın: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını.

7– Balta, Tahsin Bekir: İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara 1970/72.

8– Danıştay Dergileri.

9– Devlet Memurları Kanunu.

10– Duran, Lütfi: Kanun ve Hâkimler, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, 1970, Sayı: 4, 274 vd.

11– Duran, Lütfi: Mahkeme Kararları Kroniği, İHFM, Cilt: 30, Sayı: 3-4, 1964.

12– Gözübüyük, A. Şeref: Anayasa Hukuku, Ankara 1989.

13– Kaboğlu, Ö. İbrahim: Anayasa Yargısı, Ankara 1994.

14– Kubalı, H. Nail: Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.

15– Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1989.

16– Özbudun, E. – Aliefendioğlu, Y.: "Türkiye Raporu", 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Yargısı, Ankara 1988.

17– Özçelik, Selçuk: Anayasa Hukuku I(Umumi Esaslar), istanbul 1984.

18– Öztürk, Kâzım: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C, II, Ankara 1966.

19– Resmi Gazeteler.

20– Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 1986.

21– Teziç, Erdoğan: 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972.

22– Tikveş, Özkan: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Şerhi ve Uygulaması, İstanbul 1969.

23– Turhan, Mehmet: Siyaset ve Anayasa, Ankara 1995.

24– Yargıtay Kararları Dergileri.

25– Yayla, Yıldızhan: Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1986.

26– Zeidler, Wolfgang: "Federal Almanya Raporu", 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Yargısı, Ankara 1988.

TARİHİ GELİŞİMİ İÇİNDE GÖZETİMLE ERTELEME (DENETİMLİ SERBESTLİK – SURSİS AVEC MİSE À L'ÉPREUVE) VE FRANSA'DAKİ UYGULAMASI İLE KONUYA İLİŞKİN TÜRK CEZA KANUNU VE ÖNTASARI METİNLERİ (*)

(II)

Coşkun ERBAŞ (**)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *BEŞİNCİ BÖLÜM. Fransa'da Gözetimle Ertelememe İle İlgili Uygulamalardan Çıkan Sonuçlar, Dilekler ve İstatistiki Bilgiler. I– Fransa'da Cezaevi İdaresi Genel Raporlarına Göre Tahliye Edilenlere Müzaharet ve Deneme Komitesinin Aktiviteleri. a– Amaç. b– Meslek Edinmeye Yöneltme. c– Merkezi ve Yerel Kamu Kurumlarının Derneksel Yaklaşımlara Desteğinin Sağlanması. d– Kapalı Ortam – Açık Ortam İkilemi. e– Gözetimle Ertelemede Mağdurun Alacaklarının Hesaba Katılması. II– Deneme Altına Alınan Mahkumların Yükümlülükleri ve Bu Konuda Ortaya Çıkan Aksaklıkların Giderilmesi Yolundaki Çalışmalar. a– Mahkumların İhmali Davranışları. b– Uyuşturucu Tutkunluğu ve Sair Hastalıklarla Mücadele. c– Mağdurun Zararlarının Yerine Getirilmesinin Sağlanması. d– Mahkumların Yükümlülük Kapasiteleri, Karakterleri ve Yaşama Tarzlarına Uygun Önlemlerin Tespiti. e– Deneme Süresinin Uzun Olmasının Sakıncaları ve Gözetimle Ertelemede Sistemi Başarısızlığa Götürdüğü Yolundaki Kuşkular. III– Fransa'da 1970'den 1991 Yılına Kadarki Gözetim ve Denetimle İlgili Uygulamalar ve Buna Ait Sonuçlar, Dilekler ve İstatistiki Bilgiler. ALTINCI BÖLÜM. Gözetimle Ertelemeye İlişkin Fransız Mevzuatı. A– Fransız Ceza Yargılama Usul Kanununun Konuya İlişkin Hükümleri. B– Fransız Ceza Yargılama Usul Kanununa Ait Tüzüğün Konuya İlişkin Hükümleri. C– Fransız Askeri Ceza Kanununun Konuya İlişkin Hükümleri. YEDİNCİ BÖLÜM. 1– § Konuyla İlgili 1987 ve 1989 Tarihli TCK.nun Öntasarıları, Madde Metinleri ve Gerekçeleri. I-A Konuyla İlgili 1987 Tarihli TCK.nun Öntasarısı, Madde Metinleri ve Gerekçeleri.*

(*) Yargıtay Dergisi, Temmuz 1996, Sayı: 3, Sayfa: 246-288'den devam.

(**) Yargıtay 8. CD. Tetkik Hâkimi.

BEŞİNCİ BÖLÜM

FRANSA'DA GÖZETİMLE ERTELEME İLE İLGİLİ UYGULAMALARDAN ÇIKAN SONUÇLAR, DİLEKLER VE İSTATİSTİKİ BİLGİLER (1, 2, 3)

I– FRANSA'DA CEZAEVİ İDARESİ GENEL RAPORLARINA GÖRE TAHLİYE EDİLENLERE MÜZAHARET VE DENEME KOMİTESİNİN AKTİVİTELERİ (4).

a– Amaç

135– Adlî takıntısı olan (suçlu) kişilerin yeniden eski hallerine kavuşturulup onların cemiyet içine yerleştirilmeleri için rehabilitasyonlarının gerçekleştirilmesinin bu komite açısından global bir görev içindeki öncelikli amacı cezalarını serbest bir ortamda çekebilmelerini temine matuftur. Bu konu, geleneksel olarak daha önce işaret edilenlerin tümünü içine alır. Ancak bazı kurumsal ayırımların ötesinde bu müdahalelerin çeşitlendirilmesi yanında, tekerrürden sakınması ve suçun tali uzantılarının önüne geçilmesi için gayret gösterilmesi de ilave edilmelidir. Bu bağlamda ikinci amacın ise tekerrürün önlenmesi olduğu açıkça söylenebilir. Hedefleri böylece saptandıktan sonra, anılan hususların gerçekleştirilmesinin desteklenmesi için görev üstlenen kurumların yapılarının da oldukça değişim geçirdiği, bu cümleden olarak, bundan böyle sanıkların yükümlülüklerindeki kopma ve bozulmalardan sakınılmasının, yargılama sonrası olduğu gibi yargılamadan önce de suçlunun yaşam biçimine müdahale ve tavassutta bulunmaktan geçtiğine inanılmaktadır. Böylece suç işleyerek adalet şemsiyesi altına alınmış olan kişilerin yargılama öncesi ve yargılama sonrası olmak üzere, ihtiyaç duydukları alanlarda kendilerine yardım ve müzaharette bulunulması, onların sosyal rehabilitasyonlarının gerçekleştirilmesi açısından önemli bir konu olarak görülmekte ve her iki aşamada da araya girilip müdahale edilerek yardım elinin onlara acilen uzatılması gerektiği fikrinde birleşilmektedir.

---

(1) Ministère de la Justice, Direction de l'Administration Pénitentiaire, Rapport General sur l'Exercice 1988, s. 227 vd.

(2) Misitère de la Justice, Direction de l'Administration Pénitentiaire, Bureau du Milieu Ouvert, Rapport sur le Fonctionnement du Milieu Ouvert, Bilan des Réunions Régionales Tenues en 1982 et Perspectives d'Avenir, s. 64 vd.

(3) Infostat Justice, numéro 20, Mars 1991.

(4) Rapport General sur L'Exercice 1988 s. 235 vd; In fostat justice Age. s. 2.

b– Meslek Edinmeye Yöneltme (5)

136– Yukarıdaki amaçların gerçekleşmesinde, öne çıkan problemlerden bir kısmını sıralamak gerekirse, bunların başında bu gibi kişilerin kuvvetli bir ekonomik bünyeye kavuşturulmaları gelir. Bu cümleden olarak onlara bir iş formasyonu kazandırılarak mesleki bilgilerle donatılmaları suretiyle sağlam bir iş edindirilmelerine eğilen çalışmalar yanında, korunup gözetilmeleri konularında, koordinasyonu temin edecek sosyal ve kültürel hizmet servisleri ile ilişki kurmalarının gerçekleştirilmesi, onların iş ve meslek edinmeleri kadar ikamet sorunlarının da çözülmesi açısından önemli bir husus olarak görülmektedir. Bu cümleden olarak derneksel yaklaşımlar sayesinde, bu gibilerin sorunları iletilerek, Vilayet Makamından anılan konularda bir program çerçevesinde yardım talep edilmekte, bu yardım önlemlerinin başarısının ise mahkumların salıverildikten sonra sosyal hayata uyumlarında ve tekerrürden kaçınmalarında büyük ölçüde ilerleme kayıt edildiğinin gözlenmesiyle kanıtlandığı vurgulanmaktadır.

Tecil veya sair suretle cezaevinden salıverilenlerin Vilayet Makamlarının açmış olduğu meslek edindirme kursları ve cezaevinden salıverilenlere iş teminine matuf gönüllü derneklerin katkılarıyla da bütünleşerek onların kuvvetli bir ekonomik bünyeye kavuşturulmaları sonucu, bu hizmetlerin başarıya ulaşması mahkemelerin mağdurların haklarını teslim ve zararlarını karşılama koşuluyla hükmolunan gözetimle ertelemeye karar verilmesindeki uygulamayı büyük ölçüde arttırdığı ve bu yolda gözetimle ertelemeye büyük başarılar kazandırdığı hususu özellikle kayda değer bir gelişme olarak gösterilmiştir.

c– Merkezi ve Yerel Kamu Kurumlarının Derneksel Yaklaımlara Desteğinin Sağlanması (6).

137– Yukarıda anlatılanlara paralel biçimde, ceza evlerinden tahliye edilmiş bulunanlara yardım ve müzaharet cümlesinden olarak, onların yerleşim ve lojman sorunlarının çözülmesi, bir meslek sahibi olmalarına katkıda bulunacak hizmetlerin gerçekleştirilmesi, özellikle de bu gibilerin bir işe yerleştirilerek korunmaları, bakılıp gözetilmelerini ifade eden, ortak hukukun sosyal müdahalesinin mekanizmalarından, daha büyük bir verimliliği ve üstün

---

(5) Rapport General sur L'Exercice 1988 s. 236 vd.

(6) Rapport General sur L'Exercice 1988 s. 236

bir hizmet sunulmasını sağlamaya yönelik uygun bir hareket programının takip edilmesi ve elverişli bir organizasyonun gerçekleştirilip yürürlüğe konması hususunda, "Tahliye Edilenlere Yardım ve Müzaheret Komiteleri" ile bu gibilere hizmet etmeyi amaçlayan kamuya yararlı derneklerin, yerel ve merkezi idare ile işbirliği içerisinde birlikte çalışmalarının, olumlu sonuçlar verdiği, senelerden beri bu işbirliğinin giderek artan bir biçimde pek çok yararlı hizmetlerin gerçekleşmesinde katkıları olduğu gözlenmenmiştir.

Bu bağlamdaki faaliyetlerden olumlu sonuçlar alınması üzerine, kamu kurumlarının konuyla daha yakından ilgilenmelerinin temin edilmesi ve etkin bir koordinasyon ile derneksel faaliyetlerin müessiriyeti geniş ölçüde artmış ve çalışmalar suçlunun durumunun incelenmesiyle korunup gözetilmesine yönelmiştir. Böylece,yükletilen vecibelerin ifasında gereksinimlerinin saptanarak, çözüm üretilmesi sonucu, uygulanacak müeyyidenin (hükmolunacak cezanın) kararlaştırılmasının geri bırakılması suretiyle deneme altındaki kişiye durumunu düzeltip sağlamlaştırılması, yeniden sosyal çevre içine yerleşmesi, ilerde karşılaşacağı cezalardan kaçınması, tekerrürün önlenmesi ve özellikle de suçtan doğan zarar ziyanın (tazminatın) ödenmesine, mağdurun hesaplarının kapatılmasına büyük ölçüde imkan tanınmıştır. Aksine anılan koordinasyonun ve işbirliğinin aksaması, kamu kurumlarının desteğinin alınamaması, zayıflayan derneksel faaliyetlerin gerçekleştirilememesi durumunda ise, mahkumların tahliyeleri sırasında kendi hallerine terkedilmeleri sonucunu doğurduğu, sistemin amaca ulaşamadığı ve hükümlünün hapsedilmesi suretiyle infaz yoluna gidilmesiyle de mağdurun haklarına kavuşmasının ya geciktiği yada hiç mümkün olmadığı gözlemlenmiş bulunmaktadır.

Yine uzun yıllardan beri, uygulama sırasında gözlenen hususlardan biride, tekerrürden kaçınma ve toplum dışı yaşamın uzantılarının önlenmesi için, güncel olarak geliştirilen stratejilerin başarı çizgilerinin yükseltilmesindeki sırrın, ilgili kişi ve kuruluşların hep birlikte ve genel olarak aynı anda harekete geçip, bu gibilere hizmet sunmalarına bağlı olduğuna ilişkindir.

İşte hizmetlerdeki bu bölünmezlik kapalı ortama (hapishaneye) alternatif olan kurumsal benzerliği açısından serbest ve hür ortam içinde yer alan gözetimle erteleme ve benzeri kurumlara özel bir ayrıcalık vermeyi gerektirmektedir. Hapishane ortamı, gerçekte adaletin sosyal çalışma metodlarını ve bunun müesseseleştirilmesinin evrimini artık yeterince yansıtamadağından, daha fazla hizmete konabilir olmaktan çıkmış, böylece kapalı ortam fikrinden ziyade, açık ortamda rehabilitasyon suretiyle infaz fikri gitgide ikili bir görünümü ortaya çıkarmıştır.

d– Kapalı Ortam – Açık Ortam İkilemi (7)

138– Senelerden beri mahkumlara verilen hizmetlerin, birleştirilen sosyal eğitimci servislerde büyük ölçüde yer alması, amaca elverişli olduğu, kapalı ortamdan salıverilen mahkumlara ve suçlulara yüklenen vecibelerin ve önlemlerin uygulanmasında bir kopukluk olmaması yolunda uygulamada belirli bir düşünce şekli oluşmuştur. Burada kapalı ortam içerisinde mahkumun kendini islaha yöneltmesi ve cemiyete yeniden adapte olmasındaki zorluğun gözlenmesi üzerine, bu gibilerin açık ortam içerisine salıverilirken de kendilerinin tamamen başı boş ve yalnız bırakılmamaları, bu cümleden olarak bazı yükümlülükleri yerine getirmeleri ve üstlendikleri vecibelere uymaları gerektiği yolunda bir sistem geliştirilmesine doğru yönelinmiştir.

Geliştirilen busistemin uygulamaya konulmasında en yüksek verimin alınabilmesi ise uygulayıcıların konuya bakış açıları ve uygulama yöntemleri ile yakından ilgili olup, suçlulara yüklenen vecibelerin ve önlemlerin ifasında bir kopukluk olmaması yolundaki düşünce, diğer bir anlatımla sosyal yardım alanında bu gibilere hizmet veren servislerin birleştirilmesi suretiyle sunulan hizmetlerin koordinasyonunun yapılması ve hizmetlerin kopukluğa uğramadan verilmesi fikri gitgide önem arzeder olmuştur.

Ayrıca şimdilerde, adaletin sosyal alanlardaki çalışanlarının hareket noktasını belirleyen ve deneme komitesinin icraatının karşılaştığı engellerden birinin de, mağdurun alacaklarının hesaba katılması yönünde ön plana çıktığı, görülmektedir. Bundan dolayıdır ki, deneme altındaki suçlu kişilere yönelik tasarılarda, suçdan doğan çekişmelere ilişkin olarak, genel hukuk hükümlerine artan orandaki başvuruların, bu yolla kısmen hafifletilmesi konusundaki ihtiyaçların değerlendirilmesi, ayrıca yetki alanlarının genişletilmesi için insani kaynakların karşılıklı yardımlaşması, açık ortam ve kapalı ortamın artan iş birliği suretiyle, mhakumun sosyal çevre ile bağlarının kopartılmadan, ona problemlerinde yardım ve sorunlarından arınarak, tekrar toplum içindeki yerini alması; bu yapılırken de terazinin diğer kefesini teşkil eden, mağdurun suçtan doğan zarar ziyanının bir an evvel kapatılması suretiyle, deneme altındaki mahkumun da bu aşamadaki iştirakinin sağlanmasının, rehabilitasyona ilişkin ortaklaşa çalışmaların ana hedeflerini oluşturarak, mahkumun kapalı ortamdan uzaklaşmasında kayda değer bir gelişme olarak yerini aldığı gözlenmiştir.

---

(7) Rapport General sur L'Exercice 1988, s. 238; Infostat Justice age s. 3; Rapport ...du Milieu Ouvert s. 91 vd.

e– Gözetimle Ertelemede Mağdurun Alacaklarının Hesaba Katılması (8)

139– Fransız gözetimle erteleme sisteminde, mahkumların sosyal rehabilitasyonu ve ıslahı yanında yer alan ana espirilerden birisi de, mağdurun suçtan dolayı uğradığı zarar ziyanın telafisi olduğu gözlenmektedir. Bu meyanda, gözetimle ertelemenin bir çeşit hapsen tazyik hüviyeti altında uygulamaya konulmasında tereddüt edilmemektedir.

Bu düşünce tarzının bazı suçlarda hem fail hemde mağdur açısından olumlu sonuçlar doğuracağında kuşku yoktur. Bu cümleden olarak, suçtan doğan kavga ortamının giderilmesiyle sosyal barışın sağlanması, konunun anlaşılmasındaki faydalı etkileriyle, mahkemelerin uygulamalarına ışık tutmakta olduğu Fransız uygulayıcılarca kabul edilmekte ve bu yöntemin oldukça beğeniyle uygulandığı görülmektedir.

II– DENEME ALTINA ALINAN MAHKUMLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE BU KONUDA ORTAYA ÇIKAN AKSAKLIKLARIN GİDERİLMESİ YOLUNDAKİ ÇALIŞMALAR

140– Ceza evleri İdaresi bu konudaki uğraşlarında mahkumların uzun yıllar izlenmeleri sonucu, elde edilen verileri değerlendirmiş ve problemlerin tesbitine çalışarak, aksayan konularda problemlere çözüm önerileri getirmiş ve bu deneyimlerden yararlanmada oldukça başarı kazanmıştır (9).

a– Mahkumların İhmalî Davranışları

141– Gözetimle erteleme kadrolarında izlenen şahısların en çok rastlanan sorunlarının başında, gözetim önlemlerinin ifasındaki ağır ihmalleri ve sosyal uyumsuzluklar gelmektedir. Öteden beri, özellikle uygulanan uzun peryotlu gözetime tabi tutma ile ilgili tasarımların, genellikle başarısızlığa gitmekte olduğu yetkililerce gözlenmekte olduğu belirtilmiştir.

Bu bağlamda devamsızlık, alkolizm veya uyuşturucu tutkusu nedeniyle, yerleştirildikleri işlerden işverenlerce atılmaları, cezaevlerinden tahliye edilenlerin ve gözetimle erteleme sonucu salıverilenlerin, ana problemlerinden biri olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle, tahliye edilenlere müzaheret ve

---

(8) Rapport General sur L'Exercice 1988, s. 238.

(9) Rapport General sur L'Exercice 1988, s. 242 vd.

denetim komitesi elemanları, kısa peryotlu tedbirlere ağırlık verilmesiyle, onların kapasitelerinin daha iyi değerlendirileceği kanısındadırlar. Genelde bu yöntemle, kendilerine daha fazla güven duydukları bir kişilik kazanmalarının sağlanması için gözetim altındaki bu kişilerin durumlarıyla uygunluk arzeden, küçük bölümler halinde düzenlemeler ve tasarımlar yapılmasıyla onlara daha ziyade yardımcı olunacağı inancı ile hareket edilmekte ve çalışmalara bu yönde ağırlık verilmektedir.

Bu tarz bir çalışmanın ise, gözetim memurları tarafından olaylara enerjik bir biçimde yaklaşılmasını ve zamanında etkin müdahaleler ile hadiseye el atılmasını gerekli kıldığı görüşünde birleşilmektedir. Bu saptamaların ışığında, gözetimle ertelemenin uzun periyot içindeki başarısızlıklardan kurtarılmasının çözümünün, deneyimlerden elde edilen sonuçlara göre, kısa süreli bir gözetimle ertelemeye olanak sağlanması ile mümkün olacağı fikri etrafında gitgide ağırlık kazanmakta olduğu söylenmektedir.

b– Uyuşturucu tutkunluğu ve sair hastalıklarla mücadele (10).

142– Daha ziyade ve özellikle uyuşturucu kullananlardan başlayarak 1987 den bu tarafa, uyuşturucu tutkunu olanlarla mücadele faslından, tahliye edilenlere müzaheret ve deneme komitelerinin bünyesindeki psikiyatris ve psikolog kadroları desteklenerek, onların müdahalesinin temini ile bu gibilere hizmet götürülmüş ise de, ancak bu konu henüz kompleksliğini korumaya devam etmektedir. Yargılanabilir olanlardan "Aids virüsü" ile bulaşık pek çok uyuşturucu tutkukunun, bugün bile kendilerine yapılan yardım ve müdahalelere rağmen hayli fazla ve hissedilebilir miktarda olduklarından söz edilmektedir.

Bazı tahliye edilenlere müzaheret ve deneme komitelerinde ise uygulayıcı elemanlar, hastahane ve tıbbi gözetim arasında tabii bir aracıya dönüştükleri ve daha makul olarak da, komitede yer alan delegelere tıbbi eğitim ve bilgiler aktarılarak, onların bu konudaki eğitimsel uğraşa katkıda bulunmalarına çalışılmaktadır.

Bütün bu çalışmalar, diğer bir yasal kurum olan, uyuşturucu tutkunları ile mücadele elemanlarının kontrolu altında başlatılmış ve onların bilgi ve tecrübelerinden yararlanılması amaçlanılmış olduğu da raporda belirtilmiştir (11).

---

(10) Rapport General sur L'Exercice 1988, s. 243–252.

(11) Rapport General sur L'Exercice, 1988, s. 242 vd.

Genel olarak bu tür bir yaklaşımla, uygulayıcıların konuya el atmalarının önemi, yalnızca suçlu topluluktaki uyuşturucu tutkunları açısından değil, bu problemi ortaya koyanlarca da yeterince anlaşılmasına yardım etmekte olduğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, meselenin bu tür hastalıklarla uğraşan persolence de daha iyi anlaşılmasına ve önemle benimsenmesine yardım ettiği, böylece sorunlara çözüm bulmakta problemin üzerine daha etkin bir şekilde gitmekteki azimlerini kuvvetlendirdiği de görülmektedir.

c– Mağdurun zararlarının yerine getirilmesinin sağlanması (12).

143– Gözetim altındaki mahkumların izlenmesi sonucu edinilen deneyimler arasında, tesbit edilen hususlardan biri de, denetim memurlarının öncelikle mağdurun zararlarının ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi için büyük özen gösterdikleri yolundadır. Zararın tamiri çalışmalarının eğitimciler açısından büyük öneme haiz bulunduğu vurgulanarak, bu müessesede görev alan memurların, deneme altındaki bir mahkumun mesuliyet duygusunun yükseltilmesinin temel çizgisinin, genelde mağdur–fail ilişkisinde düğümlendiğini görerek, bu aşamada mağdurun haklarına kavuşturulması suretiyle sosyal barışın teminine çalışmakta oldukları ifade edilmiştir.

Burada öncelikle sosyal barışın sağlanması konusundaki düğümün çözülmesi ve failinde suçun diyetini ödeyerek, manevi olduğu kadar, maddi ve çevresel baskılardan kurtulması suretiyle ıslahı nefse, kötü kişiliğini düzeltmeye yönelmesi için, problemin ortaya çıkan olumsuz etkilerinin belirlenip, kavranmasıyla, denetimli serbeslik rejimi içerisinde, suç faillerinin topluma kazandırılmasına ilişkin ana espiriye uygun biçimde çözülmesine bağlı bulunduğu düşüncesinden hareket edilmekle birlikte, bu sonuca varılması için mağdurların zararlarının giderilmesi konusuna da büyük çaba harcanması teşvik edilmektedir.

d– Mahkumların yükümlülük kapasiteleri, karakterleri ve yaşama tarzlarına uygun önlemlerin tesbiti

144– Görülmüştür ki, gözetim görevi ile ilgili memurlarca olaya müdahaleyi kolaylaştıran, onların kapasite ve karakterlerine uygun, yaşam biçimleriyle özdeşleşecek olumlu vecibeler, mahkumun yükümlülükleri arasında, onu doğal ortamında ıslaha götürecek en büyük etkenler arasındadır. Zira,

(12) Rapport General sur L'Exercice 1988, s. 243 vd.

bu gibilere kapasitesinin dışında vecibeler yüklenmesi halinde, müessesenin başarısızlığa sürüklendiği yolunda izlenimler vardır. Ancak ilave etmek gerekir ki, gözetim altındaki kişilerin tümüne, aynı katagoride nicelik ve nitelik bakımından benzer biçimde takip çağrıştırılamaz. Uygulanan takip metodlarının kişilere ve olaylara göre değişiklik göstermesi tabiidir.

Sonuçta, deneyimlerin ışığında tahliye edenlere müzaharet ve deneme komiteleri, cezaları uygulama hakiminin kontrolü altında, sergiledikleri güçlüklere göre, dosyaların ayırımı ve herbirine uygulanacak doğru yöntemin belirlenmesi istikametinde çalışmalarına yön vererek, bu konuda akılcı bir yaklaşım göstermektedirler. Denetimle ilgili olarak görevlilerin araya girerek yardımda bulunma güvencesi, yargılanabilir durumda olanların müktesep hakkı veya basit bir kontroldan ibaret kalmaktaysa da, genelde cezaları uygulama hakimi ve deneme memurunun, kararın açıklanmasından sonra, işe derhal el atarak kontrol önlemlerinin biran evvel uygulamaya konulmasında, acele edilmesi üzerinde mutabakata varmaları, bu önlemlerin başarısını pekiştireceği düşünülmektedir.

e– Deneme süresinin uzun olmasının sakıncaları ve gözetimle ertelemede sistemi baraşısızlığa götürdüğü yolundaki kuşkular

145– Gözetimle ertelemede, başarının önemli bir güvencesi de deneme periyodu üzerinde toplanmaktadır. Genellikle deneme süresinin uzun tutulması halinde olaya el atmakta daha az istekle hareket edilmektedir. Bunun sebebinin ise, uzun süreli gözetimlerde, uygulama koşullarına riayetsizliklerin daha yaygın biçimde saptanmış olmasından ve sistemin bu sebeple başarısızlığının görülmesinden ileri gelmektedir. Bu sebepledir ki, önceki kanun zamanında üç yıldan beş yıla kadar olan deneme süresi 1989 dan itibaren, "18 aydan başlamak ve en fazla üç sene ile sınırlı kalmak" şeklinde yeniden düzenlenmiştir (13).

---

(13) Ministere de la justice, Direction de l'Administration Pénitentiaire Rapport General Sur L'Exercıce, 1988, s. 243; Bkz. Fransız Ceza Yargılama Usulü Kanunu, md. 738/2.

III– FRANSA'DA 1970'DEN 1991 YILINA KADARKİ GÖZETİM VE DENETİMLE İLGİLİ UYGULAMALAR VE BUNA AİT SONUÇLAR, DİLEKLER VE İSTATİSTİKİ BİLGİLER (14)

146– 1987 yılında hükmolunan toplam hapis cezalarının % 11'i gözetimle erteleme ile neticelenmiştir. Gözetime tabi tutulan teciller ise toplam tecil sayısı içinde % 66'ya ulaşmaktadır ki, bununda % 79'unu kadınlar hakkındaki uygulamalar teşkil etmektedir.

Gözetime tabi tutma işlemleri Temmuz 1970 tarihli kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren büyük ölçüde artış göstermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, 1974–1981 ve 1988 yıllarındaki genel afların araya girmesi, ayrıca salıverilenlere yardım ve gözetim komitesinin uygun şekilde hizmet vermeye ilişkin onca çaba ve önemli ölçüdeki etkinliklerine rağmen, gözetimle ertelemeye tabi olanların sayısının artış hızı, yine de yılda % 10 civarında kalmıştır.

Af Kanununun uygulaması sonucu, bu sayıda ertesi sene 1 Ocak'ta bazı düşüşler gözlenebileceğinden bahsedilmektedir. Ancak sayıdaki alçalmaların senelere göre çok büyük değişiklikler göstermekte olduğuna da işaret edilerek 1974 de % 5, 1981 de % 38 ve 1988 de % 27 civarında olduğu belirtilmiştir.

Gözetimle erteleme yoluyla izlenip denetlenen şahısların bu kadar çok büyük bir sayıya ulaşması, hem mahkumiyete ilişkin sayıların artması, hemde hükmolunan cezaların uzunluğu ile ilgili istisnai sürelere bağlanmakta ise de, gerçekten de gözetimle ertelemenin ortalama olarak hükmolunan süresi 25,8 ay olarak belirlenmiş, hatta istinaf mahkemesi ile diğer mahkemelerin bu süreyi 40,3 aya kadar yükselen bir süreye ulaştırdıkları gözlenmiştir.

Gözetimle erteleme ile ilgili cezaların bu kadar uzun süreyi kapsaması ise, mahkumiyetin sanıklara tebliği ve kesinleşmesinden sonra, kararın cezaları uygulama hâkimine ulaştırılmasındaki gecikme ile izah edilmiştir.

Gözetimle ertelemeden yararlanarak 1988 yılı içinde salıverilenlere yardım ve gözetim komitesine tevdii edilen işlerin sayısı 86132 olarak tesbit

---

(14) A. Kensey – J.L. Le Toqueux, Serbest bırakılanlara yardım ve denetim komitesinin aktivitelerinin yirmi yılı, İnfestat Justice, Mart 1991 n. 20, s. 1 vd.

edilmiş olup, bu rakkamın 1987 senesindeki sayıya göre % 4,60'lık bir artış gösterdiği gözlenmiştir. Gözetimle ertelemeye ait işlerin sayısında devamlı bir artış ve birikim görüldüğü, bu alanda takibi yapılan işlerin ise % 84'ünün açık ortam içinde gerçekleştiği belirtilmiştir.

1988 yılında gözetimle ertelemeden yararlananların yaşlarına göre tasnifine gelince: Bunlardan, 25 yaşın altındakiler % 37'yi oluşturdukları halde, kadınların sayısı % 91'e ulaşmıştır. Gözetimle ertelemeden yararlanan her iki mahkumdan birisini ilk defa suç işleyenler teşkil etmektedir. Bu durumda toplam ceza uygulaması içinde gözetimle ertelemeden yararlanan % 15'lik kesimi daha önce benzer nitelikli bir ceza uygulaması geçirmiş olanlar oluşturmaktadır.

Gözetimle ertelemeye karar vermede, suçların niteliğine göz atıldığında ise: Hırsızlık veya yataklık suçları % 37'yi teşkil etmektedir. Bunu (aileye yardımdan kaçma) aileyi terk suçu % 16 ile takip etmektedir. Dolandırıcılık, emniyeti suistimal ve karşılıksız çek ile ilgili oranlar ise % 12'dir.

1987 yılında, % 6 oranında gözetimle erteleme iptalle sonuçlanmıştır. Bu durumda gözetim önlemlerine uyumsuzluk ve yüklenen vecibelerin yerine getirilmemiş olması nedeniyle iptal edilip, ortadan kaldırılmasından dolayı geri kalan mahkumiyet süresinin kapalı ortamda çektirilmesi kararlaştırılmış, %0,6'sı ise önceki rehabilitasyon sebebi ile kesintiye uğramıştır. İptallerin 3/4'ü mahkumun özel vecibelere ve gözetim önlemlerine riayetsizliği sonucu olmuş, diğer 1/4'ü ise gözetim altında bulunduğu sırada yeni bir suç işlemesi nedeniyle vukuu bulmuştur.

Fransa dahilinde 1 Ocak tarihi esas alınarak senelere göre yükümlülüğü üstlenilen yargılanabilir olan şahısların, açık ortamdaki sayısal istatistiği ise aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Yıllar	Toplam	Gözetimle ertelemeye tabi tutulma	Şartla tahliye	Genel menfaate hadim bir işte çalışma
1970	16183	12972	3211	—
1971	20301	17742	2559	—
1972	24451	22069	2382	—
1973	32012	29430	2582	—

Yıllar	Toplam	Gözetimle ertelemeye tabi tutulma	Şartla tahliye	Genel menfaate hadim bir işte çalışma
1974	39312	35365	3947	—
1975	37185	32950	4235	—
1976	44038	39762	4276	—
1977	53182	48685	4497	—
1978	61997	57297	4700	—
1979	67847	63147	470	—
1980	71120	66327	4883	—
1981	73357	68805	4552	—
1982	45785	42161	3624	—
1983	55384	51484	3900	—
1984	63481	60434	3047	—
1985	71691	65970	4067	1654
1986	77705	70767	4523	2415
1987	84660	73822	5222	5616
1988	96144	82347	6323	7474
1989	70541	61495	5362	3684

Yukarıdaki liste Fransız Cezaevi İdaresi kaynaklarına dayalı olarak hazırlanan Fransız Adalet Bakanlığı'nın yayınlamakta olduğu İnfostat Justice'in 20 Mart 1991 tarihli sayısından alınmıştır (15).

(15) INFOSTAT JUSTICE, Ministère de la Justice, Direction de l'Administration Générale et de l'Equipement, Numero. 20, Mars 1991, s. 1.

ALTINCI BÖLÜM

GÖZETİMLE ERTELEMEYE İLİŞKİN FRANSIZ MEVZUATI

A- FRANSIZ CEZA YARGILAMA USUL KANUNUNUN KONUYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

IV- BAŞLIK

II- FASIL

GÖZETİMLE ERTELEME (738'den 747/8'e kadar olan maddeler).

147- MADDE – 738 (Değiştiren Kanun no. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29. 75-624, 11 Temmuz 1975, Md. 31).

Gözetimle erteleme cürüm veya adi mahiyetteki suçlardan dolayı hükmolunan mahkumiyetlere ilişkin hapis cezalarına uygulanır. Mahkumiyetin geçici olarak icra edilebileceği de açıklanabilir.

(Değiştiren Kanun 89-461, 6 Temmuz 1989 Md. 19).

Mahkeme deneme süresini 18 aydan az ve 3 seneden fazla olmayacak şekilde tesbit edebilir (16).

Mahkeme tecilin, süresi belirlenen hapis cezasının, sadece bir kısmına uygulanabileceğine karar verebilir.

148- MADDE – 739 (Değiştiren Kanun No.70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Bir mahkumiyet hükmü gözetimle ertelemeyi içerdiğinde, mahkum mutad ikametgahının bulunduğu yerin yargı çevresindeki cezaları uygulama hâkiminin kontrolu altına yerleştirilir. Veya eğer Fransa dahilinde mutad ikametgahı yoksa, hükmü veren yer mahekemsi (nezdindeki) cezaları uygulama hâkiminin kontrolu altına yerleştirilir.

Deneme süresi boyunca, mahkum ister cezaları uygulama hâkiminin her zaman alabildiği bir karar ile olsun, isterse kendisine mahkumiyet kararı ile

---

(16) Bu süre önceki yasada 3 yıldan 5 yıla kadar olarak düzenlenmiş idi. Merle–Vitu; gözlem, age., s. 1001, p. 827.

özellikle empoze edilen 80-514 nolu 7 Temmuz 1980 tarihli Danıştay Kararnamesi tarafından benzer şekilde öngörülen kısmi vecibelere ve Danıştay'ın 80-514 nolu 7 Temmuz 1980 tarihli kararnamesi tarafından öngörülen yardım ve gözetim önlemlerine ilişkin olsun, bu düzenlemelerin hepsine birden uymak mecburiyetindedir.

Cezaları uygulama hâkimi tarafından özel bir vecibe kararlaştırıldığında, bu karar geçici olarak icra edilir. Bununla birlikte, mahkum tarafından karara uyulmuş olmak kaydı ile mahkuma yapılan tebliğden itibaren hesap edilmek üzere, bir aylık süre içerisinde, asliye ceza mahkemesince yapılan inceleme sonucu karar onanabilir, iptal edilebilir ve değiştirilebilir. Şayet Asliye Ceza Mahkemesi, Cezaları uygulama hâkiminin öngörmüş olduğundan değişik bir vecibeye uyulmasını empoze ederse, Asliye Ceza Mahkemesinin bu kararı, Cezaları uygulama hâkiminin kararının ilgilisine tebliğ tarihi olan gün esas alınmak üzere, cezaları uygulama hâkiminin kararının yerine geçer.

Cezaları uygulama hâkimi, ayrıca her an için derhal infaza konabilen bir kararı ile mahkumun yerine getirme zorunluluğunda olduğu özel vecibeleri düzene koyabilir veya tamamen yürürlükten kaldırabilir.

149– MADDE – 740 (Değiştiren Kanun No. 70-643 Temmuz 1970 Md. 24).

Deneme süresi boyunca cezaları uygulama hâkimi, kontrolu altına yerleştirilen mahkuma empoze edilen vecibelerin ve yardımın ve gözetim önlemlerinin infazını, isterse bizzat kendisi tarafından, isterse konusunda yetişmiş personeli yardımıyla olsun denetimi altında tutar.

Eğer bu sonucun gerektirdiği icraatın Yargı çevresi sınırları dışında gerçekleştirilme mecburiyeti varsa, sanığa oradaki mükellefiyetlerini yerine getirmesi veya getirtilmesinde cezaları uygulama hakimi ülke düzeyinde yetkilidir.

150– MADDE– 741 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Mahkum istenildiği her defasında kontrolu altına yerleştirildiği cezaları uygulama hâkiminin önünde hazır bulundurulur.

Mahkumun, hâkimin bu çağrısına uymaması halinde, eğer mahkum kendi yargı çevresi içerisinde bulunuyorsa, hâkim onun ifadesini almak için

zabıta gücü ile süresiz olarak kendi önüne getirilmesine karar verebilir. Şayet mahkum kendi yargı çevresi içinde bulunmuyorsa, aynı hâkim mahkumun bulunduğu yerin yargı çevresindeki cezaları uygulama hâkiminden, mahkumun zabıta gücü ile hazır edilerek sorgusununyapılmasını isteyebilir.

151– MADDE– 741/1 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Eğer mahkum firarda ise, Cezaları uygulama hâkimi bir araştırma kararı çıkarabilir. Bu kararın konusu olan mahkum bulunduğu yerdeki cezaları uygulama hâkiminin önüne, bu hakimce, mahkumun dinlenmesi derhal yapılamıyorsa, Cumhuriyet Savcısının önüne götürülür. Mahkum araştırma kararını bizzat vermiş olan cezaları uygulama hâkiminin önüne götürülemediğinde, bu durumu açıklayan bir tutanak (yapılarak) süresiz olarak bu hâkime ulaştırılır.

152– MADDE– 741/2 (DeğiştirenKanun Maddesi No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Mahkum, gözetim önlemlerine veya 739. maddenin uygulanmasında empoze edilen özel vecibelere uymaması halinde, cezaları uygulama hâkimince dinlendikten veya dinletildikten sonra, savcılığın talebi üzerine gerekçeli (bir) kararla mahkumun geçici olarak en yakın cezaevinde hapis edilmesine hükmolunabilir.

Bu karar yetkilendirilmiş olması üzerine, mahkumun bulunduğu yer yargı çevresindeki cezaları uygulama hâkimi tarafından da alınabilir.

153– MADDE– 741/3 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

741/2. maddede öngörülen önlemler, 742. madde hükümlerinin uygulanması konusunda düzenlemeler yapabilmesi için Asliye Ceza Mahkemesinin yetkilendirilmesini de ihtiva eder.

İş tutuklama müzekkeresinden en geç 5 gün sonra veya birinci duruşmaya gelmek zorundadır. Aksi halde mahkumun resen salıverilmesi zorunlu olur. Eğer bir talik vuku bulursa, mahkeme tutukluluk halinin devamı konusunda gerekçeli olarak karar vermek mecburiyetindedir.

154– MADDE- 742 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970 Md. 29, 75-624, 17 Temmuz 1975 Md. 32, 81-82, 2 Şubat 1981 Md. 96).

1– Mahkum, 739. maddenin uygulanmasında empoze edilen özel vecibeleri veya yardım ve gözetim önlemlerini yerine getirmediğinde;

2– Bir mahkumiyeti müteakip bir yasa hükmünü ihlal ettiğinde, bu ihlal eylemi dolayısıyle tecilin iptaline karar verilmemiş olduğunda;

3– Aile giderlerine katkıda bulunmak, nafaka borcunu düzenli olarak ödemek, korunmaları kendi eline tevdii edilmiş olan çocuklarını bir yargı kararı gereği olarak teslim etmek veya dahası yasaya aykırı davranıştan doğan zarar ziyanı tamir etmek vecibelerini yerine getirmekten isteyerek kaçındığında;

Asliye Ceza Mahkemesi deneme süresini uzatabilir.

Mahkeme, müteakip maddelerde öngörülen durumlarda, cezanın tümünün veya belirleyeceği süredeki bir kısmının infaz edilmesine de karar verebilir.

MADDE–742/1 (Değiştiren Kanun No. 70-642, 17 Temmuz 1970 Md. 29).

Asliye Ceza Mahkemesi deneme süresini uzattığında, bu süre toplam olarak üç senenin üstünde olamaz (Değiştiren Kanun no. 89/461, 6 Temmuz 1989 Md. 19). Mahkeme ayrıca özel ve gerekçeli kararı ile bu tedbirin geçici olarak infazına karar verebilir.

155– MADDE– 742/2 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Cezanın kısmen infazına sadece bir defaya mahsus ve 2 ayı geçmeyecek bir süre için karar verebilir. Bu kısmî infazı hükme bağlayan karar, denemeye konulmak rejimine son vermez ve bu mahkumiyete, tecilsiz olan bir başka mahkumiyetin sonuçlarını bağlamaz.

156– MADDE– 742/3 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Şayet Asliye Ceza Mahkemesi cezanın toplam olarak infaz edilmesine karar verirse ve eğer gözetimle erteleme aynı haktan yararlanılarak daha

önce hükmolunan bir ilk mahkumiyetten sonra uyumlanmış olursa, birinci ceza öncelikle infaz edilir. Meğerki, mahkeme özel ve gerekçeli (bir) kararla, mahkumu infazının tümünden veya bir kısmından bağışık tutsun.

157– MADDE– 742/4 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Asliye Ceza Mahkemesi cezanın kısmen veya tümü ile infazına karar verdiğinde özel ve gerekçeli (bir) kararıyla mahkumun hapisedilmesine de karar verebilir.

158– MADDE– 743 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Eğer mahkum, yardım ve gözetim ve 739. maddenin uygulanmasında empoze edilen özel vecibelere uygun davranıyor idi ise ve eğer yeniden sınıflandırılması müktesep teşkil ediyor idi ise, asliye ceza mahkemesi hükmolunmuş mahkumiyetin aksine, bunun esasen hiç vaki olmamış sayılmasını kararlaştırabilir.

Mahkeme, mahkumiyetin kesinleşmesinden itibaren bir yıllık bir süre geçmedikçe bu sonucu incelemeye başlayamaz.

Mahkemenin kararına karşı Cumhuriyet Savcısı ve mahkum tarafından istinafa başvurulabilir (İtiraz edilebilir).

159– MADDE– 744 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

Mahkumun mutad ikametgahının bulunduğu yargı çevresindeki Asliye Ceza Mahkemesi veya eğer mahkumun Fransa'da mutad ikametgahı yoksa, mahkumiyet kararını veren yerin yargı çevresindeki Asliye Ceza Mahkemesi, 739/3. bent 741/3, 742 ve 743. maddelerde öngörülen hususlarda (düzenleme yapmaya) karar vermeye yetkilidir. Bununla birlikte 741/2. madde hükümlerinin uygulaması yapılmış ise, mahkumun bulunmuş olduğu yargı çevresindeki Asliye Ceza Mahkemesi 742. maddede öngörülen önlemleri almaya yetkili mahkemedir.

Asliye Ceza Mahkemesi, ister cezaları infaz hâkimi, isterse cumhuriyet savcısı tarafından talep edilmiş olsun, konuyu ele alıp inceler. Asliye Ceza Mahkemesi benzer şekilde 743. madde hükümlerinden yararlanmayı isteyen mahkumun (dilekçe ile) istemesi üzerine de konuyu ele alıp inceleyebilir.

550 den 566 ya kadar olan maddeler ile öngörülen durumlarda, savcılığın talebi üzerine mahkum mahkemeye celbedilir. Benzer şekilde mahkum 389. maddenin 1. ve 3. bentlerinde öngörülen durumlarda (da) mahkemeye celbedilebilir (17).

Mahkeme, müzakere odasında karar verir. Cezaları uygulama hâkiminin karara katılmaması halinde mahkeme yazılı bir rapor üzerinden kararını verir.

160– MADDE– 744/1 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29).

İş bu kanunun II ve III. kitaplarında öngörülen durumlarda, önceki maddelerin uygulamasına ilişkin olarak verilen kararlar itiraza, istinaf veya temyiz yoluna başvurmaya elverişlidirler.

Bununla birlikte, 742/4. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak mahkeme tarafından alınan karar aleyhine itiraz halinde, istinaf ve temyize başvurulamaz (İtiraz, istinaf ve Yargıtay'a başvurmayı engelleyici bir sonuç doğurur).

İtiraz durumunda iş, birinci duruşmaya veya itirazdan itibaren 8 günlük bir süre içinde mahkeme önüne gelmek mecburiyetindedir. Aksi halde mahkumun resen serbest bırakılması zorunludur. Şayet talik vuku bulursa, mahkemece tutukluluk halinin devamına veya salıvermeye ilişkin gerekçeli olarak karar verilmesi mecburidir.

161– MADDE– 744/2 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29
74-631, 5 Temmuz 1974, Md. 13/III).

Mahkum, küçüklere özgü yargıya ait bir karar ile gözetimle erteleme rejimi altına yerleştirildiğinde çocuk hâkimi ve çocuk mahkemesi kendi yargı çevrelerinde mutad ikametgah sahibi olan küçükler hakkında, deneme süresinin hitamına değin, 739'dan 744/1'e kadar olan maddeler uyarınca cezaları uygulama hâkimine ve asliye ceza mahkemesine ait yetkileri aynen kulanırlar.

---

(17) Sözü edilen 550'den 566'ya kadar olan maddeler, celp, çağrı ve tebligatla ilgili hükümleri ihtiva etmektedir. Ayrıca sözü edilen 389. madde de mahkemeye yani yargıç önüne çıkma ile ilgili celp çağrı ve davetiyeye ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir.

(2. ve 3. bölümler 74-631 Sayılı 5 Temmuz 1974 tarihli Kanunun 13/III. maddesi ile yürüklükten kaldırılmıştır.

162– MADDE– 744/3 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970, Md. 29
75-624, 11 Temmuz 1975 Md. 33
81-82, 2 Şubat 1981 Md. 8).

Şayet mahkum, deneme süresi boyunca yeni bir mahkumiyeti takiben bir cürüm veya adi bir suç işlerse, ister cürüme ilişkin (ağır cezalık mevattan) olsun, isterse tedibi nitelikte bir hapis cezası olsun, üst mahkeme veya mahkeme daha önce uyarlanmış, tecil veya tecilleri tamamen veya kısmen yürürlükten kaldırmaya karar verebilir, bu durumda en son tefhim edilen ceza ile veya diğer cezalar arasında birleştirme, karıştırma olmaksızın, iptal edilen tecille ilgili cezalar ilkönce infaz edilecektir

Eğer gözetimle erteleme, bu şekilde tecilden yararlanmak suretiyle, daha önce tefhim edilen bir veya birçok mahkumiyetten sonra uyumlanmış ise, yüksek mahkeme veya mahkeme tecile eşlik eden cezaların tümden veya kısmen iptaline karar vermesi halinde, ilgili mahukiyetler ile getirilen cezalar tamamen veya kısmen infaz edilirler.

Tecilin iptaline karar verildiğinde, 742/4 ve 744/1. maddeler uygulanabilirler.

163– MADDE– 745 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970 Md. 29
75-624, 11 Temmuz 1975 Md. 34).

Eğer mahkum deneme süresi boyunca yeni bir suç işlemezse veya gözetim, veya yardım önlemlerinde veya 739. maddenin uygulanmasında empoze edilen özel vecibelerde bir eksiklik (kusur) etmezse, ister tecilin iptalini hükme bağlayan bir mahkumiyet kararı olsun, isterse cezanın toplamının infazını hükme bağlayan bir karar olsun, gözetimle ertelemeye uyarlanan mahkumiyet esasen hiç vaki olmamış sayılır.

Gözetimle ertelemeden yararlanma, cezanın sadece bir bölümü için uygulanmış olması halinde, eğer tecil önceki bentte öngörülen süre içinde iptal edilmedi ise (ortadan kaldırmaya maruz kalmadı ise) mahkumiyet bütün sonuçları (ögeleri) ile birlikte esasen hiç vaki olmamış sayılır.

164– MADDE– 745/1 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970 Md. 29).

Eğer gözetimle erteleme daha önce aynı yarar altında hükmolunan bir birinçi mahkumiyetten sonra uyumlandı ise, şayet bu ikincisinin kendiliğinden ortadan kalktığı açıklanmış olursa veya 743 veya 745. maddelerde öngörülen şartlar ve süreler içinde esasen vaki olmamış addedilmiş ise, bu birinci mahkumiyet de esasen vaki olmamış (gibidir) sayılır.

165– MADDE– 746 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970 Md. 29).

Cezanın ertelenmesi, dava masraflarının ve tazminatların ödenmesini kapsamaz.

Erteleme feri cezaları ve mahkumiyetin sonucu olan ehliyetsizlikleri de kapsamaz.

Bununla birlikte 743 ve 745. maddelerin hükümlerin tatbiki suretiyle, mahkumiyetin sona erdiğinin açıklanıp kararlaştırıldığı veya esasen hiç vaki olmamış sayıldığı günde feri cezaların ve ehliyetsizlik cezalarının yürürlüğe girmesi durur.

166– MADDE– 747 (Değiştiren Kanun No. 70-643, 17 Temmuz 1970 Md. 29
75-624, 11 Temmuz 1975 Md. 35).

Mahkeme veya mahkemenin başkanı, gözetimle ertelemeyi içeren bir mahkumiyete karar verdikten sonra (mahkum) eğer yeni bir suç işlerse, (karışma) birleşme olmaksızın önceki cezaların infazını olanaklı kılacak bir mahkumiyete konu olabileceğini ve en son tefhim olunan ceza ile birlikte, ceza kanununun 57 ve 58. maddeleri gereğince tekerrüden dolayı da cezalara çarptırılacağını mahkuma ikaz etmek zorundadır (18). Başkan buna uygun olarak, mahkuma (ayrıca) kararlaştırılan önlemlere uymaktan kaçınacak olursa, maruz kalacak olduğu cezai müeyyideleri ve aksine düzgün bir gidişatı gözlendiğinde ise, mahkumiyetin esasen hiç vaki olmamış sayılabileceğine dair sahip olacağı imkanı da bildirmek (ihtar etmek) zorundadır.

III. FASIL

GENEL MENFAATE HADİM BİR İŞ İFASI MECBURİYETİNİ İÇEREN TECİL
(Değiştiren Kanun No. 83/466, 3 Haziran 1983 Md. 4)

167– MADDE– 747/1 (Değiştiren Kanun No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

---

(18) Sözü edilen Ceza Kanununun 57 ve 58. maddeleri tekerrüle ilgili hükümleri içermektedir.

Mahkeme, 738. maddenin birinci bendinde öngörülen şartlarda, mahkumun bir kamu ortaklığı, bir kamu kurumu veya bir derneğin yararına genel menfaati hadim bir işi karşılıksız olarak 40 saatten az ve 240 saatten fazla olmamak üzere (ifa etmesini) yapmasını öngörebilir.

Mahkeme, iş bu madde hükmünü ancak mahkumun (tefhim sırasında) hazır olması halinde uygulayabilir. Mahkeme başkanı hükmü tefhim etmeden önce sanığa genel menfaate hadim bir işte çalışmayı reddetme hakkını bildirir ve cevabını alır.

Mahkeme işin ifası için mecbur olunan süreyi 18 aylık sınır içinde tesbit eder. Bu süre genel menfaate hadim işin tamamının (bitirilmesinden) ifasından itibaren son bulur ve mahkumiyet o zaman esasen hiç vaki olmamış sayılır.

Bu süre çok ağır tıbbi, ailevi, mesleki veya sosyal mecburiyetler nedeniyle geçici olarak ertelenebilir.

Genel menfaate hadim bir işin ifa edilmesi, mükellefiyetinin icra edilmesinin nitelikleri ve önceki bent ile öngörülen sürenin geri bırakılması cezaları uygulama hâkimi tarafından kararlaştırılır.

168– MADDE– 747/2 (Değiştiren Kan. No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

747/1. maddenin 3. bendinin uygulanmasında belirlenen süre boyunca, Genel menfaatte hadim bir işte çalışma vecibesinden başka, mahkum Danıştay'ınbir kararnamesi tarafından öngörülen yardım ve kontrol önlemlerinin tümüne birden uymak mecburiyetinde olduğu gibi, gerekirse Danıştayın bir kararnamesinde benzer şekilde öngörülmüş ve kendisine mahkeme tarafından enpoze edilen, özel vecibelere de uymak mecburiyetindedir.

169– MADDE– 747/3 (Değiştiren Kan. No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

738. maddenin 2. ve 3. bentleri, 743 ve 745. maddelerinin 2. bendi ayrık, yukardaki II. faslının hükümleri, 747/1. madde tarafından tayin edilmiş vecibe ve ayni maddenin uygulanmasında belirlenen süre, herbiri ile uyumlu (özdeşik) olarak, deneme süresine ve özel bir vecibeye uygulanabilirler. Bununla birlikte 742/1. madde ile öngörülen süre 18 aya indirgenir.

170– MADDE– 747/4 (Değiştiren Kan. No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

İş kanunu hükümleri, gece çalışmalarına, işçi sağlığının korunmasına, iş güvenliğine, böylece genç işçilerin ve kadınların çalışmalarına olduğu gibi, göreceli olarak genel menfaate hadim bir işte çalışmaya da uygulanacaktır.

171– MADDE– 74/5 (Değiştiren Kan. No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

Devlet, genel menfaate hadim bir işin ifası cümlesinden olarak, önemli bir kararın doğrudan uygulanmasının sonucunda mahkum tarafından üçüncü kişiye verilen zararın bir kısmından veya (tüm) zarar ziyandan sorumludur.

Devlet, (ödediği zarar ziyan ölçüsünde) mağdurun haklarına hukuken halef olur.

Mesuliyet (sorumluluk) davası ve rücu davası, mahkemeler önünde hukuki açıdan önemi haiz olarak hüküm ifade eder.

172– MADDE– 747/6 (Değiştiren Kan. No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

Yukarda 747/1'den 747/5'e kadarki maddelerin hükümleri 16 yaşından 18 yaşına kadar olan küçüklere uygulanabilirler. Bununla birlikte genel menfaate hadim işin süresi ne 20 saatten az ve ne de 120 saatten fazla olmayacak ve bu çalışma sırasında iş bir yılı aşamayacak süre zarfında ifa edilmiş olmak zorundadır.

747/1 ve 747/7. maddelerde öngörülen, cezaları uygulama hâkimine ait görev ve yetkiler çocuk (mahkemesi) hâkimine, üzerine (payına) düşen ölçüde aynen intikal eder. 747/1. maddenin 1. bendinin uygulanmasında küçüklerin genel menfaate hadim işlerde çalışmalarında (izlenecek yöntemlerin) kişilik kazandırıcı olması veya sosyal çevreyi benimsemelerine yardımcı şekilde bir uyarlama yapılması mecburiyeti vardır.

173– MADDE– 747/7 (Değiştiren Kan. No. 83-466 10 Haziran 1983 Md. 4).

İş bu fasılın uygulamasının özellikleri bir Danıştay Kararnamesi ile saptanır. Kararname, önerilen işlerin tabiatına uygun düşecek şartlar içinde mahkumların aktivitelerini, yerine getirecekleri hususları düzenler.

Bunun dışında kararname ayrıca:

1– Cezaları Uygulama Hâkimi, suçlulukla ilgili konularda yetkili tüm kamu organları ile istişare ve savcılığın mütalaasını aldıktan sonra, yargı çevresi içindeki ifa edilmeye elverişli olan genel menfaate hadim işlerin listesini hazırlayacağına;

2– Genel Menfaata hadim işin, ücretli mahkumlar için çalışmanın yasal süresi ile birleştirilebileceğine;

3– 747/1. maddenin 1. bendinde sözü edilen derneklerin yetkilendirilmesine; ilişkin şartları belirler.

174– MADDE– 747/8 (Değiştiren Kan. No. 89-461, 6 Temmuz 1989 Md. 16 ile eklenmiştir.

Sanığın mevcudiyeti dışında tefhim olunan tüm kazai kararlar, adi bir suç için 6 aydan daha az süreli bir hapis cezasını ihtiva eden bir mahkumiyet ile, bu mahkumiyetin mahkum tarafından (itiraza) kanun yoluna başvurmaya elverişli olmadığı zaman, cezanın infazının tecil edileceğine ve mahkumun bir kamu ortaklığı, bir kamu kurumu veya bir dernek yararına genel menfaate hadim bir işte ne 40 saatten az ve nede 240 saatten yukarı olmayacak şekilde çalıştırılacağını hükme bağlayabilirler. Genel menfaate hadim bir işte çalışma vecibesinin icra edilmesi, 741/1. maddenin 3. ve 4. bentleri ve 747/2.den 747/5'e kadar olan maddelerde yer almaktadır.

Genel menfaate hadim bir işte çalışmayı reddetme hakkının bulunduğundan, bilgi verilmesini müteakip, mahkumun bu hakkından yararlanmıyacağının (yararlanmaktan vazgeçtiğini) kesin olarak açıklaması üzerine mezkür anlatım yardımı ile yargılama yetkisi cezaları uygulama hâkimi tarafından elde edilir. Eğer hapis cezası infaz aşamasında değilse anlatım ancak o takdirde sunulabilir. Teminat akçesi cezanın infazını yargılama yetkisinin elde edilmesine kadar geri bıraktırır.

Mahkeme savcılığın, mahkumun veya yetkili veya yekilendirilen avukatının talep ve iddiaları konusunu müzakere odasında hükme bağlar. Eğer kendisi için tecil istenen şahıs tutuklu bulunuyorsa 712. maddenin hükümlerine uygun şekilde davranılır.

Karar Cezaları uygulama hakiminin bilgisine süresiz olarak ulaştırılır. Karar mahkumun mevcudiyeti dışında (yokluğunda) alındığı zaman, bu hâkim tarafından mahkuma tebliğ olunur. Karar infazı geri bırakmaksızın, sadece temyiz yoluna başvurmaya elverişlidir.

747/6. madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile iş bu madde hükümleri 16 yaşından 18 yaşına kadar küçüklere de uygulanabilir.

B– FRANSIZ CEZA YARGILAMA USUL KANUNUNA AİT TÜZÜĞÜN KONUYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

V– KİTAP

İNFAZIN USULLERİ
(Kararname. no 59 – 318, 23 Şubat 1959)

1. Başlık

CEZALARIN İNFAZI

(Kararname, No 86 – 461, 14 Mart, 1986).

175– MADDE – R. 50–29 (Kararname No. 86-461, 14 Mart 1986).

Birinci Başkan, Hakimler genel Kurulunun görüşünü aldıktan sonra istinaf Mahkemesinin yargı çevresi içindeki cezaları uygulama hakiminin işlevlerini, koordine eden ve cezaların icra edilişini izleyen bir veya birkaç danışman görevlendirir.

Birinci Başkan bunların görevlerine son verir veya aynı şekilde (görev dağıtımı) yerleştirilmelerini sağlar.

176– MADDE– R. 50–30 (Kararname No. 86-461, 14 Mart 1986).

Cezaları uygulama hâkimi her sene, yargı çevresindeki cezaların yerine getirilmesine ilişkin olarak Adalet Bakanlığına bir rapor gönderir, bu rapor benzer şekilde, cezaların uygulanmasını takiple görevli danışmanlara ve başsavcıya'da ulaştırılır. Bununla beraber cezaları uygulama hakimi bu raporun içeriğinden hakimler genel kuruluna ve savcılığı'da sözlü olarak bilgi sunar.

177– Madde R.50–31 (Kararname No. 86-461, 14 Mart 1986).

Cezaları uygulama hâkimi tahliye edilen mahkumlara yardım ve deneme sürecini izleyen komiteden yardım görür.

178– MADDE R.50–32 (Kararname No. 86-461, 14 Mart 1986).

Cezaları uygulama hâkiminin kontrolü altına yerleştirilen bir mahkuma karşı yapılan yeni bir kovuşturma durumunda, Savcı tarafınan cezaları uygulama hâkimine haber verilir, savcılık mahkumun davranışı üzerine (onun

için) faydalı görünen hususlarda bu hakimle iletişim kurar. Savcılık cezaları uygulama hakiminin yetkisi dahilindeki, özellikle mahkumun yararlandığı düzenlemenin iptaline veya değiştirilmesine uygun tüm kararlar konusunda mütalaasını cezaları uygulama hâkimine bildirir.

III BAŞLIKLAR – (Yok) – (İptal)
IV BAŞLIK = TECİL
1. FASIL (Yok) – İPTAL
II. FASIL = GÖZETİMLE ERTELEME

Ceza Usul Kanununun 739. maddesininuygulaması ile ilgili Danıştay Kararnamesinde sözü edilen yukarıdaki Ceza Usul Kanununun 738 ve devamındaki yeni düzenlemelere ilişkindir.

1. BÖLÜM

GENEL HÜKÜMLER

179 – MADDE R. 51

Gözetimle erteleme rejimi altına yerleştirilen mahkumlar 738'den 747'ye kadar olan maddelerin sonucu olan (yeniden cemiyete kazandırılmalarını içeren) sosyal sınıflandırılmaları ve davranışlarının kontrolünü temin etmeye matuf olarak işbu fasılın III. bölümünde öngörülen yardım ve gözetim önlemlerine tabi tutulurlar. Bu mahkumlar mahkemeler veya yüksek yargı organları kararıyla özellikle empoze edildiğinde IV. bölümde öngörülen vecibelerin bazılarının (uygulamasına da maruz kalabilirler) uygulamasıda mümkün olabilir.

180– MADDE R. 52

Bu önlemler ve vecibeler, (mahkumun) ne benimsediği düşünce hürriyetine, ne de dini ve politik inançlarına (zarar veremez) dokunamaz.

II. BÖLÜM

GÖZETİMLE ERTELEME REJİMİ

KONTROL ETMEKLE GÖREVLİ MAKAMLAR

181– MADDE R. 53

Cezaları uygulama hakimi, yargı çevresinin içinde ikamet etmekte olan

mahkumların, gözetim yöntemine ilişkin vecibelerin ve önlemlerin infazını kontrol eder.

182– MADDE R. 54

Cezaları uygulama hakimi, mahkumun uymaya mecbur olduğu gözetim önlemlerini olduğu gibi, gerektiğinde mahkumiyet kararı tarafından empoze edilen özel vecibeleri hatırlatmak için de mahkumu celbederek, ona kararlaştırmış olduğu özel vecibeleri tebliğ eder. Cezaları uygulama hakimi uygulanacak ve kontrol edilecek olan önlemler ve vecibeleri gerektiren durumlarda yargı yürütmek yetkisini haizdir.

Bu formalitelerin yerine getirilmesi bir tutanakla sağlanarak doğrulanır. Tutanağın bir sureti okunup imzası alındıktan sonra ilgilisine verilir.

183– MADDE R. 55 (86-461 nolu 14 Mart 1986 tarihli kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır).

III. BÖLÜM

GÖZETİM VE YARDIM (MUAVENET VE MÜZAHARET) ÖNLEMLERİ

184– MADDE R. 56

Gözetimle erteleme rejimi yönetimi altına yerleştirilen mahkuma empoze edilerek olan gözetim önlemleri müteakiptir.

1) Cezaları uygulama hâkimi veya yetkili gözetim memurunun çağrısına (celp etmesine) cevap vermek (uymak)

2) Gözetim memurunun ziyaretlerini kabul etmek ve vecibelerin yerine getirilmesi ve yaşama tarzına ait vasıtaların kontrolüne imkan verecek nitelikteki dökümanları veya bilgileri ona iletmek.

3) İş değişikliklerinden gözetim memurunu haberdar etmek.

4) İkametgah değişikliklerinde veya 15 günü aşacak olan bütün yer değiştirmelerinden ve geri dönüşünden gözetim memurunu haberdar etmek.

5) Vecibelerin yerine getirilmesine engel nitelikteki bütün iş veya ikametgah değişiklikleri için cezaları uygulama hakiminin iznini almak.

6) Bütün yabancı yer değiştirmeler için (herşeyden önce) ceza infaz hakiminin ön iznini almak.

185– MADDE R. 57 (Kararname no: 86-461, 14 Mart 1986).

Yardım önlemleri mahkumun sosyal hayata yeniden bağlanmasını (heveslendirip özendirmek suretiyle) kolaylaştırmak içindir.

Sosyal bir yardım karakterinde ve icabederse maddi bir yardım biçiminde alınan bu önlemler, gerektiğinde gözetim komitesi tarafından bütün kamu ve özel kuruluşların katılmasını teminen icra edilirler.

IV. BÖLÜM

Mahkeme kararları veya Yüksek Yargı organları kararı tarafından özellikle empoze edilen vecibeler

186– R. 58 (Kararname no: 86-461, 14 Mart 1986).

Mahkumu gözetimle erteleme rejimi altına yerleştiren ilam veya karar müteakip vecibelerden bir veya birkaçına uymayı mahkuma özellikle empoze edebilir.

1) Belirlenen yerde ikamet etmek.

2) Özellikle işaret edilen tüm yerlerde bulunmaktan kaçınmak.

3) Bir meslekle uğraşmak veya mesleki formasyon veya öğrenimi takip etmek.

4) İnceleme, kontrol, tedavi veya tüm tıbbi bakım önlemlerine olduğu gibi, hastahane kontorlüne tevdii edilmekle ilgili önlemlere de riatey etmek.

5) Aile giderlerine katkıda bulunduğunu (kanıtlamak) doğrulamak veya ödemeye mahkum edildiği yargısal kararlara uygun olarak, nafaka borçlarını ve aynı mahiyetteki yargısal uzlaşmalarda yer alan parasal yardım mükellefiyetlerini ödemek vecibesini, para yardımlarını veya evlilik yükümlülüklerine katkılarını bu yargısal uzlaşmalara uygun olarak düzenli şekilde ödemek.

6) Ödeme gücüne bağlı olarak, borçlu olduğu miktardaki parayı mağdura veya yasal temsilcilerine veya hak sahiplerine ödediğini (kanıtlamak) doğrulamak.

7) Mahkumiyeti müteakip, devlet hazinesine olan borç miktarına ait paraları ödeme gücüne bağlı olarak ödeyip bitirdiğini kanıtlamak.

8) Karayolları kanununda belirtilen, otomobil kullanma ehliyetname katagorileri ile belirlenen, bazı araçları kullanmamak ve ilgili tüm ehliyetnameleri mahkeme kalemine tevdi etmek.

9) Gazinolara, kumarhanelere ve koşu alanlarına (at yarışlarına) sık sık gitmemek ve özellikle de müşterek bahis müesseselerinde olmak üzere bahise tutuşmamak.

10) İçki miktarlarında olağan dışına taşmamak ve alkollü içkilerin tüm aşırılıklarından kaçınmak.

11) Bazı mahkumlarla, özellikle suç faili veya suç ortaklarıyla sık sık görüşmemek.

12) Özellikle yasaya aykırı davranmaya kurban giden kişiler (suç failleri) olmak üzere bazı şahıslarla ilişkiye girmekten, onları evinde barındırmaktan ve misafir etmekten kaçınmak.

13) Silah bulundurmamak veya taşımamak.

187– MADDE R. 59 (14 Mart 1986 tarihli, 86-461 nolu kararnameyle yürürlükten kaldırılmıştır).

V. BÖLÜM

DEĞİŞİK HÜKÜMLER

188– MADDE R. 60

Çocuk Mahkemesi hâkimi, yetkili olduğu zamanlarda, eğer uygun olacağı kanısına varırsa, 744/2. maddesi gereğince iş bu fasılda öngörülen önlemleri, suçlu çocukların nisbeten değiştirilip geliştirilmelerine dair 2 Şubat 1945 tarih 45–174 nolu Kanun hükmündeki kararnamenin 15'den 19'a ve 27'den 28'e kadar olan maddelerde belirlenen önlemler ile birlikte (tasarlayabilir) kararlaştırabilir.

O zaman gözetim memurunun görevlerini, bu hakim tarafından atanan gözetimle salıverme ile görevli temsilci delege ifa eder.

189– MADDE R. 61

Gözetimle erteleme yöntemi altına yerleştirilen mahkumun, askerlik görevinde bulunduğu zaman süresi içinde, yardım ve gözetim önlemlerine gerekirse ilam veya kararda özellikle empoze edilen vecibelere tabi tutulmaz.

Sivil hayata döndüğünden itibaren, şayet gözetimin süresi sona ermemişse, ikametgahındaki cezaları uygulama hakimine isbatı vücut etmek mecburiyetindedir.

C– FRANSIZ ASREKİ CEZA KANUNUNUN KONUYA İLŞİKİN HÜKÜMLERİ

10. BÖLÜM

TECİL

190– MADDE 369

Hapis veya para cezasına mahkumiyet durumunda Askeri Mahkeme, Ceza Usul Kanununun 734'den 747/4'e kadar (19) olan maddelerinde öngörülen durumlarda, infazın ertelenmesine karar verebilir.

Tecil, cürüm veya adi suç veya askeri cürüm veya adi mahiyetteki suçlara ilişkin hapis cezalarını ihtiva eden tüm mahkumiyetlere; 738'den 747/4'e kadar olan maddeler ise, ancak müteakip hükümlere riayet kaydıyla uygulanabilirler (20).

Mahkeme yalnızca (Tecilin) deneme süresine karar verir.

Ceza Usûl Kanununun 739. maddesi tarafından öngörülen özel durumlarda (Ancak) mahkumun, kontrolü altına yerleştirildiği cezaları uygulama hakimi mahkuma empoze edilecek özel vecibeleri belirleyecektir.

Mahkeme tarafından mahkumlara verilen deneme süresi bitmediğinde, işbu kanunun 61 ve 63. maddeleriyle uyumlu olarak (21) ve askerler sivil hayata döner dönmez ve Askeri Mahkemede yargılanabilir durumda olanlar ve ordudaki yabancı şahıslar, mahkumiyetlerinden itibaren Ceza Usul Kanununun 739. mddesinde öngörülen yardım ve gözetim önlemlerine ve böylece özel vecibelere uyarlar.

---

(19) Sözü edilen Ceza Usûl Kanununun 734'den 738'e kadar olanmaddeleri "Basit (Gözetimsiz) Tecil" ile ilgilidir.

(20) Sözü edilen Ceza Usûl Kanununun 738'den 747/4'e kadar olan maddeleri ise gözetimle (Tecil) ertelemeye ilişkindir.

(21) Sözü edilen Askeri Ceza Kanununun 61 ve 63. maddeleri sulh zamanında askerlikle ilişkisi bulunan personelin statüsüne ilşikindir.

191– MADDE 370

Bir askeri cürüm veya adi bir suçtan dolayı mahkumiyet, mahkumun daha önce genel hukuka ilişkin bir suçtan dolayı uyumlanan gözetimle erteleme veya basit tecil hakkını (haleldar etmez) kaybettirmez.

Genel hukuka ilişkin bir suçtan dolayı uyarlanan gözetimle erteleme veya basit tecil, daha sonra buhaklardan yararlanmaya engel teşkil etmez.

YEDİNCİ BÖLÜM

1– § KONUYLA İLGİLİ 1987 VE 1989 TARİHLİ TCK.'NUN ÖNTASARISI MADDE METİNLERİ VE GEREKÇELERİ

I– A Konuyla ilgili 1987 Tarihli TCK.'nun Öntasarısı Madde Metinleri ve Gerekçeleri

192– ***Cezanın Ertelenmesi***

Madde 80– Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse, işlediği suçtan dolayı ağır veya hafif para veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biri ile mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezanın ertelenmesi ilerde suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir.

Suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış olanlar ile, altmışbeş yaşını ikmâl etmiş bulunanların para cezaları ile üç yıla kadar (üç yıl dahil) şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Ertelemeye yer olup olmadığı hakkında mahkeme ilamında sebeplerin açıklanması gereklidir.

Kabahat ile mahkum olan kimse, hükmün verildiği tarihten itibaren bir yıl içinde bir suçtan dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya; cürüm ile mahkûm olan kimse hükmün verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde işlediği bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis cezasına mahkûm olmazsa cezası ertelenmiş olan mahkûmiyeti esasen vaki

olmamış sayılır. Aksi takdirde, her iki ceza ayrı ayrı infaz olunur ve şartları varsa tekerrür hükümleri uygulanır. Suçun, deneme süresi içinde işlenmesi yeterlidir.

Yukarıdaki fıkrada gösterilen deneme süresi içinde uygun **denetimli serbestlik** tedbirinin tatbikine mahkemece karar verilebilir.

Erteleme hükmü mahkeme kararında aksi belirtilmedikçe, fer'i cezalar hakkında da tatbik edilir.

Erteleme kararının infazı, şahsi hakların tazmini şartına tabi tutulabilir.

Tazminat kabilinden olan para cezaları ertelenemez. Zapt ve müsaderesi kanunen mecburi olan eşya ile yargılama giderleri hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.

139– *Gerekçe*

Madde 80 – Madde, çağdaş kanunların benimsediği ana prensibi vurgulamış ve kısa süreli şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların infazından mümkün oldukça kaçınma ilkesine uygun olarak düzenlenmiştir. Bu sebepledir ki erteleme imkanı geniş tutulmuş ve iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis ve hafif hapis cezalarının ertelenebileceği maddede belirtilmiştir. Ayrıca suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış olanlar ile altmışbeş yaşını ikmal etmiş bulunanların üç yıla kadar (üç yıl dahil) olan hapis ve hafif hapis cezalarının ertelenebileceği ayrıca bir istisna olarak kabul edilmiştir.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması hakkındaki ilke gözönünde tutularak ertelemenin veya cezayı ertelememenin sebeplerinin kanunda yer alan ibarelerin tekrarı mahiyetinde olmayacak biçimde anlam taşıyacak surette belirtilmesinin lüzumu açıktır. Madde bu esası belirtmek amacıyla üçüncü fıkrasında hüküm ihtiva etmektedir.

Diğer yandan, tazminat kabilinden olan para cezalarının maddenin son fıkrasında, ertelenemeyeceği belirtilmiş ayrıca zapt ve müsaderesi gereken eşya ile mahkeme masraflarının da erteleme hükmü içine ithal edilemeyeceği açıklanmıştır.

Deneme süresinin başlangıcına açıklık getirmek ve uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla, metinde bu sürenin hükmün verildiği tarihten itibaren başlayacağı vurgulanmıştır. Bundan başka, deneme süresi içinde suç

işlenmesi halinde ertelemenin düşeceği ve şartları varsa tekerür hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmekle beraber bu suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükmünün deneme süresi içinde kesinleşmesi şartının aranılmayacağı hususunda da maddede açıklık sağlanmıştır.

Maddenin yedinci fıkrasında yer alan hükümle ertelemeye karar verme, mağdurun uğradığı zararların tazmini esasına tabi tutulabilecektir; böylece çağdaş ceza hukukunda mağdurun ceza hükümleri ile korunması hususundaki ortak eğilimi vurgulayan bir hüküm kanuna eklenmiş bulunmaktadır.

Erteleme konusunda maddeyle getirilen önemli bir yenilikte beşinci fıkrada cezası ertelenen mahkumun deneme süresince uygun **denetimli serbestlik** tedbirine tabi tutulmasına da karar verilebilmesidir. Böylece güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekli bir hal de tesbit edilmiş bulunmaktadır.

GÜVENLİK TEDBİRLERİ

194– *Güvenlik Tedbirleri, Nev'ileri*

Madde 93 – A) Şahsi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri:

1– Bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde islah edilme,

2– Denetimli serbestlik

3– Belli yerlerde ikâmetin yasaklanması,

4– İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma,

5– Akıl malûliyeti veya diğer bir ruhi zaaf veya sakatlık sebebiyle cezaları indirilmiş olan suçluların bu husus için kurulmuş bir sağlık kurumunda tedavi altına alınmaları,

6– Sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanmayı alışkanlık haline getirmiş bulunan suçluların tedavi altına alınmaları,

7– Yabancılar hakkında sınır dışı edilme.

B) Haklardan mahrumiyeti gerektiren güvenlik tedbirleri:

1– Füruğuna veya eşine karşı hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş bulunan hükümlünün, füruğu üzerindeki velâyet hakkının veya vasilik veya kayyumluk sıfatının kaldırılmasına ilişkin olup Medeni Kanunda yer alan hükümlerin uygulanmasına ve failin kocalık haklarından mahrum kılınmasına, işlenen suçun niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler, suçlunun kişilik özellikleri gözönüne alınmak suretiyle karar verilebilmesi,

2– Hakkında hapis cezasına hükmedilen failin cezanın infazı süresince mahcuriyet halinde bulundurulmasına karar verilebilmesi,

C) Önleyici kefalet.

195– *Gerekçe*

Madde 93– Tasarının bu maddesi güvenlik tedbirlerinin muhtelif nevilerini göstermektedir. Bilindiği üzere, bugün Batı kanunları arasında suçlunun ıslâhını sağlamak ve bu yolla sosyal savunmayı güvence altına almak amacıyla, güvenlik tedbirlerine yer vermeyen, hemen hemen hiç bir ceza kanunu kalmamıştır.

Güvenlik tedbirlerinin değişik tasnifleri arasında 93. madde, bu tedbirleri hürriyeti bağlayıcı ve haklardan mahrumiyeti gerektirici olmak üzere iki gruba ayrılmış bulunmaktadır. Maddede yer alan güvenlik tedbirlerinden birinci grubu hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri teşkil etmektedir; bu tedbirlerin ne gibi süreler için hükmedilebilecekleri ise 96. maddede gösterilmiştir.

Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinden birincisi "bir eğitim – iş evinde veya tarım işletmesinde suçlunun ıslâh edici maksat güden bir eğitime tâbi tutulması"dır.

"Denetimli serbestlik" genel olarak, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının veya cezanın hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yönetme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbirdir. Ancak Tasarı bu tedbiri suçtan dolayı asli cezalardan birisine mahkum edilmiş bulunan suçlunun, cezasını çektikten sonra tâbi tutulabileceği bir tedbir olarak kabul etmiş ve bir kısım batı kanunlarından böylece ayrılmış bulunmaktadır.

97 nci maddenin 2 nci bendi gereğince bu tedbir yerine hâkim önleyici kefalete de hükmedebilecektir.

"Belirli yerlerde ikâmetin yasaklanması" asli cezanın çekilmesinden sonra hâkimin, kanunun yetki verdiği hallerde, suçlunun belirli yerlerde ikametini men edebilmesidir.

"İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma" failin asli cezasını çektikten sonra hâkimin kararında açıkça belirteceği içki içilen veya benzeri, meselâ barlar, kumarhaneler gibi yerlere gitmekten yasaklanmasıdır.

33 üncü maddede tam olarak veya önemli derecede şuur ve hareket serbestisini ihlâl eden akıl malüliyetine uğramış kişilerin cezaen sorumlu bulunmadıkları açıklanmıştır. Akli veya ruhi durumları itibariyle bu hâlde bulunmamakla beraber, gene de akli ve ruhi durumlarının temel cezanın tesbitinde nezarete alındığı veya 32 nci madde gereğince bu hâl takdiri hafifletici sebep sayılarak cezanın indirilmiş bulunduğu hâllerde ise işte bu maddenin 5 inci bendinde yer alan tedavi tedbirine hâkim tarafından hükmolunabilecektir. Bu tedavinin mutlaka yatırılarak yapılması şart değildir; ayakta tedavi de mümkündür.

Maddenin 6 ncı bendinde aynı suretle sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanması iptilâ mertebesinde olmayan ve fakat alışkanlık düzeyinde bulunan suçlunun asli ceza ile birlikte tedavi altına alınması tedbirine yer verilmiştir.

Bu tedbir, idarî mercilerin yurt dışına çıkarma hususundaki yetkilerini kaldırmış değildir; bu yetkiler mahfuzdur.

Haklardan mahrumiyeti getiren güvenlik tedbirlerinden birincisi suçlu hakkında, belirli şartlarla velâyet hakkının veya vasilik veya kayyumluk sıfatının kaldırılmasına veya kocalık haklarından mahrum kılınmasına karar verilebilmesidir. Bu tedbirin uygulanabilmesi için şart, suçlunun füruğu veya eşine karşı hasip cezasını gerektiren bir suç işlemesidir. Böyle bir hâlde hâkim velâyetin nez'ine veya kayyumluk sıfatının kaldırılmasına veya kocalık haklarından mahrum kılınmasına karar verebilecektir. Ancak kanun hâkimin söz konusu yetkisini kullanabilmesi bakımından şu takdir unsurlarını vazetmiş bulunmakadır;

Hâkim suçun niteliğini, fail ile mağdur arasındaki ilişkileri, suçlunun kişilik özelliklerini nazara alacaktır. Söz gelimi fiilin taksirli bir suç teşkil etmesi, mağdurun hatalı hareketleriyle suça sebebiyet vermiş olması, olayda çok ciddi takdiri hafifletici sebeplerin varlığı gibi hallerde bu tedbiri tatbik etmeyebile-

cektir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, daha ziyade suçluyu korumak amacına yönelik bir tedbire yer verilmiştir: Buna nazaran, hapse mahkum edilen suçlu hakkında, cezanın süresi ne olursa olsun bu tedbire yani suçlunun mahcuriyetine karar verilebilecektir.

C bendinde yer alan "önleyici kefalet" tasarıda hakimin takdirine göre 93 üncü maddenin, A/ 1, 2, 3, 4, 7 nci bentlerinde öngörülen tedbirler yerine ikame edilmek üzere vazedilmiş bir tedbirdir. Hakimin takdirine göre, hakkında maddede belirtilen tedbirlere hükmedilebilecek olan veya kanunun emri gereği bu tedbirlerden birisinin uygulanması gereken suçlu hakkında, maddede belirtilen aşağı ve yukarı sınırlar arasında hakimin tayin edeceği bir meblâğı suçlunun kefalet olarak vermesine veya aynı değerde ipotek göstermesine veya muteber bir kefil göstermesine karar verebilmesidir. Bu gibi hallerde önce belirli bir süreyle yukarıda sözü edilen tedbirlere hükmedilecek ve sonra bunları hâkim takdirine göre önleyici kefalete çevirebilecektir. Tedbirler için hâkim tarafından tayin edilen süre içerisinde suçlu yeniden bir suç işlemez veya tedbirlere ait yasaklara uyacak olursa, kefalet hükümlüye iade olunur; aksi halde ise Hazineye irad kaydedilir ve tedbir tam olarak uygulanır.

196– *Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesi ve Tedbirlerin Uygulanması*

Madde 94 – Haklarında güvenlik tedbiri uygulanacağı veya uygulanabileceği kanunda belirtilen suçlular için 93 üncü maddede gösterilen tedbirlerden birinin tatbikine hâkim tarafından karar verilir. Güvenlik tedbiri hükmedilebilecek birden fazla suç işleyenler hakkında tedbirlerden yalnız birine hükmedilir ve bu tedbir uygulanır.

Hâkim gerekli gördügünde uygulanmakta olan güvenlik tedbirini değiştirebilir. Bu halde esas hükümde belirtilen tedbir süresi değişmez ve sadece geri kalan müddet yeni tedbire göre ikmâl ettirilir.

Güvenlik tedbirlerinin devamında yarar kalmadığı hallerde, tedbirin aşağı sınırı infaz edilmiş olmak şartıyla, tümüyle kaldırılmasına hükmü veren mahkeme tarafından karar verilebilir.

Şahsi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri, cezanın infazından sonra; şartla salıverilme halinde ise salıverilme tarihinden itibaren uygulanır.

Haklardan mahrumiyeti gerektiren güvenlik tedbirleri, mahumiyet hükmünün kesinleşmesi tarihinden itibaren uygulanmaya başlanır.

Cezayı düşüren sebepler, güvenlik tedbirini de düşürür.

Güvenlik tedbirlerinin infazından kaçan suçlu hakkında 414 üncü maddenin gösterdiği cezalar uygulanır (22).

197– *Gerekçe*

Madde 94 – Madde güvenlik tedbirlerinin hükmedilmesi ve uygulanması hususundaki esasları göstermektedir; söz konusu esaslar şöylece belirtilebilir:

1– Tasarı güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını bazı hallerde mecburi kılmış, bazı hallerde ise bunların tatbikini hâkimin takdirine bırakmıştır. Ancak, her halde bu tedbirlerin hükmolunabilmesi ve uygulanabilmesi hâkimin kararına bağlıdır. Böylece idari kararlarda güvenlik tedbirlerine hükmolunabilmesi veya uygulanması mümkün değildir; güvenlik tedbirlerine hükmolunması bir yargı işlemidir.

2– Güvenlik tedbirleri ancak bir suçtan dolayı asli bir cezaya mahkumiyet halinde hükmedilebilir. Kişinin mücerret tehlike hâli, Tasarının kabul ettiği sistemde, güvenlik tedbirlerinin hükmedilmesine imkân vermez.

3– Bir suçlu hakkında, işlediği suçların sayısı ne olursa olsun, içtima veya tekerrür hâlinde dahi ancak bir tek güvenlik tedbirine hükmedilecektir; yoksa her suç karşılığı ayrı ayrı güvenlik tedbirlerine hükmolunmayacaktır. Bu husus, birinci fıkranın ikinci cümlesinde açıkça belirtilmiştir.

4– İkinci fıkra gereğince, hükmü veren hâkim veya mahkeme gerekli gördüğü takdirde uygulanmakta olan güvenlik tedbirini değiştirebilir. Böylece güvenlik tedbirinden failin gerektiği ölçüde yararlanamadığı anlaşıldığında, hâkim bunun yerine başka bir tedbire hükmedebilecektir. Ancak bu halde esas hükümde belirtilen tedbir süresi aşılmayacak ve suçlu hakkında hükme nazaran tedbirin geri kalan kısmı yeni tedbirin şartlarına göre uygulanacaktır.

5– Herhangi bir güvenlik tedbirinin uygulanmasında, artık fail veya toplum bakımından bir yarar kalmadığının tespit olunduğu hallerde, tedbire ait 96 ncı maddede belirtilen alt sınırların çekilmiş olması kaydıyla, hükmü veren hâkim tedbirin tümüyle kaldırılmasına karar verebilecektir. Bu hususta suçlu, savcı da tabii olarak hâkime başvurebileceklerdir.

---

(22) 414. madde, hükümlülüğün gereklerine uymamayı yaptırıma bağlamaktadır.

6– Maddenin dört ve beşinci fıkralarında hükümden sonra güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ne zaman başlanacağı gösterilmiştir: Şahsi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri cezanın infazından sonra, şartla salıverilme halinde ise, salıverilme tarihinden itibaren uygulanacaktır. Haklardan mahrumiyeti gerektiren güvenlik tedbirleri ise, mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra uygulanacaktır.

7– Maddenin altıncı fıkrasında, hükmedilen cezanın düşmesini gerektiren kanuni sebeplerin, güvenlik tedbirini de düşüreceği belirtilmiştir.

Maddenin son fıkrasında, güvenlik tedbirlerinin infazından kaçan suçlu hakkında 414 üncü maddenin gösterdiği cezalara hükmedileceği açıklanmıştır. Tabii olarak 97 nci maddenin 2 nci bendinde yazılı halde, uygulanacak müeyyide saklıdır.

198 – *Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilebilecek Diğer Haller*

Madde 95 – Kanunun İkinci Kitabının Birinci Kısmının Yedinci; İkinci Kısmının Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan cürümlerden dolayı beş yıldan fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum edilenler hakkında, fiilin niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler, failin kişilik özellikleri gözönüne alınmak suretiyle, cezaya ek olarak ayrıca bir güvenlik tedbirine hükmedilebilir.

İki yılı aşmayan bir şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmiş suçlunun birinci fıkrada belirtilen özellikler gözönüne alınarak cezasının aynı süreyle 93 üncü maddenin A' bendinin bir ve ikinci fıkralarında gösterilen bir güvenlik tedbirine çevrilmesine mahkemece karar verilebilir. Bu halde güvenlik tedbirinin süresi içinde fail başka bir suç işlemez ve şartlara uygun surette hareket edecek olursa ceza çekilmiş sayılır; aksi halde hükmedilen cezanın geri kalan kısmı aynen çektirir.

İkinci fıkra hükmü, kanun gereği 93 üncü maddede gösterilen bir güvenlik tedbirinin hükmedilmesi zorunlu olduğu veya hâkimin böyle bir tedbire hükmedilebileceği hallerde uygulanmaz.

199– *Gerekçe*

Madde 95 – Maddenin birinci fıkrasında, Tasarının belirli bölümlerinde yer alan kasten veya taksir ile kamu bakımından tehlike yaratma karakterini taşıyan suçlardan dolayı hâkimin bir güvenlik tedbirine hükmedebilmesi öngörülmüştür. Bu halde, güvenlik tedbirinin uygulanması için hâkimin ne gibi

hususları gözönüne alacağı maddede teker teker beyan edilmiştir. Dolayısiyle bu gibi hallerde güvenlik tedbirine hükmolunduğu takdirde, hâkimin kararında söz konusu hususların bir güvenlik tedbirinin tatbikini gerektirmekte olduğuna dair gerekçeyi kararında göstermesi şarttır. Bu gerekçeye nazaran Yargıtayın da icap eden kontrolü yapacağı şüphesizdir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, iki yılı aşmayan bir şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmiş suçlunun, kişilik özellikleri gözönüne alınarak cezasının aynı süreyle 93 üncü maddenin A bendinin bir ve ikinci fıkralarında yazılı bir güvenlik tedbirine çevrilmesine mahkemece karar verilebilmesini ifade eden bir hüküm yer almaktadır. Bu halde güvenlik tedbirinin süresi olaysız olarak sona erdiğinde ceza çekilmiş sayılacak, aksi halde ise hükmedilen cezanın olayın çıktığı andan sonraki kısmı aynen çektirilecektir. Böylece cezai müeyyidelerin ferdileştirilmesini sağlayacak çok etkin bir araç hâkimin eline verilmiş olmaktadır.

Maddenin son fıkrasında ise, ikinci fıkranın uygulanamayacağı haller gösterilmiştir. Kanunun hükmü gereği bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği hâllerde ikinci fıkra uygulanmayacaktır. 43, 44, 45 inci maddelerde (23) olduğu gibi. Gene hâkimin bir güvenlik tedbirine hükmedebileceğinin kanunda bellirtildiği hallerde de bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır. Bu maddenin birinci fıkrasında yazılı hallerde olduğu gibi.

200– *Hürriyeti Bağlayıcı Güvenlik Tedbirleri*

Madde 96– 1– Bir eğitim - iş evinde veya tarım işletmesinde ıslah edilme tedbirinin süresi üç aydan üç yıla,

2– Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç aydan iki yıla,

3– Belli yerlerde ikametin yasaklanmasının süresi bir yıldan üç yıla,

4– İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanmanın süresi altı aydan üç yıla,
kadardır.

5– Akıl maluliyeti veya diğer bir ruhi zaaf veya sakatlık sebebiyle cezaları indirilmiş bulunan suçlu hakkındaki mecburi tedavi, hükümlünün bu halinin salah bulmasına kadar devam eder.

---

(23) 43. madde itiyadi, 44. madde meslekî, 45. madde örgütlenmiş suçlulara ilişkin olup; bu gibi suçlular hakkında ayrıca gözetim ve güvenlik tedbirleri uygulamasına da karar verilmesini hükme bağlamaktadırlar.

6– Sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanmayı alışkanlık haline getirmiş bulunan hükümlünün, mecburi tedavi altına alınması, bu halin ortadan kalkmasına kadar devam eder.

7– Ülkede suç işlemiş bulunan yabancıların, kanunun ayrıca belirttiği haller saklı kalmak üzere, hükmedilecek cezaya ek olarak sınır dışı edilmelerine mahkemece her zaman karar verilebilir.

201– *Gerekçe*

Madde 96– Tasarının bu maddesi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin aşağı ve yukarı sınırlarını göstermektedir.

Maddenin 5. bendinde geçen "salâh" tabiri için 33. maddenin gerekçesine bakılmalıdır.

Maddenin 7. bendinde söz konusu sınır dışı etme kararı, 95. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde, tabii olarak suçlunun asli cezayı çekmeden derhal sınır dışı edilmesini gerektirebilecektir. Hükmedilen cezanın iki yıldan fazla olması halinde ise, asli cezanın infazından sonra sınır dışı edilme tedbirinin uygulanması gerekecektir. Hâkim yabancı hakkında sınır dışı edilme kararını hükmün kesinleşmesinden sonra da verebilir.

202– *Haklardan Mahrumiyeti Gerektiren Güvenlik Tedbirleri ve Önleyici Kefalet*

Madde 97– 1– 93. maddenin B/1 bendindeki şartlar gözönünde bulundurulmak suretiyle, failin kocalık haklarından veya füruğu üzerindeki velâyet hakkından veya vasilik veya kayyumluk sıfatından doğan haklardan müebbeden veya tayin edilecek bir süreyle mahrum edilmesine mahkemece karar verilir.

2– 93. maddenin A/1, 2, 3, 4, 7. bentlerinde yer alan tedbirler yerine failin Devlet Hazinesine ellibin liradan az olmayan bir meblağı kefalet olarak yatırmasına veya aynı değerde bir ipotek tesis veya muteber bir kefil veya başkaca bir teminat göstermesine mahkemece karar verilebilir. Tedbirler için tayin edilecek süre içerisinde fail kasıtlı bir suç işlemez ve tedbirlere ait yasaklara uyacak olursa kefalet hükümlüye iade olunur; aksi halde hazineye irat kaydedilir ve tedbir tam olarak uygulanır.

203– *Güvenlik Tedbirlerinin Rejimi*

Madde 98– Güvenlik tedbirlerinin infazında uygulanacak rejim tüzüğünde gösterilir.

(SÜRECEK)

ŞİFRELİ YAYINLARIN İZİNSİZ TOPLU GÖSTERİMİ SUÇ MUDUR?

Murat AYDIN (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *Giriş. I– Sorunun Tesbiti. II– Suç ve Suç Genel Teorisi. 1– Genel Olarak. 2– Haksız Fiiller ve Suç. 3– Suçun Kanuni Unsuru. 4– Suçun Maddi Unsuru. 5– Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru. 6– Suçun Manevi Unsuru. 7– O Halde Suç Nedir? III– Hâkimin, Uygulanacak Yasa Hükmünü Kendiliğinden Tesbit Etmesi. IV– Eyleme Uyabilecek Yasa Hükümleri. 1– Genel Olarak. 2– Hırsızlık Suçu Açısından. 3– Dolandırıcılık Suçu Yönünden. 4– Emniyeti Suistimal Suçu Açısından. 5– Karşılıksız Yararlanma Suçu Açısından. 6– Emirlere Riayetsizlik Suçu Açısından. 7– Bilişim Suçları Açısından. a– Genel Olarak. b– Görev Sorunu. c– Madde 525/a'da Düzenlenen Suç Açısından. d– Madde 525/b'de Düzenlenen Suç Bakımından. e– Madde 525/c'de Düzenlenen Suç Bakımından. V– S o n u ç ve Değerlendirme.*

GİRİŞ

Teknolojik gelişme ve ilerleme pekçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da yenileşmeyi, gelişmeyi ve yeni kavramlar oluşturmayı zorunlu kılmaktadır. Günümüzde toplumlar bilgiye çabuk ulaşma, ulaştıkları bilgileri hızlı ve doğru değerlendirme uğruna pekçok atılım içine girdi. Oluşan bu gelişme yeni pekçok ilişkiyi hayatımıza soktu.

Doğaldırki, insan ilişkilerinin meydana getirdiği sorunlarla uğraşan hukukda bu durumdan etkilendi, yeni gelişen suç ve suçlu tipleri, taraflararası hukuki ihtilaflar hukuk dünyasından çözüm ister hale geldi.

Ceza hukuku bu durumda özel olarak zorlandı. Zira, kanunsuz suç ve ceza olmaz, "kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez" (TCK. m. 1). Durum böyle olunca yasakoyucu bu yeni suç tipleri

---

(*) **Ceyhan Hâkimi.**

için sürekli yasa çıkarmak durumuna geldi. Ancak bu konuda ülkemizde gerekli yasal ilerlemenin sağlandığı söylenemez. Son olarak daha doğrusu ciddi tek düzenleme 14.6.1991 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 3756 sayılı Kanun ile 765 sayılı TCK. na onbirinci bab ve 525a, 525b, 525c, 525d madde numaraları ile eklenen "Bilişim Alanında Suçlar" başlığını taşıyan hükümlerdir. Bu yasa ile özellikle bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistemlere yönelik suçlar düzenlemek istenmiştir. Ancak bu da yeterli olmamıştır. Bu konuya ileride yeri geldiğinde yeniden değineceğiz.

Ülkemizde yayıncılık ve özellikle de radyo – televizyon yayıncılığında da pekçok gelişme meydana geldi. Özel radyo ve televizyonlar kurularak çok sesli, çok kanallı ve doğal olarak çok hukuki sorunlu yayıncılık kendini gösterdi. Bunun sonucunda görüntü ve yayın hakları, bunlara yönelik suçlar, telif hakları gibi konular hukuk gündeminde yer almaya başladı.

Yayıncılık alanındaki gelişmenin ülkemizdeki son örneği "şifreli kanal" olarak tabir edilen ve yayınları şifrelerle bozarak yayınlayıp abonelerine dağıttığı şifre çözücülerle bu şifreleri kaldırıp yayınların sadece abone olanlarca izlenmesini sağlayan yayın sistemleri olmuştur. Bu sistemin gelişimi de yeni bazı sorunları beraberinde getirdi.

İşte bu yazının konusu; şifreli kanal ile bireysel sözleşme yapıp yani salt kendisi ve birlikte ikamet ettiği kişilerle seyretmek üzere abone olan kişinin bu yayını toplu olarak ticari ve/veya başka amaçlarla başkalarına seyrettirmesi eyleminin suç olup olmadığı, suç ise hangi hükme göre cezalandırılacağıdır. İncelememiz bu kapsamda olacak ve temas edilen konulara derinlemesine yaklaşmadan konu ile sınırlı kalarak ele alınmaya çalışılacaktır.

Ancak hemen belirtelim ki, konunun çok yeni ve oturmamış olması ve yeterli yargısal ve bilimsel içtihat oluşmaması nedeniyle konu özellikle "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinden hareketle ele alınarak muhtemel suç tipleri ile kıyaslaması yapılacaktır.

I– SORUNUN TESBİTİ

Aslında soruna yukarıda kısaca değindik. Şimdi uygulamada oluşan sorunu biraz daha ayrıntılı olarak tesbit edelim:

Ülkemizde yukarıda açıklandığı şekilde yayın yapan şifreli yayın kuruluşu (bundan böyle kısaca şifreli kanal olarak anılacaktır) bir anonim şirkettir

ve özel hukuk tüzel kişisidir. Bu kanal, yayınlarını abonelerine izletmek için başlıca üç tip sözleşme kullanmaktadır. Bunlar;

1– Abonenin şifre çözücüyü kullanarak yayınları ikamet ettiği adreste ve burada kendisi ile birlikte oturanlarla birlikte izlemesi için yapılan sözleşme (bundan sonra bireysel sözleşme diye anılacaktır).

2– Abonenin şifre çözücüyü kullanarak yayınların işyerinde toplu gösterimi için yapılan sözleşme (işyeri abonelik sözleşmesi diyeceğiz).

3– Otel, motel vb. yerlerde şifre çözücünün kullanarak yayınların buralarda kalan kişilere izlettirilmesi için yapılan sözleşme (otel / motel sözleşmesi).

İşyeri sözleşmelerinde, taraflar arasında yapılan sözleşmenin 7. maddesinde, bu toplu gösterimin yalnızca başta futbol olmak üzere spor karşılaşmalarını kapsayacağı, bunun dışındaki yayınların bu şekilde gösterilemiyeceği yazılıdır.

Bu sözleşmeler sonucunda abone tarafından başlıca şu ihlallerle karşılaşılmaktadır:

1– Bireysel kullanım sözleşmesi ile şifre çözücü alan abonenin yayınları başta kahvehaneler olmak üzere bir takım yerlerde toplu olarak göstermesi,

2– İşyeri abonelik sözleşmesi ile şifre çözücü alan abonenin işyerinde spor karşılaşmaları dışındaki yayınları da toplu olarak göstermesi,

3– Bireysel veya işyeri abonelik sözleşmesi ile aldığı şifre çözücüyü otel veya motel vb. yerlerde kullanarak buralarda kalanlara seyrettirmesi.

İşte bu davranış biçimlerinin suç teşkil edip etmeyeceği, suç teşkil ediyor ise hangi hükme göre cezalandırılması gerektiği konusunu ele almaya çalışacağız.

II– SUÇ VE SUÇ GENEL TEORİSİ

1– Genel Olarak

Suç ceza hukukunun temelini oluşturan bir kavramdır. Suç genel teoriside öncelikle suçun ne olduğunu, unsurlarını, hukuka aykırı fiillerden farkını, suçu etkileyen sebepleri ve suç sayılan eylemin cezalandırılabilme şartlarını

ele alır. Bir fiili suç haline sokan ve onu hukuka aykırı fiillerden ayıran hususların nelerden ibaret olduğunu suç genel teorisi açıklar (1).

Konumuzla ilgili en önemli nokta da burasıdır. Bir eylem suç mudur, yoksa hukuka aykırı bir eylem midir?

Her suç aynı zamanda hukuka aykırı bir eylemse de, her hukuka aykırı eylem bir suç değildir. Hukuka aykırı bir eylem suçun unsurlarını da beraberinde taşır. Ancak bu hukuka aykırılık bir cezai yaptırımla sonuçlandırılmadıkça ortada bir suç yoktur. Hukuka aykırı fiillerde; haksız fiiller, disiplin cezasını gerektiren fiiller, idari ve mali yaptırımı gerektiren fiiller olmak üzere ayrılabilir. Biz konumuz gereği olarak bunlardan yalnızca haksız fiillere değineceğiz.

2– Haksız Fiiller ve Suç

Hukuka aykırı bir surette başkasına zarar veren her türlü fiile haksız fiil denir (2).

Yukarıda da değindiğimiz gibi her haksız fiil aynı zamanda bir suç değildir. Haksız fiilin maddi ve manevi unsuru, hukuka aykırılık ve nedensellik bağı gibi unsurları bir bakıma suçun unsurlarına yaklaşır. Temel farklılık bunlara bağlanan sonuçlar yani yaptırımlardır.

Bilindiği gibi suç ve ceza siyaseti yasakoyucunun tekelindedir. Bir eylemin toplumsal değerler ve anlayışlar çerçevesinde suç sayılıp sayılmayacağına yasakoyucu karar verir. Yasakoyucunun tarif edip cezai bir yaptırıma bağlağı haksız fiiller suçtur. Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının doğal bir sonucu olan bu yaklaşım kanunda tarif edilmeyen haksız fiillerinde varlığını kabul eder, yalnızca bunların yaptırımlarının cezai değil, hukuki (örneğin, tazminat) olduğu sonucunu taşır. Yasakoyucu dilediği zaman bir haksız fiili suç, bir suçu haksız fiil konumuna dönüştürebilir. Belirttiğimiz gibi hukuka aykırı bir fiil kanun tarafından özel olarak tarif edilmiş ve bu fiile cezai bir

---

(1) **DÖNMEZER–ERMAN;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. 1, 10. Bası, İstanbul 1987, s. 291 vd.

(2) Tanıtım ve haksız fiillerle ilgili gibi. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988; **VELİDEDEOĞLU/ÖZDE-MİR,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara-1987; **von TUHR,** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. C. Edege), Ankara-1983; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1994.

yaptırım da eklenmiş ise o fiil suçtur, aksi halde haksız fiildir. Tabiiki, haksız fiilin veya suçun diğer şartlarını da taşımak şartıyla.

3– Suçun Kanuni Unsuru

Gerek suç genel teorisi ve gerekse de konumuz açısından suçun en önemli unsuru kanuni unsurdur. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuka aykırı bir fiil ile suçu ayıran en önemli unsur budur. Bu unsura bazıları "tipiklik" ya da "tipe uygunluk" unsuru adını vermektedirler.

Kanuni unsuru, fiilin kanuni tarife uygun olması yani kanunda tarif edilen tipe uygun olması olarak kabul etmek mümkündür. Başka bir deyimle fiilin eşgali kanundaki tanıma uymalıdır. Buna göne failin yaptığı fiil kanunda tarif edilmiş ve buna bir cezai yaptırım bağlanmış ise suçun oluşumu için gerekli bir unsur da oluşmuş demektir. İşlenen fiilin ceza hukukunda kaynak değerini taşıyan bir metinde önceden tarif edilmiş olması halinde kanunilik unsuru vardır.

4– Suçun Maddi Unsuru

Suçun oluşabilmesi için bir fiil gerekir. Bu fiil bir şeyi yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Fail tarafından yapılan bu hareket tipe de uyuyor ise, bu iki unsur bir arada oluşmuş olur. Yani, suçun kanuni unsuru ile maddi unsuru birbirine çok bağlıdır. Failin tipe uygun hareketi aynı zamanda suçun maddi unsurunu da içinde taşıyacaktır.

Failin yaptığı hareketin bir sonuç meydana getirmesi ve bu hareketle sonuç arasında nedensellik bağı (sebep – sonuç ilişkisi) bulunmalıdır. Buradan hareketle neticesi harekete bitişik veya ayrı, mütemadi, müteselsil ve işlenemez suç ve teşebbüs kavramları kendini gösterir. Ancak konumuz bunlar olmadığı için bu noktalara değinmiyoruz. Yalnız şunu söylemek gerekirki, failin tipe uygun hareketi sonucunda gerçekleşen netice ile suçun çok önemli unsurları ortaya çıkar ve eylem dış dünyada vücut bulur. Bundan sonrası eylemin cezalandırılabilme şartlarıyla ilgilidir ve çoğu zaman da içseldir.

5– Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Belirttiğimiz bu şekilde tipe uygun bir fiilin ortaya konulması ve bunun sonucunda neticenin oluşması suçun oluşması için gerekli ise de yeterli değildir. Fiilin bu şekilde ortaya konulmasına hukuk düzenince cevaz verilmemesi, mübah sayılmaması gerekir. Bir hukuk kuralı yapılan eylemi tüm

şartları ve unsurları ile oluşmasına rağmen mübah sayıyor, kabul edilebilir buluyor ise suç oluşamaz. Buna hukuka aykırılık unsuru demekteyiz.

Burada eylem görünüşte yine suçtur. Fail tipe uygun davranışı yapmış, neticeyi elde etmiştir. Ancak, yasakoyucu bazı hallerin varlığında bu fiili suç saymamıştır. Örneğin, meşru müdafa hali, zaruret hali gibi. Bu durumlarda eylem cezalandırılmamakta, hukuka aykırı sayılmamaktadır.

6– Suçun Manevi Unsuru

Suç ve ceza insanla, toplumla ilgili kavramlardır. Bu nedenle insanın iç dünyasını, iradesini hiçbir zaman gözardı edemez. Bu nedenledir ki, ceza hukuku diğer hukuk dallarından farklı olarak iradi bir nitelik gösterir. Bu nedenle yukarıdan beri açıklanan ve unsurları tamamlayan tüm davranışların iradi yani faile isnad edilebilecek şekilde kusurlu olarak yapılmış olmaları gerekir. Fail davranışlarını bilerek, isteyerek kusurlu olarak yapmış olmalıdır.

Burada konumuz gereği kast, taksir, kasdı aşan eylemler gibi kavramlar üzerinde durmuyoruz.

7– O halde Suç Nedir?

Tüm bu açıklamalardan sonra suçu şöyle tanımlayabiliriz:

"Sorumlu bir kimse tarafından müsbet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yazılmış bir tarife uygun ve hukuka aykırı fiillere suç denir" (3).

Az sonra konumuzu incelerken belirtilen davranışlar içine giren şifreli kanal abonesinin davranışlarının suç olup olmadığının suç ise hangi hüküm gereği (hangi tipe uygun olduğu) cezalandırılacağı üzerinde dururken bu kavramları ve unsurları hep gözönünde tutacağız.

III– HÂKİMİN UYGULANACAK YASA HÜKMÜNÜ KENDİLİĞİNDEN TESBİT ETMESİ

Bilindiği gibi bizim ceza yargılama sistemimizde taraflarca hazırlama ilkesi yoktur. Hâkim önüne gelen olayı inceler, delilleri toplar ve eylemin yasanın hangi hükmünü ihlal ettiğini veya etmediğini kendiliğinden araştırıp uygular. Buna hakimin hukuki niteleme ile bağlı olmaması denir.

---

(3) **DÖNMEZER–ERMAN,** age., s. 297.

İşte hâkim, önüne gelen olaya uygulayabileceği tüm yasal hükümleri ele alır, tek tek olaya uygular, öncelikle suçun manevi unsuru haricindeki unsurlara uygunluğunu araştırır, eylem herhangibir tipe uyuyor ise bu kez manevi unsuru inceler, eylem hiçbir tipe uymuyor ise artık sanığın kasdını araştırmadan eylemin suç olmadığı gerekçesi ile beraat kararı verir. Bizde burada yukarıda belirtilen eylemlere uygulanabilecek yasa hükümlerini suçun unsurları yönünden tek tek inceleyip sonucua varmaya çalışacağız.

IV– EYLEME UYABİLECEK YASA HÜKÜMLERİ

1– Genel Olarak

Herşeyden önce söylemek gerekirki, belirtilen eylemler bir mala (4), maddi olarak piyasada bulunan bir eşayaya yönelik olduğu için eylem mala karşı işlenen cürümlerden olabilir. Bu nedenle TCK.nun onuncu babındaki "Mal Aleyhindeki Cürümler" ve onbirinci babındaki "Bilişim Alanında Suçlar"a özellikle bakmak gerekecektir. Bunun yanında uygulamada bazı kararlara yansıyan maddeler de ele alınacaktır.

2– Hırsızlık Suçu Açısından

TCK.nun onuncu babının birinci faslında hırsızlık suçu düzenlenmiştir.

Hırsızlığın tanımı aslında 491. maddesinin ilk fıkrasında yapılmıştır. Bu tanım genel kabul de görmüştür. Buna göre; "Başkasına ait taşınabilir malın sahibinin rızası olmadan faydalanma kasdı ile bulunduğu yerden alınmasına hırsızlık denir (5).

Maddenin sonraki bentleriyle TCK.nun 492, 493, 494. maddeleri eylemin ortaya konuluşundaki arttırıcı sebep sayılan halleri düzenlemektedir.

Buna göre maddeyi sorunumuza uygularsak; her üç ihtimalde abone şifre çözücü aleti sözkonusu şirketten sözleşme ile yani rızası ile aldığı ve yayınları bununla izlediği ve izlettiği düşünülecek olursa, abonenin eylemi hırsızlık suçunun hiçbir görünüş biçimine uymamaktadır.

---

(4) Mal, mülk edinilebilen bütün eşyalar, şahsi ve ayni haklar olarak tanımlanabilir.

(5) Tanım için bkz. **DÖNMEZER;** Mal Aleyhinde İşlenen Cürümler; **TAŞDEMİR–ÖZKEPİR;** Mala Karşı Suçlar, Ankara 1993; **MALKOÇ;** Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990.

Oysa fail, bir abonenin hattına rızası olmadan saplama yapsa veya bir abonenin veya şirketin şifre çözücüsünün rızası hilafına alsa idi eylem hırsızlık olabilecekti. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz üç eylemden hiçbiri tipiklik unsuru yönünden hırsızlık suçuna uymaz, failin eylemi hırsızlık değildir.

3– Dolandırıcılık Suçu Yönünden

Dolandırıcılık fiilini düzenleyen TCK.nun 503. maddesi, 3679 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, maddedeki "hulûs ve saffetinden istifade" ibaresi kaldırılarak uygulamada oluşan mağdurun mutlaka saf bir kimse olması gerektiği yolundaki düşüncenin yanlışlığı vurgulanmıştır. Ayrıca maddede "bir kişiyi..." ibaresi kullanılmak suretiyle mağdurun gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabileceği belirtilmiştir.

Yazımıza konu abone davranışlarında bir an için şifreli kanalın aldatıldığı düşünülebilirse de taraflar arasında yapılan sözleşmenin karşılıklı iradelere uyduğu, esasen şirketin genel işlem şartı niteliğinde olan ve herkese imzalattığı sözleşmelerde bu tür kullanımların olabileceğini öngördüğü ve buna karşı yaptırım niteliğinde hükümler koyduğu yani şirketin bu durumun farkında ve bilincinde olarak davrandığı anlaşılacaktır. Bu nedenle şifreli kanalın hataya düşürülmesi durumu sözkonusu değildir.

Bu nedenle belirtilen eylemler bu suçun unsurlarını taşımamaktadır. Abonenin eylemleri dolandırıcılık suçunun kapsamında değerlendirilemez.

4– Emniyeti Suistimal Suçu Açısından

Bu suçun belirgin özellikleri, rızaya dayanan bir tevdinin olması, bu tevdinin iade veya belirli bir şekilde kullanma üzerine olup, failin bu feri nitelikteki zilyetliğini inkar ederek ancak malikin yapabileceği (rehnetme, satma, sarf etme gibi) davranışlara girmesi veya zilyetliğinin feri niteliğini inkar ederek sözkonusu malın kendisine ait olduğunu iddia etmesi yani malı sahiplenmesi veya malı tahrip etmesi veya bozmasıdır (ızrar kasdı olmadan).

Hırsızlıktan en önemli farkı ise teslimin yani malın failin eline geçmesinin asıl zilyedin rızasına dayanmasıdır.

İnceleme konumuz olan muhtemel abone davranışlarında şifre çözücünün ve yayınları izlemesi için bir teslim sözkonusu ise de, abone ne şifre çözücü üzerinde mülkiyet iddiasında bulunmakta ve ne de yayın haklarının

kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Bunları satmamakta, rehnetmemekte ve en önemlisi değiştirip bozmamaktadır.

Bu nedenle belirtilen eylemlerde emniyeti suistimal suçu oluşmamaktadır.

5– Karşılıksız Yararlanma Suçu Açısından

TCK.nun 521a ve 521b maddelerinde karşılıksız yararlanma suçu düzenlenmiştir. 521a maddede düzenlenen eylemlerin konumuzla ilgisinin olmadığı, çok açık olduğu için burada sadece 521b maddesine değineceğiz.

TCK.nun 521b maddesinde, "Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kişi" den sözedilmektedir. Oysa, incelediğimiz fiillerde abone yayın bedelini ödemektedir. Ödemenin kapsamı ve ne miktarda olacağı da taraflar arasında önceden kararlaştırılmış olup abonenin bu kapsama aykırı bir tutumu da sözkonusu olup bu da 521b madde ile ilgili bir durum değildir. Yani abone ile yayın kuruluşu belli bir kapsamda anlaşmışlar ve gerekli ödemeleri belirlemişlerdir. Karşılıksız olarak bir yararlanma yoktur. Abone yayın karşılığını ödemekte ancak bu bedelin kendisine sağladığı kullanmanın sınırlarını aşmaktadır.

6– Emirlere Riayetsizlik Suçu Açısından

TCK.nun 526. maddesinde düzenlenen ve kabahat türünden olan bu suç türü belirttiğimiz olaylara dair açılan bazı davalarda uygulanmıştır. Bu nedenle biz de bu konuya değineceğiz.

Bu suçun oluşabilmesi için; yetkili bir merci tarafından, adli işlemler veya kamu güvenliği veya kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacı ile yasalara aykırı olmayan bir emir verilmeli ve bu emir usulünce muhattaplarına duyurulmalıdır.

Bir özel hukuk tüzel kişisinin, kâr amaçlı bir anonim şirketin kişilerle yaptığı sözleşmelere uyulup uyulmamasının kamu düzeni, kamu güvenliği veya genel sağlıkla bir ilgisinin olmadığı açıktır. Esasen bu konuda yetkili bir mercice (Valilikler ve RTÜK) verilen bir emrin de olmadığı düşünülürse –ki verilmiş bile olsa yasada belirtilen amaçlara yönelik olamıyacağından– durum yine değişmez bu suçun oluşması düşünülemez. Abone tarafından yapılan davranışlar bu suç tipine de uymaz.

7– Bilişim Suçları Açısından

a– Genel Olarak

Başta belirttiğimiz gibi teknolojik gelişme ve farklılaşmanın sonucu olarak 1991 yılında, 3756 sayılı Kanun ile (6) TCK.na onbirinci bab olarak "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı ile konulan 525a, 525b, 525c, 525d maddeleri ile yeni bir suç tipi meydana getirilmiştir. Anılan suç tipi gerek yeni olması ve gereksede teknolojik gelişmenin bitmeyen gelişmesi nedeniyle yeterli açıklığa kavuşmamıştır. Uygulamada şifreli kanal abonesinin yukarıda belirttiğimiz davranışları daha çok bu maddelere göre cezalandırılmakta ancak verilen cezaların genellikle paraya çevrilip tecil edilmesi nedeniyle sanık tarafından, savcılık ve müdahil şirkette taleplerine karşılık bulduklarından kararı temyiz etmemektedir. Bu nedenle şu ana kadar elimize bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararı da geçmemiştir. Bu suçtan dolayı açılan ceza davalarının bir kısmının sulh ceza mahkemelerince, bir kısmının da asliye ceza mahkemelerince görülüp karara bağlanması nedeni ile bu maddelere dayanılarak açılacak davalara hangi mahkemelerin bakacağı konusuna da değinmek gerekmiştir.

525d maddesi, feri nitelikteki kamu hizmetinden geçici yasaklılık, meslek veya sanat veya ticaretten geçici yasaklılık cezalarına ilişkin olup, yeni bir suç tipi yaratmamaktadır. Diğer maddelerde de ortak olarak "Bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistem"den bahsedilmekte suça konu davranışların bu sistem üzerinde yapılması gerekliğine işaret edilmektedir.

"Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem" deyiminden neyi anlamak gerekir? Bu soruya verilecek cevap, konuyu da büyük ölçüde çözüme kavuşturacaktır. Bilgiler ve veri dediğimiz bilgi elemanları çeşitli sistemlerle kendilerine daha hızlı daha pratik olarak ulaşmak için çeşitli şekillerde düzenlenmektedir. Bir bilgiye ulaşmak için düzenlenen ve bir araya getirilen işlemler olan programlar kendilerini harekete geçirip kullanıma açan "bilgisayar" veya "computer" denen sistemlere yerleştirilirler. İşte bu sistemler bilgileri ve verileri otomatik olarak (önceden hazırlanmış programlar ve verilen komutlar sayesinde) işleme tabi tutar ve kullanıcıyı bilgiye daha çabuk ulaştırır. Bu sistemler bilgi akışının saklanmasını, karşılaştırıp kıyaslayarak sonuçlar elde etmeyi, gerektiğinde bilgiyi gerektiği yerde kullanmayı sağlar.

---

(6) Bkz. 14.6.1991 tarihli Resmî Gazete.

Bilgi – işlem sistemlerinin gelişmesiyle birlikte saklanan, transfer edilen bilgilerin üzerinde haksız fiiller ve bu bilgileri kullanmayı sağlamak üzere hazırlanan ve hepsi bir komut demeti olan programlar ve buna ilişkin teknoloji üzerinde suçlar işlenmeye başlandı. İşte günümüzde yasakoyucular bu hareketlere cezai yaptırımlar bağladı.

b– Görev Sorunu

CMUK.nun 7. maddesine göre görev konusu mahkemece davanın her aşamasında resen nazara alınır. Gerek Anayasamıza ve gerekse de CUMK.nun 1. maddesine göre mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir. Bu nedenle bir suç için görevli mahkemeyi tesbit ederken yasalara bakmak gerekir.

Hukuk alınındaki ceza kitaplarında ve özellikle de kanun metnin basılı olduğu kitaplarda madde metnin sonuna parantez içinde bu maddeden dolayı açılacak davalara bakacak görevli mahkemeyi yazma alışkanlığı vardır. Bu durum uygulayıcılara pratiklik sağlaması bakımından yararlı ise de bazen bizi yanıltabilir. Örneğin, onbirinci babtaki bilişim suçlarına bakmakla görevli mahkeme bazı kitaplarda "sulh ceza" mahkemesi olarak gösterilirken, bazı kitaplarda da "asliye ceza" mahkemesi olarak gösterilmektedir (7).

CMUK.nun 421. maddesine göre ölüm, ağır hapis ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren cürümler ağır cezalık işlerdendir ve bunlara ağır ceza mahkemesince bakılır. 825 sayılı Yasanın 29. maddesinde de sulh ceza mahkemelerinin görevine giren dava ve işler belirtilmiştir. Bunun dışında kalan ve ilgili yasasınca hangi mahkeme tarafından bakılacağı belirtilmeyen suçlardan dolayı açılan davalara asliye ceza mahkemeleri bakar. Buna göre bilişim suçları nedeniyle yasanın öngördüğü cezalar CMUK.nun 421. maddesinde sayılanlardan olmadığı için ağır ceza mahkemesi görevli değildir. Gerek 825 sayılı Yasada ve gerekse de bu suç tipini ortaya koyan 3756 sayılı Yasada bu tür davalara sulh ceza mahkemelerince bakılacağı konusunda bir hüküm bulunmadığı için bilişim alanında suçlarda ASLİYE CEZA mahkemesi görevlidir.

---

(7) Sulh Ceza Mahkemesinin Görevli Olduğunu Belirten Eser İçin bkz. **SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU;** TCK.nun Yorumu, C. 4, Ankara 1995; Asliye Ceza Mahkemesini Görevli Gösteren Eser Olarak bkz. **MALKOÇ–GÜLER;** TCK., C. 1, Ankara 1996.

c– Madde 525a'da Düzenlenen Suç Açısından

Gerek bu maddede ve gerekse de bundan sonraki maddelerde yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız "bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan sistemlerden" bahsedilmektedir. Bunlara bilgisayarlar veya bilgi iletim sistemleri demek mümkündür. İşte bu maddenin ilk fıkrasında bu sistemlerden birer komut demeti olan programları, verileri veya herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimse cezalandırılmaktadır.

Burada belirtilen "herhangi bir unsur" deyimi bilgisayar sistemlerini çalıştırmaya, onlardan yararlanmaya yarayan her tür üründür. Yasa koyucu teknik yeniliklerin gerisinde kalmamak için böyle bir geniş tanım kullanmıştır. Maddede belirtilen ürünlerin fail tarafından haksız olarak ele geçirilmesi hususu düzenlenmiştir. Fail, örneğin sistemlere haksız olarak ve kaçak olarak girerek, programları veya burada saklanan bilgileri kendi sistemlerine aktırırsa bu suç oluşacaktır.

İkinci fıkrada ise bu sistemlerde yer alan bilgileri başkasının aleyhine kullanan veya bu bilgileri haksız yere yetkisi olmadan nakleden veya korsan tabir edilen şekilde çoğaltan kişilere verilen cezayı düzenlemektidir. Örneğin, bir şirketin hazırladığı bir programı izni olmadan çoğaltan kişi bu madde hükmünce cezalandırılacaktır.

Şifreli kanal abonesinin başta belirttiğimiz eylemlerin hiçbirinde hukuka aykırı bir ele geçirme veya nakil sözkonusu değildir. Zira, abone şifre çözücüye imzaladığı sözleşme ile zilyed olmuştur. Ayrıca, şifre çözücünün "bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistem" olduğu da kanımızca söylenemez. Bu sistemde bir bilgi kullanımı veya aktarımı yoktur sadece verilen bir yayının özellikle bozulan görüntüleri netleştirerek izlemeye yarıyan bir sistemdir. Bir nevi anten şeklindedir. Abone zaten verilen yayınları şifre çözücü ile net olarak izlemektedir.

Abonenin davranışları TCK.nun 525a maddesinin her iki fıkrasına da uymamaktadır.

d– Madde 525b'de Düzenlenen Suç Bakımından

Bu maddenin ilk fıkrasında da yine bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistemden bahsedilmektedir. İşte bu sistemlere yönelik ızrar nitelikli davranışlar cezalandırılmıştır. Fail burada kendisi veya başkası yararına bir dav-

ranışa girmemekte sadece sisteme zarar verici ve zarar vermeye yönelik davranışlar içine girmektedir. Belirttiğimiz davranışlar bu fıkraya da uymamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası uygulamada ençok uygulanan maddedir. Bu maddeye göre failin belirtilen sistemden yararlanarak kendisi veya başkası yararına hukuka aykırı bir yarar sağlaması durumunda suçlu sayılmaktadır.

Belirttiğimiz gibi şifre çözücü ile yapılan yayınları izleyen abonenin "bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistemden" yararlandığı söylenemez. Kaldıki böyle görülse bile abone yayıncı kanal ile bir anlaşma yapmış ve bu anlaşma sonucunda sözkonusu sistemin sahibi olan şirketten rızaya dayalı olarak almıştır. Abone yayınları izlediği şifre çözücüyü nasıl kullanacağı konusunda yayıncı ile anlaşmış ve bu anlaşmaya aykırı davranmaktadır. Yani davranışı hukuka aykırılıktan önce sözleşmeye aykırılıktır. Sistemi kullanmasının hukuka aykırı olması sözkonusu değildir. Abone sistemi kullanmak üzere anlaşmıştır fakat kullanımın kapsamı taraflar arasında ihtilaflıdır.

e– Madde 525c'de Düzenlenen Suç Bakımından

Bu maddede de otomatik sistemlerden yararlanarak hukuk alanında yararlanmak üzere delil yaratılması hali düzenlenmektedir. Fail burada sistemlere girerek kendi lehine delil niteliğinde belgeler üretmekte veya tahrif etmektedir.

İnceleme konumuz olan abone eylemlerinde ise bu şekilde bir davranış zaten yoktur. O nedenle abone bu maddeye dayanılarak da cezalandırılamaz.

V– SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza hukukunun en temel kavramı "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralıdır. Baştan beri belirttiğimiz açıklamalar karşısında şu değerlendirmeye varmamız gerekmiştir:

Yukarıda belirttiğimiz gibi bir fiilin haksız ve hukuka aykırı olması onun illa da suç olmasını gerektirmez. Kişinin eyleminin haksızlığı illa da bir cezai yaptırma bağlanacak değildir. Yapılan eylem haksız fiil aşamasında kalıp bu anlamda taraflar arasında hukuki bir ihtilafa konu olabilir.

Bunun yanında Türk hukuk sisteminde kural olarak sözleşme özgürlüğü kuralı vardır. Taraflar aralarında yasal sınırlamalara aykırı olmamak koşulu

ile bir sözleşme yapabilir ve bu sözleşmenin neleri kapsayıp neleri yasakladığını kararlaştırabilirler. Bu şekilde yapılan bir sözleşmeye aykırı davranış her zaman suç sayılmak durumunda değildir. Zaten bir eylem suç ise onun sözleşme ile hüküm altına alınmasının veya alınmamasının bir etkisi yoktur.

İncelediğimiz ve abonenin davranışları olarak belirttiğimiz ve uygulamada en çok karşılaşılan şekli ile şifreli kanal ile bireysel abonelik sözleşmesi yapan kişinin bu sözleşmeye aykırı davranarak (Sözleşme m.6) yayınları toplu olarak işyerinde (genellikle kahvehane veya birahanede) göstermesi kanımızca SUÇ DEĞİLDİR, dolayısıyla BİR CEZAİ YAPTIRIMI YOKTUR. Sorun sadece taraflar arasında imzalanan SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTIR ve buna karşı yayın yapan kuruluşun hukuk mahkemelerinde tazminat davası açma hakkı vardır. Esasen uygulamada ceza davaları yanında bu tür tazminat davaları da açılmaktadır.

Özgür iradeye dayalı olarak yapılan her sözleşmeye aykırı davranış suç sayılamaz, sayılmamıştır da. Kişiler yaptıkları sözleşme kurallarına uymakla yükümlüdür. Ancak bu uymamanın yaptırımı hukuk mahkemelerinde sözleşmenin feshi, eski hale getirme, tazminat vb. davalara muhatap olmaktır. Her hukuki ihtilaf ceza mahkemelerince görülen bir dava doğuramaz.

Bunun sonucunda yukarıdaki yargımızı tekrarlamak gerekirse;

Yapılan eylem BİR SUÇ TEŞKİL ETMEZ kanısındayız.

—oOo—

KAYNAKÇA

1– S. DÖNMEZLER – S. ERMAN; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 10; Bası, İstanbul 1987.

2– S. DÖNMEZLER; Mal / Aleyhine Cürümler, İstanbul.

3– V. SAVAŞ – S. MOLLAMAHMUTOĞLU; TCK.nun Yorumu, C. 3, 4, Ankara 1995.

4– A. P. GÖZÜBÜYÜK; TCK. Şerhi, C. 4, İstanbul.

5– İ. MALKOÇ; Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990.

6– İ. MALKOÇ – M. GÜLER; TCK., C.1, Ankara 1996.

7– M. GÜLER – K. TAŞDEMİR; Ceza Yargılama Usulü, Ankara.

8– K. TAŞDEMİR – R. ÖZKEPİR; Mala Karşı Suçlar, Ankara 1993.

9– A. ÖNDER; TCK. Özel Hükümler.

10– F. EREM; Bilgisayar Suçları ve TCY. – Yargıtay Dergisi, Ekim 1991, s.436 vd.

11– N. KUNTER; Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986.

12– E. YURTCAN; CMUK. Şerhi, C.1 İstanbul 1995.

13– TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988.

14– VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

15– von TUHR; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. C. Edege), Ankara 1983.

16– EREN; Borçlar Hukuku Genel Hükmler, 5. Bası, İstanbul 1994.

NİŞANIN BOZULMASINDA CAYMA AKÇASI VE CEZAİ ŞART (*)
(MK. 83. Madde Değişikliği)
(II)

Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN (**)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *III– Medeni Kanun Sonrası Değişikliği Hukuki Durum. A– Genel Olarak. B– Nişanlanmada Evlilikten Kaçınma Hali İçin Getirilen Akçalı Yükümlülükler. 1– Nişanlanmada Cayma Akçası (Zamanı Rücu) a– Genel Hükümler Karşısında Cayma Akçası. b– Nişanlanmada Cayma Akçasına Bağlı Hukuki Sonuçlar. aa– Nişanlanmada Verilen Cayma Akçası Eksik Borçtur. aaa– Genel Olarak Eksik Borçlar. bbb– Nişanlanmada Cayma Akçasının Eksik Borç Olarak Niteliği. cc– Yakınlar Tarafından Ödenen Cayma Akçasına Bağlı Hukuki Sonuçlar. dd– Ödenmiş Cayma Akçasının Tazminat Borcu Karşısındaki Yeri. aaa– Hukuka Aykırı Davranışı ile Nişanın Bozulmasına Neden Olan Tarafın Cayma Akçasını İadesi Sorunu. C– Nişanlanmanın Evlenme İle Sonuçlanması Halinde Cayma Akçasının Hukuki Kaderi. d– Nişanın İradi Olarak Bozulması Dışında Son Bulması Halinde Cayma Akçasına Bağlı Sonuçlar. 2– Nişanlanmada Cezai Şarta Bağlı Hüküm ve Sonuçlar. a– Genel Hükümler Karşısında Cezai Şart. b– Nişanlanmada Cezai Şartın Yeri. c– Nişanlanma İşlemi ile Cezai Şart İlişkisi. d– Nişanlanmada Cezai Şartın Eksik Borç Özelliğine Bağlı Hukuki Sonuçlar. e– Ödenmiş Cezai Şartın Tazminatla İlişkisi Sorunu – Aşkın Zararı Talep. 4– Medeni Kanun 83 Hükmünün Değerlendirilmesi – Sonuç. I– Evlenme Özgürlüğü Akçalı Yükümlerle Kısıtlanmaktadır. II– Ödenmiş Cayma Akçası ve Cezai Şartın İade Engeli Anlamsız Bir Gerekçeye Dayanmaktadır. III– Medeni Kanun 83/II.f ile Başlık Parasına Hukuki Zemin Hazırlanmıştır. A– Başlık Parası. B– Başlık Parasının Hukuki Niteliği. a– Başlığın Hediye Olduğu Görüşü. b– Başlık Talebinin İkrah Sayılması Görüşü. c– Başlık Para-*

(*) Yargıtay Dergisi Temmuz–1996, Sayı: 3, Sayfa: 299–321'den devam.

(**) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

sının Sebepsiz Zenginleşme Oluşturacağı Görüşü. d– Başlık Parasına İlişkin Hukuki Sonuç. c– Cayma Akçasına İlişkin Medeni Kanun 83 Hükmü İle Başlık Parasının Kazandığı Tehlikeli Boyut. IV– S o n u ç.

III– MEDENİ KANUN DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI HUKUKİ DURUM

A– Genel Olarak

"Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" ifadesi ile eski kuralı sadeleştiren kanunkoyucu, eski hükümden esaslı noktalarda ayrılarak, "evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemelerde geri istenemez" hükmünü koymuştur. Eski hükümdeki "tazminat" kavramının yerini iki borçlar hukuku kurumu almıştır. Bu konuda ilk olarak belirtmek gerekirse eski hükümdeki tazminat yerine bu kurumların anılmasında isabet vardır. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanunda yeralmakla birlikte kararlaştırılmış nişanın bozulmasına bağlı diğer bazı edim yükümlülüklerinin de olabileceği unutulmamalıdır. Örneğin alanın iki katı iade yükümlülüğü doğurmayacak yalnızca verenin evlenmekten kaçınması halinde alanda kalacak bir miktar paranın nişanın doğumu ile birlikte ödenmesi ilişkisinde bu durum söz konusudur. Kısaca gerekçelendirmek gerekirse, nişanlanma esnasında tarafların miktar belirtmeksizin nişanı bozan tarafın tazminat ödeyeceğini kararlaştırmaları, tazminat ödenmesi gereken hallerde genel kuralın tekrarı; tazminat ödenmesi gerekmeyen hallerde ise geçersiz bir edim yükümünden ibarettir. Yok eğer, açıkça bir miktar kararlaştırılarak ödeneceği taahhüdü cezai şarta; peşin verilmesi de pey akçası ve koşullarının saptanması halinde cayma akçasına vücut verecektir. Çünkü, BK. 18 hükmünce tarafların gerçek irade beyanının araştırılması zorunluluğu tartışmasızdır.

Bu konudaki hukuki sonuçlara geçmeden önce, cayma tazminatı ve cezai şartın nişanlanmadaki fonksiyonuna borçlar genel teorisi ışığı altında değinmemiz yararlı olacaktır.

B– NİŞANLANMADA EVLİLİKTEN KAÇINMA HALİ İÇİN GETİRİLEN AKÇALI YÜKÜMLÜLÜKLER

Akdi (sözleşmesel) ilişkide tarafların, edim yükümlülüklerini ifa konusunda zorlayıcı, akçalı (mali) yükümlülükler getirmeleri BK.muzun düzenleme konusu içinde kalmıştır. Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkını karşı tarafa anlaşarak akdin doğumu sırasında verilen bir miktar para ile sağlanması da

BK.muzca hükme bağlanmıştır. İşte, cezai şart ve cayma akçası BK.muzda yeralan iki hukuki kurum olarak, MK.83 değişikliği ile nişanlanma konusunda da açıkça anılmıştır. Hemen belirtelim, BK.muzda düzenlenme konusu yapılmamış edim yükümlülüklerinin de benzer hukuki sonuçlarıyla gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, akdin doğumundan önce verilen bir miktar paranın, akti yapmaktan kaçınma halinde kaybetmek üzere ödenmesinde olduğu gibi (39).

1– NİŞANLANMADA CAYMA AKÇASI (ZAMANI RÜCU)

a– Genel Hükümler Karşısında Cayma Akçası

Bk.muzun 156. maddesini aynen yazarak sonucu çıkarmak gerekirse, kanunkoyucu, "bir kimse pey akçesi verdiği takdirde, bunu zamanı rücu olarak değil, belki akdin inikadına delil olmak üzere vermiş addolunur.

Hilafına mahalli adet veya mukavele olmadıkça pey akçesini alan, alacağına mahsup etmeyerek onu muhafaza eder.

Zamanı rücu şart edildiği halde, akidlerden her biri akitten rücu salahiyetini haiz addolunur. Pey akçesi vermiş olan rücu ederse verdiğini terk eder ve pey akçesini almış olan rücu ederse aldığının iki mislini iade eder" hükmü ile tanım vermeksizsin anılan kurumların hüküm ve sonuçlarını belirtmekle yetinmiştir.

Cayma akçasına (pişmanlık akçası) ilişkin açıklamalara geçmeden önce zorunlu bağlılık nedeni ile pey akçası (kapora) hakkında da özlü bir bilgi vermemizde gerekecektir.

BK.muzun bu konudaki ifadesi karışıklığa yolaçacak niteliktedir. Maddede cayma akçası pey akçasının ilave fonksiyon kazanmış bir türü gibi düzenlenmiştir. Eş değişle, pey akçasının aynı zamanda akitten dönme konusunda özgür kalmak amacı ile ödenmesi halinde cayma akçası söz konusu olacak gibidir. Oysa mehaz hüküm böyle bir ifade taşımamaktadır (OR. Art. 158/III). Öğretide de her iki kurum dikkatlice ayrılmaktadır (40).

---

(39) von Tuhr, s. 775.

(40) Eren Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, B. 4, İstanbul 1994, s. 375. Tunçomağ Kenan: Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 895 vd., Feyzioğlu Necmeddin Feyzi: Borçlar Hukuku C. II, Genel Hükümler, s. 373 vd., Tekinay Selahattin

Pey akçası (kapora) bir aktin kurulması esnasında taraflardan birinin aktin doğumuna delil elde etmek ve bu konudaki ciddiyetini göstermek amacıyla verdiği herhangi bir şey (genellikle para) verilmesidir (41).

Günümüzde fazla bir uygulama olanağının kalmamasının nedenini, iradi olarak yazılı şeklin yerleşmeye başlamasında aramak gerekir. Çünkü, artık yalnızca sözlü olarak yapılmış aktin kurulmasından sonra, yapılan aktin ciddiliğinden kuşku duymadan ayrılmak için bir miktar para verme arzusu sönmüştür.

Pey akçası, feri (bağımlı) olma özelliği sonucu, asıl borç ilişkisinin geçersizliğine bağlı olarak geçersiz olur (42). Bu takdirde işin niteliği gereği ödenmiş olan pey akçası sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadeye tabidir (43). Buna karşılık, akit geçerli olmakla birlikte ifa etmeme nedeni ile tazminat söz konusu olması halinde pey akçası veren tarafın tazminat borcundan mahsup edilip edilmeyeceği de ifa halinde asıl alacağa mahsup edilip edilmeyeceğine bağlıdır (44). Pey akçasının, aktin ifa ile son bulmasında ne olacağı konusunda kanunkoyucunun açık bir hükme yer verdiğini gördük. Buna göre, getirilen karine ile, aksine sözleşme ve yerel adet yoksa pey akçası alan bunu alacağını da mahsup etmek zorunda değildir. Pey akçası kendisinde kaldığı gibi, alacağını da tam olarak talep edecektir. Ancak, bu ülkemiz koşullarına uymamaktadır. Öğretide de yazarlar söz birliği ederek bu rahatsızlığı ifade etmektedirler (45).

Görüşümüzce de, bu kuralın uygulanmasında, yaygın kanıyı hükmün aksine örf ve âdet oluşturacak uygulama niteliğinde kabul etmeli ve bu konuda genel âdetten sözetmelidir. Buna göre, pey akçasını alan taraf bunu alacağını mahsup etmekle yükümlü olacak; verilen şey ile aynı neviden olmama halinde ise, ifa ile son bulan akit için delil elde etme amacı ortadan kalkacak ve bunun sonucunda iade yükümlülüğü doğacaktır.

Sulhi / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 451 vd.

(41) Andreas, Borçlar Hukuku, C. I-II, Ankara 1983, (Çev. Edege Cevat), s. 773 vd.

(42) Feyzioğlu, Borç II, s. 376; Tunçomağ, s. 896; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 453; Eren, s. 377; von Tuhr, s. 774. Bu konuda tarihi gelişim ve kavramlar açısından bk., von Tuhr.

(43) BK. 34 nolu dipnotunda verilen eserler.

(44) Bu konuda bk., Feyzioğlu, s. 377; Eren, s. 377.

(45) Eren, s. 376, Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 452; ilginç bir görüş olarak bk., Feyzioğlu, Borçlar II, s. 377-378.

BK. 156. madde ile düzenlenen ikinci kurum, cayma akçasıdır. Aynı şekilde yine aktin doğumu esnasında verilen bir miktar şey (genellikle paradır) söz konusudur. Fakat, bu defa taraflar aktin bağlayıcılığı konusunda her iki tarafın da özgür kalma arzusuna cevap verilmektedir. Taraflardan birinin verdiği cayma akçasına bağlı olarak her iki tarafın da dilediği zaman akidden dönme konusunda anlaşmaları halinde BK. 156/III.f hükmünce cayma akçası kararlaştırılmış olur. Böylece, her iki tarafda keyfi olarak (kanunda düzenlenmiş haklı bir sebebe dayanma söz konusu olmaksızın) akitten dönme hakkına sahip olur ve bu hak kullanılınca akit geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkar. Hemen anlaşılacağı gibi taaahhüt muamelesi olarak akdin kurulması ile ifa arasına zaman kesiti girmesi halinde önemi olan cayma akçası uyarınca, cayma akçası veren akitten dönecek olursa verdiği karşı tarafta kalacak; alanın dönmesi halinde ise cayma akçasının iki katını ödemesi gerekecektir (BK. 156/III).

Kazandırıcı işlem olarak ifade etmek gerekirse, cayma akçasını verenin akitten dönmesi halinde verdiği, karşı tarafta haklı bir kazandırma oluşturarak malvarlığının aktifine geçmektedir. Karşı taraf caydığı takdirde ise, aldığı cayma akçasına bir de kendi yükümlülüğünü oluşturan miktar eklenerek (iki katı olarak) borçlanma yaratmaktadır (pasifini arttırmak suretiyle) (46).

Pey akçasında söz konusu olan ihtimaller cayma akçası olarak da gündeme gelecektir. Akit gereği yerine gelince, yani taraflar akitten dönmeyince cayma akçasının hukuki kaderi tartışılmak gerekir (ki bunun konumuzla ilgili olarak öneminin büyük olduğu hemen anlaşılacaktır).

Bu konuda, biraz da BK.nun ifadesinin verdiği rahatlıkla ve aktin doğumu konusunda verilen bir miktar paranın akitten dönme konusunda sağladığı özgürlük yanında ve öncelikle aktin doğumuna da delil oluşturacağı sonucundan hareketle, evleviyetle pey akçasındaki sonuçların uygulanması gerektiğine inanıyoruz (47). Buna göre, yukarıda verdiğimiz sonuçla, cayma akçası olarak verilen şey kararlaştırılan edim cinsinden ise mahsup edilecek aynı neviden olmama halinde ise iade edilecektir (48). Hukuki bir temele

---

(46) Her türlü tarafda aslında eş bir ödence ile yükümlü tutulmuştur. Bk., Feyzioğlu, Borç, II, s .380.

(47) Bu görüşte olan Bucher'e yollama ve aksi görüş için bk., Eren, s. 378.

(48) Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 454; Uçar Salter, Hukukta Cezai Şart Uygulaması, İstanbul 1993, s. 5.

oturtmak gerekirse, sebebin tahakkuk etmemesi sonucu oluşan sebepsiz zenginleşme söz konusu olacaktır (BK. m. 61 vd.) (49). Tazminat gerektiren hallerde pey akçasında verdiğimiz bilgiler buradada geçerli olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekirse, kanunkoyucu, aksi ispat edilebilen bir karine ile, şüphe halinde pey akçasının varlığını kabul etmiştir. Başka bir anlatımla, iddia eden cayma akçesinin varlığını ispat edemediği takdirde, aktin doğumu sırasında verilen şeyin pey akçası olduğuna hükmedilecektir.

b– Nişanlanmada Cayma Akçasına Bağlı Hukuki Sonuçlar

Nişanlanmada pey akçasının yeri olarak mıdır? Uygulamada mali boyutlu sözleşmelere özgü pey akçasının nişanlanmada kullanıldığına rastlamak mümkün değildir. Nişanlanma ile birlikte kaporo verilmesi dile dahi hoş gelmemektedir. Bu nedenle, nişanlanmada aktin doğumu ile birlikte verilen bir miktar şeyin olsa olsa hediye olarak adlandırılması gerekir. Kanunkoyucu da hediyelere ilişkin hüküm ve sonuçları düzenlemiştir. Yok eğer böyle bir ödemenin başlık parası niteliğinde olması halinde ise hüküm ve sonuçlar değişiktir. Konumuzla ilgili olarak bu konuya aşağıda değineceğiz.

Konumuzun 83/II.f hükmü ile sonuç bağlanması üzerine, nişanlanma ile birlikte taraflardan birinin nişanı bozma konusunda özgür kalmak üzere diğer tarafa bir miktar şey (genellikle para) vermesi ihtimali olabileceğini kabul etmek gerekir. Buna göre cayma akçası vermiş olan taraf, BK.muzun bağladığı sonuçla karşı tarafın bozması halinde ise verdiğinin iki katını ödemesi gerektiğini düşünmekte haklı olacaktır.

Nişanlanma ile ilgili olarak cayma akçası verilmesi adetine ise pek rastlandığı söylenemezdi. Ancak, böyle bir adetin olduğu söylenemezse de, peşin cayma tazminatı verilmesi yolunda örneklerin olduğunu ve cayma tazminatının iadesi için davalar açıldığını değişik hükmün gerekçesinden öğrenmiş bulunuyoruz (Gerekçeyi yukarıda kanuni düzenleme başlığı altında yazmıştık). İşte sık rastlamadığımız sınırlı bir kaç örnekte gerçekleşen uygulamaya bağlı olarak ve üstelik aceleye getirerek "ahlâki bakımdan uygun bulunmadığı" gerekçesi ile iade davalarına engel olunmak arzusuyla yapılan değişiklik eleştirisini aşağıdaki bilgiler üzerine oturtmaya çalışacağız.

---

(49) Ayrıca bk., von Tuhr, s. 775; Eren s. 378. Kusurlu imkansızlık halinde borçlar için bk., Feyzioğlu Borç II, s. 382.

Kısaca tarihi gelişmeye de gözatmak gerekirse, MK.83 hükmü ile nişanlanma kurumuna girmiş olan cayma akçası, bu konuda Türk kanunkoyucunun icadı olmayıp; uygulaması çok eskilere dayanan bir tarihi geçmiş sergilemektedir.

Şöyle ki, nişanlanma ile ilgili olarak rastladığımız en eski kurallar olan Hammurabi (M.Ö. 2100) kanunlarında nişanlanmadan geri dönülmesine ilişkin kurallar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (159-161. maddeler) (50). Konu başlığımız altında çok ilginç olarak, nişanlanma ile birlikte kadının babasına verilen "tirhatu" (günümüzde başlık parasına benzer ön ödeme) olarak adlandırılan kazandırmayı görüyoruz. Erkek, nişanı, hediyeler ve tirhatu verildikten sonra bozarsa, kız babasının hediye ve tirhatuyu geri verme yükümlülüğü bulunmakta idi. Buna karşılık, nişanlı kızın nişanı bozması halinde, aldığı hediyeleri iade yanında tirhatuyu iki katı olarak ödeme yükümlülüğü altında bırakıldığını görüyoruz (51).

Şimdiki cayma akçasına benzer bilinen ilk örnek oluşturacak bu uygulamadan sonra Roma hukukunda nişanlanma konusunda bir Helen uygulaması olarak "arrha"yı görüyoruz (52). Buna göre, nedensiz olarak nişanı bozan taraf, vermiş olduğu arrha'yı kaybetmekteydi. Arrha'yı almış olan tarafın nişanı bozması halinde arrha'nın iki katını karşı tarafa ödemekle yükümlü olduğunu görüyoruz (53).

İşte MK. 83, tarihi uygulamayı mehaz İsviçre ile Alman hukukunda böyle bir ödemenin kararlaştırılması mümün değil iken nişanlanma ile birlikte cayma akçası verebileceğini öngörmüş buna ilişkin hüküm ve sonuçları düzenlemiştir.

---

(50) Bu konuda bk., Ferh H.: Hammurapi und salische Recht, Bonn 1970, s. 76.

(51) Hammurabi kuralları 159 ve 160. madde için bk., Kohler J./Peiser F.E.: Hammurapi's Gesetze, Band I., Leipzig 1904, s. 85.

(52) Roma Hukukunda pey akçası "Arrha" olarak adlandırılmıştır. Bu konuda değişik alt başlıklar için bk., von Tuhr, s. 773.

(53) Semidt A.: Rechtnatur und Behandlung des Verlobnisses nach bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1932, s. 9.

aa– Nişanlanmada Verilen Cayma Akçası Eksik Borçtur

aaa– Genel Olarak Eksik Borçlar

Borçlar genel teorisinde eksik borçlar (54), kısaca ödenebilir, fakat dava edilemeyen borçlar olarak tanımlanmaktadır (55). Geçersiz borçlar yanında, ödenmemekle birlikte ödenmiş olmaları halinde iadeleri mümkün olmayan bu tür borçlar, yükümlüsüne defi hakkı vermektedir. Buna göre, borçlu eksik borcun dava edilmesi halinde ödememe hakkını öne sürerek bu yükümü yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir. Ancak, bu hakkını kullanmayarak ödemiş olması halinde geçerli bir borcu ödemiş olmakta ve artık iadesi kanunkoyucunun getirdiği açık hükümle dava edilememektedir. Burada hukuk düzeni hem geçerli bir borç yaratması yanında hem de ödememe hakkı tanımasının hukukçu olmayanlara bir çelişki olarak gözükmesi normaldir. Fakat, burada ortalama bir çözüm yolu bulunduğunu görüyoruz. Şöyle ki, geçersiz borçlarla – geçerli borçlar arasında hukuki geçerlilik taşıyan bu borçların varlığı zorunlu görülmüştür. Kanunkoyucu bu tür borçlar yaratarak, hoş görmediği bazı talepleri belirlemiş her iki halde de mahkeme önüne gelmesini arzulamamıştır. Öyle ki, somut uyuşmazlık olarak, ne ifası amacı ile ne de ödenmesi sonucu iadesi talebi ile mahkeme önüne gelmemelidir (56).

Bu hukuki yapısının sonuçları olarak borçlunun ödemek istememesi halinde aynen ifa davası açılmayacaktır. Bu sonuç, eksik borçların geçersiz borca yaklaşan yönüdür. Buna karşılık rıza ile her nasılsa ödenmiş ise (gerek yanılma ile gerekse eksik borç olduğunu bilerek) iade edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu konuda, eksik borcun geçerli bir borç olduğunu görüyoruz. Böylece, rıza ile ifa edildiği takdirde, alacak hakkına konu edimin varlığına bağlı olarak karşı tarafın mal varlığında geçerli bir kazandırma yaratmaktadır (geçerli bir taahhüt muamelesine dayanan geçerli bir tasarruf işlemi ile). Başka bir anlatımla ödenmiş olması halinde alacaklının ifa menfaatini sağlaması sonucuna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme oluşturmayacağı açıktır. Eksik borcu ödememe hakkı olan borçlu; yanılma ile rızasıyla ödediği eksik borcun, BK. m. 62 hükmünce sebepsiz zenginleşme yarattığını öne süremeyecektir.

---

(54) Ayrıntılı bilgi için bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 29 vd.; Tunçomağ, s. 41 vd.; Eren Fikret: Borçlar Hukuku, genel hükümler, C. I, İstanbul 1994, s. 104 vd.; von Tuhr, s. 33 vd.

(55) von Bruns'tan aktaran, Tunçomağ, s. 4.

(56) Gelse de, karşı tarafın ileri sürmesi halinde bu durumun ortaya çıkmasıyla birlikte fiili durumun (ödememenin veya ödenmiş ise iadenin) aksine karar verilmeyecektir.

bbb– Nişanlanmada Cayma Akçasının Eksik Borç Olarak Niteliği

MK. 83/II. fıkranın getirdiği hukuki sonuçlar ile dava edilemeyen; ödeme yapılamaması halinde geri istenemeyen cayma akçası tipik bir eksik borç olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak cayma akçası ile "doğuştan eksik borç" (57) başlığı altında MK.muz, yeni bir eksik borç türü yaratmıştır. Bu bağlamda, nişanlanma ile birlikte verilen cayma akçası verildiği anda eksik borç olarak doğmuş olmaktadır.

Eksik borç olarak nitelendirilmesindeki amacı gerekçede görüyoruz. "kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin sonradan bunu geri almaya kalkması ahlaki bakımından uygun bulunmamaşıtır." Şeklindeki ifadesi ile kanunkoyucu tavrını koymuştur. Bir üst başlıkta belirttiğimiz gibi kanunkoyucu nişanlanma ile birlikte verilen cayma akçası ve cezai şartın ne ifası davasını ne de rıza ile ödenmesini takiben iadesi davasını hoşgörmemekte ve bunu ahlâki değerlere aykırı bulmaktadır. BK.muzda hükme bağlanmış ahlaki borcun ifadesinden farklı olarak burada iade talebinde bulunmanın ahlak dışı bulunduğu bir eksik borç türü ile karşı karşıyayız.

Artık nişanlanmada cayma akçası verilmesinin hukuki sonuçlarını belirleyebiliriz. Buna göre kararlaşırılmış cayma akçasının ifası dava edilemeyecektir. Kanunkoyucu, nişanlanmanın, evlenmeye zorlama hakkı vermemesi niteliği ve evlenme özgürlüğünün mutlaklığı ilkesince, evlenmeye yanaşmama hali için getirilmiş akçalı yükümlülükleri hoş görmemektedir. Bu nedenle, yaratılan eksik borç özelliğine bağlı olarak bu tür edim yükümlülüklerinin kararlaştırılmış olması halinde ifası dava edilemeyecektir. Kısa ve özlü bir ifadesi ile, "evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez kuralı" MK. 83/II. fıkranın amir hükmüdür.

Cayma akçasının iki taraflı hukuki sonuç doğurmasına bağlı olarak cayma akçasının dava edilememesi de iki boyutlu olarak gündeme gelecektir. Cayma akçasını verecek ve cayma akçasını almış olan nişanlı taraf açısından kural şöyle işleyecektir:

İlk olarak, nişanlanma ile birlikte cayma akçasını ödeyecek taraf açısından sorunu ele alacak olursak, bu edim yükümünün asıl hukuki işleme bağlı (feri) niteliğine bağlı olarak nişanlanmanın meydana gelmesi ile birlikte

---

(57) Kavram için bk., Eren, I, s. 106.

ifası gerektiğini biliyoruz. Başka bir anlatımla, cayma akçası ile ilgili verdiğimiz bilgiler hatırlanacak olursa cayma akçasının aktin doğumu ile birlikte verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böylece, işin niteliği gereği aktin doğumu ile birlikte kararlaştırılan cayma akçasına ilişkin tasarruf işleminin, taahhüt muamelesini takiben herhangi bir vade ve koşuldan yararlanılmaması sonucu hemen yapılması gerekir. Hal böyle olunca, cayma akçasının aktin doğumundan (nişanlanmayı oluşturan karşılıklı irade beyanlarının muhataba varması) sonra verileceğini düşünmek zordur. Ancak, hemen gözlenebileceği gibi bu durumun imkansız olmayacağı da açıktır. İşte, cayma akçası kararlaştırılmış olmakla birlikte nişanlanmanın oluşmasına rağmen henüz ödenmediği hallerde, daha sonra ödenmek istenmemesi karşısında artık dava edilmeyecektir. Bir diğer ihtimal olarak, nişan devam etmekte iken yani nişan gerçekleşmesinden ve fakat, evlenme ile ifasından önce akitten dönme karşısında özgür kalma amacı ile bir şey verilmesi (nişanı bozma konusunda serbestlik sağlanması düşüncesi ile) de cayma akçası olarak adlandırılmak gerekecektir. Bir diğer anlatımla, tarafların nişan kurulması ile birlikte bir şey vermeyip, daha sonra cayma akçası verileceği konusunda anlaşmaları mümkün olabilir. Bu konuda da verebileceğimiz sonuç artık bellidir. Taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen cayma akçası ödenmeyecek olursa ifası dava edilemeyecektir. Ancak, bu ihtimale bağlı olarak son derece dikkatli olmak gerekir. Şöyle ki, taraflardan birinin bir miktar şey verip, karşı tarafın rızası ile nişanı bozma hakkını elde etmesi aşağıda inceleyeceğimiz dönme cezasıdır (BK. m. 58/III f). Buna göre, verilen bir miktar şey ile nişan bozma iradesi de beyan edilerek nişan ortadan kaldırılmakta ise artık cayma akçası değil dönme cezası ödenmiş demektir. Pekiştirmek gerekirse, taraflardan biri (ödeme kendine düşen) aktin doğumundan sonra cayma akçasını ifa etmiş ve bu ifa anında aktin bağlayıcılığı ilkesince nişan hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmekte ise, cayma akçası niteliğini koruyan kazandırmanın varlığını kabul edebiliriz.

Diğer yönden, cayma akçasını almış olan taraf açısından cayma akçasının dava edilememesini inceleyecek olursak şu hukuki manzara ile karşılaşmaktayız. Borçlar genel teorisinde cayma akçası iki taraf için de eşitlik kuralı uyarınca hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Çünkü, cayma akçası vermekle nişanlı tarafın amaçladığı hukuki sonuç, cayma akçasını alan tarafın nişanı bozması halinde aldığının iki katını ödemesidir. Genel hükümlerce (BK. md. 156) ifade edilen, halk arasında da bu şekli ile benimsenmiş olan bu hukuki sonuç, cayma akçasının eksik borç olma özelliği karşısında orta-

dan kaldırılmıştır. Şöyle ki, cayma akçasını almış olan nişanlı taraf nişanı bozacak olursa, cayma akçası veren taraf, verilen miktarın iki katının ödenmesi konusunda herhangibir yasal talepte bulunamayacaktır. Bu hukuki sonuçla cayma akçası almış olan tarafa, cayma akçasını iade etmemesi sonuda genel hükümler uyarınca doğal sonucu olan iki katının ödenmesi yolunda ödememe hakkı verdiği de açık olarak ortaya çıkmaktadır.

Cayma akçasının ifasının dava edilememesi yanında eksik borçlara özgü ikinci karekteristik özellik, MK. 83/II.f ile tekrar edilmiştir. bu konuda yapılan ödemeler geri istenemeyecektir.

Eksik borcun ödenmesinin bağışlama olmadığını da hemen vurgulamamız gerekiyor (58). Borcun klasik sebepleri ayırımında borçta bağışlama sebebi (causa donandi) değil; ifa sebebi (causa solvendi) sözkonusudur.

Diğer yönden ödememe hakkının bulunması eksik borçların rıza ile ifasında, BK. 62. madde hükmünün uygulanmasını da engeller. Bu konuda, cayma akçasını ödemiş olan taraf, ödememe hakkı olmasına dayanarak, yanılması sonucu borcu ödediğini ileri sürerek sebepsiz zenginleşme davası açamayacaktır (59).

cc- Yakınlar Tarafından Ödenen Cayma Akçasına Bağlı Hukuki Sonuçlar

Cayma akçasını tarafların yakınları ödemiş olacak olursa ne olacaktır? Bu takdirde cayma akçasının iki yönünne dikkat çekmek gerekiyor. Cayma akçasını nişanlı taraflardan birinin yerine ödeyen kişi açısından durum basittir. Bu takdirde, BK. 67'nin, "borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir" kuralı uyarınca, ödeme yapan yakın, nişanlı taraf hukuk sahasında hüküm ve sonuç doğurmak üzere ödeme yapmaktadır. İşte bu bağlamda nişanlı taraf hukuki sahasında oluşan etkileri incelemek gerekir. İlk olarak hemen saf dışı bırakmak gerekirse, burada temsilden söz edilemeyecektir. Burada, nişanlı tarafın malvarlığına dahil diğer nişanlı ad veya hesabına ödenmemektedir. Bu ifade ile andığımız şekilde yapılan cayma akçası ödemelerinin niteliğini de belirtmiş oluyoruz.

---

(58) Eren, I, s. 105-106, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 37.

(59) Bu konuda bk., Öz, Sebepsiz.

Üçüncü şahıs, cayma akçasını karşı nişanlı tarafa (ki karşı tarafın yakınına, örneğin kız babasına verilme halinde başlık parasına yönelik açıklamalar aşağıda yapılacaktır) kendi malvarlığından yapacağı edimle ifa edecek olursa borcun yüklenilmesi (60) (BK. m. 173 vd.), karşısında olduğumuz açıktır. Cayma akçasının akdin doğumu ile birlikte ödenmesinde, ödeyen (borcun nakli müteahhidi) kişi, bu ödeme ile borçlu nişanlı tarafı cayma akçası ödemekten kurtarmaktadır. Burada oluşan borcun dış yüklenilmesi (61), bir akittir (taahhüt muamelesi). Buna göre cayma akçasının nişanlı tarafça alınması (herhangi bir çekince ileri sürülmeksizin) icabın kabulü olarak algılanmalı ve borcun yüklenilmesi işlemi gerçekleşmiş sayılmalıdır (62). Zaten, bir borçluya karşı yapılan borçtan kurtarma taahhüdü (borcun iç yüklenilmesi) (63), BK. 173 hükmünün açık ifadesi karşısında borcu tediye etmek suretiyle gerçekleşebilmektedir.

Cayma akçasının vermesi gereken nişanlı taraf için ödemesiyle oluşan borcun iç yüklenilmesi (borçtan kurtarma taahhüdü) sebebi, bağışlama ve ifa sebebi olarak ortaya çıkabilir. Bağışlama sebebi ile yapılan cayma akçası ödenmesinde elden bağışlama (BK. m. 237) hükümleri cereyan eder (64).

Hal böyle olunca, cayma akçası yine nişanlı tarafın malvarlığından yapılan kazandırma ile ödenmekte (ifa edilmekte) olup; hüküm ve sonuçları açısından hiç bir değişiklik yaratmayacaktır. Çünkü, yakınlar bu ödemeyi yaparken (borcun iç yüklenilmesi) nişanlı tarafa bağış amacı gütmektedirler. Yok eğer, ivazlı ödeme söz konusu ise artık yakınlar tabiri kullanılamaz.

Bu başlık altında üçüncü şahıslar, yani cayma akçasını nişanlı taraf yararına ödeyen ana baba ve onlar gibi hareket eden diğer kişilerin cayma akçasına ilişkin davaları MK. 83 hükmünden ayrı mı düşünülecektir? Görüşümüzce, MK.muz gerek 84, gerekse 86. madde hükmü ile ana baba ve onlar gibi hareket edenlerin, nişanlı taraf statüsüne sokmuş bulunmaktadır. Bu nedenle, ana baba ve onlar gibi hareket edenlerin ödedikleri veya öde-

---

(60) Bu konuda genel hükümler için bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 355 vd.; von Tuhr, s. 882 vd.; Eren, III, s. 483 vd.; Feyzioğlu, s. 666 vd.

(61) Bu kavram için bk., Tekinay, s. 360 vd.

(62) von Tuhr, s. 888.

(63) Bu kavram için bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 386 vd.

(64) Uygulamada cayma akçası genellikle yakınlar tarafından bağışlama amacı ile ödenecektir; buna karşılık, ivazlı borçtan kurtarma taahhütlerinin genel hükümler açısından sonuçları hakkında bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 357 vd.

yecekleri cayma akçası ve cezai şart konusunda da MK. 83 hükmünün uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Böylece, değindiğimiz tüm sonuçları onlar için de geçerli olacaktır. Örneğin, cayma akçası ödeyen ana baba iadeyi talep edemeyecektir. Cezai şart ödeme taahhüdü altına girmiş bir üçüncü şahıs (ana baba gibi hareket eden dayı gibi) aleyhine ifa davası açılamayacaktır.

dd– Ödenmiş Cayma Akçasının Tazminat Borcu Karşısındaki yeri

Nişanlanmada cayma akçası verilmesi halinde, cayma akçasının mahsup edileceği, asıl edim cinsinden bir karşılık bulunmadığını biliyoruz. Ancak, bu durumda konu başlığımız altında önemli iki hususun çözümlenmesi gerekmektedir.

aaa– Hukuka Aykırı Davranışı ile Nişanın Bozulmasına Neden olan Tarafın Cayma Akçasını İadesi Sorunu

Yukarıda, nişanın bozulması başlığı altında tarafların tazminat yükümü yaratan davranışlarını incelemiş bulunuyoruz. Bu başlık altında tazminat yükümü doğuran halleri iki başlık altında toplamıştık. Buna göre, cayma akçası alan tarafın nişanın bozulmasında kusurlu davranışı veya keyfi olarak haklı bir neden olmaksızın nişanı bozması halinde ödeyeceği tazminat yükümü karşısında cayma akçasının yeri tartışılmak gerekir. Çünkü, tazminat ödemekle yükümlü hukuka aykırı davranışı bulunan tarafın, cayma akçasını alıkoyması nasıl makul karşılanacaktır? Örneğin, nişanlanma ile cayma akçası almış kızın, daha sonra sadakat yükümüne aykırı davranışı başka biri ile cinsi münasebeti sonucu cayma akçası veren karşı tarafın nişanı bozması halinde tazminat ödemekle yükümlü kızın cayma akçasını iade etmemesi hiç de kolay benimsenecek bir sonuç olarak ortaya çıkmamaktadır. Çünkü, yukarıda incelediğimiz gibi bu konuda tazminat ödemekle yükümlü tarafın cayma akçasını alıkoyması ve çoğu kez cayma akçası kadar tutmayacak bir tazminat ödemekle yükümlü olması açıkçası rahatsızlık verici olacaktır. Bu konuda işin niteliği gereği hukukun genel ilkelerine başvurmamız zorunlu hale gelmiştir. Çünkü, kanunun bu anlamsız değişikliği yaratan ifadesi karşısında yapılacak başka bir şey yoktur. "Hiç kimse hukuka aykırı davranışı ile hak kazanamaz" ilkesi gereği, cayma akçası alan tarafın ödeyeceği tazminat dışında bir de cayma akçası olarak verdiği miktarı sebepsiz zenginleşme davası ile iade etme yükümlülüğü kabul edilmelidir. Böylece, hukukun temel ilkelerinin, her türlü normun önüne geçmesi yolundaki evrensel yargı-

nın çatısına sığınarak, bu anlamsız hukuki sonucun ortadan kaldırılması sağlanmış olacaktır.

bbb– Ödenmiş Cayma Akçasının Tazminat Talepleri Karşısındaki Yeri – Mahsup Sorunu

Bu başlık altında, cayma akçası vermiş olan tarafın, diğer nişanlının tazminat talepleri karşısında yükümlülüğü konusunu irdeleyeceğiz. Başka bir anlatımla, cayma akçası veren nişanlı, yukarıda incelediğimiz koşullara bağlı olarak tazminat ödemesi gereken hallerde tazminat ödeme yükümlülüğü olacak mıdır? Şöyle ki, MK 83. değişikliği öncesi, böyle bir cayma akçası saptanması halinde müeyyide geçersizlik olunca nişanın bozulmasına bağlı tazminat talepleri hiç bir şekilde etkilenmemekteydi. Böylece, cayma akçası almış olan taraf aynı zamanda tazminat alacaklısı ise işin doğası gereği mahsup yapılmak gerekecekti. Cayma akçası ödemiş tarafın ödeyeceği tazminat miktarı, cayma akçasından fazla ise, bu miktarı ödeyecek; cayma akçası tazminattan az ise sebepsiz zenginleşme davası ile bu miktarın iadesi istenecekti.

Oysa, şimdi cayma akçasının geçersizliği söz konusu değildir. Artık karşımızda eksik borç vardır. Hal böyle olunca, cayma akçası – tazminat ilişkisini irdelemek gerekir. Bu durum eksik borçlara özgü olarak borçlar genel teorisinde ilk defa karşımıza çıkmaktadır. Öğretide çıkacak tartışma iki ayrı sava dayanacaktır. Bir sava göre, cayma akçasının geçersiz borç olmaktan çıkması üzerine artık cayma akçası almış olan tarafın nişanın bozulmasından doğan tazminat taleplerinin yeri olmayacaktır. Başka bir değişle, cayma akçası vermiş olanın cayma akçasını almış nişanlının iade etmemesi karşısında tazminat ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Böylece borçlar genel teorisinde cayma akçası verenin BK. 156. madde hükmünce keyfi olarak ek hiç bir yükümlülük altına girmeden akitten keyfi dönebilmesi imkanına dayalı savunması kabul edilmelidir.

Eksik borcun geçerli bir borç olmasına dayalı tarafa meyil verecek olursak bu görüşün kabul edilmesi mümkündür. Ancak, eksik borcun dava edilmemesi özelliği karşısında, yukarıdaki görüş kabul edilecek olursa eşitsizlik hemen ortaya çıkıverecektir. Çünkü, cayma akçası nişanı tazminat talebine yer olacak şekilde bozacak olursa tazminat talep edilebilmektedir. Buna göre, cayma akçası alanın tazminat ödemeyip, iki tarafın ödemesi eksik borç olma özelliğine bağlı olarak ortadan kalkınca, cayma akçası verenin de cayma

akçasını alacak tazminatla yükümlü olması halinde tazminat talebi devam etmelidir. Görüşümüzce, cayma akçasının eksik borç özelliğine kavuşması, bu yöndeki davaların (hem ifa amacı ile, hem de iadesinin sebepsiz zenginleşme talebi ile) mahkeme önüne gelmesini önlemektedir. Eş değişle, nişanlanmada mali boyutlu bu tür bir hukuki ilişkinin benimsenmemesinin yolu böyle bulunmuştur. Ancak, nişanın bozulması halinde tazminat talepleri cayma akçasını alan taraf için gündeme gelecekse; cayma akçası veren taraf için de gündeme gelmelidir. Sonuç olarak, cayma akçasını almış tarafın nişanı bozması veya bozulmasına tazminat talebine yer olacak şekilde neden olması halinde cayma akçası ne iki katı ile ne de sebepsiz zenginleşme talebi ile iadesi dava edilememektedir. Hal böyle olunca, cayma akçası verenin tazminat ödemesi gereken hallerde de aşan miktarda tazminatlara hükmetmek gerekecektir. Savunduğumuz bu sava bağlı olarak, cayma akçası veren nişanlı tarafın tazminatla yükümlü olacak şekilde nişanı bozması ya da nişanın bozulmasına neden olması halinde karşımıza mahsup sorunu çıkacaktır. Yukarıda açıkladığımız şekilde borçlar genel teorisinde akitten doğan edim yükümlülüğünde asıl edimin cayma akçasıyla aynı nitelikte olması halinde, mahsubu kabul etmiştik. Akitten doğan verme yükümlülüğü, kusurlu ifa veya diğer hallerde tazminat yükümlülüğüne dönüşmüşse mahsup yine işletilmelidir. Aynı sonuç, nişanlanma ile birlikte verilen cayma akçası için de kabul edilmelidir (65).

Bu sonuçla, daha önce cayma akçası vermiş tarafın daha sonra tazminat ödeme yükümü altına girmesi halinde, ancak, verdiği miktarı aşan bir tazminat ödemekle sorumlu olması halinde bu bakiye kadar ödemesi kabul edilmelidir. Buna karşılık, hükmedilen tazminat ödenmiş cayma akçasını aşmıyorsa ödemekle yükümlü olmayacağı açıktır.

C– Nişanlanmanın Evlenme İle Sonuçlanması Halinde Cayma Akçasının Hukuki Kaderi

Nişanın iradi olarak bozulması halinde cayma akçasına bağlı hukuki sonuçları görmüş bulunuyoruz. Tarafların evlenmeleri halinde de cayma akçasına bağlı hukuki sonuçlar değişmeyecektir.

---

(65) Bu görüşle birlikte mahsup konusunda öneri hüküm sunan Hatemi / Serozan için bk. s. 46.

Cayma akçası genel hükümler çerçevesinde asıl edim cinsinden farklı bir şey olarak verilmişse aktin ifası halinde iade edilmek gerekecektir. Çünkü, artık mahsup edilecek bir asıl edim olmayışı karşısında caymaya bağlı sonuçların gerçekleşmemesi ile birlikte iade gerekecektir. Hukuki zeminini gerekçe ile sağlamlaştırmak gerekirse, sebebin tahakkuk etmemesi sonucu sebepsiz zenginleşme davasına konu istirdat davası açılacaktır (66).

Oysa, nişanlanmada cayma akçası ödenmiş ise, tarafların evlenmiş olması halinde almış olan taraf malvarlığında alıkoymaktadır. Cayma akçasını alan nişanlı, nişanın bozulmayarak evlenilmesi halinde aldığı miktarı isteğiyle iade etmeyecek olursa, MK.muzun bu konuda getirdiği kuralla yapılan ödemeler geri istenemeyecektir.

Acaba, MK. 83/II.f hükmünün evlenmekten kaçınma hali için öngörülmüş olmasından hareketle dar yorumlanması mümkün müdür? Böylece cayma akçasının nişanlanma ile birlikte verilmesi halinde eksik borç olmasına bağlı özellikler, nişanın iradi bozulmasına bağlı olarak işletilebilir. Nişanın evlenme ile sonuçlanması halinde amacı (ratio legis) gerçekleşmeyen hükmün uygulanmayarak verilen cayma akçasının genel hükümlere bağlı olması kabul edilebilecektir. Bu hukuki sonuç kabul edilecek olursa, evlenme ile birlikte cayma akçasında sebebin tahakkuk etmemesine bağlı olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadeye tabi bir kazandırma sözkonusu olacaktır (MK. m. 61 vd).

Aşağıda bir alt başlıkta da dayanacağımız hukuki yargı sonucu MK. 83/II.f hükmünün nişanın iradi olarak bozulmasına bağlı olarak hüküm ve sonuç getirdiği kabul olunmalıdır.

Tekrar edecek olursak görüşümüzce, nişanlanma işlemi sırasında verilen cayma akçasına ilişkin MK. 83/II.f hükmü ile MK.muzun yalnızca nişanın iradi olarak bozulmasına ilişkin hüküm getirmek istemiştir. Bu savımızı destekleyen bir bulgu getirmek gerekirse, gerekçe tarihi yorum malzemesi olarak ileri sürülebilecektir. Aynen alıntı yaparak gözönüne sermek gerekirse, hükme esas olarak şu ifade ile karşılaşmaktayız. "Nişanlanmada, evlenmekten kaçınma hali ile ilgili olarak karşı tarafa nişandan cayma tazminatı peşin olarak verilmiş ise, nişanın bozulması halinde bu tazminatın iadesi için dava açılmaktadır." O halde sonuç olarak, cayma akçasına nişanın iradi olarak

(66) Aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bu konuda bk. von Tuhr, s. 775; Tunçomağ, s. 898; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 454.

evlenmekten kaçınarak bozulmasıyla ilintili sonuç bağlandığını; bunun dışında ödenen cayma akçasının iadesi sorunun genel hükümlere bağlı olması gerektiğini savunuyoruz (MK. m. 5 hükmünün atfıyla).

Böylece birçok yönüyle eleştirdiğimiz hükmün sakıncalı yönlerini vardığımız bu sonuçla bazı somut uyuşmazlıklarda bertaraf etmiş olacağız.

d– Nişanın İradi Olarak Bozulması Dışında Son Bulması Halinde Cayma Akçasına Bağlı Sonuçlar

Vardığımız sonuçların nişanın ikale veya tek taraflı beyanla iradi olarak bozulmasına bağlı olduğunu biliyoruz. Çünkü, nişanlanmada kararlaştırılan cayma akçası veya cezai şartta tarafların amaçladıkları husus nişanı bozan tarafa mali yaptırım getirmektir.

Oysa nişanlanmanın başlangıçta veya sonradan ortaya çıkan nedenlerle hükümsüz olması mümkündür. Tarafların iradesine dayanmayan bu hallerde nişanlanma tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Ehliyetsizlik, evlenme engeli olan yakın akrabaların nişanlanması (67), taraflardan birinin sonradan cinsiyet değiştirmesi, akıl hastalığına tutulması, ölüm gibi nedenlerle nişanlanma baştan geçersiz olduğu gibi sonradan da ortadan kalkabilmektedir. İşte bu ve benzeri nedenlerle nişanın taraflardan birinin iradesi ile bozulması istisna edilerek, nişanın geçersiz olduğu hallerde verilmiş olan cayma akçasını MK. 83/II.f. hükmü dışında tutmak gerektiğini düşünüyoruz. Ancak, bu konuda sonuç belirlemeden önce hemen saf dışı bırakmak gerekirse, nişanın geçersizliğine yolaçan olayın taraflardan birinin kusurlu davranışı veya nişanı keyfi bozmasına dayandığı halleri ayırmak gerekir. Örneğin, nişanlı tarafın başka biriyle evlenmesi, keyfi nedenle cinsiyet değiştirmesi, başta kararlaştırılan bozucu şartın gerçekleşmesi gibi hallerde MK. 83/II.f. hükmünün uygulanması doğaldır. Çünkü bu hallerin varlığı dikkatle irdelenecek olursa, temelde hep nişanın tek taraflı bozulduğu hususu ortaya çıkmaktadır.

Bu ve benzeri iradi olarak nişanın bozulmuş sayılmış olacağını kabul edeceğimiz haller dışında nişanın geçersiz olduğu durumlarda cayma akçası karşı tarafta oluşturduğu sebepsiz zenginleşme nedeni ile iade edilmelidir (BK. m. 61 vd.). Aynı şekilde nişanlanmanın sonradan geçersiz hale

---

(67) Tarafların bunu sonradan öğrenmesi nişanın sonradan ortadan kalktığını göstermez.

geldiği durumlarda ise, bu defa sebebin sonradan geçersiz hale gelmesi sonucu sebepsiz zenginleşme davasına konu olacak bir iade talebi vardır. Örneğin, nişanlanmanın cayma akçasını alanın veya verenin ölmesi sonucu ortadan kalktığı hallerde durum böyledir.

2– NİŞANLANMADA CEZAİ ŞARTA BAĞLI HÜKÜM VE SONUÇLAR

MK. 83/II.f. ile nişanlanma kurumuna giren diğer akçalı yükümlülük cezai şart olmuştur. Cayma akçası ile ilgili verdiğimiz bilgilerin bu başlık altında da geçerli olacağında kuşku yoktur. Ancak, cezai şartın nişanlanma ile birlikte kendine özgü sonuçları olacağı da açıktır. Bu hüküm ve sonuçları irdelemeden önce cezai şart hakkında özlü bir bilgi vermemiz yeterli olacaktır (68).

a– Genel Hükümler Karşısında Cezai Şart

Cezai Şart BK.muzun 4.bab 3. faslında üçüncü fasılında pey akçası (kaparo) ve cayma akçası ile birlikte 158.vd. hükümlerince düzenlenmiştir. Aynen yazmak gerekirse, cezai şartın üç türünü düzenleyen 158. madde şu şekildedir. "Aktin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça alacaklı, ancak ya akdin icrasını veya cezasının tediyesini isteyebilir.

Akdin muayyen zamanda veya meşru mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını, hem meşrut cezasının tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.

Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur".

Hemen belirtelim 158. maddenin her bir fıkrasında düzenlenen cezai şartlara isim babalığı öğreti tarafından yapılmıştır. Cezai şart, alt başlıklar halinde, seçimlik, ifaya eklenen ve dönme cezası olmak üzere üç türlü kararlaştırılabilmektedir.

---

(68) Cezai şart konusunda bk. Tunçomağ Kenan; Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963; Ayrıca bk. Eren, III, s. 365 vd. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 456 vd., Tunçomağ, Borçlar, s. 853 vd., Feyzioğlu, Borçlar, s. 388 vd.

İlk olarak, ya bu şekilde saptayarak ya da BK. 158/I.f. hükmünce getirilen yorumla aktin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi haline bağlı olarak cezai şart kararlaştırılmışsa seçimlilik cezai şart söz konusudur. Bu takdirde, yapacağı tercihle alacaklı, ya aktin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Aksi ile kanıtı uyarınca hem borcun ifası hem de cezai şartın ödenmesi talep edemeyecektir.

Hem borcun ifasının hem de cezai şartın ödenmesinin talep edilmesi ancak ifaya eklenen cezai şartla mümkün olmaktadır. Bu tür cezai şartın seçimi yine ya tarafların açıkça bunu arzulaması ya da aktin belirli bir zaman veya yerde ifa edilmesine bağlı olarak cezai şart saptamaları halinde BK. 158/II. fıkranın yorumlayıcı hükmü sonucu oluşmaktadır. Bu takdirde, cezai şart alacaklısı hem aktin koşullarına göre ifasını hem de cezai şartı birlikte talep edebilmektedir (69).

BK. 158/III. fıkra ise son olarak dönme cezası veya diğer adlandırma ile ifayı engelleyen cezai şartı düzenlemektedir (70). Bu tür cezai şartta seçimlik cezai şartın tam aksine insiyatif borçluya geçmiştir. O ya ifayı yerine getirecek ya da akitten tek taraflı dönerek (71) cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır. Görüldüğü gibi seçimlik cezai şartta alacaklının tercih hakkı, akitte açık bir şekilde kararlaştırmak suretiyle ifa ve cezai şartı ödemeyi seçim yetkisi bu defa borçluya geçmiştir. Bu tür cezai şart diğer türlerde olduğu gibi hiç bir yorumlayıcı kurala konu değildir. Bu nedenle, asıl edime bağlı olarak borçlunun, sözleşmede açık bir ifade ile kararlaştırarak, saptanan cezai şartı ödeyerek akitten dönme yetkisini saklı tutması gerekir.

b– Nişanlanmada Cezai Şartın Yeri

BK.muzun genel hükümler çerçevesinde andığımız hukuki sonuçlara bağlanmış cezai şartın nişanlanma başlığı altında göstereceği özellik çok farklı olacaktır. Çünkü, MK. 83/I.f. hükmünce nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi mutlak kuralı karşısında aynen ifa davasına yer yoktur. Bu emredici kuralın uzantısı, BK. 158/I ve II. fıkralarda düzenlenmiş bulunan seçimlik cezai şart ile ifaya eklenen cezai şarta nişanlanma kurumu

---

(69) Bu konudaki seçim hakkı değiştirici yenilik doğurucu haktır. Bu nedenle kullanılan seçim hakkından sonra dönülüp; diğer talep seçilemez; Eren, III, s. 366-368.

(70) Bu kavram için bk., Tunçomağ, borçlar s. 863; Eren, III, s. 370.

(71) Bozucu yenilik doğurucu hak ile kullanılarak yalnızca cezai şart ödenmesi gerekir.

içinde yer olmamasıdır. O halde hiç kimse, evlenmekten kaçınma haline bağlı olarak cezai şarttan vazgeçtiğini belirterek evlenmeye zorlama davası açamayacağı gibi, hem cezai şartı hem de evlenmenin sağlanmasını dava edemeyecektir. Bu bağlamda, evlenmenin gerçekleşmemesi üzerine, evlenme gerçekleşinceye kadar devri aralıklı edim olarak belirli bir miktarın ödenmesi de kararlaştırılamaz. Örneğin, evlenmenin gecikmesi üzerine evleninceye kadar her ay on milyon TL. cezai şart ödenmesi kararlaştırılması geçersizdir.

Bu sonuçla, nişanlanmada cezai şart dönme cezası şeklinde kararlaştırılabilecektir. İfaya eklenen veya seçimlik cezai şart şeklinde kararlaştırılmış olsa dahi bu sonuç değişmeyecektir. Bu durumda, nişanı bozmaya bağlı olarak yalnızca dönme cezası niteliğinde bir edim olarak aşağıdaki hüküm ve sonuçlara bağlı olacaktır.

c– Nişanlanma İşlemi İle Cezai Şart İlişkisi

Borçlar genel teorisi uyarınca cezai şartın feri (bağımlı) olma özelliğini biliyoruz (72). Buna göre nişanlanma (asıl borç ilişkisi) yanında cezai şart anlaşması yapılmaktadır (73). Feri (bağımlı) olma özelliğinin konumuzu ilgilendiren sonucu nişanlanma geçersiz ise cezai şart anlaşması da geçersiz olacaktır. Bu takdirde nişanlanmanın bozulma dışında ortaya çıkan nedenlerle geçersiz olması halinde cezai şartta geçersiz olacaktır. Artık bu durumda cezai şartın hukuki kaderi MK. 83/II.f. hükmüne tabi olmaktan çıkacaktır. Geçersiz akte dayanılarak yapılmış ödemeler genel hükümler uyarınca sebepsiz zenginleşme oluşturacak ve iadesi bu yolla olabilecektir (BK. m. 61 vd.). Çünkü, artık biliyoruz ki, MK. 83/II.f. hükmü nişanın bozulmasına bağlı olarak uygulanabilecek bir kural getirmektedir.

d– Nişanlanmada Cezai Şartın Eksik Borç Özelliğine Bağlı Hukuku Sonuçlar

Yukarıda cayma akçası ile verdiğimiz bilgiler doğrultusunda cezai şarta ilişkin hüküm ve sonuçlar artık netleşmiştir. Nişanlanma ile birlikte kararlaştırılan cezai şart MK. 83/II.f. hükmü ile eksik borç yaratılmıştır. Buna bağlı hukuki sonuçlar şu şekilde oluşacaktır.

---

(72) Bu konuda bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 457-459; Feyzioğlu, Borçllar, 389; Tunçomağ, Borçlar, s. 859.

(73) Aksi takdirde ortada cezai şart değil; bir seçimlik borç olacağı açıktır; bu konuda bk., Tunçomağ, Borçlar, s. 859.

Kararlaştırılmış cezai şart dava edilemeyecektir. Cayma akçasının aktin doğumu ile birlikte verilmesine karşılık, cezai şart bir taahhüt (borçlandırıcı) işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu taahhüt işleminin konusu ekonomik değer taşıyan bir verme edimidir. Buna göre, cezai şartın borçlar genel teorisince muaccel olacağı an borcun cezai şart anlaşmasında kararlaştırıldığı hallere uygun olarak ifa edilmemesidir. Görüldüğü gibi, şarta bağlı bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmaktadır (74). Nitelik olarak, taliki (erteleyici) tarzda olan bu şart, asıl edimin BK. m. 96 hükmünde yer alan ifade ile hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesidir. Nişanlanma ile kararlaştırılan cezai şart geçerli kabul edilmiş olsaydı taliki şart olan nişanın bozulması olgusuna bağlı olarak karşı tarafa (lehine cezai şart kararlaştırılmış) cezai şartın ifasını dava hakkı verecekti. Oysa MK. 83/II.f. ise bu konuda kararlaştırılan cezai şartın dava edilemeyeceğini amirdir. Buna göre, nişanı bozan tarafın cezai şart olarak kararlaştırılan edimi (bir miktar para veya şey) ödenmesine ilişkin aynen ifa davası açılamayacaktır. Eksik borçlara ilişkin açık dava yasağı karşısında böyle bir davanın açılması halinde dava reddedilecektir.

Eksik borç olma özelliğine bağlı ikinci sonuç; bu defa nişanlı tarafların her nasılsa ödemiş bulundukları cezai şartın iadesi dava edilemeyecektir. Bütün eksik borçları yaratan bu sonuç MK. 83/II.f. hükmü ile hiç bir aksi görüşü savunmaya yolaçmayacak şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, nişanlanma işlemine bağlı olarak kararlaştırılmış cezai şartı, nişanı bozmasına bağlı olarak ödemiş bulunan taraf, ödememe hakkı olduğunu öne sürerek geri isteyecek olursa bu dava reddedilecektir. Bu konuda BK. m. 62 hükmünün uygulanmasına da yer yoktur. Cezai şartı nişanı bozmasını takiben rızası ile ödemiş bulunan taraf yanılma sonucu borcu olmayan şeyi ödediğini ileri sürerek sebepsiz zenginleşme davası açamayacaktır (75).

e– Ödenmiş Cezai Şartın Tazminatla İlişkisi Sorunu – Aşkın Zararı Talep

Cayma akçasında vardığımız sonuçla, cezai şartı ödemiş olan tarafın, iadeyi talep edememesi karşısında eksik borç özelliğine bağlı olarak ödenmiş cayma akçasının tazminata mahsubu gerektiğini belirtmiştik. Şimdi durum biraz değişiktir. Cezai şartı her nasılsa ödenmiş bulunan tarafın, MK.nun 84. maddesi hükmünce tazminat ödemesi gereken hallerde ne yapılmak

(74) Bu konuda bk., Eren, III, s. 367.

(75) Öz, Sebepsiz, s. 121.

gerekecektir? Borçlar genel teorisinde biliyoruz ki, cezai şart kararlaştırılan hallerde cezai şart talebi zarardan bağımsızdır (76). BK. muzun 159. maddesi I. fıkra ile "Alacaklı zarara düçar olmasa bile ceza lazım olur" hükmü ile zarardan bağımsızlığı ifade etmiştir. Bu durumda cezai şart almış olan tarafın zararı olmasa da cezai şartı talebe hakkı olduğu açıktır. İşte, cezai şart ödeyen tarafın eğer hakim daha fazlasına hükmetmemiş ise tazminat ödeme yükümü de olmayacaktır. Bu konuda, nişanlanmaya bağlı olarak eksik borç olan cezai şartın dava edilememesi, genel hüküm olan bu kuralın uygulanmasını engellemez. Başka bir değişle, cezai şartın eksik borç olma özelliği ve bu nedenle iade edilmemesi ayrıca tazminat talebinin devamını gerektirmez.

Hemen açıkça anlaşılacağı gibi, cezai şartta zarardan bağımsızlık, cayma akçasında mahsupla bu noktada çakıştığı gibi, hakimin 86. madde uyarınca hükmedeceği tazminat cezai şart miktarını aşacak olursa BK. m. 159/II.f. hükmünce cezai şartı almış olan nişanlının bunu talebe hakkı olacağı açıktır.

4– MK. 83 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ – SONUÇ

Bu başlık altında MK. 83 hükmü ile getirilen değişikliği eleştirmek istiyoruz. sonuç olarak, MK. 83/II.f. hükmü hiç de kolay benimsenecek ve takdir edilebilecek bir kural getirmemektedir. Sırasıyla belirtmek gerekirse hüküm şu açılardan eleştirilebilecektir.

I– Evlenme Özgürlüğü Akçalı Yükümlerle Kısıtlanmaktadır.

"Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez" şeklinde istisna içermeyen kural ile (MK. 83/I) sağlamak istenen ilkenin evlenme özgürlüğü olduğunu biliyoruz. MK. 83/II ile getirilen değişiklik öncesi, bu özgürlüğü sınırlamaya dolaylı olarak yolaçan akçalı yükümlülüklere set çekilmiş iken (geçersizlik müeyyidesi ile); bu defa taraflara ödemiş oldukları cayma akçası ve cezai şartın geri alamama endişesi ile zorlama getirildiği söylenebilir. Çünkü, aşağıda incelediğimiz boyutu ile yüksek saptanmış kötüniyetli uygulamalarda (hele bu ödenti başlık parasına kılıf amacı ile cayma akçası adı altında ödenmişse) bu durum açıkça anlaşılabilecektir. Eş değişle, daha önce açıkça yasaklanmış dolaylı zorlamalara bu değişiklik ile yolaçılmıştır.

---

(76) Eren, III, s. 371-372; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 478.

II– Ödenmiş Cayma Akçası ve Cezai Şartın İade Engeli Anlamsız Bir Gerekçeye Dayanmaktadır

Daha önce MK. öntasarısında yeralmış madde 81 gerekçesinden aynen alınmış hükmün gerekçesinde "kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin sonradan bunu geri almaya kalkışması ahlaki bakımdan uygun bulunmamıştır" ifadesi yeralmaktadır. Cezai şart için bir nebze haklılık payı olabilecek bu gerekçenin, cayma akçası açısından hiç bir savunulacak yönü yoktur. Evlenmeden kaçınan tarafın cezai şartı ödemesinde hükmün gerekçesinin haklı olduğu tek dayanak noktası, kendi kusurlu davranışı ile veya keyfi olarak nişanı bozduğu hallerde cezai şartı ödemesi olabilir. Bu takdirde zaten tazminat borçlusu olacağı için ayrıca mahsup talebi haklı olacaktır. Oysa, karşı tarafın kusurlu davranışına dayanarak evlenmekten kaçınan tarafın cezai şartı ödemesi halinde iadenin mümkün olmaması, bu gerekçe karşısında tamamen havada kalmaktadır. Yukarıda, hukukun temel ilkelerinden olan "hiç kimsenin hukuka aykırı davranışı ile hak sahibi olamayacağı" kuralı ile bunu ortadan kaldırmayı önermiş bulunuyoruz.

Cayma akçası, nişanın kurulması ile birlikte verildiği için gerekçede anılan tazminat ödemek mecburiyeti hissi bu defa hiç yoktur. Cayma akçası veren taraf, BK.muzda yeralan düzenleniş biçiminden haraketle nişanlanmada oluşacak teamüle göre (77), cayma akçası alan tarafın cayması halinde doğal olarak verilen şeyin iki katını beklemektedir. Getirilen hükümle hiç bir şekilde izah edilemeyecek bir tercih ile cayma akçası alan korunmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi karşısında bu tercihin amacı cevapsızdır.

Bu başlık altında özetle belirtmek gerekirse, nişanlanan taraflardan hukuk kuralını bilmeyen tarafa bu bilgisizliğinin faturası ağır ödetilmektedir. Şöyle ki, nişanlanmada cayma tazminatının ve cezai şartın geçersizliğini bilse idi ödemeyecek olan tarafın ödeme yapması halinde nişanın bozulmasında gerekçesi ne olursa olsun iade talebi kabul edilmemektedir. Diğer eksik borçlarda da aynı durum söz konusu olmakla birlikte, nişanlanmada her iki tarafın eşit koşullarında cayma akçası veya cezai şartı alanın tercih edilmesindeki tercih amacı anlaşılamamaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, kumar ve bahiste, zamanaşımına uğramış borçta, ahlaki borcun alacaklısında alınan şeyin iade edilmemesinde yeğlenen menfaatin korunmasında hep bir

---

(77) Teamülden sözediyoruz; çünkü, nişanlanmada cayma akçasının geçerli bir borç doğurmadığını biliyoruz.

akla yatkın neden bulunmaktadır. Ancak, nişanlanma ile yaratılan yeni eksik borçların makul bir sebebini bulmak güçtür. Hele ödeyen tarafın iade davasını ahlaka uygun bulmamak; kumar ve bahiste olduğu gibi yerine oturan bir gerekçe oluşturmamaktadır.

III– Medeni Kanun 83/II.f. ile Başlık Parasına Hukuki Zemin Hazırlanmıştır.

A– Başlık Parası

Ülkemiz uygulamasında da diğer bir çok ülkede olduğu gibi nişanlanma, insan yaşamındaki önemli yerine dayanarak yarattığı heyecan ve sevinç nedeni ile karşılıklı hediyelerin verilmesine neden olmaktadır. Hediye özet olarak bağıştır (hibe) (78). Ancak, niteliği itibarıyla bir akit olan bağışta hediye alanın iradesi bu konuda zorlayıcı olamaz. Bu konuda evlenmenin koşulu bir zorunluluk olarak bir şeyin verilmesi gerekiyorsa hediye değil, isimsiz (atipik) bir sözleşme söz konusudur. Hele, verilmesi gereken şeyin evliliğe olurunun sağlanması için baba tarafından istenmesi durumunda karşımızda ciddi bir sosyal ve hukuki sorun duruyor demektir. Bu noktada başlık parası ülkemiz açısından gündemden hiç düşmemektedir. Özellikle kırsal kesim ve bu kesimin uzantısı olarak oluşan kentlerin bazı bölümlerinde başlık parası uygulaması devam etmektedir.

Tanım vermek gerekirse başlık parası, evliliğe rızasının sağlanması için, evlenecek erkeğin bizzat ya da ailesi tarafından kız babasına (ya da MK. 318 madde anlamında baba dışında aile başkanına, yani ev reisine) belirlenmiş bir miktar şeyin verilmesinden ibarettir (79).

Geçmişe uzantısı irdelenecek olursa ataerkil aile yapısının hüküm sürdüğü ve evlenen erkeğin aileden ayrılmadığı yaşam biçiminde doğduğu düşünülecek olursa haklılık payı verilebilecektir. Çünkü, yetişmesi için masraf yapılmış iş gücü bir aileden çıkıp, diğer aileye geçmektedir. Ancak, ataerkil

---

(78) Hediye ile bağış arasında fark olup olmadığını soran Feyzioğlu, arada fark olmayacağını haklı olarak belirtmektedir. Bu konuda bk., Feyzioğlu, s. 50.

(79) Bu konuda bk., CANORUÇ Mustafa Senay: Doktrin ve Yargıtay Kararları ile birlikte başlık geleneği ve hukuki niteliği, basılmamış yüksek lisans tezi, İ.Ü.H.F., s. 1 vd. Hatemi / Serozan, s. 67 vd., Öz Turgut; BK. m. 65 kuralının sınırlandırılması sorunu ve BK. m. 20 kuralı ile ilişkisi Rüşvet–Başlık Parası, İBD., c. 59, s. 1-2-3, s. 135 vd., özellikle, s. 125 vd., Tekinay Selahattin Sulhi; Başlık Parasına ilişkin uygulamalar hakkında Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, İstanbul 1982, s. 79. Ayrıca değişik bir çalışma için bk., TEZCAN Mahmut; Kültürel Antropoloji Açısından Başlık Parası Geleneği, Ankara 1981.

aile yapısının kaybolmaya yüz tutması ile birlikte kırsal kesimde dahi evlenen çiftlerin ayrı mesken edinmleri ve makinalı tarıma geçiş süreci ile birlikte başlık parasının haklılığını gerektiren koşulların varlığından sözedilememektedir. Artık bu koşullarda örf ve adet olarak hala sürdürülmek istenmesine kamu gücünün destek vermesi düşünülemez.

B– Başlık Parasının Hukuki Niteliği

Hediye kavramı içinde düşünülemeyecek anılan türde ödemelerin dayandığı isimsiz (atipik) sözleşmenin geçerli olduğu düşünülemez. Öğretide de baskın olarak, BK. 19-20 anlamında sözleşme özgürlüğünün sınırlarından olan ahlâk ve adaba aykırılık nedeni ile geçersiz olduğu kabul edilmektedir (80). Biraz önce belirttiğimiz gibi, başlık parasının kanunda düzenlenmemesinden hareketle bu konuda örf ve âdetin uygulanması gerektiği tezi kabul edilemez. Çünkü, BK. m. 20 emredici bir kural olarak bu konuda yasaklayıcıdır.

Hemen belirtmek gerekirse, başlık parasına ilişkin sözleşmenin kesinlikle hediyede olduğu gibi bağışlama amacı (causa donandi) taşımadığıdır. İşte bu benimsenmeyen sebep ve saikler iade amacının sağlanmasında işin BK. 65 hükmüne takılması nedeni ile, iadeyi sağlama amacına araç olacak şekilde başlık parası nitelik arayışları gündeme gelmiştir. Somutlaştıracak olursak, her nasılsa ahlaka aykırı amaçla verilmiş bir şey olarak nitelendirilerek (ki bu sonucun yanlışlığını hemen açıklayacağız), "haksız veyahut ahlaka (adaba) mugayır bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur" şeklinde hüküm getiren BK. m. 65 hükmünce başlık parasının iade engeline takılması sonucu, değişik görüşlerce aşılmaya çalışılmıştır.

a– Başlığın Hediye Olduğu Görüşü

Bir çok yazarca başlık parası hediye olarak nitelendirilmiştir (81). Böylece evliliğin gerçekleşmesi halinde iadenin MK. 86 hükmü ile sağlanması istenmiştir. Yargıtay da bir çok kararında bu görüşe yakın durmuştur (82).

---

(80) Hatemi/Serozan, s. 68 ve 71, Oz, s. 126, Feyzioğlu, s. 51-52.

(81) Feyzioğlu, s. 51; Öztan, s. 43; Zevkliler, s. 264; Akıntürk, s. 41.

(82) Yargıtay 6. HD. müstakar nitelik kazanmış içtihatları ile bu görüşe taraftar olmuştur. Bu konuda 6. HD. 1.4.1980 1979/11014 E., 1980/3155 K. nolu kararı için bk.; 6. HD. 1.2.1963 926/8475-524 Nolu kararı için bk.; 6. HD. 9.4.1974 3194/3424 nolu kararı için bk.; 6. HD. 16.6.1978 4796/4888.

Ancak bu görüş, başlığın kıza değilde babasına verilmesi karşısında çözümsüz kalmaktadır. Bu karşı teze karşılık babanın kızın temsilci olduğu savunması da, babanın malvarlığına kazandırıcı işlem niteliğinde tasarruf işlemi ile giren miktarı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Başka bir anlatımla, başlık parasını alan baba, kendi ad ve hesabına hareket etmektedir (83). Diğer bir eleştiri de hemen ortaya çıkmaktadır. Başlık parası hediye kavramı ile izaha çalışılırsa, hukuki geçerlilik kazandırılmış olacak; iadesi de ancak nişanın sona ermesi halinde mümkün olacaktır. Oysa başlık parası verilmesi halinde amaç, her koşulda iadenin sağlanmasıdır.

b– Başlık Talebinin İkrah Sayılması Görüşü

Bu konuda ortaya atılan ikrah görüşünce (84) BK.nun 29 vd. hükümleri çerçevesinde manevi cebir oluşturan tehdide dayanmak gerekir. Çünkü, kız tarafının oluru başlık parasının verilmesine dayalı bir tehdide dayanmaktadır. Buna göre, iade BK. 31 madde hükmünce başlığa ilişkin işlemin iptali sonrası gündeme gelecektir. Burada ayrıntıya giremeyeceğimiz için, yalnızca ikrahın koşullarının oluşmadığını belirtmekle yetinerek, eleştiri için bu konudaki araştırmalara atıf yapıyoruz (85).

c– Başlık Parasının Sebepsiz Zenginleşme Oluşturacağı Görüşü

Temelde, başlık parasına ilişkin sözleşmenin BK. 19 ve 20. madde hükmünce geçersiz olduğu sabit olunca BK. 65 ile öne sürülen iade engelinin irdelenmesine geçebiliriz. Yazarlarca haklı olarak ifade edildiği gibi bu konuda BK. 65 hükmünün nişanlanmada verilen başlık parasında uygulanmaması gerekir (86).

Bu noktada, başlık parasıyla güdülen amacın somut uyuşmazlıkta irdelenmesi gerekir. Doğal olarak, imam nikahlı evlenmeyi sağlamak veya evlilik dışı birleşmeyi temin amacında verilmiş şeyler bağlı uyuşmazlıklarda BK. 65 hükmünün uygulanacağını kesin olarak ifade edebiliriz (87). Ancak, çoğunlukla başlık parasının örf ve adete dayanarak yasal evliliği sağlamak amacı

---

(83) Görüşün eleştirisi için bk., Öz, s. 127, Canoruç, s. 97-100; Hatemi/Serozan, s. 68-69.

(84) Bu görüş Tekinay tarafından savunulmuştur, bk., Tekinay, Başlık, s. 86 vd.

(85) Görüşün ayrıntılı eleştirisi için Canoruç, s. 100 vd.; Öz, s. 127-128, Tekinay, aile, 32-33; Canoruç, s. 102 vd. Ayrıntılı araştırma için bk., Öz, s. 105 vd., özellikle, s. 128-130.

(86) Hatemi/Serozan, s. 68.

(87) Bu konuda bk., Öz, s. 129.

ile kız tarafının oluru için verildiği düşünülecek olursa veren tarafın ahlâka aykırı amaç elde etme düşüncesi taşımadığı açıktır. Eş deyişle ahlâka aykırı amacın başlık parası ile ilgili verdiğimiz bilgiler ışığı altında, yalnızca alanda olduğu, verenin evlenme amacı ile hareket ettiği gerçeği karşısında BK. 65 hükmü uygulanmamalıdır. Bu yargıya varınca, geçersiz bir sözleşme uyarınca verilen şeylerin karşı tarafın malvarlığında sebepsiz zenginleşme oluşturması da net bir şekilde ortaya çıkacaktır. Böylece, başlık parası veren taraf, yalnızca alanın güttüğü ahlâka aykırılık amacı nedeni ile geçersiz olan ödemesini evlenme gerçekleşmiş olsa dahi sebepsiz zenginleşme davası açarak talep edebilecektir (BK. m. 61 vd.) (88).

d– Başlık Parasına İlişkin Hukuki Sonuç

Başlık parasına ilişkin sözleşme hediye niteliğinde kabul edilemez. Ortada, ahlak ve adaba aykırı geçersiz bir sözleşme vardır (BK. 19-20). Başlık parası veren tarafın ödeme ile kız tarafının olurunu sağlama amacı tamamen evlenmeye yönelik olup; ahlâka aykırı amaç güdümü başlık parasını talep eden tarafa aittir. Bu nedenle, başlık parasının iadesi BK. m. 65 hükmüne tabi olamaz. Bu sonuçla başlık parası, evlenme gerçekleşmiş olsun veya olmasın, sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilecektir.

Başlık parası ödenmesinde ortada geçerli olmayan bir sözleşme vardır. Bu sözleşmeye yolaçan iradesi ile taraflardan biri, evlenmeyi sağlamak amacı ile hareket etmektedir. Bu konuda ağırlığı hissedilen manevi baskı tehdit koşulları taşımasa da başka türlü harekete imkan vermemektedir. Apaçık bir hukuki olgu olarak, başlık parası ödenmesinde ne bağışlama (hibe) amacı ne de borçlu olmadığı şeyi bilerek ödeme söz konusudur. Bu yargıya, başlık parası veren tarafın (özgür iradesine bırakıldığında) bu ödemeyi hiç bir şekilde yapmayacağının anlaşıldığı hallerde kolaylıkla ulaşabiliriz. Bu konuda başlık parası ile karıştırılmaması gereken haller dikkatlice bu hukuki sonuçlardan ayrık tutulmalıdır. Bu noktada ödeme yapanın bunu özgür iradesi ile yaptığı (biraz önce belirttiğimiz evliliğe olurun sağlanması tehdidi olmaksızın) halleri gözönüne almak gerekir. Örneğin, yöredeki örf ve âdete bağlı olarak kızına mali gücünü aşan ölüçüde harcama yapan babaya masraflarına katılmak için bir miktar para ödenmesinde başlık parası yoktur (89).

---

(88) Tekinay, s. 33; Öz, s. 129; Hatemi/Serozan, s. 68; Bu görüş ve ayrıca ilginç bazı ihtimaller için bk., Canoruç, s. 102 vd.

(89) Burada vekalet ilişkisi bulunduğuna işaret eden Tekinay için bk., Tekinay, başlık, s. 87.

c– Cayma Akçasına İlişkin Medeni Kanun 83 Hükmü ile Başlık Parasının Kazandığı Tehlikeli Boyut

MK. 83 madde hükmü değişikliğine yöneltilebilecek en can alıcı nokta, başlık parası konusunda hazırladığı uygun hukuki zemindir (90). Artık, bundan böyle başlık parasını iade yükümlülüğü altında bulunan kız babasının hiç bir zaman iade yükümü altında olmayacağı cayma akçası talebine şaşmamak gerekir. Her ne kadar cayma akçasının nişanlı kıza verileceği söylensede bunu alan kızın babasına aktarması hiç de zor bir uygulama olmayacaktır. Çünkü, başlık parası talep etme niyetinde olan kız babası, evlilikten vazgeçmesi halinde iki katını ödemeyeceği gibi iade etmeyeceği bu bedele sarılacaktır. Ayrıca, cezai şartta olduğu gibi tenkisi dahi kabul edilmeyecek cayma akçası bedelini dilediği gibi saptayabilecektir.

Bu sonuçla, kanunkoyucu hiç bir anlam veremediğimiz bir değişiklik sonucu buna uygun bir anadolu değimi ile delinin aklına taş düşürmüştür. Gerçi, cayma akçası verilmesindeki amaç ile başlık parası verilmesindeki amacın farklı olduğu; hakimin cayma tazminatını başlık parasına hukuki kılıf yapma çabaları karşısında BK. 18 hükmünü uygulanarak muvazaa nedeni ile (işlemin niteliğinde nisbi muvazaa) eksik borç olma niteliğini gözönüne almaksızın iadeye hükmetmesi gerektiği söylenebilecektir. Ancak, somut uyuşmazlıklarda geçerli bir borç olmayan başlık parası ile cayma akçasının bu saiki ile ayrılmasının güçlüğü yanında başlık parasına nazaran ehveni şer olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Bu konuda olması lazım gelen hukuk açısından (de lege feranda) hüküm değişikliği önerisi getiren Hatemi / Serozan'a, aşağıdaki kayıtla katılıyor ve kendisinden aldığımız ilhamla (91) şu maddelerin acilen MK.muza girmesini öneriyoruz.

Buna göre, hediye ve başlık kurumunun ayrılma önerisi 86. maddede yapılan değişiklik ile sağlanmalıdır. Buna göre maddeye bir cümle eklenerek, "Bu konuda anılan kişilerin diğer taraf ana babası ya da onlar gibi hareket edenlere evlenmeye rızalarının sağlanması için her ne nam altında olursa olsun verdikleri şeyler hediye kavramına girmeyip talep edebilir" hükmü konmalıdır.

---

(90) Hatemi/Serozan da eserinde değişikliğin yerinde olmadığını belirtmektedirler, s. 68-69; 46.

(91) Bu konuda bk., Hatemi/Serozan, s. 46 ve 69.

Bu konuda, "erkek nişanlının veya onun ev reisinin, kadın nişanlının babasına veya ev reisine başlık veya benzer adlarla ödediği meblağ hediye kavramına girmeyip nişanlıların evlenmesi durumunda dahi iadesi istenebilir. Evlilik devam ettiği sürece zamanaşımı durur şeklinde öneri getiren Hatemi / Serozan bize ışık tutmuştur. Ancak, kanun yapma tekniği açısından belki hiç gerçekleşmeyecek dahi olsa erkek babasının kız tarafından anılan türde bir meblağ istemesi halinde yarattığı çözümsüzlük nedeni ile tarafımızdan değiştirilmiştir. Çünkü, eşitlik ilkesine dayalı olarak yazım bunu sanırız zorunlu kılacaktır. Diğer yönden, sebepsiz zenginleşme talebi ile iadesi istenecek miktarın bir borç kaynağı olarak genel hükümlere tabi olması karşısında zamanaşımının evlilik süresince duracağı tekrardan öte bir anlam taşımayacaktır (BK. m. 132'de düzenleme nedeni ile).

Ancak, bu yönde bir değişiklik MK. 83/II.f hükmü durduğu müddetçe daha önce sıraladığımız gerekçelerle hiç bir anlam ifade etmeyecektir. Bu konuda sorunun farkına varan Hatemi / Serozan, MK. 83/II.f. hükmü konusunda, "MK. 83/II dar yorumlanmalı; hiç değilse sadece eşler arasında yapılan ödemelere özgü olarak uygulanmalıdır (konudan çıkarılmayacak ise). Kız babasına yapılan başlık ödemeleri için ise, sadece şöyle bir mahsup kuralı getirilmekle yetinilebilirdi. Evlenmekten kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez; ancak, yapılan ödemeler, tarafların anlaşması veya hakim hükmü ile ödemeyi yapanın tazminat borcuna mahsup edilebilir" önerisini dile getirmektedirler (92).

Hemen belirtmek gerekirse kanun yapma tekniği açısından öneride tarafların anlaşma ibaresine yer verilmesine gerek yoktur. Çünkü sözleşme yapma özgürlüğü uyarınca yapılan bu sözleşmeden uyuşmazlık çıkmayacaktır. Uyuşmazlık çıktığı takdirde zaten tarafların anlaşamadığını gösterir ve sorun önerilen hüküm uyarınca hakim tarafından çözülür. Ayrıca, öneride mahsup edebilir ibaresine yer verilmesi de sanki mahsuba hâkimin takdir hakkı ile karar verilebileceği izlenimini vermektedir. Oysa, hâkim tazminata karar verdikten sonra mahsup yapılan ödemeler karşılığı kaçınılmaz olacaktır. Bu önemsiz teferruat bir yana bırakılacak olursa, biz bu öneriye de sıcak bakmıyoruz. Çünkü, mahsubu gerektiren bir tazminat olmaması halinde cayma akçası ve cezai şartın hukuki kaderi bu öneride yine boşlukta kalmaktadır. Yukarıda sıraladığımız gerekçelerle biz 83/II.f.'dan yapılan

---

(92) Hatemi/Serozan, s. 46.

ödemelerin geri istenemeyeceğine ilişkin kısmın çıkarılarak hükmün "evlenmekten kaçınma hali için öngörülen ödentiler her ne nam altında olursa olsun geçersizdir. Yerine getirilmiş ödentiler sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilir" şeklinde değiştirilmesini öneriyoruz.

Araştırmamıza burada nokta koyarken kanunkoyucu olarak görev yapan meclise bir hatırlatma yapmak istiyoruz. Bir temel kanunda değişiklik yaparken çok dikkatli olmak gerekir. Özellikle, diğer kanunlarla gerek yollamaya yol açacak gerekse ilinti sağlayacak terimlerin seçiminde ve buna bağlı hukuki sonuçların getirilmesinde özenle çalışmak gerekir. Bu konuda hukuk fakültelerinin görüşleri alınmalı, hukukçu öğretim üyelerinden oluşan komisyonlar kurulmalı ve küçük bir değişiklik dahi olsa titiz bir çalışmaya konu olmalıdır.

Hele hükmün 1984 tarihli Medeni Kanun öntasarısından alınmış olması karşısında şu eleştirimizi duraksamaksızın yapabiliriz. Basılmış bulunan bu tasarıyı hukuk öğretisi ile uğraşanların ele geçirmesi büyük mücadelelerle sağlanabilmektedir. Öğreti de yeterince tartışılmamış ve 1971 tasarısı gibi raflarda tozlanmaya bırakılmış bu tasarıdan kısım kısım yapılan değişiklik alıntıları da bu tür eleştirilere açık olabilmektedir.

IV- S O N U Ç

Formüle ederek özet bir yargıya varmak gerekirse nişanlanmada cayma akçası ve cezai şart konusunda şu sonuçlar ortaya çıkacaktır. Nişanlanmada cayma akçası ve cezai şart eksik borç olarak nitelendirilmiştir.

Cayma akçası verme taahhüdünde bulunan kişi aleyhine ifa davası açılamayacaktır.

Cayma akçası veren kişi, nişanı gerek kendi gerekse karşı tarafın bozucu yenilik doğurucu hakkını kullanarak bozması halinde iadesini dava edemeyecektir. Cayma akçası alanın nişanı bozması halinde, verilen miktarın iki katı dava edilemeyecektir.

Cayma akçası veren ve alan nişanlı aynı zamanda tazminatla yükümlü olacak olursa, karşı tarafın tazminat hakkı bundan etkilenmeyecektir.

Cayma akçası alan kişi, nişanın tazminat ödemekle yükümlü olarak bozulması halinde hiç kimse hukuka aykırı davranışı ile hak sahibi olamaz şeklinde genel hukuk kuralı uyarınca cayma akçasını da iade etmelidir.

Cayma akçası veren, tazminatla yükümlü olacak olursa, mahsuba hak kazanacak ve ancak, verdiği cayma akçasını aşan miktarda tazminatla mahkum olacaktır. Nişanın iradi olarak tek taraflı bozulması hali dışında gerek evlenme gerek evlenmenin gerçekleşmediği tüm hallerde cayma akçası sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallarca iade edilmelidir.

Cezai şart konusunda ise eksik borç özelliğine dayalı sonuçla, talik şarta bağlı olarak aktin koşullarına uygun ifa edilmemesi halinde bozularak evlenilmeme halinde cezai şart alacaklısı nişanlı, cezai şartın ifasını dava edemeyecektir.

Buna karşılık, cezai şart borçlusu nişanlı her nasılsa cezai şartı ödemiş ise iadesini dava edemeyecektir.

Cezai şartın zarardan bağımsızlığı uyarınca cezai şartı her nasılsa ödemiş nişanlı aleyhine aşkın zararın tazmini için dava açılabilecektir.

—oOo—

MİRASTA İADE

Nedim TURHAN (*)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *A– Tanım. B– İade Terminin Kökeni. C– Denkleştirmede Amaç. D– Mirasta İade Kurallarının Nitelikleri. E– Mirasta İadenin Çeşitletir. 1– Yasal İade. 2– İradi İade. F– Denkleştirmenin Hukuku Niteliği. a– Denkleştirmenin Yasal Ön Vasiyet Olduğuna İlişkin Görüş. b– Denkleştirmenin Mükellefiyet Olduğuna İlişkin Görüş. c– Kişisel Borç Doğuran Bir Düzenleme Olduğunua İlişkin Görüş. 1– Denkleştirmede Taraflar. a– Hazinenin Mirasçılığı ve denkleştirmedeki Konumu. b– İntifa Hakkı Sahiplerinin Denkleştirmede Taraf Olabilme Durumu. c– Sağ Kalan Eşin Durumu. Eşinn İade ile Sorumlu Olması Konusundaki Değişik Görüşler. 1– a] Eş, Altsoy Dışındaki Mirasçılarla Birlikte Mirasçı İse. 1– Sağ Kalan Eş, Altsoya Karşı İade Borçlusu Değil Alacaklısıdır. 2– Sağ Kalan Eş, Altsoy Karşısında Hem İade Borçlusu ve Hemde alacaklısıdır. 3– Sağ Kalan Eş, Altsoy Karşısında Ne İade Borçlusu ve Nede Alacaklısıdır. 4– Miras Bırakanın Altsoyu. 5– Altsoy Dışındaki Mirasçılar. 6– kendilerine Belirli Mal Vasiyet Edilenler (Musaleh) ve Mirasçı Seçilenler (Mansup Mirasçı). 7– Miras Bırakanın Veya Mirasçının Alacakları. 8– Evlatlık ve Düzgün Olmayan Soylu Mirasçılar. 9– Düzgün Soy. Mirasçılık Sıfatını Yitirenlerin Yerine Geçenler. G– Mirasta İade Yükümlülüğü Açıklamanın Hukuki Niteliği. H– Denkleştirme (iade) ile İndirim (Tenkis) Arasındaki Fark. 1– Miras Bırakanın İradesi Yönünden. 2– Tarafları Yönünden. 3– Bağışın Konusu Yönünden. 4– Kapsam Bakımından Denkleştirmenin Koşulları. 1– Bağış, Miras Payına Karşılık Olarak Verilmiş Olmalıdır. 2– Kazandırma Karşılıksız Olmalıdır. 3– Kazandırıcı İşlemi Sağlar Arasında Yapılmış Olmalıdır. 4– Kazandırma Mirasçılara Yapılmış Olmalıdır. 5– Kazandırma Doğrudan Yapılmış Olmalıdır. 6– Kazandırma Miras Bırakanın Mal Varlığında Yapılmış Olmalıdır. Ölüm Halinde Sigortalarda Dukum. Yasal Olarak İadeye Tabi Kazandırmalar (MK. m. 603/2). Genel Olarak. Öğreti. a– Cihaz Tanımı. b– Tesis Gideri Tanımı. c– Mal Varlığı Devri (Mal Terki). d– Borçtan İbra (Alacaktan Vazgeçme). İ– Yasal Olarak İadeye Tabi Olmayan Kazandırmalar. a– Eğitim ve Öğretim Giderleri (MK.*

(*) **Yargıtay 2. HD. Üyesi.**

. 608). b– Alışılmış (Mutad) Armağanlar. Alışılmış Armağanın Tanımı. K– İade Borcunun Zamanı. Zamanaşımının Başlayacağı Gün. İadenin Şekli. Seçimlik Hakkı. A– Aynen İadede. b– İade, İadeye Tabi Şey Yerine Onun Karşılığının Verilmesiyle Gerçekleştirmek İstemiş İse, Denkleştirme Nasıl Yapılacaktır? İade Edilecek Kazandırma Miras Payını Aşıyorsa. Payı aşan Kazandırmanın İadesinde Usul. L– Mirasta İade Davalarında Usul İşlemleri. 1– Görevli Mahkeme. 2– Yetkili Mahkeme. 3– Miras Bırakanın İrade Açıklamasının Şekli Öğretide. Miras Bırakanın Suskunluğu. Açık Beyandan Amaçlanan Nedir. İradenin Geri Alınması. İrade Davasının Hukuki Niteliği. 1– İadesi istenen Hakkın Süresi. 2– Davanın Niteliği. İade Tesbit Davasına Konu Olabilir mi? Baskın Görüş Açısından Çözüm. Aynen İadenin Kuralları. Zararın Ödetilmesi. Üründen Kaynaklanan Ziyadenin İadesi. İade Borçlusunun Emek ve Masraf Yaparak Yarattığı Değer Artışı. İade Edilecek Şey Karşılıksız Olarak Bir Başkasına Devir Edilmiş İse. İadeye Tabi Şeyin Yok Olması Halinde İade. İadede Faiz Yorumu. Mirasta İade Kanıtlama Yükümlülüğü. 1– Genel Kural. İadede Genel kural. a– Altsoy Dışında Kalanlara Yapılan Kazandırmalarda Kanıtlama Yükümlülüğü. b– Altsoya Yapılan Kzandırmalarda Kanıtlama Yükümlülüğü. Nitelik Değiştirme. Avukatlık Ücreti. Kanunlar ihtilafı. Medeni Kanunun 610. Maddesiyle Düzenlenen Aile İçin Yapılan Fedakarlığa Karşı Ödence. Emeğini Aileye Özgüleyen Ergin Çocukların Hakları (MK. m. 610). Ergin Çocuğun İsteme Hakkı. Doğan Hakkın Devir Edilebilirliği.

1– Giriş MK. 17. Bab

2– Kısım – Taksim

A) TANIM: a) Terekenin paylaştırılmasında yasal kazandırmalarıyla bozulan eşitliğin yeniden sağlanması (1).

b) Bir mirasçının ölenin sağlığında ondan karşılıksız olarak aldığı mal ve kıymetini terekeye iade etmesidir (2).

c) Bir mirasçının sağlığında, ondan karşılıksız olarak aldığı mallar ve kıymetleri aynı veya muadilini geri vermesi ve bunların mirasın taksiminde hesaba katılması işlemidir (3).

---

(1) Kocayusufpaşaoğlu: Miras Hukuku, 3. Baskı, 1987, Sh: 441.

(2) Şener Esat : Tenkis, İade, İstihkak, 1995, Sh. 109.

(3) İmre: Türk Miras Hukuku, 1960, Sh. 804.

B) İADE TERİMİNİN KÖKENİ: Medeni yasanın kullandığı "mirasta iade" sözü İsviçre Medeni Kanununun Fransızca çevirisinden esinlenerek kullanılmıştır (Papport Succssoral, Ropporta Sıkcessiyon). Almanca metinde bu terim mirasta denkleştirme anlamında kullanılmıştır (Ausqleiçlug). İade sözü yargı kararlarında Denkleştirme sözcüğü ise öğredide kullanılmıştır. Denkleştirmeye medeni kanunun paylaştırmaya ilişkin bölümünde yer verildiğine göre (17 Bab, 2. Kısım taksim) Denkleştirme teriminin benimsenip kullanılması amaca daha uygun bir tercihtir (4).

Medeni kanunun kabulünden önceki hukukumuzda mirasta iadeye yer verilmemiştir. Buna karşılık iade koşuluyla yapılan bağışlarda koşullu bağışlama hükümleri uygulanmakta, alt soya yapılan bağışlamalar ise ahlaki bir görevin gereği kabul edilip iade dışında tutulmakta idi (5).

C) DENEKLEŞTİRMEDE AMAÇ: İleride mirasçı olabilecek yakınlarına miras bırakanın ekonomik bir gelecek hazırlamak için miras payına sayılmak üzere bir mali bağışlaması cihaz yapması borcunu ödemesi gibi kazandırıcı bir işlemde bulunmasıdır.

Ancak, bu gibi imkanlarla bir kısım mirasçılara üstünlük sağlanmış, eşitlik ilkesi zedelenmiş olacaktır. Ne varki, çağdaş miras hukuku mirasçılar arasında eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Miras bırakanın mirasçılarını aynı ölçüler içinde sevdiği, birini diğerine tercih etmeyeceği, sevgide, saygıda eşitlik, sorunları yüklenme, çözüm yolları arama düşüncesi içinde olması gerektiği fikrinden kaynaklanmaktadır. O halde, yasal koşullar içinde tüm mirasçıların paylaştırmadan eşit oranlarda yararlanmasını sağlamak üzere mirasta iade kuralları öngörülmüştür.

D) MİRASTA İADE KURALLARININ NİTELİKLERİ: Mirasta iade kuralı Medeni Kanunca miras bırakanın isteğine bağlı tutulmuştur. Miras bırakan yaptığı bağışın veya sağladığı yararın, terekeye geri dönmesini önleyen irade açıklamasında bulunabildiğinden iadeye ilişkin kurallar emredici olmayıp tamamlayıcı hukuk kurallarıdır (MK. md. 603).

İadeyi isteme hakkının niteliği: Medeni Kanunun 605. maddesiyle kendisinde sağlar arası bağışda bulunana, dilerse aldığı şeyi aynen iade etme,

---

(4) Velidedeoğlu: Mirasta hesaplaşma deyimini kullanmıştır. Bak., Türk M. Hukuku, 3. Kitap, Miras Hukuku, 3. Bası, 1955, Sh: 765.

(5) Ali Himmet Berki: Miras ve Tatbikatı, 1946; İmre: Türk Miras Hukuku, 1968; Şener: Age., sh. 804.

dilerse payını aşan kısmını para olarak ödemek üzere seçimlik hak tanımıştır. Seçimlik hakkını geri verme olarak kullanılmasıda sonucu değiştirmeyeceğinden sağlanan hak aynı değil indirim (tenkis) de olduğu gibi **kişisel bir haktır.** O halde iade davasında indirim davası gibi **kişisel hakkı koruyan bir dava türüdür.** Bu nedenledirki miras bırakan denkleştirmeye ilişkin yasal kuralların aksini emir edebilir.

E) MİRASTA İADENİN ÇEŞİTLERİ: Yasa; altsoy ile altsoy dışındaki, mirasçıların iade yükümlülüğünü ayrı ayrı kurallara tabi tutulmuştur. Bu nedenle:

1 – Yasal İade: Altsoyun kendi aralarındaki iadeye "yasal iade" 'MK. md. 603/2);

2 – İradi İade: Altsoyun dışında kalan mirasçıların arasında oluşan denkleştirmeye "iradi iade" adı verilmektedir. (MK. md. 603/1) Bu iki tür denkleştirmenin özelliklerine ileride değinilecektir.

F) DENKLEŞTİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

a) Denkleştirmenin yasal ön vasiyet olduğuna ilişkin görüş; Bu görüşe göre yararına bağışta bulunanın borcu, paylaştırma sırasında ortaya konulacak bir ön durumdur.

Bu görüşün tenkidi; bu görüş ön vasiyetle bir yükümlülük getirmektedir. Ancak vasiyetle getirilen yükümlülüklerde borçlu olan terekedir. İade de ise; terekenin borcundan değil, alacağından söz edilebilir. Bu görüş öğretide fazlaca rağbet görememiştir.

b) Denkleştirmenin mükellefiyet olduğuna ilişkin görüş: Bunlar iade ile yükümlü olan mirasçının yasal miras payına yüklenmiş bir mükellefiyet olarak izah etmektedirler. Bu görüşün tenkidindede iade, isteğinde bulunabileceklere bir alacak hakkı verir. Mükellefiyette bir alacak hakkı doğmaz. Mükellefiyeti yerine getirme hakkı doğar (MK. md. 402/1,m BK. 241/1-II) Mükellefiyet bir amaca yöneliktir. O amacın gerçekleştirilmesi için yapılır. Mükellefiyetten doğrudan değil, dolaylı olarak yararlanılır. İade ise kişiye yönelidir ve ona alacak hakkı sağlar.

Medeni Kanunun mirasta iadeyi düzenleyen 603. maddesinin kenar başlığı (iade borcu) olarak düzenlenmiştir. 603/2. md. son cümlesinde kullanılan "Bir birlerine karşı mükelleftirler" sözü başlığa uygun olarak borç anlamında kullanılmıştır.

c) Kişisel Borç Doğuran Bir Düzenleme Olduğuna İlişkin Görüş: İade, iade borçlusu ile iade alacaklısı arasında borçlar hukuku anlamında kişisel borç ve alacak ilişkisi doğurur. Miras paylarının kapsamında değişiklik oluşturmaz. Medeni Kanunun da bu görüşü benimsenmişdir (6).

1– Denkleştirmede taraflar: Medeni Kanunun 603. maddesi iadede borçlu kişileri açıklamaktadır. Bu açıklama çerçevesinde denkleştirme sadece mirasçılar arasında oluşabilen bir düzenlemedir. Yasal mirasçıların kimler olabileceği Medeni Kanunun 439 ile 448 maddelerinde açıklamıştır.

a) Hazinenin mirasçılığı ve denkleştirmedeki konumu: Medeni Kanunun 448. maddesi Devletin son mirasçı olduğunu açıklamaktadır. Normal koşullarda hazineninde denkleştirme davalarında taraf olabileceği düşünülebilirsede yine yasadan kaynaklanan nedenlerle de mümkün değildir. Neden mümkün değildir? Zira, iadeden söz edilebilmesi herşeyden önce birden çok mirasçının olmasını gerektirir. Bir tek mirasçının bulunması dahi hazinenin mirasçılığını önler. Hazine hiç mirasçısı yok ise son mirasçısıdır. Hazine ile birlikte başka mirasçı bulunamayacağından denkleştirmede hazinenin taraf olmasıda mümkün değildir.

b) İntifa hakkı sahiplerinin denkleştirmede taraf olabilme durumu: Medeni Kanunun 3678 S.Y. ile yürürlükten kaldırılan 442. maddesi büyük ana, büyük baba ve bunların erkek ve kız kardeşlerine mirasta diğer mirasçılarda olduğundan ve iade edecekleri bir malları olmadığından bunlarla denkleştirmede taraf olmazlar. Bu madde yürürlükten kaldırılmış olduğundan bunların mirasçılığıda sona ermiştir. Yasa gereği mirasçılıkları sona ermekle artık denkleştirmede taraf olmalarıda mümkün değildir

c) Sağ kalan eşin durrumu: Denkleştirme davasında eşin taraf olma durumu öğretide tartışmalıdır. Medeni Kanunun 603. maddesi mirasçıları altsoy ve altsoy dışında kalan mirasçılar olarak ayrıma tabi tutmuştur. Medeni kanunun kabul ettiği miras sistemine göre birinci zümrede mirasçı bulunması halinde ikinci dereceden mirasçılar mirasa katılamaz. Bunun bir tek ayrıcası vardır. Eş her zümreden mirasçılarla beraber mirasçı olabilmektedir (MK. 444).

Eşin iade ile sorumlu olması konusundaki değişik görüşler:

1– a) Eş, altsoy dışındaki mirasçılarla birlikte mirasçı ise; iade ile sorumlu olmaz. Altsoy dışında kalan mirasçılar için asıl olan aldıklarını iade

---

(6) Eren Fikret: Mirasta İade, (Makale), Adalet Dergisi, 1963, Sh: 702.

etmemeleridir. İade için miras bırakanın açık bir isteği olmalıdır. Bu nedenle iade ayrıcalıklı (istisnai) bir durumdur.

b) Eş, altsoy ile birlikte mirasçı olmuş ise; iade ile yükümlü olup, olmayacağı konusunda değişik görüşler vardır.

1– Sağ kalan eş altsoya karşı iade borçlusu değil alacaklısıdır: Yukarıda da değinildiği gibi bu mirasçılar, miras bırakanın açık bir iradesi var ise iade borçlusu olurlar. Miras bırakanın böyle bir iradesi yoksa eş aldığını iade etmek zorunda değildir. Buna karşılık altsoyun iadeyle yükümlü olması asıl, bağışık olması ayrıcalıkdır. Miras bırakan açıkça iadeden ayrık tutmuş ise altsoy iade ile sorumlu olmayacaktır. Miras bırakanın böyle bir irade açıklaması yok ise; iade ile yükümlüdür. İşte bu nedenle eş genelde iade alacaklısıdır.

2– Sağ kalan eş altsoy karşısında hem iade borçlusu ve hemde alacaklısıdır: Bu görüşün sahipleri, altsoy ile eşin aynı zümrede bulunmaları gerektiği varsayımından hareket etmektedirler. Eşin altsoy ile aynı zümre içinde düşünülmemiş olması yasal bir boşluktan kaynaklanmaktadır.

Örnek: Miras bırakan (M), eşi (E), çocukları A ve B bırakmıştır. Sağlığında E'ye ve A 80.000 TL. iadeye tabi bağış yapmış olsun. M öldüğünde tereke 160.000TL.dir. Bu durumda denkleştirme nasıl gerçekleşecektir? Bilindiği gibi E (eş) altsoya karşı yasal olarak iade borçlusu değildir. (miras bırakan bunun aksini emir edebilir.) Gerek tenkis gerek iadede eşin miras payı önceliklidir. Mevcut terekeden eşin miras payı düşüldükten sonra kalan kısım tenkis edilir, veya denkleştirilir. Örneğimizde tereke 160.000TL.dır. Eşin miras payı 1/4 olduğundan 160.000 TL. 1/4= 40.000 Tl. 160.000 TL. – 40.000 TL.= 120.000 TL. kalan tereke 120.000 TL. dir. Mirasçılardan A iadeye tabi 80.000 TL. bağış aldığına göre bununda mevcut terekeye eklenmesi gerekir. 120.000 TL. + 80.000 TL. = 200.000 TL. A ve B eşit oranda pay sahibidir. O halde herbirinin payı 100.000'er TL.'dır. A daha önce iadeye tabi 80.000TL. aldığından terekeden 20.000 TL. alacaklıdır. Kalan 100.000 TL. B'nin payı olur. Eş aldığı iadeye tabi 80.000 TL. ile miras payı 40.000 TL. olmak üzere 120.000 TL. almış olur. Örnekte miras bırakan eşen iade ile yükümlü olduğunu belirtse idi; iade şekli şöyle olurdu:

160.000 TL.	Tereke mevcudu
80.000 TL.	Eşe yapılan bağış
+ 80.000 TL.	A'ya yapılan bağış
320.000 TL.	Toplam tereke

Eşin payı 320.000 TL. 1/4 = 80.000

A+B payı 320.000 TL. – 80.000 = 240.000 TL : 2 = 120.000 TL.

A daha önce iadeye tabi olmak üzere 80.000 TL. almıştır. Bakiye alacağı 40.000 TL.dır.

B'nin alacağı 120.000 TL.dır. E'nin terekeden alacağı kalmamıştır.

3– *Sağ kalan eş altsoy karşısında ne iade borçlusu ve nede alacaklısıdır:* Eşin altsoy ile aynı zümre içinde düşünülmesi olası değildir. Burada yasal bir boşlukta yoktur yasa öyle amaçlasaydı bu konuda açık hüküm koyardı.

İkinci olarak yasa iade borcu ile alacağını karşılık ilkesine bağlamıştır (MK. 603/1). Halbuki medeni kanunun 603/2. maddesi yalınız altsoy için karşılıklılık esasını benimsemiştir. Eş altsoy ile aynı zümre içinde olmadığından bunlar arasında karşılıklılığın varlığıda sözkonusu olmaz. O halde eş ne iade borçlusu nede alacaklısıdır. Bu düşünce doktrinde ve uygulamada baskın olan görüştür (2. H. D. 28.10.1976 gün, 6348 E., 7532 K.). Zira birinci düşünce eşitlik ilkesini bozmaktadır. İkinci düşünce tarzı yasal kurallara aykırılık oluşturmaktadır. Ancak, miras bırakan alt soyunu eşe karşı iade ile yükümlü kılabilir. İadeyle ilgili hükümler tamalayıcı olduğunda miras bırakanın böyle bir düzenlemeyi emir etmesinin engelleyen yasal bir kural yoktur.

Eş iadeye tabi olmadığına göre denkleştirmede eşin miras payı terekeden indirildikten sonra kalan kısımı paylaşılacaktır.

4– *Miras bırakanın altsoyu:* Medeni Kanunun 603/2. maddesi uyarınca altsoy kural olarak iadeye tabidir. Bu kural ancak miras bırakanın altsoyunu iadeden bağışık tutmasıyla ortadan kaldırılabilir. Alt soyun birbirlerine karşı iade ile sorumluluklarının temelinde eşitli ve miras bırakanın altsoyuna karşı eşit şekilde sevgi bağlarıyla bağlı olması ve aynı duyguları taşıması gerektiği kuralından kaynaklanmaktadır

5– *Altsoy dışındaki mirascılar:* Bunlar kural olarak iade borçlusu değildir. Ancak miras istisnaen bunları iadeye tabi kılabilir. İade için miras bırakanın kuşkuya yer vermeyen bir irade açıklamasının bulunması gerekir.

6– *Kendilerine belirli mal vasiyet edilenler (musaleh) ve mirasçı seçilenler (mansup mirasçı):* İade sadece mirasçılar için söz konusudur. Kendilerine belirli mal bağışı yapılanlar yasal mirasçı değilde iradi mirasçı ise iade borçlusu olarak düşünülemez.

7– Miras bırakanın veya mirascının alacakları: Bunlardan keza yasal mirasçı olmadıklarından iade yükümlülükleri olmaz.

8– Evlatlık ve düzgün olmayan soylu mirascılar: Evlatlık altsoy gibi mirascı olduğundan (MK. 447) iadedeki durumu altsoyla aynıdır.

Medeni Kanunun 443. maddesinin 3678 sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenlemesi ile, düzgün ve düzgün olmayan soylu altsoyun mirasçılık hakları eşitlendiğinden bunlarada altsoy gibi iade ile yükümlüdürler.

Burada üzerinde durulması gereken önemli konu tabii (biyolojik) babalığa hüküm edilenlerin düzgün soylu çocuklar gibi iadeyle yükümlü olup olmayacaklarıdır.

Medeni Kanunun iki türlü soy bağı kabul etmiştir:

a) Düzgün soy, b) Düzgün olmayan soy, Bunun dışında baba ile çocuk arasında hukuki bir soy bağının varlığına yer verilmemiştir.

9– Düzgün soy: Evlilik içinde doğamak (MK. 241) evlilik dışında doğmakla beraber, ana babanın sonradan evlenmesi (MK. 247) Hâkim hükmü (MK. 249) ve Af Yasalarıyla oluşmaktadır. Düzgün olmayan soy tanımak (Medeni kanunun 290) ve babalık hükmü ile oluşmaktadır (MK. 295 vd.). Babalık için öngörülen koşullar Medeni Kanunun 310. maddesinde açıklanmıştır. Bu koşullar olmadan tüm sonuçlarıyla babalığa hüküm edilmesi olası değildir. Ne varki öğreti ve uygulamada Medeni Kanunun 310. maddesi ile öngörülen koşulların bulunmaması halinde biyolojik (tabii) babalığa hüküm edileceği kabul edilmiştir. Bu kabul şekli kaynağını yine yasadan almaktadır. Medeni Kanunun 297/1. maddesi iki türlü babalığı öngörmektedir.

a) Mali sonuçlu babalık, b) Kişisel sonuçlu babalık. Mali sonuçlu babalık öğretide ve uygulamada tabii veya biyolojik babalık olarak tanımlanmaktadır. Yasanın verdiği adlandırmadanda anlaşılacağı gibi, burada soy bağı oluşmamakta baba anaya ve çocuğa ödence ve nafaka vermekle sorumlu tutulmaktadır. Mirasçılık hakkı tanınmamaktadır (MK. 296 - 304 - 305 -306).

Medeni Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 443 maddesinin (İptal 21.5.1981 gün, 29/22 sayılı) yeniden düzenlenmesde bu gibi çocukların mirasçı olabileceklerine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Anayasa Mahkemesi, aslında Medeni Kanunun 443. maddesi kapsımı dışında kalan bir olayı ele alarak maddeyi iptal etmiş ve tabii babalıkda da mirascılığın

olması gerektiğini vurgulamıştır. İşte bu görüşten esinlenen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da (26.6.1994 gün, 2/244-465 kararında) tabii babalıkda da mirasçılık olgusunun oluştuğunu benimsemiştir. Bunun dışında bir karar oluşmamış bu görüş kararlılık kazanmamıştır.

Medeni Kanunun değişik 443. maddesi mirsçılık yönünden düzgün ve düzgün olmayan soy bağı ile bağlı çocuklar arasındaki farklılığı ortadan kaldırmıştır. Ne varki nesepsizliği, düzgün olmayan soy zümresi içine sokmamış, düzgün olmayan soyun oluşumunu düzenleyen yasal kuralları kaldırmamıştır. Bu konuyu düzenleyen Medeni Kanunun 290 vd. 296 vd. 310 - 304 305- 306, maddeleri henüz yürürlüktedir bu hükümler geçerliliğini koruduğu sürece çizdikleri çerçeve dışına çıkmak mümkün değildir. Yasanın sınırlı olarak belirttiği durumları değiştirmek kapsamlarını genişletmek mümkün değildir. Zira bu hükümler tamalayıcı olmayıp emir edici hukuk kurallarıdır.

İkinci olarak, Anayasa mahkemesi, bir yasanın Anayasaya aykırılığını hüküm altına alabilirse de, bağlayıcı hukuk kuralı koyamaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu karardan esinlenen düşüncesindede yasal kurallara uygunluk bulunmamaktadır. Kanımca bu karara duygusallık hakim olmuştur. Olması gereken hukuk yürürlükte olan hukuka tercih edilmiştir. İptal edilen yasal kural yerine yeni kuralları düzenlemek yasamanın görevidir. Yargı yasama yerine geçerek onun iradesine aykırı düşecek şekilde yorum yolu ile kural koymaz.

Nitekim, yasama gücü Medeni Kanunun 443. maddesinin değişikliğinden sonra nesepsiz çocukların tescilini sağlamak üzere 8.5.1991 gün 3716 sayılı Bir Evlilik Sözleşmesine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik ve Evlilik Dışında Doğan Çocukların Düzgün Soylu Olarak Tesciline İlişkin Yasayı çıkarmakla nesebsizliği, düzgün olmayan soy bağı olarak düşünmediğini açıkca vurgulamıştır (Daha fazla bilgi için bak., Doç. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu – Salt Biyolojik Babalık ve Mirasçılık adlı monografik incelemesi).

Bu bilgilerin ışığı altında, soysuzluk halinde de tam mirasçılık kabul edilecekse bu çocuklarda düzgün soylular gibi iade yükümlüsü olacaktır.

Düzgün olmayan soy bağı ile bağlılığı kabul edilmiyorsa, mirascı olmadıkları için iade yükülülükleri de olmayacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle kişisel görüş olarak nesepsizlerin mirascı kabulünü mümkün bulamıyorum. Bunları iade sorumlusu olarakta kabul etmiyorum.

10– Mirastan mahrum olanlar, iskat edilenler ve mirası red edenler (bu gibi kimselere mirascılık sıfatını kaybedenler de denir): Mirascılık sıfatını yitirmeleri nedeniyle iadeyle de yükümlü olmazlar. Zira iadede ana kural mirascı olmakdır. Bu sıfatın kaybı yükümlülüğünde ortadan kaldırır.

MİRASCILIK SIFATINI YİTİRENLERİN YERİNE GEÇENLER

Medeni Kanunun 458. maddesi; ".....mirastan iskat edilen kimse müteveffadan evvel ölmüş gibi, payı müteveffanınyasal mirascılarına, Medeni Kanunun 551. madde ile (....mirascılardan biri mirası red ederse, payı miras bırakanın ölümünde hayatta değilmiş gibi diğer mirascılara; Medeni Kanunun madde 553 gereği miras tüm mirascılarca red edilmiş ise red durumu sağ olan karı – kocaya bildirilir, bunların bir ay içinde mirası kabule hakları doğar. Medeni Kanunun 521 maddesi ile "...Mahrumiyet kişiseldir. Mahrum olan kimsenin alt soyu, miras bırakanlarından önce ölen kimsenin alt soyun gibi mirasa hak kazanır" Görüldüğü gibi miras hakkını kaybedenlerin yerine mirascı olanların, kendi miras bırakanlarına miras payı karşılığı verilen **şey kendilerine geçmemiş olsa bile** onu iade ile yükümlüdürler. Öğredide baskın olan bu görüşe karşı çıkan düşünürlerin dayanakları (Medeni Kanunun 604/1. maddesinin) mirascılardan biri, mirasın açılmasından önce ve sonra mirascılık hakkını kaybettiği takdirde, ona yönelik iade yükümlülüğü, payını alanlara geçer, şeklindeki düzenlemedir. Ancak, 604/2 fıkra ile kendi eline geçmemiş olsa bile aslına yapılan bağışları iade ile yükümlüdür" kuralı yanlızca alt soy için değil baskın görüşe göre birinci fıkrayı da kapsamına aldığı kabul edilmektedir.

Alt soy ise; eline geçmemiş olsa bile, kendi miras bırakanına miras payına sayışmak üzere yapılan bağışı iade ile yükümlüdür. Görüldüğü gibi iade alt soy için zorunlu alt soydışındaki mirascılar için ise miras payına sayılmak üzere kendi miras bırakanına yapılan bağışın kendilerine geçmesi koşuluyla kabul edilebilmektedir. Bağışlanan şey alt soy dışındaki mirasçılara geçmemiş ise iadeyle sorumlu tutulamazlar.

Baskın görüş, 604. maddenin 2. fıkrasının sonuda kullanılan "mükelleftirler" sözü 1 ve 2. fıkrayı birlikte kapsayacak şekilde kullanıldığını, aksi halde altsoy ile alt soy dışındaki mirascılar ve aradan çekilen iadeye tabi

mirascıyla aynı kökte bulunan diğer mirascıların paylarında oluşacak artış sonucu eşit olmayan bir durumun yaratılmış olacağı ifade etmektedirler (7). Mirascılık sıfatını yitiren mirascı yerine geçen tüm mirascılarının iade ile sorumlu olmalarını kabul etmek daha adil bir düşünce biçimidir. O halde bağış konusu şey ister eline geçmiş olsun ister geçmemiş olsun miras hakkını kaybedenlerin yerine geçen tüm mirascılar iade ile sorumlu olmalıdırlar (8).

Bu konuya son vermeden birkaç ayrıntıyada değinmekte yarar vardır. Bilindiği gibi, ölümle miras, mirascılara geçer (MK. 539 md.) Mirascılar, mirası: a) kayıtsız şartsız kabul eder, b) tutulacak defter gereğince kabul eder, c) veya tasfiye sonucu kalacak artığı kabul eder. İşte bu hallerin hepsinde birascılık sıfatı devam ettiğinden iade yükümlüğüde devam eder.

Mirascılık sıfatını kaybedelenlerden haksız zenginleşme kurallarına göre yapılan bağış geri istenebilir mi? Bu soruya olumlu cevap veren düşünürler yanında (9), olumsuzluk belirten yazarlar da vardır (10).

Kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek doğru bir çözüm olarak değerlendirilemez. Zira, mirasçılık sıfatını yitirenlerin sorumluluğu, onların mirasçılarına geçmektedir. Onların mirasçılarından iade yolu ile paylaştırmada denkleştirmeyi sağlamak mümkündür. Tüm mirasçıların red etmesi halinde tasfiye hükümleri geçerli olacaktır. Alacaklılar alacaklarını masadan isteme olanağını elde edeceklerdir. Hiç mirasçı yoksa Hazine tek başına mirasçı olacağından haksızlığa uğrayan kimse olmayacaktır. Bu itibarla haksız zenginleşme koşullarının oluşması da olası görülmemektedir.

Bu konuyu noktalamadan hemen belirtelim, iadeyle sorumlu olanlar yasal mirasçılardır. Seçilmiş iradi (mansup) mirasçılar iade ile sorumlu olmazlar.

Sonuç olarak; denkleştirmede davacı ve davalı olabilmek için yasal mirasçı olmak, ölüm anında bu sıfatını korumuş olmak yeterlidir. Davalı olmak yönünden ayrıca kendisine iadeye tabi olarak miras payına sayışılmak

---

(7) Başkası yerine iadeyle yükümlü olma koşulları ve örnekleri için bak; Kocayusufpaşaoğlu, age., Sh: 448-454.

(8) Başkası yerine iadeyle yükümlü olma koşulları ve örnekleri için bak; Kocayusufpaşaoğlu, age., sh: 448-454.

(9) Şener, Esat: age., Sh. 117.

(10) İmre: age., Sh. 140, dipnot.

üzere bir bağışın yapılması veya iade yükümlülüğünden kurtulmuş aslına yapılmış bir bağışın bulunması (Mk. 604) gerekir.

G- MİRASTA İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ AÇIKLAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

a) Niteliği; Miras bırakan, miras payına sayışılmak üzere yaptığı bağışın terekeye dönmesi veya dönmemesini sağlayan irade açıklaması, ölümünden sonraki iade alacak ve borç ilişkisini oluşturduğuna göre iadeyi emir eden veya iadeyi önleyen irade açıklamaları maddi anlamda ölüme bağlı kazandırma (Tasarruf) niteliğindedir. Baskın görüş bu olmakla beraber, bu işlemi sağlar arası hukki işlem olduğunu savunan görüşlerde vardır. Müller'e ait olan bu görüşe göre: İadeye tabi bir kazandırma bağışlama sayılamaz. Zira gerçek bağışlama iki yönlü iradenin bir araya gelmesi ile oluşur. Tek yönlü bir irade açıklamasıyla bağışı iadeye tabi kılma, iadeden muaf hale getirme, miras bırakanca mümkün bulunmasına göre iadeyle yükümlü kazandırma gerçek anlamda bağış niteliği kazanamaz. Bu görüş diğer mirasçılar yönünden tartışılabilsede altsoy yönünden tutarlı değildir. Altsoya iadeye tabi olmadan yapılan bağışın tek yönlü bir irade açıklamasıyla iadeye dönüştürülmesi olası değildir (MK. 603/2). Piotet'e ait olan bu düşünceye göre iadeyi beyan veya kaldıran irade açıklaması tek taraflı ise maddi anlamda ölüme bağlı bir işlem söz konusudur.

Buna karşılık iadeyi koyan veya kaldıran irade açıklması karşılıklı iradelerin ürünü olarak gerçekleşmiş ise, artık tek yönlü dönüş olası olmayacağından bu işlem sağlar arası bir işlem olur. Miras bırakan ile mirasçı arasında yapılan bir sözleşmenin yaptırımı benzetme yolu ile Medeni Kanunun 474. maddesinde öngörülen hükümler olmalıdır. İrade açıklamasının şekline ileride usul bahsinde değinilecektir.

H- DENKLEŞTİRME (İADE) İLE İNDİRİM (TENKİS) ARASINDAKİ FARK

1- Miras Bırakanın İradesi Yönünden: Denkleştirmeyle ilgili yasal kurallar emir edici olmayıp tamalayıcı hukuk kuralladır. Miras bırakan yaptığı bağışı iadeye tabi kılabileceği gibi onu iadeden muafta kılabilir.

İndirimde ise; mirasçının hakkı yasadan kaynaklanmaktadır. Belirli koşulların bir araya gelmesi halinde indirim hakkı doğar. Miras bırakan indirimi önleyecek kural koyamaz.

2- Tarafları Yönünden: Denkleştirmenin tarafları daima yasal mirasçılardır. İndirimde ise bu hak sadece saklı pay sahiplerine ayrıcalıklı hallerde

iflas idaresine ve saklı pay sahibinin alacaklarına aittir. İndirimde davalı, mirasçı olabileceği gibi üçüncü bir kişide olabilir.

3– Bağışın Konusu Yönünden: Ölüme bağlı ve sağlar arası kazandırmalar indirime konu olabilmesine karşılık iadeye sadece sağlar arası ve ölüme bağlı olmayan kazandırmalar konu olabilir.

4– Kapsam Bakımından: Denkleştirme davası bağışın tümünü terekeye iadesini sağlanmakta, tenkiste ise saklı pay oranında gerçekleşmektedir. Bu itibarla denkleştirme indirime göre daha kapsamlıdır. Denkleştirme daha çoğu ifade ettiğinden indirime dönüştürülebilir. İndirim denkleştirmeye dönüştürülemez.

DENKLEŞTİRMENİN KOŞULLARI

1– Bağış miras payına karşılık olarak verilmiş olmalıdır: Miras payına sayışılmak üzere verilmemiş olan veya miras bırakan tarafından iade edilmemesi koşuluyla yapılan kazandırmalar denkleştirmeye konu olmaz.

2– Kazandırma karşılıksız olmalıdır: Kazandırmada karşılıksızlık denkleştirmenin esaslı karşılıklarındandır. Karşılıksızlık da tereke eksilirken kazandırmadan yararlanan mirascının mal varlığında artma oluşmaktadır.

Edimlerde karşılıklılık olması halinde, mal varlıklarında artma veya eksilme söz konusu olmz. Bir kazandırmanın söz konusu olabilmesi o kazandırmadan yararlanan kişinin mal varlığında bir artmanın oluşmasına bağlıdır.

3– Kazandırıcı İşlemi Sağlar Arasında Yapılmış Olmalıdır: Kazandırma işleminin denkleştirmeye konu olabilmesi, sağlar arasındaki bir işlemle gerçekleşmiş olmasıyla olasıdır. Ölüme bağlı kazandırmalar ve bu düzeyde olan dönülme koşulu ile yapılan (Bk. md 240/2) bağışlamalar, ölümle hüküm ifade edeceklerinden denkleştirmeye konu olmazlar.

4– Kazandırma mirasçılara yapılmış olmalıdır: Yukarıda değinildiği gibi, mirasçı olmayan veya mirasçılık sıfatını kaybedenler iade ile yükümlü değildir.

5– Kazandırma Doğrudan Yapılmış Olmalıdır: bir yükümlülük veya koşula bağlı olarak yapılan kazandırmalarda veya ikameli kazandırmalarda iade sözkonusu olmaz.

6– Kazandırma miras bırakanın mal varlığından yapılmış olmalıdır: Murisin mal varlığında eksilmeye neden olmayan kazandırmalar denkleştirme konusu olmaz. Zira, denkleştirmede amaç mevcut mal varlığının korunması ve adil ölçüler içinde mirasçılara geçisinin sağlanmasıdır. Örneğin, henüz kazanılmamış bir haktan feragatte denkleştirme söz konusu olmaz. Burada bir kaç konu ve ayrıcalığa değinilmekte yarar vardır. Acaba miras bırakanın, mirascısı lehine mirası red etmesi halinde de henüz kazanılmamış haktan söz edilinebilir mi? MK. nun 539. maddesi ölümle miras mirasçılarına geçer. MK. nun 633. maddesi gereği bu durumda tescil olmadan da mülkiyet mirasçısına geçmiş olur. Miras yasa gereği kendiliğinden geçtiğine göre mal varlığı da yasa gereği bu oranda artmış olacaktır. O halde bir başka mirasçısı yararına yapılan mirasın reddin mal varlığında eksiltme oluşturulamayacağı düşünülmez. Bu bir bağıştır. Ne varki bu bağıştan tüm yasal mirasçılar birlikte yararlanacağından ve bir veya bir kısım mirasçılar yararına red imkanı bulunmadığından (MK. 551) sonuçta red edilen miras diğer yasal mirasçılara payları oranında geçeceğinden denkleştirme konusu olmaz.

Karı Koca Arasında Mal Ortaklığına Veya Mal Ayrılığı Rejiminde Kocanını Yaptığı Kazandırmanın Eşlerden Herhangisinin Mal Varlığından Çıktığı Belirlenemiyorsa İadeye Tabi Olabilecek midir? Olacaksa Ölçüsü Ne Olmalıdır?

Mal ortaklığında iştirak hali söz konusu olduğundan koca eşinin onayını almadan ortaklık malları üzerinde kazandırıcı işlemde bulunamaz. Mal birliğinde ise koca karısının onayını almadan kazandıma işlemi yapmışsa, kazandırıcı işlemin kocanın malından yapılmış, mal ortaklığında ise kazandırmanını yarı yarıya eşlerin mal varlığından yapılmış olduğunun kabulünü gerekir. Denkleştirmede bu kurallar çerçevesinde gerçekleşir (fazla bilgi için bak., Eren, age., sh. 357). Tartışmalı olmakla beraber gelirlerden yapılan kazandırmalarda denkleştirmeye tabi olabileceğini önleyen yasal bir kural bulunmamaktadır. Zira sermayenin oluşmasını gelir sağlar. Sermaye bireylerinin birikimleri sonucu oluşur. O halde ana sermaye ile, onun gelirini ayrı ayrı hükümlere tabi tutmak doğru bir değerlendirme olmaz.

Ölüm Halinde Sigortalarda Durum: Ölüm koşulu ile yapılan sigortalar hayat sigortasının bir türüdür. Sözleşme hükümlerini ölümden sonra icra eder. Sigortalının üçüncü bir kişi yararına yapılması olası olduğu gibi, kendi adına yapıp sonradan bir üçüncü kişiye karşılıksız olarak devir edilmeside mümkündür. Sözleşme miras bırakan tarafından yapılmakta primleri öden-

mekte ancak, karşılıksız devir ile yararlanma bir başka kişiye geçmektedir. Medeni Kanunun 509. maddesi, ölüm halinde sigortalının ölüm tarihindeki satın ama değeri üzerinden indirime tabi olacağını ön görmektedir. Yukarıda açıklanan koşulların varlığı halinde ölüm halinde sigortada da iadenin kabulünü engelleyen yasal bir kural bulunmamaktadır.

Sigortadan kaynaklanan hak karşılıksız olarak ve miras payına sayışılmak üzere verilmiş ise yukarıda belirtilen denkleştirmenin koşulları oluşmuş demektir. zira miras bırakanın iadeye tabi bir kazandırması primlerini ödemekle mal varlığında bir eksilme ve ondan yararlanacak mirasçının malvarlığından bir artış gerçekleşmektedir. O halde indirim kuralları benzetme yolu ile uygulanarak satış değeri yarattığı artı değer oranında denkleştirmeye tabi olmalıdır.

Altsoy Yararına Yapılan ve Yasal Olarak Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar: Miras bırakanın yapmış olduğu bağışın iadeye tabi olması için ön koşulun miras payına sayışılmak üzere yapılmış olmasıdır. Medeni Kanunun 603/1. maddesi gereği miras yapına karşılık verilen tüm kazandırmalar iadeye tabidir. Denkleştirmede genel kural budur (MK. 603/1).

Altsoy için ayrıcalıklı bir düzenleme yapılmıştır. Medeni Kanunun 603/2. madde ile "Miras bırakan tarafından hilafına açıkça bir teberrü yapılmış olmadıkça füru lehine bahşedilen cihaz, tesis masrafı, borçtan ibra sureti ile ve bu kabilden sair suretlerle bahşedilen menfaatler iadeye tabidirler. Altsoy için iade yükümlülüğü belirli kazandırmalarla sınırlandırılamamıştır. Altsoy kendisine yapılan sağlar arası kazandırılmaların tümünü iade ile yükümlüdür. Bu kuralın tek ayrıcalığı vardır. Miras bırakan yaptığı kazandırmanın iadeye tabi olmamayacağını açıkça ifade edebilir (Açıkça iadenin şekli usul bahsinde işlenecektir). İşte altsoyun iadeden bağışıklığı bu koşul ile olasıdır. Buna karşılık altsoy dışındaki mirasçılar sağlar arası kazandırmalardan miras bırakanın açık iradesi varsa iade ile yükümlüdürler aksi halde iade sorumlulukları bulunmamaktadır (MK. 603/1).

Özetlenecek olursa; altsoya sağlar arası yapılan tüm bağışlar miras payına sayışılmak üzere yapılar. O halde tümü ile iadeye tabidir. Burada yasal bir karineye yer verilmiştir. Baba mirasını tüm çocuklarına eşit oranda geçmesini arzu eder. Miras bırakanın bu duygusu insan olmanın verdiği olağan yaradılışının gereğidir. İadeye tabi olmadığını kanıtlama davalıya aittir. Altsoy dışındaki mirasçılarda durumu farklıdır. Asıl olan bağışın iadeye

tabi olmamasıdır. Bu yasal karinenin aksini kanıtlama davacıya düşer (YHGK. 19.12.1990 2/534-648; 12.10.1988 gün, 2/326-85; 13.5.1987 gün, 2/796/361 sayılı kararları, 21.10.1992 gün, 536/6205 K.). Altsoya sağlanan kazandırmalar Medeni Kanunun 603/2'de sayılanlardan değilse öngörülen genel kural gereği kazandırmanın iadeye tabi olacağını davacı kanıtlamak zorunda olacaktır.

YASAL OLARAK İADEYE TABİ KAZANDIRMALAR (MK. md. 603/2)

GENEL OLARAK

Yukarıda açıklandığı üzere, miras bırakanın sağlığında altsoyuna yaptığı kazandırmalar aksi açıkça belirtilmemiş ise kendiliğinden iadeye tabidir. Bunlar cihaz, tesis masrafı, borçtan ibra ve bunlara benzer kazandırmalardır.

Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamalarında Medeni Kanun 603/2'de sayılan iadeye tabi kazandırmaları aslında sınırlandırılmıştır. Metinde (gibi) sözü kullanılmış isede yasakoyucu (nitelik) yönünden aynı mahiyette olan kazandırmaları amaçlanmıştır (11) Kaynak yasada nitelik geniş tutulmuş belirtilenlere ek olarak (mal terki) şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Öğreti

Medeni Kanunun 507/1. maddesi ile öngörülen ve indirime tabi tutulan "Mal Terki" deyimi ile 603/2'nin tamamlanması ve mal terki şeklindeki kazandırmalarında iadeye tabi tutulması gerektiği yönündedir (12).

a) Cihaz Tanımı

Bir evin idaresini mümkün kılacak yörenin örf ve adetlerine göre özellikle evlenen kız çocuklarına verilen taşınır eşyasıdır. Ülke genelinde çeyiz olarak nitelendirilen eşya yalnız kız çocukları için değil erkek evlatlar içinde söz konusudur. Çeyizin miktarı niteliği ailenin sosyal ve ekonomik durumuna göre ve göze alınan özveri oranındadır. Aileler ve özellikle hanımlar çeyiz konusunda el görsün özentisi içinde ve rekabet anlayışı ile bazen bunun miktarını babanın iflasını gerektirebilecek oranlara çıkarabilmektedirler. Çeyizin en

---

(11) Y. HGK.nun, 13.5.1987 gün, 1985/2–796/361 s. kararı.

(12) Kocayusufpaşaoğlu: age., sh: 486; Eren: age., sh: 725; İmre: age., sh: 829.

çok gereken ev eşyası ile sınırlı tutulması, ailenin ekonomisini etkilemeyecek düzeyde olmasına özen gösterilmesinde aile ve ülke çıkarları yönünden yarar vardır.

Düğün için yapılan giderler (gelinlikle, salon, balayı giderleri gibi) çeyiz eşyası sayılmadığından iadeye de tabi olmaz. Yukarıdaki tanımda cihaz taşınır mal olarak tanımlanmış isede, bugün buna özellikle tahsis edilen daire, yazlık gibi taşınmazlarda dahil edilmektedir.

b) Tesis Gideri Tanımı

Ekonomik bağımsızlığını sağlamak halk değimiyle "kendi yağında kavrulmak" üzere, işletme muayenehane, yazıhane gibi iş kurmayı ve kurulan ekonomik düzeni devam ettirmeyi öngören bağışlamalardır. Tesis kurma gideri kız erkek tüm çocuklar için sözkonusudur. Ticari anlamda buna kuruluş sermayesi denilir. Bu sermaye kuruluş için verilebileceği gibi kuruluşa devam ettirmeye yönelide olabilir. Hatta işin genişletilmesi, sermaye artırımı için dahi verilmesi olasıdır (13).

c) Mal Varlığı Devri (Mal Terki)

Miras bırakanın altsoyuna belirli bir mal bağışlaması veya belirli bir pay vermesi veya mal varlığını bağışlamasıdır. Bu deyime yasada yer verilmemiştir. Öğretide Medeni Kanunun 507/1. maddesinde sözü edilen (Mal Terki) deyiminin, sınırlı olmayan Medeni Kanunun 603/2. maddesini tamamlar nitelikte görülmektedir. Kaynak yasada yer verildiği halde 603/2. madde metninde yer almamış olması 507/1. madde ile düzenlenmiş bulunmasıyla açıklanmaktadır. Medeni Kanunun 603/2. maddesi sınır getirildiğinden metinde yer almamış olmasına rağmen 507/1 yollaması sonucu iadeye tabi olduğu kabul edilmektedir. Mirasçının mal varlığını artırmada miras bırakanın vergi borcunu hafifletmek gibi faydalarının bulunduğu belirlenmektedir (14). Öğretideki bu görüş uygulamada benimsenmemiştir.

d) Borçtan İbra (Alacaktan Vazgeçme)

Altsoy miras bırakan tarafından kendisine yapılmış her türlü bağışı yasal kural gereği terekeye iade ile yükümlüdür. Borçtan ibarada öncelikle mirasçı

---

(13) Kocayusufpaşaoğlu: age., sh: 469.

(14) Şener; age., Sh: 125; Eren: age., sh: 728. Aksi görüş: HGK.nun 13.5.1987 gün, 2/796-361 sayılı kararı. Bu hususa, usul bölümünde de değinilecektir.

miras bırakana belirli oranda borçlanmıştır. Miras bırakan bu alacağından vazgeçmekte, borçluyu ibra etmektedir. Acaba, ibra durumu iadeden bağışıklılığıda kapsar mı? Bu soruya öğreti ve uygulamada verilen cevap "kapsamaz" şeklindedir. Zira, Medeni Kanunun 593. maddesi gereği, miras bırakanın mirasçılarından olan alacağı o mirasçının terekeden alacağı miras payına sayışılabilir. İbra olmasaydı borç miras payına sayışılacaktı. İbra ise borçluya, borcun terekedeki payına sayışılmasını veya aynen iade etme olanağını vermekte bir seçimlik hak tanımaktadır (MK. 605). Diğer yönden vazgeçilen borçtan dolayı borçlu faiz ödemekten kurtulmuş ve mal varlığı ödemesi gereken faiz kadar artmıştır. **Bu nedenle borçtan ibra iadeyi engellemez.** Genel kanı ve uygulama bu olmakla beraber miras bırakan alacağından vazgeçmiş olmasına göre, iadeden ayrı tutulduğunuda amaçlanmıştır. Bir şeyden vazgeçmek demek onu mal varlığından çıkarmak aktif ve pasifinde göstermemektir. Kanımca ibra iade edilmeme emrinide kapsamaktadır. Bunun aksinin davacı tarafından kanıtlanması gerekir.

Medeni Kanunun 603/2. maddesi ile öngörülen ve yasaca aksine bir ibra açıklaması bulunmadığı takdirde iadeye tabi tutulan, cihaz, tesis gideri, borçtan ibar gibi kazandırmalarda yasal düzenleme ülke çapında oluşan örf ve adetlerle çelişmektedir. Toplum yapımızda gelenekleşen alışkanlıklarla bu gibi kazandırmalar miras payına sayışılma ve dolayısıyla iadeye tabi tutulma amacıyla yapılmamakta, aksine iadeden ayrılık tutulmaktadır. Yasal düzenleme belirlenen genel eğilimi yansıtmadığından bu konuda mahkemelerimize intikal etmiş davalarada rastlanmamaktadır. Medeni Kanunun iyileştirme kurulunun değişiklik tasarısında bu olguyu gözönünde de bulundurması düzenlemeyi genel eğilime uygun hale getirmesini diliyorum. Gerçekten özellikle kız çocuklarına çeyiz iade edilmemek üzere verilir, erkek evlada keza iade edilmemek üzere iş kurma sermayesi verilmektedir. Anadolu insanı,, çocuğuna bağışladığı alacağının terekeye iadesini düşünmez.

İ) YASAL OLARAK İADEEYE TABİ OLMAYAN KAZANDIRMALAR

a) Eğitim ve öğretim giderleri (MK. 608)

Miras bırakan tarafından çocukların eğitimi ve öğretimi için yaptığı giderler kural olarak iadeye tabi değildir. Medeni Kanunun 608. maddesi, 603/2. maddesinin ayrıcalıklarından biridir. Bu düzenleme olmazsa idi Eğitim ve öğretim giderleride 603/2. maddesi gereği iadeye tabi tutulabilecekti. Medeni Kanunun 608. maddesinin geniş yorumuna gerek öğreti gerekse uygu-

lamada karşı çıkılmakta iadeden ayırık olacak eğitim giderlerinin alışılagelmiş giderler düzeyinde tutulması gerektiğine değinilerek muafiyetin sınırları daraltılmaktadır. Gereği olmadığı halde ihtiyacı dışı yapılan eğitim giderlerinin iadeye tabi olması gerektiği öğretide benimsenmiştir.

Burada önemli olan eğitim öğretim giderinin sınırları nasıl belirlenecektir. Medeni Kanunun 261. maddesi; "çocuğun beslenmesi ve terbiyesi için gereken giderler ana, babaya aittir". Yine aynı Yasanın 265. maddesi "Ana baba çocuğun mesleki terbiyesini yönlendirir, olabildikçe gücünü yeteneklerini ve arzularını gözetir". Medeni Kanunun çizdiği bu sınırlar içinde, eğitimi için olağan sayılacak giderler çocuğun düşünce kapasitesi, yeteneklerinin olabileceği kadarıyla gelişmesine yeterli olacak kadar olmalıdır.

Yasanın eğitim ve öğretimi birlikte değerlendirmesi bu iki kavramın birlikteliğinden kaynaklanmaktadır. Öğretim ve eğitim birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Öğretim bir fakülte, yüksekokulun bitirilmesine kadar devam eder. Ancak, yeteneğinin değerlendirilmesi bakımından doktora yapılması, özel ders alınmasını gerektiren bir durumun bulunması, öğretim için gereken tüm araçlar ve gereçlerin giderleri de öğretim giderleri arasında sayılmalıdır. Öğretimin sona ermesine kadar yapılan giderler öğretim gideri olarak değerlendirilmelidir. Ancak öğretim süresinin de normal olarak sürdürülmüş olması gerekir. Öğretim adı altında amaç dışında yapılan giderlerle gereksiz uzatmalardan kaynaklanan giderler eğitim gideri olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin, eğitim için alınan lüks bir araba, bir daire eğitim gideri olmamalıdır.

Eğitim giderlerinden yararlanacak olanlar altsoyu oluşturan çocuklardır. **Torunlar bu olanaklardan yararlanamaz** (15). Bunun aksini düşünenler de bulunmaktadırlar. Ancak, Medeni Kanunun altsoy için genelde "füru" sözünü kullandığı halde burada "çocuk" sözünü kullanması birinci görüşün kabul edildiğini açıkça ifade etmektedir.

İşte belirtilen alışıla gelmiş eğitim öğretim giderlerini aşan gidelerin bu ölçüler kullanılarak tesbiti ile iadeye tabi tutulması gerekir. Ne varki miras bırakan bu bölümü de iade dışı tutabilir.

Medeni Kanunun 608/2. maddesi emir edici bir kurala yer vermiştir. Miras bırakanın bu olguyu değiştirmesine olanak tanımamıştır. Miras bırakanın

(15) Eren: age., sh: 734.

ölümü halinde henüz doğmamış veya öğretimini tamamlayamamış çocuklarıda bulunabilir. Çocukların eğitimi öğretiminin sağlanması ana babaya görev olarak yüklenmiştir. Kendileri sağlıklarında bu görevi yapmamış veya yapma imkanı bulamamışsa eğitimini tamamlayan çocuklarla olan eşitliğin korunması yönünden eğitimlerini sağlamak üzere bu çocuklarada paylaştırma sırasında yeterli miktarda bir ödencenin verilmesi gerekir. **Sakat veya malül olan** çocuklar içinde aynı kural uygulanır. Yasa tazminatın sınırının belirlenmesinde hakime taktir yetkisi vermiştir. Hakim tahsilin süresi gereksinimleri ve terekenin kapsamını dikkate alarak, ödencenin miktarını taktir edecektir Ödencenin toptan ödenmesi, mümkün olduğu gibi belirli zaman aralıklarıyla irat şeklinde ödenmesine de karar verilebilir. Hâkim taktirinde Medeni Kanunun 4. maddesiyle öngörülen hakkaniyet ilkesinden yararlanmalıdır. Kaynak yasada bu hususa açıkça değinilmiştir. Medeni Kanunun "münasip" sözcüğü ile anlatılmak istenende budur.

Özet Olarak: Eğitim ve öğretim giderinin iadeye tabi tutulması için eğitim ve öğretimin gerektirdiği kadarıyla yapılan giderler arasında uygun bir nedenselliğin bulunması gerekir. Alışılmışın dışında yapılan ve diğer kardeşler içinde kullanılması gereken ekonomik olanakların bir tarafa yönlendirilmesiyle oluşan giderler iadeye tabi olmalıdır (16)(17)(18).

b) Alışılmış (Mutad) Armağanlar (MK. 609)

Alışılagelmiş armağanlarda iadeye tabi değildir.

Alışılmış armağanın tanımı: Toplumca benimsenen gelenekleri gereği özel bir amaç için verilmesi adetten olan hediyelerdir. Doğum, Düğün, Sünnet başarı gibi nedenlerle verilen armağanlar) Burada amaçlanan armağanlar zenginleştirmeyi sağlama veya çocuğa belirli bir olanak sağlamaya yönelik olmayıp ebebeveyinle çocuklar arasında alınıp verilmesi gelenekleşen hediyelerdir. Bu hediyelerin sınırını bölgenin gelenekleri, ekonomik ve kültür seviyesi belirler. Armağan bu ölçüleri aşmış ise hediye olmaktan çıkar kazandırma niteliği kazanır. Armağanların iadeye tabi olmamasıda Medeni Kanunun 603/2. maddenin bir ayrıcasıdır.

---

(16) Prof. Dr. Eren: age., sh. 753; İmre: Türk Miras Hukuku, 1968, sh. 370.

(17) Prof. Dr. İmre: age., sh. 861 (Geniş bilgi için bak. İmre: age., sh. 860, dipnot 144).

(18) Vuilleumior p. Piotet.

K– İADE BORCUNUN ZAMANI

Yukarıda mirasta iadenin terekenin dengeli bir şekilde mirascılarına geçirilmesini sağlayan bir düzenleme olduğu ve iade yerine mirasta denkleştirme sözünün kullanıldığı açıklanmıştır. Medeni Kanununda bu nedenle denkleştirmeye mirasın paylaştırılması bölümünde yer vermiştir (MK. 583).

O halde denkleştrme terekenin paylaştırılması sırasında istenebilecektir. Daha önce istenemez.

Zaman aşımı

Medeni Kanun paylaştırma konusunda belirli bir zaman aşımına yer vermemiştir. O halde paylaştırmanın bir çeşidi olan iadede de aynı hükümler geçerli olacaktır. Belirli bir zamanaşımına tabi olmayan, hukuki işlemlerde zaman aşımı süresi Medeni Kanunun 5. maddesinin yollamasıyla Borçlar Kanununun 125. maddesiyle öngörülen on yıldır. Mirasta iadede de zaman aşımı bu kural gereği on yıldır.

Zamanaşımının Başlayacağı Gün

Bu konuda öğretide ve öğreti ile uygulama arasında çelişkili görüşler bulunmaktadır. Zamanaşımının ölüm tarihinden başlayacağını (19) belirtenler yanında paylaştırmanın sona ermesinden sonra başlayacağını belirten görüşlerde vardır (20). Yargıtay uygulamalarında kararlılıkla zaman aşımının paylaşmadan sonra işlemeye başlayacağı vurgulanmıştır. İade isteğinin MK. 583 maddesinin belirtilen paylaştırma (taksim) davası ile istenebileceği paylaştırma dan sonra bu hakkın sona ereceğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır (Eren Fikret, age., sh. 736). Denkleştirme, paylarda eşitlik ilkesinden kaynaklandığından iadenin paylaştırma davası içinde istenmesi payların belirlenip, ayrılmasından sora mirasçıların tekrar iade gibi sorunla karşı karşıya bırakılmaması bakımından Sayın Eren'in görüşüne katılıyoruz.

Mirascılar Medeni Kanunun 611. maddesi uyarınca terekeyi kendi aralarında paylaşmak üzere paylaştırma sözleşmesi yapmışlarsa on yıllık süre bu sözleşme tarihinden başlar. Sözleşme sonradan iptal edilmiş ise bu du-

---

(19) Prof. Dr. Şakir Baki: Miras Hukuku, 1975, sh. 236.

(20) İmre: Türk Miras Hukuku, 1968, sh. 778; İnan: Miras Hukuku, 1969, sh. 407; 2. HD.nin 11.11.1969 gün, 2862-5059, sk., HGK.nun 14.4.1973 gün, 2167-310 sk.

rumda ortada geçerli bir paylaştırma kalmadığından ve yeniden paylaştırmaya gidilebileceğinden zamanaşımı son paylaştırma tarihinden başlar (21).

İadenin Şekli

Mirasta iadenin (denkleştirme) mirasın paylaştırılmasına ilişkin bir işlem olduğu yukarıda açıklanmıştır. Miras bırakan sağlığında miras payına sayışılmak üzere bir kazandırma yapmış ise kazandırmayı alan kişi bunu terekeye geri vermekle yükümlüdür (MK. md. 603).

Seçimlik Hakkı

Miras payına sayışılmak üzere kazandırmadan yararlanan mirascı dilerse aldığı şeyi aynen dilerse, karşılığını iade eder (MK. md. 605)

a) Aynen İadede: Taşınmazlar miras ortaklığı adına tapuya **kütüklenmek** (miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmadığından kütükleme ya ölü olduğu belirtilerek miras bırakan adına veya tüm mirascılar adına veya iade edilecek taşınmaz mal belirli bir mirascıya pay olarak verilmiş ise onun adına olacaktır) Taşınır mallar ortaklığa teslim edilmekle iade edilmiş olur.

b) İade, iadeye tabi şey yerine onunun karşılığının verilmesiyle gerçekleştirmek istenmiş ise, denkleştirme nasıl yapılacaktır?

1) İade borçlusu mirascının elinde kalan kazandırma konusu şeyin değerinin terekeye eklenmesiyle oluşan terekeye göre miras payının bulunması: Kazandırma konusu şeyin değerinin miras payına mahsub edilmesi şeklinde yapılır.

Örnek: ABC'den ibaret olan mirascılardan C 20.000 TL.'lık iadeye tabi kazandırma yapılmış olsun. Bunun dışındaki terekenin miktarıda 100.000 TL. olsun. Bu durumda Tüm tereke = Ölüm anındaki miktar (100.000TL.) + iadeye tabi miktar (20.000TL.) = 120.000 TL dir. Beher mirascının payı 120.000 : 3 = 40.000 TL. olur. A ve B terekeden 40.000'er Tl, C ise daha önce aldığı 20.000 TL. miras payını sayıştığında 20.000 Tl almış olacaktır.

2– Diğer bir iade şekli iadeye tabi kazandırmanın ayrı, mevcut terekenin ayrı olarak mirascılar arasında pay edilmesidir: Yukardaki örnekten önce

---

(21) Eren, age., sh. 736.

terekedeki 100.000 TL., mirascılar arasında miras payları oranında paylaşılacak, sonra kazandırmaya konu 20.000Tl. aynı koşullarla paylaşılacaktır. Pratik olmayan bu iade şekli uygulamada benimsenmemiştir. Belirtilen iadedeki seçimlik haklara ilişkin yasa kurallarıda tamamlayıcı hükümlerdir. Gerek miras bırakan ve gerekse mirascılar bu kuralı değiştirebilir.

İade edilecek kazandırma miras payını aşıyorsa

İade edilecek kazandırma miras payından fazla ise bu fazlalığında iadesi asıldır. Ne varki miras bırakan miras payını aşan kazandırmanın iadesini önleyecek irade açıklamasında da bulunabilir. İadeye ilişkin yasal düzenleme tamamlayıcı hükümler olduğundan miras bırakanın iradesine üstünlük tanınacaktır. Ancak bundan zarar gören mirascıların indirim (tenkis) davası açma hakları saklıdır.

Payı Aşan Kazandırmanın İadesinde Usul

Terekesi 40.000 TL. olan muris baba, sağlığında oğlu A'ya 100.000 TL. kazandırma yapmış olsun, babanın A'dan başka B isminde de bir çocuğu bulunsun.

Buna göre mevcut tereke 40.000 TL.
İadeye tabi tereke 100.000 TL.

140.000 TL. Toplam Tereke

140.000 : 2 = 70.000 = beher mirascının miras payı mevcut tereke tutarı 40.000 TL. B'ye verilirse, A'nın 30.000 TL'yi, B'ye iade etmesi gerekir. Bu örnekte iade edilecek miktarlarla mirascıların payları eşitlenmektedir. İade edilmesi gereken miktar miras payını aşarsa ne olacaktır. Medeni Kanunun 606/1. cümlesi, kazandırma miras payını aşsa bile tümü ile iadesinin gerekeceği yönündedir. Bu itibarla Medeni Kanunun 603. maddesiyle düzenlenen yasal iade (603/2) ile düzenlenen iradi iade (603/1) arasında bir ayırım yapılamaz. Öğretide 606/1. maddenin iradi iadeyi kapsamıyacağı, yasal iade için sözkonusu olacağı tartışılmakta ise de (22), yasasının açık ifadesi bu ayrımın yapılmasına olanak vermemektedir.

Ancak, miras bırakan, miras payını aşan kısmı iadeden ayırık tutabilir. Bu halde iadenin kapsamı ne olacaktır. Bu konuda uygulamadan bir örneğe

(22) Kocayusufpaşaoğlu, age., sh. 479.

rastlanmamıştır. Öğretide ise Murisin iradesi esas olacağından, miras payı kadarı iade edileceği, miras payını aşan kısmın iade dışı olacağı, bu kısım için diğer hak sahiplerinin indirim davası hakları bulunduğu belirtilmektedir.

İadeden ayırık tutulan kazandırma, miras payını aşıyorsa diğer hak sahiplerinin miras payı kadarı için iade miras payını aşan kısım için tenkis davasını birlikte açma hakkı doğar (23). Bunun nedeni, yasanın miras payı kadar olan bağışları iadeye, aşan kısmı tenkise tabi olmak üzere düzenlenmesidir.

L– MİRASTA İADE DAVALARINDA USUL İŞLEMLERİ

1– Görevli Mahkeme: Genel kurala göre görevli mahkemeyi davanın değeri tayin eder (Geniş bilgi için bak, ileride iade davasının hukuki niteliği bölümündeki açıklamalara).

2– Yetkili Mahkeme: Mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 11. maddesi gereği terekenin paylaştırılmasına, kısmetin butlan ve feshine mirascılar arasında terekenin idaresine, paylaştırma sona erinceyedek terekeye karşı açılan davalarda miras bırakanın son ikametgahındaki mahkemeler yetkilidir. Medeni Kanunun 518. maddesi miras tüm malları kapsamak üzere ölenin son yerleşimyeri (ikametgahı) mahkemesinde acılır. Ölüme bağlı kazandırmalarda iptal, tenkis mirasın paylaştırılması miras nedeniyle istihkak davaları bu mahkemecede görüleceğini emir etmektedir.

Medeni Kanunun 518. maddesiyle konulan kural, kesin yetki kuralıdır. Hakim bu kuralı kendiliğinden dikkate alır.

3– Miras Bırakanın Irade Açıklamasının Şekli: Miras bırakanın, miras payına sayışılmak üzere mirascılarına yaptığı kazandırmaların iadeye tabi olup olmayacağı konusundaki iarde açıklaması her hangi bir şekil koşuluna tabi tutulmamıştır.

Öğretide: Miras bırakanın iadeye tabi kılma veya iadeden ayırık tutulmasına ilişkin irade açıklaması kazandırma işlemiyle birlikte yapılmamışsa; sonradan yapılan irade açıklamasının ölüme bağlı işlem olarak kabulü ve ölüme bağlı işlemlerin tabi olduğu şekil kurallarının aranması gerektiği yönünde düşünceler bulunmakta isede baskın görüş, irade açıklanması ve değiştirilmesi miras bırakanın tek yönlü beyanı ile mümkündür.

---

(23) İmre: age., sh. 833; K. Gültekin Tüfek (Avukat): Tenkis ve İade Davaları, 1977, sh. 283.

Usul açısından şekile tabi tutulmaması beyanın sağlığı ile ilgilidir. Kanıtlama yönünden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesi hükümleri ve genel kurallar burada da geçerlidir. Ne varki iadenin tarafları aynı yasanın 293/1. maddesinde belirtilen kişilerden oluştuğundan, Genellikle tanıkla kanıtlama olanağı vardır.

Miras bırakanın suskunluğu: Altsoy dışında kalan mirascılar bakımından miras bırakanın suskunluğu iadeden muaf olduklarına, alt soy yönünden suskunluk ise iadenin emir edildiği şeklinde yorumlanmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi altsoy için iade asil muaflık istisna altsoy dışındaki mirasçılar için muafiyet asıl iade istisnadır. Yasa, alt soyun muafiyeti için, miras bırakanın açık beylanını öngörmüştür. (MK. 603/II)

Açık Beyandan Amaçlanan Nedir? Açık beyan yazılı veya sözlü olabilir, belirli bir şekil kuralı öngörülmemiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus beyanın bir başka kanıta başvurulmaksızın anlaşılır olması veya yorum yolu ile alaşılabilir hale gelmesidir. Tabi yorum irade açıklaması üzerinde olacaktır. Miras bırakanın tutum davranışlarından veya yarattığı olaylardan yorum yolu ile böyle bir sonuca gidilemez. Yasanın anlatmak isteği (açıklık) irade beyanı ile ilgilidir. Bir taşınmazın tapuda devri şeklinde bağışlanması halinde iade veya iadeden muaflığında merciler önünde açıklanmış olmasını gerektirir. Bunun dışında delil denlenmez (YHGK. 10.5.1991 gün, 2/9–235–4). Bağış sözleşmesi yazılı olarak yapılmış ise HUMK.nun 288. maddesi gereği delil olarak yalnızca yazılı belge esas alınır. Bağışın tarafı olmayan ancak bağıştan yararlananlar, her türlü delille iddialarını kanıtlayabilir.

İRADENİN GERİ ALINMASI

Miras bırakanla mirascı arasında yapılan iadeye tabi işlem iki yönlü irade açıklamasıyla gerçekleşmiş ise miras bırakanın tek yönlü bir irade açıklamasıyla daha önce ortaya koyduğu irade açıklamasını ortadan kaldıramaz veya değiştiremez (24). Sayın Prof. Dr. Postancıoğlu da, bu gibi işlemlerin senetle yapılması teamül haline gelmiş ise bu konudaki yazılı belge aramanın uygun olacağını belirtmektedir (25). YHGK 17.1.1961 gün, 2/61-6 sayılı kararında, irade açıklamasının eylemlerinin yorumu sonucu ortaya çıkarılmasının mümkün görmediği halde 2. Hukuk Dairesi 31.1.1967 gün, 7185-523 sayılı kararıyla, miras bırakanın muvazlı olarak işlem yapmasını

(24) Piotet: Kocayusufpaşaoğlu'nun göndermesi, age., sh. 456.

(25) Postacıoğlu: Medeni Hukuk Dersleri, 1968, 4. bası.

(aslında bağış yaptığı halde, işlemi satın alma göstermesi) iadeden muafiyetin karinesi olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirme de kararlılıkda vardır. HGK. ile 2. Hukuk Dairesi arasında bu konuda görüş aykırılığının bulunduğu düşünülürsede, aslında miras bırakanın bağışı gizlemesi, tenkis ve iadeyi önleyecek şekilde satışı yeğlemeside kazandırmanın iadeye tabi tutulmak istemediğini gösteren bir irade açıklamasıdır. Bu itibarla, arada çelişki bulunduğu söylenemez. Aslında iade ve indirim hukuken geçerli işlemler için söz konusudur. Hukuken geçerliliği bulunmayan danışıklı işlemlerde indirim ve iadenin mümkün olmaması gerekir (26).

Ne varki, 30.4.1974 gün, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile muvazaalı işlemde, asıl amacın bağış olmasına rağmen iradelerin satış olarak gerçekleşmesinde, iradenin satış memuru önünde satış olarak açıklanmamış olması, bağış işleminde de şekil koşuluna uyulamamış olmakla geçersizliğin hüküm altına alınabileceği; Bu dava hakkının, geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanunun 507 ve 603. maddesinin sağladığı haklara etkili olmadığı kararlaştırılarak hukuken geçersiz olan bağışında iade ve indirime konu olabileceğini kabul etmiştir. Hukukun genel ilkeleriyle de bağdaşmayan bu inançları birleştirme kararının değiştirilmesine ilişkin görüşme ne yazık ki sonuçsuz kalmıştır.

İADE DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1– İadesi İstenen Hakkın Süresi: Yasal mirascıların iade sorumluluğu birbirlerine karşıdır. Miras hukukundan kaynaklanan haklardandır. Bu hak aynı nitelikte olamayıp kişisel bir alacak hakkıdır. Bu nedenledirki mirascılık sıfatının yitirilmesiyle iadeyi isteme hakkıda sona erer.

2– Davanın Niteliği: Mirasta iade davasının bir eda davası olduğu kuşkusuzdur.

İADE TESBİT DAVASINA KONU OLABİLİR Mİ?

Bu davanın mirasın taksimi sırasında açılabileceği yukarıda belirtilmiştir. Paylaştırmanın çok uzak tarihlere ertelenmiş olması halinde, iadenin kapsamının belirlenmesinde zorluklar doğabilir. İnsan zeka ve hafızası sınırlıdır. Bir kompütür gibi herşeyi her zaman aynı tazelikte koruması mümkün değildir.

---

(26) Eren: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, 1973, sh. 95; Kocayusufpaşaoğlu: Miras Hukuku, 1972, sh. not 81.

İadenin para olarak yerine getirilmesi halinde değerin hangi tarihe göre belirleneceği sorunu: Medeni Kanunun 607. maddesi bu konuya açıklık getirmiş değeri iki ihtimale göre belirlenmiştir.

a) Genel olarak, bağışlanan şeyin mirasın açıldığı tarihteki değeri esas alınır. Davalı, iadeyi para olarak yapacağını bildirmiş, seçimlik hakkını bu yolda kullanmış ise mirasın açıldığı tarihteki değerini iade etmekle borcundan kurtulur.

b) İade yükümlüsü şeyi daha önce satmış ise satış karşılığını iade eder. İadeye tabi şeyin satılarak elden çıkarılmasında bir sorun yoktur. Şeyin karşılıksız devir edilmiş olması halinde iadede sorun doğmaktadır. Ancak iade değeri, mirasın açıldığı tarih mi, bağışın yapıldığı tarih mi olmalıdır? Baskın görüş bu durumlarda mirasın açıldığı tarihteki değerinin iadeye tabi tutulması yönündedir (27).

Elden çıkarılan iadeye tabi şeyin gerçek değerinin altında satılmış gibi gösterilmesi (danışık) veya kısmen bağış kısmen karşılık alınmak suretiyle elden çıkarılması halinde iadenin kapsamı: İadeye tabi şeyin başkasına karşılıksız devir edilmiş olması mirascıyı iade yükümlülüğünden kurtarmaz. Ne varki gerçek anlamda bağışlama ile kısmi bağış veya danışıklı satış adı altında yapılan bağışlamalarda iadenin hangi tarihteki değeri üzerinden yapılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bu konuda yargının bir kararına rastlanmamıştır.

BASKIN GÖRÜŞ AÇISINDAN ÇÖZÜM

Kazandırma kısmen bir karşılık alınarak, kısmende bağışlanarak yapılmış ise (muhtelif bağış) veya gerçek değerinin altında bir karşılık alınarak yapılmış ise, (alınan karşılık ile gerçek değer arasındaki fark bağışlanmış sayılır). İadeye tabi bağışın değeri, mirasın açıldığı andaki karşılığının uygun bir kısmı üzerinden takdir edilmelidir (28).

Bağışlanan şeyin iadesi söz konusu ise sorun yok demektir. İade, şeyin karşılığı olan para ile yapılması halinde sorunlar doğmaktadır. Zira iadenin parasal olarak yapılması halinde bağışın yapıldığı an ile, mirasın açıldığı an

---

(27) Eren: age., sh. 738; Kocayusufpaşaoğlu, age., sh. 48.

(28) Eren: age., sh. 738 (Eren'in oylama yaptığı görüşler BGE.00II sh. 163, Escher, schwender).

veya paylaştırmanın yapıldığı andaki değerleri çok değişik olacaktır. Özellikle Ülkemizde bir türlü aşağıya çekilemeyen fiat artışlarının, neden olduğu değer artışları, seçimlik hakka sahip olan iade yükümlüsü yararına olmak üzere büyük hak kayıplarına neden olmaktadır.

Örneğin, ölüm tarihinde (mirasın açıldığı tarih MK. 539) 1.000.000.000 TL. değeri olan iadeye tabi taşınmazın iade zamanı olan paylaştırma tarihinde 1.000.000.000 TL. değere yükselmiş ise, iade yükümlüsünün iadeyi parasal değer üzerinden yapmayı tercih edeceği tartışmasızdır. Bu durumda terekede olsaydı, 1.000.000.000 TL. olarak mirasçılara intikal edecek olan mal, iade hükümlerinin koyduğu kural gereği terekeye bir milyon olarak intikal edecektir. Mirasçılar paylaştırma sırasında paylarını 100 defa küçültülmüş olarak alacaktır. İade borçlusu ise payını 1000 defa çoğalmış olarak almış olacaktır. Bu çarpıklıktan kaynaklanan çözüme adil demek mümkün olmayacaktır.

Bilindiği gibi aynı çarpıklık indirim (tenkis) davaları dolayısıyla ortaya çıkmış adil çözüm arayışı sonucu 11.11.1994 gün, 4/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile, benimsenen ilkenin iadeye de uygulanarak çözüm getirilmesi tüm sakıncaları ortadan kaldıracaktır. O halde, Medeni Kanunun 607. maddesinin tanıdığı seçimlik hakkın kullanılacağı tarihteki gerçek değeri esas alınarak, iade edilmesi gereken şeyin aynen veya karşılığı olan paranın, terekeye dönmesi konusunda iade yükümlüsüne tercih hakkı kullandırılmalıdır. Bu şekilde iade konusu malın tercih edilmesi halinde iade tarihindeki gerçek karşılığının terekeye dönmesi sağlanmış ve edimler arasında adil bir denge kurulmuş olacaktır.

Aynen iadenin kuralları: Tercih hakkı aynen iade olarak kullanılmış ise, iade konusu şey paylaştırma sırasındaki durumuyla terekeye iade edilir. Mirasın açılması tarihi ile paylaştırma tarihi arasında geçen süre içinde şeyin değerinde oluşan olumlu ve olumsuz değerler iade yükümlüsünün eylemi dışında olmuş ise tüm mirasçılara miras payları oranında yansır.

İade konusu şeyin değeri iade yükümlüsünün eylemiyle eksilmiş veya çoğalmış ise: Medeni Kanunun 607/2. maddesinin yollamasıyla, 906 ve 908. maddelerinin koyduğu ilkelerden yararlanılarak çözüm getirilmelidir.

Zararın ödetilmesi: Burada Medeni Kanunun 908. maddesi benzetme yolu ile uygulanacaktır. Zira, iade borçlusu iadenin her an gerçekleşebileceğini düşünerek şeyi nesnel (objektif) kurallar çerçevesinde beklenen özenle

kullanması, koruması gerekir. Üstün görüşe göre, iade yükümlüsünün sorumluluğu Medeni Kanunun 724. maddesiyle öngörülen intifa hakkı sahibi gibidir. Mirasın açılmasından önce veya sonra kusurlu davranışıyla sebebiyet verdiği tüm zararlarından sorumlu olmalıdır.

Kusursuzluk iddiasının ortaya atılması halinde de bunun kanıtlanma yükümlülüğü iade borçlusuna ait olmalıdır.

Üründen kaynaklanan ziyadenin iadesi: İade borçlusunun üründen yararlanmadaki durumu Medeni Kanunun 906. maddesiyle belirlenen iyiniyetli zilyetin durumu gibidir. Olağan kurallar içinde sağlanan ürün değeri iade edilmez. Ne varki yararlanmada aşırılık varsa ve bu yararlanma şeyin özünde bir eksilmeye neden oluyorsa özde oluşturulan zarardan sorumluluk söz konusu olur.

İade borçlusunun emek ve masraf yaparak yarattığı değer artışı: Bu durumda da Medeni Kanunun 907/2. maddesinin benzetme yolu ile uygulanması iyiniyetli zilyetin haklarının iade borçlusunda tanınması gerekir.

İade edilecek şey karşılıksız olarak bir başkasına devir edilmiş ise: Karşılıksız devir nedeniyle aynen iade olanağı bulunmayacağından iadenin parasal olarak yapılması gerekecektir. Parasal iadede iade edilecek değerin hangi tarihteki değer olacağı da tartışmalıdır. Bu değer ölüm tarihindeki değer mi, paylaştırma tarihindeki değer mi olmalıdır?

Yukarıda belirtilen 11.11.1994 günlü, 4/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararından önceki baskın görüş: Şeyin elden çıkmamış sayılarak ölüm tarihindeki değerinin iade edilmesi yönündedir. Belirtilen inançları birleştirme kararındansonra bu görüşe katılmanın hakça bir düşünce olacağı düşünülemez. İade kavramı aslında mirascılar arasında adil bir paylaştırmayı sağlamaya yöneliktir. Medeni Kanunun paylaştırma ile ilgili olarakyapılan düzenlemelerinde "mirascılar tereke mallarında aynı hukuku haizdir (MK. md. 589), "taksim veya tahsisinde mirascıların uyuşmadıkları mallar satılıp bedeli taksim edilir" (MK. md. 591), şeklinde adil bir paylaştırmayı amaçlamıştır. Terekedeki malın değerinin paylaştırılmasında ise satış tarihindeki değeri esas almıştır. Belirtilen yasal düzenleme ve inançları birleştirme kararı doğrultusunda, parasal iadeninde paylaştırma tarihindeki değer veya en azından seçimlik hakkının kullanıldığı tarihteki değer üzerinde yapılması daha adil bir çözüm olur. Yasa şeyi alıkoyma veya karşılığını iade etmede borçluya

seçimlik hak tanıdığına göre, seçenekler arasında da eşitliğin kurulması gerekir. 1.000.000.000 TL. malı tercih eden borçlu tercih hakkını şeyin değerini ödemek olarak kullanmış ise alıkoyacağı şeyi ile, iade edeceği bedelinde denklik olmalıdır.

İadeye tabi şeyin yok olması halinde iade: Borçlunun kusuru dışında şey varlığını yitirmiş, yok olmuş ise (deprem, su baskını, yangın gibi nedenlerle) iadesi söz konusu olmaz. Ancak yok olan mal için bir sigorta bedeli veya tazminatı veya kamulaştırma bedeli almış ise aldığı kadarıyla iadeyle yükümlüdür (29).

İadeye tabi mal, mülkiyetin gayri aynî haklarla kısıtlanmış ise: Bağışlanan mal üzerinde intifa, irtifak mülkiyetten gayriayni haklar gibi bir kısıtlama getirilmiş ise alacaklı mirascılar bu kısıtlamanın yarattığı değer eksikliğinden sorumlu tutulamazlar. Borçlu şey üzerinde kısıtlama yokmuş gibi gerçek değeri üzerinden iade ile yükümlüdür (30). Ancak alacaklı paydaş mirascılar, şeyi yükümlülükleri ile aynen almak isterlerse ve borçluda aynen iadeyi tercih etmiş ise kanımca oluşan değer eksilmesinin karşılığının da ayrıca istenmesi olanaklı olmalıdır.

İADEDE FAİZ YORUMU

İadesi koşuluyla mirascıya yapılan bağış, iadenin yapılacağı zamana kadar gerçek anlamda mülkiyet hakkının tanıdığı tüm haklardan iade borçlusuda yararlanır. Zira yasa, borçluya şeyi mülkiyet hakkı sahibi gibi başkalarına devir etme yetkisi dahil olmak üzere tüm hak ve yetkileri tanımamıştır. Bu nedenledir ki paylaştırma isteğinin yapıldığı tarihe kadar borçlunun faizle sorumlu olması düşünülemez. Ne varki paylaştırma ile şeyin iadesi başka bir anlatımla borcun ifası istendiğinden bu tarihten itibaren faizle sorumluluk düşünülebilir.

Buradada 11.11.1994 gün, 4/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararından yararlanılarak sorunun çözümlenmesi gerekir.

İadenin aynen yapılması halinde faizin söz konusu olmayacağı kuşkusuzdur.

---

(29) Şener: age., sh. 134.

(30) Şener: age., sh. 134; Eser: age., sh. 141.

Borçlu aynen iade yerine karşılığını iade etmeyi tercih etmiş ise borcun yerine getirilmesinin istenebilirliği (muacceliyet) seçimlik hakkın kullanıldığı tarihte başlar. Borcun paraya dönüşmesine ve istenebilir hale gelmesini sağlayan seçimlik hakkın kullanıldığı tarih faiz içinde başlangıç tarihi olmalıdır. Tabi burada faize tabi alacak miktarı miras payını aşan iadeye tabi miktar içindir. Miras payı kadar olanı borçlu iade ile yükümlü olmadığından başka bir anlatımla bu konuda da borçluya bağışın tümünü veya miras payını aşan bölümünün iadesi konusunda seçimlik hak tanındığından, miras payı kadar olan miktar için faiz ödemesi istenemez.

Medeni Kanunun 607. maddesi borçluya ya şeyi aynen veya bedeli paranın iadesi konusunda seçimlik hakkı tanımıştır. İadenin kısmen aynen kısmen parasal olarak iadesi bu itibarla mümkün olmadığından faiz ancak miras payını aşan parasal iadede söz konusu olur. Borcun istenebilir olması ile direngenlik ve faizin başlangıç tarihi yargıda da çekişme konusudur. Faiz için istenebilirliğin oluşmasının yeterli olup olmadığı, ayrıca temerrüde gerek bulunup bulunmadığı hakkında inançları birleştirme gündemdedir (YGK. gündemi 1994/4 esas sayıl ile) faizin başlangıcı için istenebilirliğin gerçekleşmesinin yeterli olup olmayacağı gündemdeki inançları birleştirme kararıyla açıklığa kavuşacaktır (*).

MİRASTA İADE KANITLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1– Genel Kural (Medeni Kanun m. 6): Kanıtlamada genel kural: Herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Bu kuralın bir tek ayrıcası vardır. Yine yasanın bu genel kuralın aksini emir etmiş olmasıdır (bak., MK. m. 28, 146, 179/2, 181/1, 185, 193, 211/5, 223/2, 243, 301, 302, 411, 459/2, 724; BK. m. 55, 62, 96, 105, 158/3).

İADEDE GENEL KURAL

Misarcılar (yasal) miras paylarına sayışılmak üzere miras bırakanını sağlığında almış oldukları tüm kazandırmaları terekeye iade ile birbirlerine karşı sorumludurlar.

a) Alt soy dışında kalanlara yapılan kazandırmalarda kanıtlama yükümlülüğü: Yukarıda iadenin kapsamı bölümünde geniş olarak yer verildiğinden konunun özetlenmesiyle yetinilecektir.

(*) Yazı yayına verilmeden İnançları Birleştirme Kararı sonuçlandı (24.11.1995 gün, 2/2 sayılı). Bu karara göre, ihtara gerek olmaksızın kesinleşen kararın verilişinden itibaren tesbit edilen kira farkı alacağına faiz yürütülebilecektir.

Alt soy dışında kalan mirasçılara ve eşe yapılan kazandırmalar kural olarak iadeye tabi değildir. Bu itibarla kanıtlama yükümlülüğü iddia eden davacı tarafa aittir.

Davalı iadeye tabi olmadığına ilişkin karşı delillerini göstermekle yetinir.

İade için konulan yasal kuralların tamamlayıcı hukuk kuralları olduğunu biliyoruz. Bu nedenle muris yaptığı kazandırmanın iadeye tabi olacağını emir edebilir. Miras bırakanın bu iradesi davacı için aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan kesin delildir. O halde kesin delilin varlığını ortadan kaldırma ve iadeye tabi olmama konusunu kantılama yükümlülüğü davalıya ait olacaktır. Murisin iradesi her zamanı kesin delil şeklinde ortaya konulmaz onun bazı eylemlerinden de bu sonuç çıkarılabiliniyorsa ortaya konulan bu irade de davacı yararına bir karine oluşturur. Karinenin aksinin kanıtlanması yine davalıya aittir.

b) Alt soya yapılan kazandırmalarda kanıtlama yükümlülüğü: Alt soya yapılan kazandırmalarda değişik bir durum ortaya çıkmaktadır.

1– Miras bırakan çeyiz tesis masrafı, borçtan kurtarma ve bunlara benzer kazandırmalar dışında bir kazandırma yapmış ise kanıtlama yükümlülüğü için yukarıda (A) bölümünde belirtilenler bu kazandırmalar içinde geçerlidir.

2– Miras bırakan cihaz, tesis gideri ve borçtan ibra suretiyle ve bu kabilden sair suretlerde bir kazandırma yapmış ise, bu kazandırmalar Medeni Kanunun 603/2. maddesi gereği iadeye tabidir. Yasa burada diğer mirascılar yararına bir karineye yer vermiştir. Bu karinenin aksini kanıtlama yükümlülüğü kazandırmadan yararlanmakta olan davalıya aittir. Ancak miras bırakan yasanın iadeye tabi olacağını öngördüğü kazandırmalarıda iade dışı tutabilir. Miras bırakanın böyle bir irade açıklaması varsa o zaman davalı kanıtlama yükümlülüğünden kurtulur. Kanıtlama yükümlülüğü genel kuralda olduğu gibi davacıya geçer (31).

Burada üzerinde durulması gereken husus alt soya yapılan tüm kazandırmalarda Medenin Kanunun 603/2. madde ile öngörülen yasal karine söz konusu olacak mıdır?

---

(31) (2. HD.nin 31.1.1995 gün, 577-1092 sayılı K.) 2. HD. bu kararla, indirim davasında faizin seçimlik hakkın kullanıldığı tarihten başlayacağı 11.11.1994 gün, 4/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararına yaptığı yollama ile kabul etmektedir.

Yargıtayın bu konudaki kararlılık kazanan uygulamasını HGK. bir kararında olayı (32) "HGK.'daki görüşmeler sırasında bazı üyeler alt soy yararına yapılan her türlü yararda yasal karinenin uygulanacağı hak edilen menfaatlerin tahdidi olmadığını bu durumu (gibi) sözcüğününde gösterdiğini yasa koyucunun bu bakımdan mehaz İsviçre metninden ayrıldığını ileri sürmüşler ise de çoğunluk şu gerekçelerle bu görüşe katılmamıştır. Yasa koyucu 2. fıkrayı genel bir kural olarak benimsemek istese idi bu takdirde bahsedilen menfaatler açısından çeyiz, iş kurmak yardımları gibi sayıma girmezdi. Metinde (gibi) sözcüğü kullanılmak suretiyle ayni nitelikte menfaatlerde madde kapsamına almıştır. Medenin Kanunun 603/2. maddesi kaynak yasadan farklı isede farklılık hukuki esasda değil sadece niteliğe ilişkindir. Kaynak yasa daha geniş tutulmuştur". Bu şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. Yasanın oluşturduğu karine yalnız cihaz, teşis gideri, borçtan ibra ve bunlara benzeyen kazandırmalar içindir. Bunların dışında kalan ve alt soya yapılmış kazandırmalarda yasal karineden yararlanılamaz (32).

Şunu hemen tekrar edelimki, yasanın oluşturduğu bu karine biçimi ulusal geleneklerimizle bağdaşmamaktadır. Ulusal geleneklerimiz yasal düzenlemenin tam tersi şeklinde oluşmuştur. Babanın çocuğu için yaptığı cihaz, kurduğu iş için verdiği sermameyi ve bağışladığı alacağı miras payına sayılmak üzere verdiği görülmemiştir. Aksine bu kazandırmaları babalık, analık ve atalık görevi bilinci içinde yapılmakta, iadesi kesinlikle düşünülmemektedir. Aslında mirasda iade olarak yapılan düzenlemenin tümü geleneklerimizle bağdaşmamaktadır. Miras bırakan amaç ve maksadını her zaman açıkça söylemez. Bunu davranışlarıyla da açıklayabilir. Örnek: Mal varlığının tümünün bir çocuğa verilmesi, kazandırmanın miras payına sayışılmak üzere yapılmadığını gösterir (2. HD., 7.4.1977, 665-294 s.K.).

NİTELİK DEĞİŞTİRME

Mirasda iade davası konusu itibariyle para ile ölçülebilen dava türlerindendir. Parasal olarak değerlendiğinden tenkise oranla daha çoğu ifade eder. Zira iadede miras payının tümü tenkisde ise saklı payı söz konusudur. "Çoğun içinde az da vardır" genel kuralı gereği iade isteği tenkiside kapsar. O halde dava devam ederken iade isteğinin ıslaha gerek olmadan tenkise dö-

---

(32) HGK. 12.10.1989 gün, 1988/2-326 E, 1988/785 K.; HGK. 13.5.1987 gün, 985/2-796 E., 1987/361 K.; HGK. 12.12.1990 gün, 534/648 sayılı K. Furu teberrunun iade edilmemek üzere yapıldığını ispat için tanık dinletemez. 2. HD. 16.6.1987, 4869-4972 Sk. 2. HD. 8.3.1979, 70-1892 sK.

nüştürülmesi mümkündür (33). Bu kurala karşı çıkan görüşlere göre, ıslah olmadan iadenin tenkise dönüştürülmesini mümkün bulmamaktadırlar.

AVUKATLIK ÜCRETİ

Taraflara takdir edilecek vekalet ücreti davacının miras payına göre hesaplanır. Zira davalı miras payını aşan miktar kadar sorumludur. Davacıda miras payının tamamlanmasını sağlayacak miktar kadar haklıdır (Y. 2. HD.nin, 27.3.1984 gün, 1995/2935 ve 2.2.1976 gün, 494/767 sayılı K.).

KANUNLAR İHTİLAFI

Taşınmaz mallar için, malın bulunduğu Türkiye Cumhuriyeti yasaları, taşınır mal ve haklar için milli kanun uygulanır. 2675 sayılı Yasanın 22. maddesi gereği taşınırlarda, ölenin milli hukuku, taşınmazlarda taşınmazının bulunduğu yer hukuku uygulanır. Yabancıların taşınmaza ilişkin davalarında da T. Medeni Kanunu hükümleri uygulanır.

Medeni Kanunun 610. Maddesiyle Düzenlenen Aile İçin Yapılan Fedakarlığa Karşı Ödence

Reşit çocuğun ailesi ile oturması ve gelirini onlara vermesi, çalışması karşılığında para veya başka birşey almaması, terekeye yapılan bir katkı ve dolayısıyla terekede yararlanılan bir değer artışıdır. Reşit çocuk yarattığı bu değer artışını uygun bir ödence olarak isteme hakkına sahiptir. Ancak bu kişisel miras hakkının iade ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konuya paylaştırma bölümünde yer verilmesi, Medeni Kanunun 583. maddesine bir fıkra olarak eklenmesi gerekirdi. Ne varki, yasal düzenleme konuya iade hükümleri içinde yer vermiştir. Bu konuya bu itibarla kısaca değinilmiştir.

Emeğini Aileye Özgüleyen Ergin Çocukların Hakları (MK. 610)

Ailesiyle oturan ergin çocuk gelirini ailesine özgülemiş ise terekenin artmasına katkısı olmuş demektir. Bir başka anlatımla tereke onun özgülediği geliri oranında artmıştır. Ergin çocuğun gerçekleştirdiği bu katkının diğer mirasçılara geçmesi hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmaz. Hakkaniyet, bu durumda tereke ile karışan ve ayrılması mümkün olmayan bu katkının iadesini gerektirir. Tabi bu katkının bağış amacı taşımamış olması gerekir. Aksi halde

---

(33) 2. HD. 26.1.1976 gün, 411-524 sayılı K: 27.2.1979 gün, 1483-1617, 20.12.1979 gün, 9094-9341 s.K.

katkıda bulunan bir hak sağlamaz. İade için bağış değil tahsis (özgüleme) olmalı ve bu özgüleme ölüm koşulu ile iade edilmeye bağlı bulunmalıdır.

ERGİN ÇOCUĞUN İSTEME HAKKI

Davacı, çalışmasını ve bunun sonucu elde ettiği kazancını ailesine özgüleyen ergin çocuktur.

Bu hak mirascılara geçermi: Çocuk miras bırakandan sonra paylaştırmadan önce ölmüş ise bu hak mirasçılarına geçer. Bunun dışında miras yolu ile kendi çocuklarına geçmesi olanaklı görülmemektedir. Ancak ergin evladın miras bırakandan önce ölmesi halinde dahi onun evlatlarının miras bırakanın ölümünden sonraki paylaştırma sırasında kendi miras bırakanlarının bu hakkını miras yolu ile isteyebilmesi hakkaniyete uygundur (34).

DOĞAN HAKKIN DEVİR EDİLEBİLİRLİĞİ

Ergin çocuğun ailesine özgülediği kazancının hukuki niteliği açıklığa kavuşturulduğunda sorunun cevabıda kendiliğinden anlaşılır hale gelecektir.

a) Yukarıda bir kısım düşünürlerin Medeni Kanunun 610. maddesinden kaynaklanan alacak hakkının, miras hakkı ile ilişkili olmadığı, borçlar hukukunu ilgilendiren bir alacak hakkı olduğunu kabul ettiklerini belirtmiştir. İşte bu düşünürler miras hakkı ile bağlantılı olmayan alacağın Borçlar Kanununun hükümlerine uygnu olarak devir edilebileceğini de belirtmektedirler (35).

Alacak hakkının mirasta iadeye tabi ve paylaştırma sırasında ileri sürülebilen bir hak olduğunu savunan düşünürler ise; alacak hakkının ancak miras payı ile birlikte devir edilebileceğini savunmaktadırlar.

Görüldüğü gibi her iki görüşte de devir olanağı bulunmaktadır. Ne varki, alacağı borçlar hukukuna ilişkin bulunanlar bağımsız olarak devir edilebileceğini, miras hukuku ile ilintili kabul edenler ise ancak miras payı ile birlikte devir edilebileceğini bağımsız devir olanaksızlığı üzerinde durmaktadırlar.

—oOo—

(34) İmre: age., sh. 866.

(35) Vuilleumier P. Piotet (geniş bilgi için bak., İmre; Miras Hukuku, 1960, Sh. 860, dipnot 144).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN Y–TÜRKİYE OLAYINA İLİŞKİN 7 AĞUSTOS 1996 TARİHLİ KARARI (*)

Doç. Dr. Şeref ÜNAL (**)

• ***ANLATIM DÜZENİ :*** *1- Konu. II- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı. A- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı. B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı. III- S o n u ç.*

I- KONU

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim organları olan, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. Bakanlar Kurulunun konuya ilişkin kararları Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirilmiş ve Resmî Gazete'de yayınlanarak kamuoyunun bilgisine sunulmuştur (1). Komisyonun yetkisi 28 Ocak 1987, Mahkemenin ki ise 22 Ocak 1990 tarihinden geçerli olarak kabul edilmiştir.

Akit devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 25. maddesi çerçevesinde Komisyonun yetkisini kabul ederken yapmış oldukları bildirimlerde (declaration) bazı beyanlarda bulundukları gözlenmektedir. Aynı uygulama, Sözleşmenin 46. maddesine göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul ederken de yapılmaktadır. Esasen, Sözleşmenin söz konusu hükümleri, kısıtlı da olsa bir takım beyanların yapılmasına imkan vermektedir.

Türkiye'de bu bağlamda yaptığı beyanlarda, Komisyon ve Mahkemenin yetkilerini, teamüle uygun olarak üçer yıllık sürelerle (2) ve anılan tarihlerden sonra vukubulacak olaylar bakımından tanımıştır.

(*) European Court of Human Rights, Press Releases Strasbourg, 10 July – 2 September 1996.

(**) **Hâkim–Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanı.**

(1) R.G. 21 Nisan 1987 – 19438; R.G. 27 Eylül 1989 – 20295.

(2) Bu süreler daha sonra yapılan beyanlarda, üçer yıl olarak periyodik şekilde uzatılmaktadır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Ağustos 1996 tarihli kararında, Türkiye'nin söz konusu beyanlarının geçerli olup olmadığını incelemiştir.

Şikayet konusu olayda, İzmir'deki bir doğumevinde hemşire olan başvurucu, Sözleşmenin 3. maddesinin işkenceyi açıkça yasaklamış olmasına rağmen, kendisine; poliste gözaltında iken sürekli işkence yapılarak, Sözleşmenin söz konusu hükmünün ihlal edildiğinden yakınmıştır.

Olaylar, 4 Aralık 1989'da doğan bir çocuğun, doğumdan hemen sonra kaybolmasıyla başlamış ve İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı aynı tarihte şikayetçinin de aralarında bulunduğu bazı hastane görevlileri hakkında soruşturma açmıştır.

Şikayetçi, 14 Aralık 1989'da polis merkezinde saatlerce sorguya çekilmiş ve çocuğu kaçırmakla itham edilmiştir. Kendisi, soruşturma sırasında iki kez polis tarafından hastaneye götürülerek tedavi ettirilmiştir. Şikayetçi, sorgunun tamamlanmasını müteakip 16 Aralık 1996'da serbest bırakılmış ve aynı tarihte geçirdiği psikolojik şok dolayısıyla hastaneye alınmıştır. Yapılan tıbbi muayenede, şikayetçinin psikolojik bir travma geçirdiği sonucuna varılmış ve 5 gün süreyle çalışamayacağına ilişkin rapor verilmiştir.

Şikayetçinin babasının talebi üzerine, üç kişilik uzman doktordan oluşan bir heyet, adı geçeni yeniden muayene etmiştir. Heyet, şikayetçinin psikolojik bir sarsıntı geçirdiğini ve ayak tabanlarındaki izlerden kendisine polis merkezinde işkence yapıldığını tesbit etmiştir.

Şikayetçi; 17 Aralık 1989'da İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurarak, kendisine polis merkezinde işkence ve fena muamele yapıldığından yakınmıştır. Savcılık, itham edilen polisler ve tanıkları dinledikten sonra, 12 Nisan 1990'da İzmir Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme, 12 Haziran 1990'da kendisinin yetkisizliğine karar vermiş ve dosyayı İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'ne intikal ettirmiştir. Mahkeme; 16 Kasım 1990 tarihli kararında, suç faillerinin kimliğinin belirlenememesi gerekçesiyle sanıklar hakkında beraet kararı vermiştir. Şikayetçi, karar aleyhine Yargıtay'a da başvurmuşsa da, Yargıtay, 19 Haziran 1990 tarihli kararında, ilk mahkeme kararını onaylamıştır.

A. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı

Şikayetçi, bunun üzerine 8 Ekim 1991 tarihinde Avrupa İnsan Hakları

Komisyonu'na başvurarak, kendisine polis merkezinde işkence yapıldığı ve bu şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinden yakınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, taraflar arasındaki dostane çözüm (friendly settlement) girişimlerinin sonuçsuz kalması üzerine, 16 Mayıs 1995 tarihinde raporunu hazırlamış ve mevcut bulgular karşısında oybirliğiyle Türk Hükümeti'nin, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğini tesbit etmiştir.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararı

Olay, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne intikal ettirilmiştir.

Türk Hükümeti, iç hukuk yollarının tüketilmeden Komisyon'a başvurulduğu ve olayın, Türk Hükümeti'nin, mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği tarihten önce vuku bulduğu cihetle mahkemenin davaya bakmakta yetkisiz olduğu itirazlarında bulunmuştur.

Mahkeme; Türk Hükümeti'nin, Sözleşme'nin 46. maddesi çerçevesinde yapmış olduğu beyanı incelemiştir. Bu beyan, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne 22 Ocak 1990 tarihinde yapılmıştır.

Beyanda; Türk Hükümeti'nin Mahkeme'nin yetkisini 3 yıl süreyle ve beyan tarihinden sonra vuku bulacak olaylar hakkında tanıdığını tesbit eden Mahkeme, olayın bu tarihten önce 15–16 Aralık 1989 tarihlerinde, yani bir ay önce, vuku bulduğuna işaretle, kendisinin yetkisiz olduğunu kararlaştırmıştır.

Mahkeme, kendisinin yetkisiz olduğunu belirlediği cihetle işin esasını incelemeye gerek görmemiştir.

III. S O N U Ç

Olay, yukarıda da işaret edildiği gibi 15–16 Aralık 1989 tarihleri arasında cereyan etmiştir.

Türkiye; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun yetkisini, 28 Ocak 1987 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yaptığı bir bildirimle kabul etmiştir. Anılan tarih, olayın vuku bulduğu tarihten iki yıl kadar öncedir. Nitekim, Komisyon da bunu tesbitle olayı incelemiş ve mevcut veriler karşısında şi-

kayetçiye işkence yapıldığını tesbitle, Türk Hükümeti'nin, Sözleşmeyi ihlal ettiğine ilişkin 16 Mayıs 1995 tarihli raporunu hazırlamıştır.

Olayın intikal ettirildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, anılan tarihleri gözönüne alarak, olayın, Mahkeme'nin yetkisini kabulden önce gerçekleştiğini belirlemiş ve yetkisizlik kararı vermiştir.

Görülüyor ki, her iki Organ da olayı titizlikle ve dikkatle incelemiş ve belirtilen sonuçlara ulaşmıştır. Mahkeme'nin kendisini yetkisiz görmesi, Komisyon'un tesbitini, yani şikayetçiye işkence yapıldığı olgusunu ortadan kaldırmamaktadır. Ne var ki, Komisyon kararı sonradan Mahkeme'ce onaylanmadığı için herhangi bir yaptırımdan yoksun kalmıştır.

—oOo—

VESAİK MUKABİLİ AKREDİTİF

Çeviren
Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI (*)

Birinci Hukuk Dairesinin, (Y) Bankasına karşı tasfiye halindeki (T) Anonim Şirketi ve (C) Anonim Şirketi dâvasında, 6 Şubat 1996 tarihli kararının özeti (Karar düzeltme yolu).

– Vesaik mukabili akreditif.
– Ödemesi belli süreye bırakılan akreditifin nitelikleri (gerekçe 6a).

Bir mal üzerinde deniz konişmentosu ile tanınan hak. Vesaik mukabili bir akreditifte özellikle, noksan konişmentolar veya boşaltma garantisi mektubu için kullanılan tazminat mektubu (Letter of indemnity) veya garanti mektubu belgesi (gerekçe 6b).

Yemen Arap Cumhuriyeti'nde mukim şirket olan (D)'nin talimatı üzerine, (Yemen Arap Cumhuriyeti) Saana'daki (Y) Bankası, (T) Anonim Şirketi lehine Panama veya Antigua'da (G) Anonim Şirketi tarafından yönetilen –ki bu şirket halen Cenevre'de tasfiye halindedir– gayrıkabili rücu bir vesaik mukabili akreditif açmıştır. (U) Bankası CENEVRE'de 19 Aralık 1984 tarihinde bu akreditifi (T) Anonim Şirketi'ne teyit ve tebliğ etmiştir.

Akreditif, (T) Anonim Şirketi tarafından (D)'ye üç teslimi içermek üzere keşide edilmiştir. Bu akreditif *"C & F free out Hodeidah"* olarak açılmıştı. Ödeme, özellikle (Y) Bankası emrine düzenlenmiş olan deniz konişmentolarından tam takım olarak her seferinde verilmesi şartına dayanıyordu. Ödeme zamanı konişmentoların taşıdığı tarihten itibaren 180 gün olarak tespit edilmiştir. Akreditif, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanan (aşağıda:

(*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

KAYNAK : Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel 122e Volume Partie III. 2. livraison, sh. 73-80. Lausanne 17.06.1996.

RUUCD 1983 olarak anılan) 1983 yılında gözden geçirilmiş vesaik mukabili akreditifin yeknesak kurallarına ve âdetlerine tâbi idi. Nihayet (D), buğdayın zilyetliğini alması ve vesaik mukabili krediyi karşılayacak miktarda paranın bu banka nezdindeki hesapta yeterli miktarda mevcut olmaması halinde buğdayı satması için (Y) Bankası'nı özel olarak yetkilendirmişti.

İlk buğday yükü, Hodeidah'da (Yemen Arap Cumhuriyeti) deniz konişmentosu ibraz etmeksizin *"letter of indemnity"* (tazminat mektubu) esasına dayanarak boşaltılmıştı. Bundan hiçbir sorun da çıkmamıştı.

İkinci teslim *"Five Islands"* Gemisi ile 18 Mart 1985'de Avustralya'dan yola çıktı. Üçüncü teslim *"Future Express"* Gemisi'ne yüklendi ve 21 Mart 1985 tarihinde Avustralya'dan yola çıktı. *"Five Islands"* Gemisi, 15 Nisan 1985 tarihinde varacağı limana ulaştı. 23 Nisan 1985 tarihinde buğdayın boşaltılması son buldu. Bu işlem (Y) Bankası'nın haberi olmadan yapıldı; bu yük, gemi maliklerinin lehine ve (T) Anonim Şirketi'nin adına ve hesabına (G) Anonim Şirketi tarafından geçen 4 Nisan tarihinde verilen *"letter of indemnity"* esası üzerinden deniz konişmentoları verilmeden boşaltıldı. Bu *"letter of indemnity"*nin varlığından (Y) Bankası'nın ve (U) Bankası'nın haberi olmadı. *"Future Express"*, 18 Nisan 1985 tarihinde varış limanına geldi. 29 Nisan'da boşaltma müsaadesi verildi. Bu işlem 10 Mayıs 1985 tarihine kadar sürdü. Yük, (G)'nin talimatı üzerine 4 Nisan 1985 tarihinde verilen *"letter of indemnity"* esasına istinaden deniz konişmentoları verilmeksizin boşaltıldı. Gemi maliklerinin lehine, üçüncü kişi şirket olarak (T) Anonim Şirketi adına hareket ederek (G) Anonim Şirketi emrine 4 Nisan 1985 tarihinde keşide edilen *"letter of indemnity"* esasına göre, deniz konişmentoları takdim edilmeksizin işlem yürütüldü. Burada da, bu *"letter of indemnity"* nin verilişinden (Y) Bankası ile (U) Bankası'nın bilgisi olmadı.

Akreditif için istenen belgeler (U) Bankası nezdinde 17 Mart 1986 tarihinde *"müzakere edildi"*. Ertesi gün, kararlaştırılan bedeli (U) Bankası (G) Anonim Şirketi'ne ödedi. Komisyon ücreti artmış olarak *"Future Express"* ve *"Five Islands"* yüklerinin değerini temsil eden 9.674.457 US $, (Y) Bankası borçlu hesabına geçirdi. Aynı yılın 27 Mart tarihinde (Y) Bankası, belgelerin gelişinden (D)'yi bilgilendirdi. Daha önce 2.375.973 US$'lık bir karşılık temin edilmiş olduğundan (Y) bankası (D)'nin bakiyeyi ödemesini istedi. (D) ödemeyi yapmadı. (Y) Bankası, (G) Anonim Şirketi'ne müracaat etti, o da bu soruna girmeyi reddetti.

(Y) Bankası, *"letter of indemnity"* nin düzenlenmesinde (G) Anonim Şirketi ile (T) Anonim Şirketi'nin oynadığı rolden ancak Temmuz 1986'da haberdar oldu.

(Y) Bankası, (T) Anonim Şirketi ile (G) Anonim Şirketi'ne karşı 26 Ekim 1987 tarihli dava dilekçesi ile dâva açtı. Davalıların müteselsilen 9.674.457 US$'lık meblağı ödemeye mahkûm edilmelerini istedi. Dâvalılar, dâvanın reddini istediler. Cenevre 1. Hukuk Mahkemesi 13 Ekim 1993 tarihinde verdiği bir kararla dâvalıları müştereken ve müteselsilen dâvacıya 4.865.655,5 US$ esas alacak ile faizlerini ödemeye mahkûm etti.

Cenevre Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesi, 27 Ocak 1995 tarihli kararı ile temyiz edilen kararı geçersiz saydı ve dâvalıları müştereken ve müteselsilen 5.863.114,93 US$ meblağı ile faizlerini dâvacıya ödemesi için mahkûm etti.

Federal Mahkeme, davalıların karar düzeltme istemini reddetti ve temyiz edilen hükmü onayladı.

GEREKÇELERİN ÖZETİ

6.– Kanton Mahkemesi *"Five Islands"* ve *Future Express"* 4 Nisan 1985 tarihinde teslim edilen iki adet *"letters of indemnity"* sayesinde deniz konişmentoları takdim edilmeksizin ihtilâflı gemi yüklerinin boşaltıldığını tespit etmiştir. Bu dâvada, *"letters of indemnity"* lerin keşide edilişi, alışılmış ticari mutad uygulamaya yabancı idi. Nihayet, bu usûl (D) nezdinde memnuniyet verici bir sonuç elde etme imkânından ve mallar üzerinde normal olarak deniz konişmentolarının tanıdığı aynî haklardan dâvacıyı kabulü mümkün olmayacak tarzda mahrum etmiştir. Dâvalılar bu görüş noktasına karşı çıkmışlardır.

a) aa) Vesaik mukabili akreditif, belli miktarda bir meblağın lehdar tarafından elde edilmesine de yarar. Bu sonuca ulaşmak için muhtelif vasıtalar kullanılabilir (Bkz. LOMBARDINI, Droit et pratique du Crédit documentaire, Etudes Suisses de droit bancaire, Vol. 25, p. 20). Vesaik mukabili akreditifin gerçekleştirilmesi usûllerinden biri ödemeyi gecikmeli yapmaktır (DOHM, Crédit documentaire I, in FJS 314 (ci–après: Crédit I), p. 8; LOMBARDINI, op ct., p. 21, s.). Gecikmeli ödemeli vesaik mukabili akreditif, kredinin kullanılması zamanının söz konusu olduğu durumlarda farklı bir nitelik taşır;

başka bir deyişle, belgelerin takdimi zamanı ile ödeme zamanını birbirinden ayırır (TEVINI DU PASQUIER,le Crédit documentaire en droit suisse, p. 61). Bu gerçekleştirme usulünün rolü, her çekim için emir verene kredi temin etme ve ifa etme mecburiyetinden kurtulma görevini yerine getirmektir (Bkz. ATF 100 II 145 consid. 4 b s). Böylece, belgelerin toplanması zamanında lehdara ödeme yapılmaz fakat akreditifte yazılı daha ileriki bir tarihte ödeme yapılır; emir veren bedeli ödemeden önce, malın zilyetliğini elde edebilir (DOHM, Crédit I, p. 8; cf. aussi LOMBARDINI, op. cit., p. 117). Bu ödeme usulü sayesinde emir veren vadesi gelmeden malı yeniden satabilir ve ödemenin öngörüldüğü günde vesaik mukabili akreditif meblağını ödeme imkânına kavuşur (CAPRIOLI, le Crédit documentaire: évolution et perspectives, p. 217 no. 299).

bb) Vesaik mukabili söz konusu akreditifin *"belli süre sonra ödemeli akreditif"* olduğuna karşı çıkılmamış ve ödeme zamanı deniz konişmentolarının tarihinde 180 gün sonra olarak tespit edilmiştir. Bu durumda ödeme günü *"Five Islands"* yüküne ilişkin konişmentolar için 18 Mart 1985 ve *"Future Express"* yüküne ilişkin konişmentolar için 21 Mart 1985 tarihi olur. Dosyada mevcut karardan anlaşıldığına göre belgeler (U) Bankası nezdinde *"müzakere"* edildikleri zaman (muhtemelen takdim edilmişlerdir) 17 Mart 1986 ibraz için en son tarih olup ertesi günü banka lehdara ödemeyi yapmıştır. Davalıların iddiasına göre ödeme vadesi 360 güne çıkarılmıştır. Hal böyle idi ise, ortada kararsız bir durum söz konusu olur. Kanton Mahkemesi, (art. 63 al. 2 OJ) hükmüne göre Federal Mahkeme'yi bağlar tarzda tespit yapmıştır. Buna göre akreditif anlaşmasında emir veren (D), keşideci bankayı (davacıyı) buğdayın zilyetliğini alması ve bankada mevcut paranın, vesaik mukabili akreditifi yeterli biçimde karşılamadığının tespiti halinde buğdayı satması için yetkilendirmiştir. Başka bir deyişle, (D) malın serbest kalması için davacıya bu karşılığı temin etmek zorunda idi. Davalılar bu hususu temyiz müracaatında açıkça ifade etmişlerdir.

Davacı belgeleri aldığı zaman, 27 Mart 1986'da (D) tarafından temin edilen bankadaki karşılık yukarıda zikredilen hesapta 2.375.973 US $ olarak mevcuttu. Bu meblağ, akreditif meblağının tamamı için yetersizdi. İhtilâfı yüklerin bedeli (U) Bankası tarafından daha önce akreditif lehdarına ödenen ve aynı tarihli davacının borçlu hesabına geçirilen bedel 9 milyon US $'dan daha fazla idi. Öte yandan, (D) tarafından temin edilen avansın temyiz edilen kararda daha fazla olduğu anlaşılmakta ve özellikle, varış mahalline malın

gelmesi zamanında akreditif bedelinin tamamının karşılanması gerekmekte idi. Bu tarih *"Five Islands"* için 15 Nisan 1985, *"Future Express"* için 29 Nisan 1985 tarihi idi. Yüklerin boşaltılmasının sona erdiği bu tarih ise, *"Five Islands"* için 23 Nisan 1985, *"Future Express"* için 10 Mayıs 1985 tarihi idi.

Sonuçta, sorumluluktan kurtulmak için vesaik mukabili akreditifin gecikmeli ödenmesi niteliğini kanıtlama teşebbüsü yersizdir. Bu delil reddedilmelidir.

cc) Yukarıdaki yazılanlardan anlaşıldığına göre, dava konusu vesaik mukabili akreditif *"belge karşılığı ödeme"* ilkesi ile yönetilir (Bkz. ATF 100 II 145 consid. 4a ve zikredilen Yüksek Mahkeme kararları) veya başka bir deyişle, belgelerin görüldüğünde ödenebilir olduğu durumda söz konusudur (Bkz. TEVINI DU PASQUIER, op. cit., p. 56). Böylece, tevdi edilen bankadan belgeleri alan keşideci banka, söz konusu belgeleri kontrol ettikten sonra aksi kararlaştırılmış olmadıkça akreditif meblağını ödeyen müvekkilinin lehinde bunları mahkemeye tevdi edemez (ATF III, II 76 consid. 3b/cc et les références; Bkz. aussi art. 2 RUUCD 1983, TEVINI DU PASQUIER, op.cit., p. 142 ss, 185 ss, 192 ss, 204 ss ve DOHM, Crédit documentaire II, in FJS 315, p. 11).

b) Bu durumda geriye, *'letters of indemnity"* yolu ile davacının *"Five Islands"* ve *"Future Express"* yükleri üzerinde bazı aynî haklardan mahrum bırakılıp bırakılmadığının incelenmesi kalmaktadır.

aa) Vesaik mukabili akreditif *"Five Islands"* ve *"Future Express"* yüküne ilişkin deniz konişmentolarının verilmesine bağlı idi. Bu konişmentolar davacının emrine düzenlenmişlerdi.

Davada, bu konişmentolar İsviçre bandralı deniz nakliyesine dair 23 Eylül 1953 tarihli Federal Kanun'un 112 ve devamı maddelerine tabidirler (LNM; RS 747.30; cf. supra consid. 3b non publié). LNM'nin 116/1 maddesine göre, konişmentoların orijinal nüshaları, MK. m. 925 hükmü anlamında malı temsil eden belgelerdir; bunlar malın teslim edilmesi hakkını verirler. Aynı zamanda BK. m. 965 hükmü anlamında bunlar kıymetli evraktırlar (ATF 114 II 45 consid. 4a). Medeni Kanun'un m. 925/1 hükmüne göre bir nakliyeciye veya depoya tevdi edilen malların temsilen verilen kıymetli evrakın temliki, aynı malların devredildiği anlamı ile eşdeğerdir.

Dava konusu konişmentoların kıymetli evrak niteliği ihtilâflı değildir. Bunların Borçlar Kanunu m. 1153 hükmüne göre değil, fakat LNM maddesine göre dikkate alınması gerekir (JAGGI, Théorie générale des papies – valeurs, Traité de droit privé suisse, vol. VIII t. II/2, p. 96; cf, aussi ATF 109 II 144, ki orada *"delivery order"* (teslim emri) BK.nun 1153. maddesi görüş açısından incelenmiştir).

Bu davada olduğu gibi, malları temsil eden senet, keşideci banka emrine yazıldığı zaman, zilyetlik ona nakledilir edilmez mülkiyeti iktisap eder (ATF 113 II 26 consid, 2b ve références; bk. aussi ATF 114 II 45 consid. 4c et références). Malik mülkiyet haklarının tamamından yararlanır (ATF 113 II 26 consid 3). Buna karşın, bankalar genel kural olarak, bizzat malın mülkiyetini iktisap etmezler (ATF 113 II 26 consid. 3a et les références). Sadece satınalan malın mülkiyetini iktisap eder (cf. SCHÖNLE / THÉVENOZ, akreditif işlemlerinde konişmento için teminat mektubu (Letter of Indemnity) in RDS 105/1986, vol. I, p. 53). Malı temsil eden senetlerdeki ve bizzat mallar üzerindeki mülkiyet hakkı, mülkiyeti temsil eden senedin, bankanın mülkiyetinde bulunduğu sürece bölünebilir (ATF 11 g3 III 26 consid. 3a et la référence). LOMBARDINI bu bölünmeyi tenkid eder (op. cit., p. 108). Bununla birlikte onun haklılığını incelemeye gerek yoktur, zira her halükârda, mal üzerinde tesis edilen aynî teminattan bankanın yararlandığı kabul edilmektedir (Cf. ATF 113 III 26 consid. 3c, 111 II 763b/cc et les références; LOMBARDINI, op. cit., p. 109).

Eğer bir banka deniz konişmentosunda mevcut olan hakların sahibi olursa, malın kendisine teslim edilmesini nakliyeciden isteme hakkını haizdir (LOMBARDINI, op. cit., p. 106; cf. m. 116/fıkra 1. ikinci cümle LNM). Malı temsil eden senet olmadan, emir veren, mal üzerinde tasarrufta bulunamaz (ATF 113 III 26 consid. 3b). Mal üzerinde hiçbir hâkimiyeti yoktur (LOMBARDINI, op. cit., p. 108). Konişmento üzerinde hak sahibi olan kimse, senedi nakletmeksizin yükün teslimini alacaklıya intikal ettiremez (SCHÖNLE (THÉVENOZ, op. cit., p. 62). Alacaklı, tasarruf ederken malı temsil eden senedin devredilmesiyle, bu senette müşahade edilen malın geri verilmesi hakkını devredebilir veya onun üzerinde rehin hakkı tesis edebilir (JAGGI, op. cit., p. 97). Konişmentonun bankaya verilmesi, onun lehine kanunî hapis hakkını doğurur (Art. 895 cc; SCHÖNLE/ THÉVENOZ, op. cit., p. 53, 65 et 75; Bkz. aussi ATF 40 II 203 consid. 3 p. 208 s. qui traite d l'article 895 cc).

Vesaik mukabili akreditifin *"C & F free out Hodeidah"* olarak açılmış olması şartının önemi yoktur. Gerçekten, INCOTERMS kuralları, alıcı veya

satıcı olsun tacirin kabul edilen şatışın dikkate alınması suretiyle yapması gerekenleri somut olarak gösteren bir çeşit envanterdir. Malın teslim vecibesi ve belgeler orada önemli bir yer tutarsa da, hukuki niteliğin dikkate alınmasında bir engel teşkil etmezler (ROLAND, *le transfer de la propriété dans les ventes maritimes, in internationales Recht auf see und Binnengewässern, Festschrift für WALTER MÜLLER*, p. 251).

bb) *"Letters of indemnity"* deyimi Fransızca'da *"letters d'indemnité"* veya *"garanti mektubu"* olarak nitelenen tazminat mektubu milletlerarası ticarette çok iyi bilinmektedir (DOHM, Les *"Traders' Letters of Indemnity"*, özellikle petrol ticaretinde, in RSDA 1992, [aşağıda: Les *"Trades' Letters"*] p. 245). Tazminat mektupları bir akreditifte muhtelif durumlarda kullanılırlar (LOMBARDINI, op. cit. p. 160). Düzenlemenin ve mala ilişkin belgelerin ulaştırılmasındaki gecikmeler sebebiyle, özellikle petrol ve tahıl satışlarında satıcılar alıcının lehine de garanti mektubu vermektedirler (SCHÖNLE/THÉVENOZ, op. cit., p. 47). Bu durumda, tazminat mektubu eksik olan konişmentolar veya boşaltmayı temin eden mektup için garanti mektubu diye adlandırılır (DOHM, Les *"Traders' Letters"* p. 245, 246, 247 ve 249). Bu mektup bazan ithalâtçının emri ile bir banka tarafından, bazen bizzat ithalâtçı tarafından armatör lehine keşide edilir. Bu teminat, örneğin konişmentonun kaybolması veya posta ile gelişinin gecikmesi nedeniyle tam takım halinde ibraz edilmesinin mümkün olmadığı hallerde yükün boşaltılmasını temin etmeye yarar (DOHM, Les garanties bancaires dans le commerce international [ci–après: Les garanties bancaires], p. 39; LOMBARDINI, op. cit., p. 160; SCHÖNLE/THÉVENOZ, op. cit., p. 47). Böyle bir garanti olmaksızın, gemi varış limanında bloke edilmiş olarak kalırdı veya malın depoya konması ve bütün konişmentolar getirilinceye kadar bu depo belgesini saklama zorunluluğunu gerektirirdi; böyle bir durum özellikle sürastarya ödemelerinde çeşitli mahzurların kaynağını teşkil eder (DOHM, Les garanties bancaires, p. 39; aynı yazar, Les Traders' Letters", p. 246).

Davada, *"Five Islands"* Gemisi ile taşınan buğdayın boşaltıması, davalılardan (G) Anonim Şirketi tarafından 4 Nisan 1985 tarihinde gemi malikleri lehine, diğer davalı (T) Anonim Şirketi nam ve hesabına verilen tazminat mektubu üzerine konişmentolar takdim edilmeksizin yapılmıştır.

"Future Express" ile nakledilen buğdayın boşaltılması da aynı şekilde olmuştur. Yalnız burada tazminat mektubu bir üçüncü şirket tarafından verilmiştir. Bu tazminat mektupları noksan olan konişmentolar için verilen ga-

ranti mektubu tarifine uymaktadır. Kanton Mahkemesi de bu nitelemeyi örtülü olarak kabul etmiştir. Davalılar temyiz edilen Yüksek Mahkeme kararına bu noktada karşı çıkmamışlardır; zaten söz konusu tazminat mektupları bu tür teminat mektuplarına aittirler.

Temyiz edilen karardan anlaşıldığına göre, bir bakıma tazminat mektupları YEMEN'e belgelerin geç gelmesine bağlı olan sakıncaları gidermek için verilmemiş; fakat sadece (D)'nin mal bedelini derhal ödemeyi reddetmesine meydan vermemek için verilmiştir. Öte yandan, gerek (U) Bankası, gerekse davacı, bunların keşide edilişinden haberdar edilmemiştir. Bu müşahadeler olaylardan bu şekilde anlaşılmakta olup, bunlar Federal Mahkeme'nin incelemesi dışında kalmaktadır (art. 63 al 2 OJ). Davalıların bu hususa karşı çıkması ölçüsünde, temyiz müracaatı kabule şayan değildir (art. 55 al 1 let c OJ). Yeri gelmişken hatırlatmak gerekir ki, vesaik mukabili akreditif, gayrikabili rücudur. Buradan hareketle, temyiz eden bankadan, keşideci bankadan ve icabında lehdardan mutabakat alınmadan akreditif koşulları değiştirilemezdi (art. 10 d. RUUCD 1983; DOHM, Crédit I, p. 10). Bu koşullarda, Kanton Mahkemesi tarafından varılan hükme göre tazminat mektuplarının keşide edilmesinin hiç bir yasal gerekçeye dayanmadığı şeklindeki görüş kabul edilemez. Öte yandan, ilk buğday yüküne ilişkin bir garanti mektubu kullanıldığını davacının bilmiş olduğu hususunu davalıların kanıt olarak ileri sürmesi yersizdir. Esasen, davacının parası (D) tarafından ödenmiş olup; bu hususta hiçbir güçlük çıkmamıştır.

cc) Sonuç olarak, tazminat mektuplarının keşidesi, ihtilâflı iki buğday yüküne ilişkin konişmentoların bu yükler üzerinde temin etmek zorunda olduğu aynî teminattan (des sûretés réelles) ve (D) nezdinde itibar elde etmesi imkânından davacıyı mahrum bırakmıştır. Kanton Mahkemesi de böyle bir sonuca ulaşmış olmakla Federal Hukuku ihlâl etmemiştir.

—oOo—

Karşılaştırma için:

İsviçre Medeni Kanunu	Türk Medeni Kanunu
m. 925	m. 893
İsviçre Borçlar Kanunu	**Türk Ticaret Kanunu**
m. 965	m. 557
m. 1153	m. 744

1996 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ali Rıza GENİŞ (*)

Konulara Göre (**)

I - GENEL KONULAR

SAYSEL, Altan : **Adli Yargının İşleyişinde Adli Tıp Kurumu'nun Rolü.** XXII (1-2), 1996, 5-17.

SELÇUK, Doç. Dr. Sami : **Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi.** XXII (3), 1996, 213-219.

UTKU, Müfit : 1996–1997 **Adalet Yılını Açış Konuşması.** XXII (4), 1996, 405-416.

ÖZGEN, Eralp : 1996–1997 **Adalet Yılının Açılışında Yaptığı Konuşma.** XXII (4), 1996, 417-426.

AYKONU, Mustafa Sadrettin: **Yargıda Reform.** XXII (4), 1996, 427-429.

1– FEDERAL MAHKEME İÇTİHATLARI

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : **Havaleden Rücu Etme.** XXII (1-2), 1996, 194-202.

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : **İşçi ve Müteahhitlerin Kanuni İpotek Hakkı.** XXII (3), 1996, 390-393.

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : **Vesaik Mukabili Akreditif.** XXII (4), 1996,576-583.

2– AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın Loizidou–Türkiye Olayına İlişkin 23 Mart 1995 Tarihli Kararı.** XXII (1-2), 1996, 190-193.

(*) **Yargıtay Yayın Müdürü.**

(**) Sıralamada, dergi sayısı esas alınmıştır.

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Divam'nın Mitap–Müftüoğlu–Türkiye Olayına İlişkin 25 Mart 1996 Tarihli Kararı.** XXII (3), 1996, 386-389.

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Y–Türkiye Olayına İlişkin 7 Ağustos 1996 Tarihli Kararı.** XXII (4), 1996, 572-575.

3– BİBLİYOGRAFYA

GENİŞ, Ali Rıza : **1995 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası.** XXII (1-2), 1996, 203-207.

GENİŞ, Ali Rıza : **1996 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası.** XXII (4), 1996, 584-588.

4– YARGITAY'DAN HABERLER

GENİŞ, Ali Rıza : **Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar.** XXII (3), 1996, 394-400.

II– ANAYASA HUKUKU

BÜYÜKEREN, Sadi : **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması.** XXII (3), 1996, 220-245.

ŞAHBAZ, Dr. İbrahim : **Anayasanın Doğrudan Doğruya Uygulanması.** XXII (4), 1996, 430-451.

III– CEZA HUKUKU

ERBAŞ, Coşkun : **Tarihi Gelişimi İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik – Sursis Avec Mise À L'Épreuve) ve Fransa'daki Uygulaması İle Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu Öntasarı Metinleri.** XXII (1-2, 3, 4), 1996, 18-51; 246-288; 452-490.

TELLENBACH, Dr. Silvia : **Örgütü Eleveren Tanıklığın Düzenlenmesi.** XXII (3), 1996, 289-298.

AYDIN, Murat : **Şifreli Yayınların İzinsiz Toplu Gösterimi Suç mudur?** XXII (4), 1996, 491-504.

IV– MEDENİ HUKUK

ÖZMEN, Doç. Dr. Etem Saba : **Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği).** XXII (3, 4), 1996, 299-321; 505-536.

V– MİRAS HUKUKU

TURHAN, Nedim : **Mirasta İade.** XXII (4), 1996, 537-571.

VI- BORÇLAR HUKUKU

YAVUZ Nihat : **Kira Hukukunun Nedensiz Zenginleşme ve Vekaletsiz İşgörme Davaları İle İlgili Kimi Sorunları.** XXII (1-2), 1996, 52-67.

YAVUZ, Levent : **Tüketici Kredileri.** XXII (1-2), 1996, 68-75.

BAHTİYAR, Dr. Mehmet : **Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması.** XXII (1-2), 1996, 76-98.

ATAMER, M. Yeşim : **Üçüncü Kişinin Uğradığı zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini.** XXII (1-2), 1996, 99-132.

ATEŞ, Mustafa : **Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler.** XXII (1-2) 1996, 133-144.

DOĞANGÜN, Temel : **Paydaş Veya Ortaklardan Biri Tarafından Üçüncü Şahsa Kiralanan Yerde Diğer Paydaş Veya Ortakların Talep Hakkı.** XXII (3), 1996, 322-339.

AKIN, Levent : **İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme Makinaları İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu.** XXII (3), 1996, 340-363.

VII- TİCARET HUKUKU

YARBAŞ, Fevzi : **Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Defter ve Belgelerin Saklanması ve Ziyaı.** XXII (1-2), 1996, 145-156.

ER, Refik : **Çekten Cayma ve Çekin Ödenmesinin Men'i.** XXII (3), 1996, 364-375.

VIII- ÖZEL HUKUK

ARIKAN, Serdar : **3116 ve 6831 Sayılı Yasalara Göre Orman Kadastrosuna İtiraz Davaları.** XXII (1-2), 1996, 157-178.

ERGÜN, Zafer : **Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi ve Tanınması Arasındaki Ortak ve Farklı Yönler.** XXII (1-2), 1996, 179-189.

GENÇKAYA, Gürkan Ahmet : **Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Arazilerin Mer'adan Ayrılması.** XXII (3), 1996, 376-385.

—oOo—

Yazar Soyadlarına Göre (*)

— A —

AKIN, Levent : XXII (3) 1996, 340-363.
ARIKAN, Serdar : XXII (1-2) 1996, 157-178.
ATAMER, M. Yeşim : XXII (1-2) 1996, 99-132.
ATEŞ, Mustafa : XXII (1-2) 1996, 133-144.
AYDIN, Murat : XXII (4) 1996, 491-504.
AYKONU, Mustafa Sadrettin : XXII (4) 1996, 427-429.

— B —

BAHTİYAR, Dr. Mehmet : XXII (1-2) 1996, 76-98.
BÜYÜKEREN, Sadi : XXII (3) 1996, 220-245.

— D —

DAYINLARLI, Doç. Dr. Kemal : XXII (1-2, 3, 4) 1996, 194-202; 390-393; 575-583.
DOĞANGÜN, Temel : XXII (3) 1996, 322-339.

— E —

ER, Refik : XXII (3) 1996, 364-375.
ERBAŞ, Coşkun : XXII (1-2, 3, 4) 1996, 18-51; 246-288, 452-490.
ERGÜN, Zafer : XXII (1-2) 1996, 179-189.

— G —

GENÇKAYA, Gürkan Ahmet : XXII (3) 1996, 376-385.
GENİŞ, Ali Rıza : XXII (1-2, 4) 1996, 203-207; 584-588.
XXII (3) 1996, 394-400.

— Ö —

ÖZGEN, Eralp : XXII (4) 1996, 417-426.
ÖZMEN, Doç. Dr. Etem Saba : XXII (3, 4) 1996, 299-321; 505-536.

— S —

SAYSEL, Altan : XXII (1-2) 1996, 5-17.
SELÇUK, Doç. Dr. Sami : XXII (3) 1996, 213-219.

— Ş —

ŞAHBAZ, Dr. İbrahim : XXII (4) 1996, 430-451.

AÇIKLAMA : **XXII** (Dergi cilt sayısı); **1-2, 3, 4** (Dergi sayısı); **1996** (Dergi yayın yılı); **340-363** (Yazının yayımlandığı dergi sayfa numaraları).

— T —

TELLENBACH, Dr. Silvia : XXII (3) 1996, 289-298.
TURHAN, Nedim : XXII (4) 1996, 537-571.

— U —

UTKU, Müfit : XXII (4) 1996, 405-416.

— Ü —

ÜNAL, Doç. Dr. Şeref : XXII (1-2, 3, 4) 1996, 190-193; 386-389; 572-575.

— Y —

YARBAŞ, Fevzi : XXII (1-2) 1996, 145-156.
YAVUZ, Levent : XXII (1-2) 1996, 68-75.
YAVUZ, Nihat : XXII (1-2) 1996, 52-67.

—oOo—

YARGITAY YAYINLARI

- **İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ**
  (İkinci Bölüm – Çeşitli Sözleşme İlişkileri – Madde: 184-551)
  Dr. Herman BECKER
  Çeviren: ***Dr. A. Suat DURA***
  1328 sayfa, ofset baskı, lüks ciltli ..... **486.000.- TL.**

- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
  Andreas von TUHR
  Çeviren: ***Avukat Cevat EDEGE***
  1128 sayfa, iki cilt birarada, lüks ciltli ..... **432.000.- TL.**

- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)**
  İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ
  976 sayfa, üç renkli ve selefon korumalı kapak ..... **270.000.- TL.**

- **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ**
  ADALET YILI AÇIŞ KONUŞMALARI (1943 – 1993)
  Derleyen : ***Ali Rıza GENİŞ***
  624 sayfa, ofset baskı, beş renkli ve selefon korumalı kapak. **270.000.- TL.**

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
  Ali Rıza GENİŞ
  Yıl: 1975-1981, 593 sayfa, üç renkli gofre kapak..... **324.000.- TL.**

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
  Ali Rıza GENİŞ
  Yıl: 1982-1986, 712 sayfa, üç renkli ve vernik korumalı
  gofre kapak ..... **324.000.- TL.**

- **YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI**
  HUKUK BÖLÜMÜ CİLT : 6
  Yıl: 1981-1990, 696 sayfa, ofset baskılı, lüks ciltli..... **378.000.- TL.**

- **125. YILINDA YARGITAY (1868 – 1993)**
  668 sayfa, renkli ofset baskı, 135 gr. Leykam kuşe kağıt,
  suni deri (siyah – bordo renkli) ciltli ..... **540.000.- TL.**

- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

Cilt: 16, Yıl: 1990, Sayı: 1-12 ..... **606.000.- TL.**
Cilt: 17, Yıl: 1991, Sayı: 1-12 ..... **606.000.- TL.**
Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12 ..... **727.200.- TL.**
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12 ..... **848.400.- TL.**
Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12 ..... **969.600.- TL.**
Cilt: 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-12 ..... **1.090.800.- TL.**
Cilt: 22, Yıl: 1996, Sayı: 1-12 ..... **1.212.000.- TL.**
Cilt: 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-12 ..... **3.030.000.- TL.**

- **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4 ..... **202.000.- TL.**
Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4 ..... **242.400.- TL.**
Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4 ..... **282.800.- TL.**
Cilt: 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-4 ..... **323.200.- TL.**
Cilt: 22, Yıl: 1996, Sayı: 1-4 ..... **404.000.- TL.**
Cilt: 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-4 ..... **1.010.000.- TL.**

1- Yayın bedellerine % 1 ve % 8 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.

2- Süreli yayınlarla, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6" ve "Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları (1943–1993)" ile "İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi" adlı kitaplarda, Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine % 20 indirim uygulanır. Diğer yayınlarımızda indirim yoktur.

3- Süreli yayınlarda % 20 indirim uygulaması, yıllık abone olma koşuluna bağlıdır.

4- Ödemeli gönderilmez. Hiçbir yerde **temsilcimiz yoktur**.

HESAP NUMARALARIMIZ

1- T.C. Ziraat Bankası Kızılay-Ankara Şubesi 304230/110-4

2- Posta Çekleri Merkezi 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ

- **Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü** (Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Caddesi, No: 3) 06658 A N K A R A
- **Haberleşme için telefon : (0-312) 425 16 32 – 425 16 49**
- **Abone Servisi : (0-312) 417 44 60/3505, 3506**
- **Faks : (0-312) 419 41 11**