

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI
Sayı :

YARGITAY
DERGİSİ

CİLT : 2

1976

SAYI : 1

Ajans - Türk Matbaacılık Sanayii / Ankara - 1975

YI
X
1

İÇİNDEKİLER

		Sayfa
1 — İçindekiler		3
2 — Cevdet MENTEŞ	Medeni Kanununun 50 nci Yılı Toplantısını Açış Konuşması	5-9
3 — Esat ŞENER	Miras Hukukunda İadenin Yeri Ve Önemi	11-38
4 — Şükrü ÖZDEMİR	1711 Sayılı Yasanın Getirdiği Sorunlar Ve İstanbul'da Düzenlenen Sempozyum	39-58
5 — Emin BAŞAKLAR	İsviçre Karayolları Trafik Kanunun- daki Hukuki Sorumluluğa İlişkin Bir İnceleme	59-84
6 — Edip ŞİMŞEK	Anonim Ortaklıkların Kurulmadan Önce Yürütme Ve Yargı Organları Tarafın- dan Denetimi	85-93
7 — Gülsevin ERKAN	İş Hukuku İle Sosyal Sigorta Açısın- dan Çırakların Hukuksal Durumları .	95-102
8 — Salim ÖZDEMİR	Organ Ve Doku Nakli İle İlgili Hukuki Gelişmeler	103-111
9 — Cemil SAATÇIOĞLU	Bazı Suç Ve Cezaların Affı Hakkındaki 1803 Sayılı Yasanın 6 ncı Maddesi Üzerine Bir İnceleme	113-119
10 — Sami SELÇUK	Dil Devrimimiz, Fransa'da Yasal Güç Kazanan Özleşme Akımı Ve Yasaları- mızın Dilj	121-132
11 — H. Avni USLUOĞLU	Ormanlara Ait Uyuşmazlıklarda Husumet	133-138
12 — Ö. Faruk KARACABEY	Bir Konu, İki Kitap	139-146



Sayın Cevdet Menteş'in Açış Konuşması

Sayın Konuklar,

Değerli meslektaşlarım (*)

Atatürk Devrimlerinin temel bir bölümü olan Türk Medenî Kanunu uygulamada, 50 yılını doldurmuş bulunmaktadır.

Bu münasebetle İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri Sayın Öğretim Üyelerince düzenlenen bu toplantıyı açma görevinin Yargıtay Başkanı olarak bana verilmesinden mutluluk duyduğumu ve teşekkürlerimi yüksek huzurunuzda arz ve ifade etmek isterim.

Türk Medenî Kanununun devrim yönü :

Türk Medenî Kanununun gerekçesinde (şu yönü de belli etmek gerekir ki, çağdaş uygarlığı almak ve benimsemek kararıyle yürüyen Türk Milleti, çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisi çağdaş uygarlığın gereklerine her ne pahasına olursa olsun ayak uydurmak zorunluğundadır. Yaşamak kararında olan bir millet için bu şarttır) denmiş ve böylece devrimin her halde gerçekleştirilmesi gerektiğinden söz edilmiş ve başka bir bölümde de (...çağdaş uygarlığın Türk toplumu ile bağdaşmayan yönleri varsa bu, Türk Milletinin yeteneğinin azlığından değil, onu gereksiz yere çevreleyen orta çağ teşkilât ve din esasına dayalı müesseselerden doğduğu... ifade edilmiştir.

I — Medenî Kanunun dili :

Her şeyden önce 50 yıl içinde Türk Medenî Kanununun dili, bugünkü kuşağın anlayacağı dil olmaktan büyük ölçüde uzaklaşmıştır. Bu nedenle dilde bir düzeltme zorunluğu vardır. Ancak bu yapılırken aşırılıktan kaçınılması ve sakınılması gerekir.

Medenî Kanunun, bugünkü kuşağın anlayacağı dil olmaktan çıktığını şu iki örnekle belirlemek mümkündür. Medenî Kanunun rehine ile ilgili 853 üncü maddesinin son fıkrasında aynen (râhin, merhunu fiilen ve hasren kendi yerinde bulundurdukça, mürtehin için,

(*) Bu yazı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 15.4.1976 günü yapılan Medeni Kanunun 50 nci yılı toplantısında Yargıtay Birinci Başkan Sayın CEVDET MENTEŞ'in açış konuşmasıdır.

rehin hakkı sabit olmaz) yine aynı Kanunun 881 inci maddesinde (mukriz, merhunun iadesi için makbuzun geri verilmesini şart etmiş olsa bile borç muacceliyet kesbettiği tarihten itibaren altı ay geçmiş ise müstakriz merhunu kurtarmak hakkını kullanabilir) denmektedir.

II — Yanlış çeviriler :

Medenî Kanununun 65, 85, 187/2, 244/2, 507/3, 552, 923 üncü maddelerinde çeviri yanlışlığı yapılmıştır. Medenî Kanunda çeviri eksikliği bunlardan ibaret değildir. Benzeri çeviri yanlışlığı ve ifade güçsüzlükleri başka maddelerde de görülmektedir. Her ne kadar 29/9/1950 gün ve 4/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca eksiklik ve vuzuhsuzluk hallerinde kaynak İsviçre Medenî Kanunu esas alınarak maddeler amaç ve asıllarına göre uygulanmakta ise de, yasama yoluyla buna son verilmesi daha yararlı olacaktır.

III — Medenî Kanunun bazı maddelerini değiştirme girişimleri ve bu Kanunda değişme yapan Kanunlar

Medenî Kanununun, 90, 91, 105, 107, 123, 126, 129, 134, 143, 144, 247, 251, 290, 291, 292, 298, 301, 303 ve 305 inci maddelerinin değiştirilmesi için 1943 yılında Adalet Bakanlığında bir inceleme yapılmış, tasarı hazırlanmış ancak, bu yürürlükten bu yana henüz 17 yıl gibi kısa bir zaman geçtiği gerekçesiyle Meclise sevk edilmesinden vazgeçilmiştir. Görüldüğü gibi Medenî Kanunun devrim yönü olmayan hükümlerinin değiştirilmesi ihtiyacı ta 1943 yılında kendisini göstermiştir.

Sonradan 1951 yılında ilmî bir kurul Medenî Kanunu gözden geçirmiş, hazırlanan ön tasarı 1971 yılında yayınlanmış, ancak bugüne kadar Yasama Meclislerine sevk işlemleri tamamlanmamıştır.

Bu arada bazı kanunlarla Medenî Kanunda değişiklikler meydana getirilmiştir. Örneğin,

A — 28.6.1938 günlü ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu (bunun yerini 22/11/1972 günlü ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu almıştır.) ile Medenî Kanununun 53 ve sonraki maddelerinde bir takım değişiklikler yapılmıştır.

B — 15/6/1938 günlü ve 3453 sayılı Kanunla Medenî Kanununun 88 inci maddesindeki yaş hadleri değiştirilmiş, evlenme yaşı erkek-

te 18 den 17 ye ve kadında 17 den 15 e indirilmiş, olağanüstü hal-lerde ve pek önemli sebepler bulunduğu takdirde hâkimin, 14 yaşını bitirmiş kızların ve 15 yaşını bitirmiş erkeklerin evlenmelerine izin verebileceği ilkesine yer verilmiştir.

C — 17/3/1954 günlü ve 6333 sayılı Kanunla Medenî Kanunun olağanüstü zamanaşımı hakkındaki 639 ncu maddesinde dava ve usul yönünden değişiklikler yapılmıştır.

D — 29/6/1956 günlü ve 6763 sayılı Türk Ticaret Kanununun uygulanmasına ilişkin Kanunun 41 nci maddesiyle Borçlar Kanununun 48, 103, 126, 179, 180, 308, 332, 404, 416, 428, 430, 431, 448, 477, 530 uncu maddeleriyle Medenî Kanunun 920 inci maddesinin son fıkrasında değişiklik yapılmıştır.

E — 23/11/1960 günlü ve 138 sayılı Kanunla Medenî Kanunun 679 uncu maddesine bir fıkra eklenerek (yer altı sularının genel olarak kamu yararına ait sulardan olduğu ve bunlardan yararlanmanın özel kanunla düzenleneceği) öngörülmüştür.

F — 23/6/1965 günlü ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile Medenî Kanunun başta 652 nci maddesi olmak üzere taşınmaz mal mülkiyeti ve irtifak hakkıyla ilgili diğer hükümlerindeki kurallar değiştirilmiştir.

G — 13/7/1967 günlü ve 903 sayılı Kanunla Medenî Kanunun 73 ilâ 81. maddeleri değiştirilmiş (Vakıf kurma) imkânı sağlanmış ve özellikle Medenî Kanunun 453 üncü maddesindeki saklı paylar kamu yararı adına geniş çapta azalmıştır.

IV — Medenî Kanunun çıkarılmasını öngördüğü Kanunlar :

Medenî Kanunun 643 ncu maddesinde kamulaştırma ile ilgili Kanunun çıkarılmasına işaret edilmiş, 30 yıl sonra da olsa 1956 yılında 6830 sayılı (İstimlâk Kanunu) yürürlüğe konmakla Kanunun bu emri yerine getirilmiş iken, menfaati umuma ait malların işletilmesi ve kullanılması hakkında özel kanunlar çıkarılmasını öngören Medenî Kanunun 641 inci maddesinin gereği aradan 50 yıl geçtiği halde yerine getirilmemiştir.

V — İştirak halinde mülkiyet konusu :

İştirak halindeki mülkiyet, Medenî Kanuna bir hukukî anlayışın diğer deyimle bir hukuk sisteminin gereği olarak girmiştir.

Ancak bünyemize uymadığı da geçen yıllar göstermiştir. Onun için Medenî Kanunda değişiklik yapılırken bu konu üzerinde önemle durulması gerekir. Sözleşmeden doğan ortaklık için tarafların iradesi söz konusu olduğundan buna ilişilmemesi doğaldır. Yalnız Kanundan doğan iştirak halinin sakıncaları gözetilerek terkedilmesi uygun olur. Bu yüzden mirasçılar paylarına düşen taşınmazları yalnız başlarına satamamakta, satışını vadettikleri halde tapuda tescil işlemini yerine getirememektedirler. Bir mirasçının borcundan dolayı miras payı haczedilememekte, malın tümü şuyunun giderilmesi yoluyla satılmaktadır. Tüm mirasçılar birleşmedikçe veya miras şirketine temsilci atanmadıkça iştirak halindeki mallar için mirasçılar dava açmak imkânından yoksun bulunmaktadır. Terekeye dahil bir mal hakkında mirasçı, koruyucu tedbir olarak hiç bir işlemi yalnız başına yapamamaktadır. Kanun koyucu bu konuda bir değiştirme zorunluğu duymuş, 6830 sayılı İstimlâk Kanununun 14 ncü maddesi 122 sayılı Kanunla değiştirilerek iştirak halindeki bir taşınmazın kamulaştırılması halinde, mirasçının kendi payı bakımından bedelin artırılması hakkında dava açabileceği öngörülmüştür. Bunun genelleştirilmesi uygun bir davranış olacaktır.

VI — İntifa hakkı konusu :

Aradan 50 yıl geçtiği halde vatandaş, toplum intifa hakkına alışmamış, bir türlü benimsememiştir. Gerçekten bu müessese bünyesinde taşıdığı zorluklar nedeniyle savunması güç bir sistem getirmiştir. Ve bir an önce değiştirilmesinde yarar vardır. Örneğin, intifa hakkı yüzünden taşınmazlar çok kez harab olmaktadır. İntifa hakkı sahibi, ölümünden sonra malın başkalarına geçeceğini düşünerek onarmaktan kaçınmakta, çıplak mülkiyet sahipleri ise ne zaman tüm mülkiyetine kavuşacakları belli olmayan bir mal için onarımı yersiz ve gereksiz bulmakta, böylece millî servet zarar görmektedir.

Öte yandan 14/3/1960 günlü ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı gereğince intifa hakkıyla yükümlü taşınmazlar bu haliyle satıldığı için tam değerini bulmamakta, bundan da mirasçılar zarar görmektedir. İşte bu ve benzeri sakıncalar gözetilerek bünyemize ters düşen intifa hakkına ilişkin hükümlerin Medenî Kanundan arınması zamanı gelmiştir. Nitekim ön tasarıda bu yön ele alınmış, sağ kalan eşin gerek seçimlik gerekse kanunî intifa hakkı ile büyük baba ve büyük analar için öngörülen intifa hakları Medenî Kanundan çıkarılmış, bu kez furuğ ile birleşen ana baba için küçük mik-

tarda da olsa intifa hakkı tanımış, böylece bir yandan sakıncalar giderilirken, öte yandan yeni engeller getirilmiştir. Oysa ana, babalara mülkiyeti öngören bir miras payı ayırımı hem onları sevindirir, hem de diğer ilgililer intifa hakkının doğuracağı sıkıntıdan kurtulmuş olurlar.

VII — Boşanma konusu :

Boşanma alanında Medenî Kanunun getirdiği hükümlerin devrimci nitelik taşıdığı söz götürmez bir gerçek olduğu kadar kadın hakları yönünden ve kişilerin eşitliği açısından da insancıldır.

Boşanmanın kolaylaştırılması konusunda kamu oyunda geniş çapta tartışmalar süre gelmektedir. Bir tarafta boşanma sebeplerinin güçlüğünden yakınanlar ve bunun için tedbir alınmasını isteyenler, öteyanda boşanmayla ilgili hükümlerin değişmesine gerek bulunmadığını savunanlar vardır. Bu nedenlerle Kanunun amacı, devrimci niteliği, toplumun sağlıklı aileye kavuşması, özellikle Anayasanın 35 inci maddesi karşısında sübjektif düşüncelerden sıyrılarak objektif açıdan konuya eyilmede ve gereğinin yapılmasında yarar olduğu kanısındayız. Ön tasarının Adalet Bakanlığında yeniden gözden geçirilmesi hazırlıklarının yapıldığı bir sırada böylesine kamuya mal olmuş bir konunun olabildiğince yakınmaları giderecek bir biçime sokulması uygun olur.

Sonuç olarak, Atatürk ilkelerinden asla fedakârlık yapmamak, her çeşit ödünden sakınmak, Türk Ulusunu ulaştığı uygarlık düzeyinden geriye itmemek, günün ihtiyaçları ile kanun hükümlerini halkın mutluluğu ilkesine göre bağdaştırmak, Medenî Kanunun devrimci ilkelerine hiç bir şekilde dokunmamak üzere, çağda meydana gelen değişmeler, teknik ve bilim alanlarındaki gelişmeler gözönünde tutularak yeni baştan ele alınmak suretiyle Medenî Kanunda gerekli değişiklik yapılmasının zamanı geldiğine inanmaktayım.

MİRAS HUKUKUNDA İADENİN YERİ VE ÖNEMİ

ESAT ŞENER (*)

I — GİRİŞ :

Uygulamada çok kez mirasta iade ile, tenkis biribirine karıştırılmakta, bu sebeple de gerek ispat, gerekse uygulanacak kanun hükümleri bakımından yanlışlıklara düşülmekte, bu yüzden de davalar gereksiz yere uzamakta, bu ise mirasçılar arasındaki gerginliği artırmakta, hattâ üzücü olayların meydana gelmesine yol açmaktadır.

Zaman aşımına uğramış tenkis davaları bazan bilgisizlik sonucu, bazan da büyük bir ustalıklarla mirasta iade davası kalıbına sokulmakta, gerçek anlaşılincaya kadar mirasçılar arasındaki husumet, kin duyguları canlı tutulmakta, aileler düşman kamplara ayrılmaktadır. İşte bu yazı, yukarıda açıklanan anlaşmazlıkları olabildiğince azaltmak, kaçınılmaz hale gelen davaların ise daha kısa zamanda çözüme ulaşmasına yardımcı olmak amacıyla yöneliktir.

II — GENEL BİLGİ :

Medenî Kanununun yürürlüğünden (4/10/1926) önce memleketimizde uygulanan «İslamî Hukuk» ta mirasta iade, kavramı ve müessesesi yoktu. Ancak iade şartı ile teberrularda, şarta bağlı bağışlama hükümleri uygulanmakta, buna karşılık fûrua yapılan mutlak teberrular ise ahlakî bir görev sayılmakta idi. (1) Mirasta iade, memleketimize Medenî Kanunla gelmiştir. İsviçre Medenî Kanununa ise, bu müessese, Alman Hukukundan aktarılmıştır. Diğer deyimle İsviçre Medenî Kanunu tasarısını hazırlayan Prof. E. Huber'in tavsiye ettiği Fransız Medenî Kanununa ait hükümler nedense benimsenmemiş, Alman Hukukunun essaları kanununa alınmıştır. (2)

A — T A R İ F :

Mirasta iade, bir mirasçının, ölenin sağlığında, ondan karşılıksız (İvazsız) olarak aldığı mallar ve kıymetleri aynen yani muadi-

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı.

(1) Ali Himmet Berki, Miras ve Tatbikat 1946, Sh. 294, Dipnot 1, Prof. Zahit İmre, Türk Miras Hukuku, 1968, Sh. 726.

(2) İmre Age Sh. 727, Prof. Rossel Hâkimlere mahsus İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Tercümesi Sh. 886 (Alman Medenî Kanunu 2050 ve sonraki ve aynı Kanununun 2095, 2316, 2374).

lini (denk karşılığını) geri vermesi ve bunların mirasın taksiminde hesaba katılmasıdır. (3)

Aslında mirasta iade, mirasçılar arasında, mirastan yararlanmada eşitlik ve dengeyi gerçekleştirmek için öngörülmüş hukukî bir yol ve özellikle tenkisin dışında mirasçılara sağlanan ayrı bir imkândır. (4)

B — NİTELİKLERİ :

Mirasta iade, azönce açıkladığımız üzere, mirasçılar arasında eşitlik esasına dayalı olduğu gibi, geri verme borcu bakımından da emredici hukuk kuralı niteliği taşımaz. Yani miras bırakan, teberraun terekeye iadesini kesinlikle önleyebilir. Dilerse mirasçıları geri vermekten (Terekeye iadeden) muaf kılabilir. Bu yoldaki tavsiye ve emirleri geçerlidir. (5) Zaten Medenî Kanununun 603. maddesi, düzenleme biçimi itibarıyla bu hakkı miras bırakana vermiştir. Şayet miras bırakan bu yolda açık irade beyanında bulunmamış veya davranışları ile, zımnen bir arzu göstermemiş ise bu takdirde kanunî karineden yararlanmak gerekir.

İadeyi istemek aynî hak değil, bir çeşit alacak hakkı, yani şahsî haktır. Medenî Kanununun 605. maddesinde tercih (seçme) hakkına yer verilmiş olması da gösteriyorki, mirasta iade davası aynî hak isteme davası değildir. Davalının seçme hakkını «geri verme» şeklinde kullanması da davanın niteliğini değiştirmez. İade davası da tenkis davası gibi şahsî hakkın korunmasını amaç tutan bir dava çeşididir. (6)

Terekeye ait bir malı elinde bulunduran veya miras bırakana borçlu olan mirasçı, taksim sırasında bunun değerini açıkça bildirmekle (7) yükümlüdür. (M.K. 586/2) Mirasta iade taksimin uygun

(3) İmre, Age Sh. 725

Rossel'e göre mirasta iade haleflerden, bazı mallar almış veya alacak olan veya elinde bulundurmanın bunları terekenin heyeti mecmuasına teslim etmeğe veyahut hiç olmazsa vefat anındaki tereke mevcudu üzerinden taviz veya takas mukabilinde ifrazlarda bulunmasına tahammül etmesi suretiyle halefler arasında hakları olan irsî hislerin nisbetini tekrar yerine getirmeğe yarayan bir tesistir» Rossel, Age, Sh. 886.

(4) İmre Age, Sh. 724, Prof. Nuşin Atiyer, Miras Hukuku 1971, Sh. 230, Prof. A. Naim İnan, Miras Hukuku, 1969, Sh. 399, Prof. A. Samim Gönensay - Kemalettin Birsen, Miras Hukuku, 1956, Sh. 326, Rossel, Age 890 - Dr. Fikret Eren, Mirasta İade, Adalet Dergisi, 1963, Sayı : 3 - 4, Sh. 344.

(5) İmre Age Sh. 725, Rossel, Age Sh. 887, Ayiter, Age, Sh. 231.

(6) İmre Age Sh. 725, Ayiter Age 231, Esat Şener, Tenkis davalarının düşündürücü yönleri Yargıtay Dergisi, 1975, cilt : 1, sayı : 1, sh. 5.

(7) İmre Age Sh. 669, İnan Age Sh. 384, Prof. M. Reşit Belgesay, Medenî Kanun Şerhi Miras, 1952, Sh. 227, Gönensay - Birsen Age, Sh. 301.

şekilde yapılmasını sağlama amacı taşıdığına göre, mirasçılar birbirine bilgi verip, uyarmak zorundadırlar. (8)

III — MİRASTA İADE İLE TENKİSİN FARKLARI :

Tenkis davası ile mirasta iade davası, çok kez birbirine karıştırılmakta, bu ise kavram karışıklığından ileri gelmektedir. (9) Onun için özet şeklinde de olsa bu farklara değinmekte yarar vardır.

1 — Taraf ehliyeti bakımından :

Mirasta iade davası, sadece mirasçılar tarafından açılabilir. Onun için mirası red (Mk. 545) Mirastan ıskat (Mk. 557) Mirastan mahrumiyet (Mk. 520) gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını yitirenler iade davası açamazlar. Oysa tenkis davasını saklı pay sahibi olan mirasçılar (Mk. 453) açabilir. Mirası red eden, mirastan ıskat olunan, ya da mirastan mahrum olan veya mirastan feragat edenler elbette tenkis davası açamazlar. Buna karşılık istisnâ olarak, şartları gerçekleştiğinde mirasçıların alacaklıları ile iflas masası dahi tenkis davası açabilir. (Mk. 504)

Mirasta iade davasının davalısı daima kanunî mirasçılardır. (10) Oysa tenkis davası ise, miras bırakanın herhangi bir sebeple bağış yaptığı veya muvazaalı işlemle temlikte bulunduğu (Mk. 507/3 - 4) ya da vasiyet yolu ile mal bıraktığı kişiler hakkında açılacağı gibi, bu kişilerden malı, kötü niyetle bedelli, bedelsiz devir alan üçüncü kişiler hakkında da (10 a) açılabilir.

2 — Miras bırakanın iradesi bakımından :

Miras bırakan, miras payına mahsuben, (karşılık) mirasçıya verdiği şeyin kendisinin ölümü halinde terekeye iadesini (geri verilmesini) önleyebilir. Çünkü : Medenî Kanununun 603. maddesi kamu düzenini ilgilendirmedığı için, bu yoldaki herçeşit arzu ve düzenleme geçerlidir. Oysa, miras bırakan, saklı payı aşan şeylerin tasarruftan yararlananlarda kalmasını isteyemez. Böyle bir irade hüküm ifade etmez. (11) Çünkü : Miras bırakanın, tasarruf nisabı sınırını taşan hukukî muameleleri geçersizdir. Sayın İmre'nin dediği gibi, Medenî Kanundaki «mirasta iade» hükümleri düzenleyici diğer de-

(8) İmre Age. Sh. 726.

(9) İmre Age. Sh. 727 - 730, Şener, Age, Sh. 6-7.

(10) Eren, Mirasta iade, Sh. 343.

(10a) 13/1/1975 günlü 7/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

(11) Şartları varsa mirasçıyı mirastan ıskat edebilir.

yimle tamamlayıcı hukuk kuralları, tenkis hükümleri ise emredici kurallardır. (12)

3 — Kapsam Bakımından :

Mirasta iade davası, kapsamı bakımından tenkisten geniştir. Çünkü : Bu dava ile malın tamamının terekeye geri dönmesi sağlanır. Oysa tenkis davası, mirasçının saklı payını almasını mümkün kılar. Onun için tenkis davası iadeye çevrilemez. Zira; ıslah yolu ile müddeabih (dava olunan) artırılmaz. (H.U.M.K. 87) Ama iade davası tenkise dönüştürülebilir.

4 — Nitelik Bakımından :

Mirasta iade davası, miras bırakanın sağlığında, miras payına karşılık mirasçısına verdiği şeyin (MK. 603) terekeye iadesini sağlamak amacına yöneliktir. Tenkis davası ise, ölüme bağlı tasarruf veya sağlığında miras bırakanın yaptığı hukukî muameleler yüzünden saklı paya sataşılmasından doğan şahsî hakkı koruma maksadını taşıyan bir davadır. Diğer bir deyimle, mirasta iade davası sırf sağlar arası teberrularla ilgilidir. Tenkis davası ise gerek miras bırakanın sağlığında, gerekse ölüme bağlı bir tasarrufla yaptığı işlemler hakkında açılabilir.

Doktrinde bu konu oldukça tartışmalıdır. (13)

IV — MİRASTA İADENİN KONUSU

Mirasta iade, miras hissesine mahsuben, miras bırakanın sağlığında, mirasçıya ıvazsız (Karşılıksız) bir teberruda bulunmasıdır. (MK. 603) Görülüyorki mirasta iade dört önemli şarttan meydana gelmektedir.

1) Mirasa mahsup, 2) Teberru, 3) Sağken ifa, 4) Kanunî mirasçı olmak.

1 — Teberru Miras Payına karşılık olmalı :

Mirasta iade, miras payına karşılık (mahsuben) yapılan teberdurur. Uygulamada bu konuda sık sık yanlışlar olmakta, mahke-

(12) İmre Age. Sh. 730, Dr. Fikret Eren, Mirasta iade, Adalet Dergisi 1963, Nisan, Mayıs sayısı, Sh. 341, karşı görüş, Gözensay - Birsen, Age, Sh. 326.

(13) Bir kısım müellifler iadeciyi bir ön vasiyet olarak nitelerken, bir kısmı mükellefiyet olarak vasıflandırmakta, bazıları da şahsî borç şeklinde kabul etmektedir. (Fazla bilgi için Eren'in Mirasta iade makalesine bakınız. Sh. 342 - 343).

melerce niteleme yanlışlıklarına düşülmekte, bu yüzden uygulanacak kanun hükümlerinde hatalar yapılmaktadır. Oysa olayları açıklamak taraflara, hukukî niteleme ise hâkime aittir. (14) Onun için dilekçelerde yazılı sözlere değil, belirtilen olaylara bakılarak kanun hükümleri mahkemece tesbit olunmalıdır. O halde teberruun miras payına karşılık yapılıp yapılmadığını tesbit zorunludur. (15) Eğer davalı teberruun miras payına mahsuben yapıldığını kabul etmezse ispat yükü davacıya düşer. Bu yön, herkesin iddiasını ispatla yükümlü olduğu yolundaki kanun hükmünün (MK. 6) tabii bir sonucu olmakla beraber, «İleri sürdüğü olaydan yararına hak elde eden kişinin, bunu ispatla yükümlü olduğuna» (16) ilişkin kuralın da kaçınılmaz sonucudur. Çünkü : Teberruun miras payına karşılık yapıldığı ispatlanırsa davacı, tenkise göre daha geniş kapsamlı bir hak elde edecek, bunun dışında Medenî Kanununun 513. maddesindeki zaman aşımı tehlikesini gidermiş olacaktır. Şöyleki : Tenkis davası en çok 5 yıl gibi bir zaman aşımı ile sınırlanmış iken, mirasta iade davasında zaman aşımı 10 yıldır. Ancak, 10 yılın başlangıcı bakımından doktrinde aykırı görüşler vardır. Bir kısmına göre başlangıç tarihi taksimin yapıldığı (17), bir kısmına göre mirasın açıldığı (18) gündür. Yargıtay'ın uygulaması ise, iade davasında taksimden itibaren zaman aşımının başlayacağı ve on yıl olduğu yolundadır. (19) Çünkü : Miras taksim edilinceye kadar te-reke mûşa, (iştirak halindedir) Mirasçıların payları taksimle belli olur. Bunun için taksime kadar iade davasında zaman aşımı işlemez. Taksimden sonra ise B.K. 125, maddesi gereğince 10 yıllık süre başlar. (20) İşte bu sebepledirki, teberruun miras payına karşılık yapıldığını ileri süren davacı bundan yarar sağlayacağı için, ispat yükü ona düşer. İsbat her çeşit delil ile olur. Diğer deyimle kanun koyucu ispatı belli bir usul ve kural'a bağlamamıştır. Zaten buna imkân da olmamak gerekir. Zira; İsbat yasakları ve şekilleri sözleşmesinin tarafları ve onların halefleri için geçerlidir. Bir hu-

(14) Y. 2. H.D. 16/2/1973 günlü ve 303/887 sayılı kararı, Yargıtay 2. H.D. 11/3/1976 günlü 1921/2155 sayılı ve benzeri bir çok kararları.

(15) Yargıtay 2. H.D. 15.1.1976 günlü 8361/180 sayılı kararı.

(16) Prof. Saim Üstündağ, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1973, Sh. 378. Y. 2. H.D. 20/6/1974 günlü ve 3351/3983 sayılı ve benzeri birçok kararları.

(17) İmre Age. Sh. 778, İnan Age. Sh. 407 (Ancak İnan süreye değinmemiş, sadece başlangıcı bildirmekle yetinmiştir,

(18) Prof. Şakir Berki, Miras Hukuku, 1975, Sh. 236.

(19) Y. 2. H.D. 11/11/1969 günlü ve 2862/5059 günlü kararı, Yargıtay 2. H.D. 22/6/1965 günlü 2551/3370 sayılı kararı.

(20) Kanunda zaman aşımı bakımından belli süre öngörülmemiş ise zaman aşımı, daima on yıldır. Mirasta iade için Medenî Kanunda bir süre tesbit edilmediğine göre M.K. 5. maddesi delaletiyle Borçlar Kanununun 125. maddesi uyarınca zaman aşımı on yıldır.

kukî muamelenin tarafı veya taraflardan birinin halefi olmıyan kimse için ispat serbestisi asıldır. (21) Mirasta iade davasında davacı, teberruun tarafı olmadığı için bunu herçeşit delil ile isbat edebilir.

Miras payına mahsup keyfiyeti, her şeyden önce miras bırakanın irade beyanı ile isbatlanır. (22) Eğer bu yolda bir delil yoksa, karinelerden yararlanır. Meselâ, fûru yararına yapılan tesis (İşkurma) masrafı, ona verilen cihaz, borçtan kurtarılma, 3. kişilere olan borçlarının ödenmesi, mal terki gibi hallerde, bunların miras payına mahsuben verildiği (23) yolunda kanunî karine vardır ki bu durumda davacı subjektif delil ibraz etmek zorunda değildir.

2 — Teberru Karşılıksız (ıvazsız) olmalı :

Mirasta iade davası açılabilmesi için, teberruun karşılıksız (ıvazsız) yapılması zorunludur. Aksi halde, iade davası söz konusu olmaz.

ıvazsız muamele, doktrinde yerleşmiş deymi ile kazandırıcı muamele (24) bir mamelekin eksilmesi sonucu, başka birinin mal varlığının çoğalmasındır. Yani bir mal varlığı artarken, başkasınınki azalırsa, mal varlığı artan için kazandırıcı bir muamele yapılmış olur. Bir örnek verirsek : A, B'ye 1.000 lira bağışlarsa, A'nın mal varlığı azalırken B'ninki çoğalacaktır. Öyle ise B açısından kazandırıcı muamele vardır. Bir noktayı gözden uzak tutmamak gerekir. Kazandırıcı muamele her zaman karşılıksız değildir. Bazan karşılığı da olabilir. Diyelimki, A, gerçek değerinin altında bir bedelle malını B ye sattı. Burada gerçek bedelle, satış bedeli arasındaki fark, kazandırıcı muamele olur. Ama aslında işlem ne olursa olsun bir mal varlığı diğeri aleyhinde çoğalmış ise kazandırıcı muamele var demektir.

İşte, mirasta iadeden söz edilebilmesi için, kazandırıcı bir muamele ile mirasçının mal varlığının çoğalması zorunludur. Aksi halde bu muamele M.K. 603. maddesi kapsamına girmez. (25)

(21) Yargıtay H.G.K. 3/6/1964 günlü ve 325/397 sayılı kararı ve H.G.K. 21/6/1968 gün 1510/90 sayılı kararı.

(22) İmre Age Sh. 747.

(23) Şener, Age Sh. 17-22 Eren Age, Sh. 71, İmre Age. 747, Y. 2.H.D. 19/4/1955 gün ve 1577/2150 sayılı kararı.

(24) İmre Age. Sh. 346, 388, 744, Eren, Mirasta iade, Age. Sh. 354 - 357.

(25) Geniş bilgi için bakınız : İmre Age. Sh. 744 - 745, Eren Age. Sh. 68 - 75.

3 — Teberru sağlar arasında olmalı :

Mirasta iadenin varlığı için miras bırakanın sağlığında mirasçısına miras payına mahsuben teberruda bulunması ve bunu sağlığında yerine getirmesi gerekir. Ölümüne bağlı bir tasarrufla kazandırıcı muamelede bulunursa, bu tasarruf vasiyet yolu ile bağışlama olur. Onun için miras bırakanın sağlığında mirasçının mülkiyetine geçmesini sağlamayan kazandırıcı muamelesi (26) Medenî Kanununun 603. maddesinin kapsamına girmez.

4 — Mirasta iadenin borçluları kanunî mirasçılardır.

Mirasta iade davasının davalıları, yani iade borçlusu kanunî mirasçılardır. (27) Bu bakımdan, kanunî mirasçı sıfatı olmayan veya sonradan bunu yitirenler hakkında dava açılmaz.

A — F Ü R U :

Burada üzerinde durulacak yön furuun hukukî statüsüdür.

aa) Nesebi sahih furu : Tereddütsüz her tabakadaki sahih nesepli furu hakkında mirasta iade davası açılabilir.

bb) Nesebi düzeltilmiş furu (MK. 247, 249) Bunlar da nesebi sahih furu gibi işleme tâbidir.

cc) Nesebi kanunla sahih sayılan (örnek olarak : 2330, 4227, 6652, 454 ve şimdi yürürlükte olan 1826 sayılı kanunlar) Çocuklar ve onların furuu da iade davasında davalı olabilirler.

dd) Nesebi sahih olmayan furu (Babalığına karar verilen veya tanınan) çocuklar ve furuu da, Medenî Kanununun 443. maddesinde yazılı hükümler saklı kalmak üzere baba yönünden mirasta iade davasının davalısı olurlar. Ana yönünden ise sahih nesepli furu gibi işlem görürler.

ee) Tabiî babalığına karar verilenler, anaları bakımından nesebi sahih furu gibi oldukları ve böylece iade davasında davalı durumunda buldukları halde, babaları açısından mirasçılık sıfatı taşımadıklarından davalı olarak davada yer alamazlar.

ff) Evlâtlık : Evlâtlıklar, evlât edinenin nesebi sahih furuu (MK. 447) sayılacaklarından, bunlar hakkında da mirasta iade davası açılabilir.

(26) İmre Age. Sh. 747.

(27) Eren, Mirasta iade Sh. 349 ve sonrakiler, Şener, Age Sh. 6; İmre Age, Sh. 730, Gönensay - Birsen Age Sh. 327.

B — EŞ :

Eş, kanunî mirasçı olduğu için kural olarak mirasta iade davasının davalısı olabilir. Tartışmalı olan, fûru ile eş arasındaki davalarda durumun ne olacağıdır ki, bu konuda, ilerde iade ile yükümlülük bölümünde ayrıntılı bilgi verileceği için şimdilik bu kısa bilgi ile yetiniyorum.

C — EŞ VE FÜRUU DIŞINDAKİ MİRASÇILAR :

Ölenin eşi ve fûruu yoksa diğer mirasçıları iade davasının tarafı olabilecekleri gibi, eşi olup fûruu yoksa eşle birleşen mirasçılar da, mirasta iade davasında taraf olabilirler.

D — MANSUP MİRASÇILAR :

Mansup mirasçılar iade davasında davalı olamazlar (28). Çünkü : İade, Medenî Kanununun 603. maddesi gereğince miras payına karşılık miras bırakanın sağlığında kanunî mirasçılarına yaptığı teberrular için söz konusudur.

E — MUSALEH (Lehine vasiyet yapılan) :

Musalehler hakkında da mirasta iade davası açılmıyacağı açıktır. Azönce (D) bendinde söylenenler bu konuda da geçerlidir.

F — MİRASÇILARIN ALACAKLILARI VE BORÇLULARI :

Kanunî mirasçılarının alacaklı veya borçlu olduğu kişiler, mirasta iadenin tarafı olamazlar. Oysa tenkis davasında şartların gerçekleşmesi halinde (MK. 504) istisnaen de olsa alacaklılar taraf olabilirler.

G — MİRASÇILIK SIFATINI YİTİRENLER :

Miras bırakanın sağlığında, mirasta iadeye tâbi bir teberrua nail olan (bağış alan) mirasçı, mirası red eder (MK. 545) veya mirastan ıskat edilir. (MK. 457) veya mirastan mahrum olmasını gerektiren (MK. 520) bir duruma düşer ise, aldığı muhafaza eder, yani iade ile yükümlü değildir. (MK. 604) Çünkü : Mirasta iade, mirasçılık sıfatının devamının sonucu olan bir yükümlülüktür. (28 a) Bu durumda acaba bu kişilerden sebepsiz iktisap kurallarına göre

(28) İmre Age, 730, Eren Age. Sh. 349, Şener Age. Sh. 6, Gönensay - Birsen Age. Sh. 327.

(28a) A. H. Berki Age. Sh. 295, Eren, Mirasta iade, 349, İmre Age. Sh. 730.

bir şey istenebilir mi ? Sayın İmre, Prof. Von Tuhr, Prof. Becker ve Prof. Tuor'a atfen buna imkân olmadığını ifade etmektedir. (28 b) *Oysa iade yükümlüğü kanunen kalkanların yerine geçenlerden hakkını alamayan kişinin, haksız iktisap kurallarına göre, mirasçılık sıfatını yitirenlerden iade konusu şeyin karşılığını alması mümkündür.* Çünkü : «Vücudu nihayet bulan sebebe» (BK. 61/2) dayanılarak verilen şey geri istenebilir. Zira; miras bırakan, mirasçılık sıfatının devam edeceğini kabul ederek ve miras payına karşılık olmak üzere teberruda bulunduğuna göre, bu sıfat yitirmekle teberruun sebebi ortadan kalkmış olurki, sebepsiz iktisap kuralları uygulanabilir. Nitekim Von Tuhr ve arkadaşları da «mirasçı kalması şartı ile» teberru yapılmış ise bunun geri isteneceğini kabul etmekle esasen bizim fikrimize yaklaşmışlardır.

Mirasçılık sıfatını yitirenlerin yerine geçenler (MK. 458, 551, 553, 521) şahsen teberru'a nail olmadıkları halde, kendi miras bırakanlarının aldığı iade ile sorumludurlar. Medenî Kanununun 604. maddesinin son fıkrasında, ilk fıkrayı güçsüzlüğe sürükler görünen gereksiz bir fıkranın yer alması tartışmalara yol açmakla beraber sonunda birleşilen husus; miras hakkını yitirenlerin yerine geçenlerin o şey ellerine geçmese bile, iade ile zorunlu oldukları merkezindedir. (28 c) Zaten aksini düşünmek furu ile diğer mirasçılar arasında gereksiz ayırım yapmak ve haksızlık olur.

K — MİRASIN RESMEN TASFİYESİ :

Bu durumda mirasçılık sıfatı devam ettiği için mirasçılar davalı durumunda olurlar (29).

V — İADE YÜKÜMLÜĞÜ VE İSPAT :

1 — Miras bırakanın arzu ve iradesi belli ise :

İade konusundaki kanun hükümleri emredici nitelikte olmadığı için (30) iadenin gerekip gerekmiyeceği konusunda miras bırakanın iradesi asıldır. Eğer, o açık bir beyanda bulunmuş ve tutum ve davranışı ile tereddüde yer vermeyecek şekilde arzusunu belirtmişse başka türlü davranılamaz.

(28b) İmre Age Sh. 740, Dip not 33.

(28c) A. H. Berki, Age Sh. 298, Ş. Berki, Age. Sh. 228, İmre Age. 740 - 742, İnan Age. Sh. 401, Gönensay - Birsen Age. Sh. 330 - 333 (Karşı görüş : Rossel Age. Sh. 256 - 266), Belgesay Age. Sh. 249, Eren, Mirasta iade Age. Sh. 352.

(29) Gönensay - Birsen Age. Sh. 327, Belgesay Age. 248. Ayiter Age Sh. 235, Y. 2. H. D. 9/4/1968 günlü 679/2295 sayılı kararı, Eren Mirasta iade Age. Sh. 351, Berki, Age. Sh. 295.

(30) İmre Age. Sh. 730, Eren Mirasta iade, Age Sh. 341.

Bu durumda ıspat yükü önem taşır. Yukarda ıspatla ilgili olarak verdiğimiz bilgi teberruun miras payına mahsuben yapılp yapılmadığı konusunda idi. (31) Şimdi açıklamaya başlayacağımız husus, uygulamada çok tereddüdlere yol açan iade edilmeme» yani «iadeden muhafiyetin» ıspatı ile ilgilidir.

Bu konuda ikili bir sistem öngörülmüştür.

a) *Füru için :*

Doktrinde ve Yargıtay İçtihatlarında birleşilen yön, füruun, «iadeden muafiyeti» yani miras bırakanın iade edilmemek kayıt ve şartı ile teberruda bulunduğunu ıspatla yükümlü olduğudur. Çünkü: Medenî Kanununun 603. maddesinde (ayrıca müteveffa tarafından hilâfına açıkça bir teberru yapılmış olmadıkça füru lehine bahşedilen menfaatler iadeye tâbidir) denmektedir. (32) Miras bırakan mirasçılar arasında eşitlik ve dengeyi sağlamak istediği için asıl olan iadedir. Bu karine varken ıspat yükünün davalıda olacağı aksî düşünülemez. Kaldığı herkes iddiasını ıspatla yükümlüdür. Olayda Medenî Kanununun 6. maddesinde öngörülen «Kanun hilâfını emretmedikçe» şeklindeki ayrık hüküm burada söz konusu değildir. Diğer deyimle kanunen füru ıspat yükünden kurtarılmamış, aksine ıspatla yükümlüğü yönünden bir karine getirilmiştir. Esasen bu karine olmasa bile, herkes iddiasını ıspat etmek zorunda olduğu gibi, hayatın olağan gidişine ters düşeni iddia eden, ıspatla yükümlüdür. (33) Zaten Medenî Hukuk alanındaki eserlerde bu yön tartışmasız kabul olunduğu gibi (34) Kazaî içtihatlar da aynı doğrultudadır. (35)

b) *Füru dışındaki mirasçılar için mirasta iade davası :*

M.K. 603/1 maddesine dayanan davalarda ıspat yükü ise, füruun tamamen aksinedir. Yani «iadeden istisna» yı ıspatlamak da-

(31) IV. 1 de.

(32) Sayın İmre, metni haklı olarak tenkit etmekte ve kanun maddesinin «Muris tarafından aksi sarîh olarak beyan edilmiş olmadıkça» biçiminde olması gerektiğini öngörmektedirki (Age Sh. 733 dip not 16) gerçekten böyle bir ifade tarzı tüm tereddütleri giderirdi.

(33) Prof. İlhan Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku 1970 Sh. 464, Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1968 Sh. 372, Prof. Necip Bilge Hukuk Yargılamaları Usulü, 1967, Sh. Sh. 445, Prof. S. Şakir Ansay, Hukuk Muhakemeleri Usulü 957, Sh. 248 - 249, Yargıtay H.G.K. 7/6/1974 günlü 972/2 - 84 sayılı kararı Yargıtay 2. H.D. 20/1/1976 gün ve 142/324 sayılı kararı.

(34) İmre Aeg. Sh. 735, Eren, Makale Sh. 344, Gönensay - Birsen Aeg. Sh. 328, Belgesay, Aeg. Sh. 248, İnan Aeg. Sh. 403, Ayiter, Aeg. 235, A. H. Belki Aeg. Sh. 297.

(35) H.G.K. 10/5/1961 günlü ve 9-23 sayılı K. H.G.K. 17/1/1969 günlü ve 1510/99 sayılı kararı Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23/12/1966 günlü 7141/6839 sayılı kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29/12/1972 günlü 7215/7415 sayılı kararı.

vacıya düşer. Çünkü : Medenî Kanununun 603/1 maddesinde (kanunî mirasçılar miras hisselerine mahsuben müteveffanın sağlığında almış oldukları bütün teberruları, terekeye iade ile birbirine karşı mükelleftirler) denmektedir. Madde, yükümlülükten söz etmiş, fakat fûruda olduğu gibi, bir iade karinesi öngörmemiştir. Onun için miras bırakan «iade edileceği» yolunda bir irade izhar etmemiş ise, fûru dışındaki mirasçılar miras paylarına mahsuben aldıklarını iade etmezler. Mükellefiyet (yükümlülük) ancak iadenin miras bırakan tarafından arzulanması halinde mümkündür. Şu halde asıl olan iade edilmemek olduğuna göre aksini ispat davacıya düşer. (36)

c) Sağ kalan eş :

aa) Bu konu tartışmalıdır. Bazılarına göre sağ kalan eş, fûru karşısında iade borçlusu değildir. Yani fûru, sağ kalan eş yani ana veya baba hakkında mirasta iade davası açamaz çünkü : Medenî Kanununun 603/1. maddesindeki mirasçılardan amaç, fûru dışında olanlardır. (kardeş, baba, ana, eş ve diğerleri gibi) bunlar iade borçlusu değildir. O halde, miras bırakan iadeyi açıkça öngörmemiş ise onlardan bir şey istenemez. Buna karşılık eş, fûrudan iade isteyebilir. (MK. 603/2) İsviçre Federal Mahkemesi bu eyilimdedir. (37)

bb) Bir kısım hukukçular eşi, fûru gibi kabul etmekte ve Medenî Kanununun 603/2. maddesindeki kurala göre çözüm yolu tavsiye etmekte ve demektedirlerki : sağ kalan eş, fûru dışında mirasçılar niteliğinde görülürse adaletsizlik olur. Fûrua göre eş gereksiz korunmuş bulunur. (38) Bu görüşü savunanlara göre «eş te fûru gibi iadeden muafiyeti» isbat etmezse aldığını geri verir.

cc) Bir başka görüşe göre ise eş, ne iade alacaklısı, ne de iade borçlusudur. Çünkü : Medenî Kanununun 603/1. maddesinde *karşılıklı olarak birbirine karşı iade ile yükümlü olanlar, fûrudan başka mirasçılar ve eşlerdir.* M.K. 603/2 ise, fûruun birbirine karşı yükümlüğünü düzenlemiştir. O halde eş ile fûru biribiri hakkında «mirasta iade» davası açamazlar. (39)

Birinci görüş, eşi gereksiz yere özel muameleye tâbi tutması ve eşitliği bozması bakımından katılması güç bir düşünce tarzıdır.

(36) İmre, Age Sh. 736, Eren, Mirasta iade, Sh. 345, Gönensay - Birsan Age Sh. 328, Belgesay Age. 248, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 5/7/1963 günlü 4275/4375 sayılı kararı.

(37) Eren, Mirasta iade Sh. 346, İmre Age Sh. 737, Dip Not 26 da Federal Mahkemenin 1963 yılındaki bir kararına atıf yapmaktadır.

(38) Eren, Mirasta iade, Sh. 347, İmre Age Sh. 738, Rossel Age. Sh. 664.

(39) İmre Age Sh. 738 Eren mirasta iade Sh. 347, Ayiter Age. Sh. 235.

İkinci görüş ise Medenî Kanununun 603/2. maddesinin metninde yer alan «füru» deyimini genişleterek eşi de bu kavram içine sokmak gibi anlamsız ve özellikle kanunun özüne ve sözüne aykırı bir yorum tarzı olup kanun hükümlerini zorlamaktadır. Onun için eşi füru gibi iade ile yükümlü tutmak doğru olmaz. Yerinde olan görüş, eşin füru karşısında ne alacaklı ne de borçlu olmasıdır. Çünkü : Medenî Kanununun 603/2. maddesi gereğince eş füru sayılmıyacağı için füru, eş hakkında dava açamaz. M.K. 603/1. maddesinde ise eş ve füru birbirine karşı iade ile yükümlü mirasçı olduklarından füru eşten, eşte fürudan iade isteyemez. (40)

2 — İradenin şekli :

a) Kanunda irade beyanının isbatı için bir şekil öngörülmemiştir. (41) Onun için genel kuralların uygulanması gerekir.

b) İrade açık olabileceği gibi dolaylı da olabilir.

c) İrade açıklaması teberru sırasında olabildiği gibi sonra da olabilir. (42)

d) İrade beyanı tek taraflı bir hukukî muamele olduğu için dönülebilir. (43) Müller ise genel görüşe ters düşen bir düşünce tarzı ile iade ile ilgili irade beyanını zımni bir sözleşme niteliğinde gördüğünden, bundan dönülemeyeceğini ifade etmektedirki (44) Bu düşünce herşeyden önce kanunun açık metnine aykırıdır. Öte yandan bu fikir benimsenirse mirası red eden, iade borcundan da kurtulur. (MK. 604)

e) İradenin, teberrua nail olan «teberrudan yararlanan» kişiye karşı açıklanması da gerekmez (45) Üçüncü kişilere söylenmesi (ulaştırılması da) yeterlidir.

f) İrade beyanı açık olmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında (46) dendiği gibi «miras bırakanın iade borcunun ortadan kaldırılması için açık bir

(40) Eren, Mirasta iade Sh. 348-349, İmre Age. Sh. 738, Ayiter Age. Sh. 235.

(41) İmre Age. Sh. 734, Eren, Mirasta iade Sh. 722.

(42) İmre Age. Sh. 734, Ayiter Age. Sh. 235, Eren Mirasta iade, Sh. 721, Y.H.G.K. 17.1.1962 günlü ve 61/6 sayılı kararı. Her ne kadar Prof. Tuor aksi görüşü ileri sürmekte ise de hukuken katılacak bir görüş değildir. (Eren 721).

(43) İmre Age. Sh. 735, Eren Mirasta iade, Age. sh. 724, İsviçre Federal Mahkemesinde aynı görüştedir.

(44) Esas, Mirasta İade 724.

(45) İmre Age. Sh. 735, Eren, Mirasta iade, Sh. 724.

(46) Y.H.G.K. 17/1/1962 günlü ve 61/6 sayılı kararı (karşı görüş İmre Age. Sh. 735).

irade beyanına ihtiyaç olması demek, doğrudan doğruya iade borcunu ortadan kaldırmayı hedef tutan söz, yazı veya işarete ihtiyaç olması demektir. Fakat bunun için belli bir şekilde yapılmış beyana lüzum yoktur. Bu konuda, beyan sahibinin dilediği sözler, hatıra meram anlatma ve vasıtaları kullanılabilir. Yeterki cümlelerin bütününden (Meselâ muhalif mefhumundan) iadeyi birtaraf etme niyeti kesin olarak anlaşılabilir. Beyanın açık olması demek, onun anlamının derhal anlaşılması demek değildir. Başkaca delillere ihtiyaç olmaksızın yorum yolu ile anlamının anlaşılabilmesi de yeterlidir...»

İade konusundaki kurallar tamamlayıcı nitelikte olduğu için «iadede muaf» tutulan kişi, yararına doğan bu haktan feraget edebilir. (47) Bu yoldaki irade beyanı her hali ile anlaşılabilir olmalı, tereddüde yer vermemelidir. Miras bırakan iadede muafiyeti ölüme bağlı bir tasarrufla da emredebilir. (48) Bu tasarruf (vasiyetnamenin şekil eksikliğinden dolayı) iptal edilse bile, iade konusu şekle bağlı olmadığından, vasiyetnamede açıklanan arzu ve irade geçerliğini yitirmez. (49)

g) Kural olarak mansup mirasçılar iade ile yükümlü değildir. Çünkü : Kanunî mirasçı değildirler. Buna rağmen, miras bırakan mansup mirasçı yaptığı kişiye sağlığında ölüme bağlı olmayarak verdiği şeyin terekeye iadesini vasiyetnamesinde açıkça isterse, bu arzusuna uyulmak gerekir. Ancak burada mirasta iade şeklinde bir işlem söz konusu olduğu için değil, Medenî Kanununun 587. maddesi gereğince «Taksim kuralı» öngördüğü için irade gereği yerine getirilir. (50)

j) İade ile yükümlü mirasçılar birden fazla iseler, herkes aldığı teberru oranında sorumlu olup aralarında teselsül yoktur. (51) Çünkü : Teselsül ya kanundan veya sözleşmeden doğar. (BK. 141) Oysa olayda sözleşme zaten yoktur. Kanunda ise açıklık bulunmamaktadır.

k) Miras bırakanın, başkasının mal varlığından yaptığı teberru iadeye tabi değildir. Çünkü : Kendi terekesi eksilmemiştir. (52)

(47) Eren, Mirasta iade Sh. 725.

(48) İmre Age. Sh. 735, Ayiter Age. 235, Berki Aeg. Sh. 297.

(49) İmre Age. Sh. 735.

(49) İmre Age. Sh. 735.

(50) İmre Age. Sh. 735.

(51) Eren Mirasta iade 350.

(52) Eren, Mirasta iade, Age. 357.

3 — İspat Şekli :

İadedden muafiyetin isbat şekli bakımından kanunda bir açıklık olmadığına göre, genel kuralların uygulanması gerekir. Kanunda «iadedden muafiyet» konusunda açık irade beyanından söz edildiğine göre, bunun tanıkla isbatının mümkün olmaması gerekir. Aksi halde tanık beyinnesi gibi her zaman güvenilemeyen bir delille ölenin arzusu dışında bir sonuca ulaşılması gibi haller doğabilir. Nitekim kazaî ve ilmî içtihatlar bu sakıncayı da gözeterek tanıkla isbat yasağı konusunda birleşmişlerdir. (53) Esasen Usulün 290. maddesi de özellikle taşınmazlar yönünden tanıkla isbat imkânını ortadan kaldırmaktadır. Aralarındaki sözleşmeyi yazılı yapma zorunluğunda olmayan kişilerin (H.U.M.K. 293) başka bir isbat yolunu seçmiş olmaları halinde, savunma ve buna bağlı diğer iddiaları tanıkla isbat imkânı ortadan kalkmış olur. Çünkü : Miras bırakan ile füru tapuda mülkiyeti, kanun gereği de olsa, yazılı şekilde devir ettiklerine göre bunun «iadedden muafiyetinin de» tapu kaydına yazılması veya o değerde başka bir belge ile tesbit olunması gerekir. Şu halde tanıkla isbat imkânı yoktur. Ancak bu demek değildir ki iadedden muafiyet her halde bu konuda düzenlenen bir belge ile isbat olunacaktır. Matufiyetinde tereddüt hasıl olmayacak derecedeki hukukî işlem ve davranışlarda delil olarak kabul edilebilir. (H.G.K. 17/1/1962) günlü ve 61/6 sayılı kararı).

B — KANUNEN İADEYE TÂBİ TEBERRULAR :

Şimdiye kadar miras bırakanın iradesi ile iadeye tâbi teberrularını açıkladık. Bu kez kanunen iadeye tâbi teberrularını belirtelim.

Medenî Kanununun 603/2. maddesinde (Füru lehine bahşedilen cihaz, tesis masrafı, borçtan ibra suretiyle ve bu kabilden sair suretle bahşedilen menfaatler iadeye tâbidir. (54) hükmü yer almaktadır.

Bu maddede yazılı olanlar, tahdidî değildir. Örnek olarak gösterilmişlerdir. (55) Onun için akla gelen aynı nitelikteki başka teberrular da maddenin kapsamına girer. Nitekim, bu sebepledir ki

(53) İmre Age. Sh. 735, H.G.K. 10/5/1971 günlü 9/23 sayılı kararı, Yargıtay 2. H.D. 12/6/1975 günlü ve 3730/5379 sayılı kararı.

(54) Eren, Mirasta iade, 725, İmre Age. 748, 603/2. maddenin İsviçre metninde ayrıca «mamelek terkinden» söz edilmektedir. Ancak bu eksiklik M.K. 507/1. maddesinde «mal terki» deyimini ile giderilmiş sayılır. (Eren Age. Sh. 725).

(55) Y.2.H.D. 23/12/1943 günlü ve 3628/3942 sayılı kararı - Y.2.H.D. 1/3/1966 günlü ve 210/1200 sayılı kararı, A.H. Berki Age. Sh. 296.

Sayın İmre, çeviri eksikliği sonucu metne alınamıyan «ibra» nın da iadeye tâbi olacağını savunmaktadır. (56) Herne kadar metni, tahdidî sayanlar (57) var isede bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü : Metinde (Sair suretle..) ibaresi yer almıştır. Bu açıklığa rağmen maddeyi sınırlı saymak gereksiz bir yorum tarzı olur.

Bir noktayı işaret etmekte yarar, hattâ zorunluk vardır. Medenî Kanununun 609. maddesinde «mutad hediyeler iadeye tâbi değildir.» denmiş bulunduğuna göre 603/2. maddeyi bu ayırık hükmün ışığı altında değerlendirmek gerektir. O halde kanunen iadesi gereken teberrular nelerdir ?

1 — Tesis masrafı : (İşkurma)

Tesis deyimi ile kurulu bir düzeni geliştirmek veya batmaktan kurtarmak amacı ile miras bırakanın furuuna yaptığı teberrular anlatılmış olup bunlar kanun gereği terekeye iade olunur. Burada kadın erkek farkının gözetilmiyeceği şüphesizdir. Çünkü teberruun amacı, çocukların ekonomik bağımsızlığa kavuşmalarını sağlamak, eşitliğin bozulmasını önlemektir. (58) Tesis kavramına, otel, gazino, yazıhane, muayenehane, modaevi herçeşit ticari işletme girer.

2 — Cihaz :

Halk dilinde çeyiz olarak yerleşen cihaz, *kanunun, alanı iade ile yükümlü kabul ettiği teberrulardandır.* Genellikle bu deyim kızlar için kullanılmakta isede, bu tür yardımın amacı, evlilik birliğinin kurulmasını sağlamak olduğuna göre, erkeklere yapılan yardımların ayırık tutulması imkânsız olduğu gibi, eşitlik ilkesini de zedeler. (59)

Nikâh, düğün sırasında ve sonra yapılan balayı masrafları, gelinlik, yüzük ve benzeri hediyeler Medenî Kanununun 609. maddesinin amacı içine giren mutad hediyelerden olduğundan M.K. 603/2. maddesinin kapsamı dışında kalıp iadeye tâbi değildirler. Açılan bir hesaba yardım için para yatırılması ise «Mutad hediye» değil, cihaz niteliğindedir. (60)

(56) İmre Age. Sh. 748, Y.2.H.D. 16/12/1948 günlü ve 3464/5909 ve 1/3/1966 günlü ve 210/1200 sayılı kararları da bu doğrultudadır.

(57) J. Müller, Moser gibi (İmre Age. Sh. 749).

(58) Şener Age. Sh. 20, Ayiter Age. Sh. 237, Belgesay Age. Sh. 111, Eren, Mirasta iade 727, İnan Age. Sh. 404.

(59) Şener Age. Sh. 20, Eren, Age. Sh. 727, Ayiter Age. Sh. 237, İnan Age. Sh. 404.

(60) İnan Age. 404.

3 — Mal terki :

Yukarda açıkladığımız gibi (61) Medenî Kanununun 603/2. maddesi tahdidî olmadığı için metinde yer almamış olmakla beraber, mal terki (mâmelek devri) de iadeye tâbidir. Bunun amacı, mirasçının durumunu düzeltmek ve mal varlığını artırmaktır. (62)

Miras bırakanın, geçim sıkıntısı çeken çocuklarına belirli yardımda bulunması devamlılık ifade ettiği takdirde iadeye tâbi olması gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi, reşit çocuğun tedavisinin yaptırılması halini bu anlamda bir yardım olarak kabul edip iadeye tâbi tutmuştur. (63)

4 — Borçtan Kurtarma ve İbra :

Miras bırakan, her zaman doğrudan doğruya bir şeyler vererek mirasçıya teberruda bulunmaz. Bazen, çocuğundaki alacağından vazgeçerek, (Kanunî deyimi ile ibra) ederek onun mal varlığını artırmış olur. İbra tamamen karşılıksız olacağı gibi kısmen ıvazlı da olabilir. Her iki halde de hukukî nitelik aynıdır. Değişen husus, eksilen borcun para olarak karşılığıdır.

Bazan miras bırakan, mirasçının 3. kişilere olan borcunu ya öder, ya devir alır ya da kendi alacağı ile takas eder. Bütün bu işlemlerle mirasçının mal varlığı artar. (64)

Mirasçının borcu terekenin alacağı demektir. Onun için ölüm halinde mirasçı borcunun, terekedeki miras payına mahsup edilmesini istemek hakkına sahiptir. (M.K. 593) Yani mirasçının borcu terekenin alacağı olarak aktife ilâve edilir. İbra ile de iade borcu doğar (M.K. 603/2) Bu bir çelişki değilmi ? Soruya olumsuz cevap verme uygundur. (65) Zira ibra ile mirasçı, ömür boyu minnetten ve faiz ödemekten kurtulur. Ayrıca (M.K. 605) uyarınca seçim hakkı kazanmış olur. O halde çelişki söz konusu değildir.

Zaman aşımına uğrayan borcu miras bırakan, mirasçının isteği ile öderse iadesi gerekir. Şayet mirasçının muvafakatını almadan ve bilerek öderse iadeden muaf tutmuş sayılır. Çünkü : Mirasçının mal varlığı artmamış olur. (66)

(61) III 1 - B.

(62) Şener Age. Sh. 21, B.K. 180, M.K. 507/1, İmre Age. 269 - 271, Eren Mirasta iade, Sh. 728, Eren, tenkis davaları Sh. 74.

(64) Eren Age. 729 - 730 Ayiter Age. Sh. 237 Berki Age. Sh. 296 - Yargıtay H.G.K. 15/1/1947 günlü ve 27/1 sayılı kararı.

(65) Eren Age. Sh. 729.

(66) Eren Age. Sh. 729 - 730.

C — KANUNEN İADEYE TÂBİ OLMAYAN TEBERRULAR :

a) *Hediyeler :*

Medenî Kanununun 609. maddesinde mutad (Adet üzere) verilen hediyelerin terekeye iade edilmeyeceği ilkesi öngörülmüştür. Bu öylesine makul bir kuraldırki, üzerinde durmaya bile değmez. Ancak, kapsamında dikkatli olmak zorunludur. Zira, MK. 603/2 ile bu madde çok kez birbirine karıştırılmaktadır. Onun için birkaç söz söylemekte yarar görüyorum.

Herşeyden önce bu hediye, gerektiği zaman ve uygun vesilelerle yapılmalıdır. Düğün töreninde doğumda, bayramda ve diploma alma ve başarılı imtihanlar ve yarışmalar, evlenme ve yaş günleri ve benzeri olaylarda verilen hediye olmalı. Hediye miktarı ve cinsi bu olaylara uygun düşmeli, ekonomik kalkındırma amacı gütmemeli. Aksi halde verilenler, niteliğine göre tesis masrafı, cihaz kapsamına girerki iadeye tâbi olur. Hediye, olağanın «Alışılmanın dışında» olup şahsî sempatinin sınırını aşarak yardım niteliğini alırsa tümü terekeye iade olunur. Yani, makul ölçüde bir miktarı indirime tâbi tutulmaz. (67)

İsviçre Federal Mahkemesinin haklı olarak, kabul ettiği gibi, ölüme bağlı bir tasarrufla hediyelerin terekeye iadesi emredilse bile bu arzu geçersizdir. Böyle bir şart batıl olur. (68)

Kumar borcu nakıs borç olduğu için, bunu ödeyen muris, mirasçığı «iadeden muaf» tutmuş sayılır.

b) *Eğitim ve öğretim giderleri :*

Kanun koyucu çocukların yetişmeleri için yapılan olağan ve akla uygun masrafların tutarı ne olursa olsun iade edilemeyeceği ilkesinden hareket etmekle (M.K. 608) İnsan tabiatına uygun bir düzenleme yapmıştır. Şimdi bu konuda öngörülen ölçülere gözatalım.

aa) Herşeyden önce bu hüküm sadece çocuklar içindir. Onun dışındaki mirasçılar MK. 608/1. maddesinin kapsamına girmez. Torunlar da ayırık tutulmuştur. Çünkü : Metinde fûru değil, çocuk deyimine bilinçli olarak yer verilmiştir ki (69) bu, velâyet hakkı-

(67) Eren Mirasta iade, 735 - 736 İmre Age. 732 - 733, İnan Age. 406, Berki, Age. 301.

(68) İmre Age. 733 (Federal Mahkemesinin 1951 deki bir kararı).

(69) İmre Age. Sh. 764 Eren, Age. Sh. 733.

nın da tabii ve kaçınılmaz sonucudur. (MK. 261) Aksini ileri süren görüşe (70) Kanunun açık metni gerekli cevabı vermektedir.

bb) Olağan ve özellikle miras bırakanın ekonomik ve sosyal seviyesine uygun masraflar iadede ayrı tutulmuştur. Bu itibarla, diğer çocuklar için eşitlik ilkesini aşırı derecede zedeleyen, ailenin öteki fertlerini geçim sıkıntısına düşürecek onları gereksiz fedakârlığa zorlayan ölçülere varan masraflar bu hükmün amacı dışında kalıp iadeyi gerektirir. (71)

cc) Bu görev rüşt yaşı ile sınırlı değildir. Çünkü yüksek öğrenim yapılması idealdir. Bu ise herhalde rüşt yaşını aşar. İsviçre'de 20 yaşını bitirmekle kişi reşit olacağı için, orada bu konu bir ölçüde değerini yitirebilir. Ama bizde 18 yaş ancak orta öğretim yani liseyi bitirmeye elverişli bir yaş sınırındır. Bununla beraber ana, babanın görevi, çocukları bir meslek sahibi edinceye kadar devam eder. (72) Federal Mahkemenin aksine beliren görüşüne (73) katılmıyoruz. Çünkü ana ve babanın bu tür masraf yapması kanunî görevidir. (MK. 315) Çocuk yardım nafakası isteyebilir Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı bu doğrultudadır. Bu öylesine belirgindir ki örnek karar vermeyi bile gereksiz buluyorum. Öte yandan, yardım nafakası söz konusu olmasa bile, yapılan makul ölçüdeki yardım ahlakî bir görevin yerine getirilmesi olup verilen şey geri istenemez. (BK. 62) Yani iade söz konusu olamaz.

Doktrinde hakim olan görüşe ve bizim de inancımıza nazaran, çocukların kabiliyetlerine göre tahsilleri bitinceye, hattâ gerekirse doktora ve uzmanlık gibi ek eğitim dahi tamamlanıncaya kadar yapılan masraflar iadede muafıdır. (74)

Bir noktaya işaret etmekte yarar ve zorunluk vardır. Çocuk düzenli bir eğitim içinde değilse, meselâ normal olarak okumuyor, sık sık sınıfta kalıyorsa, zorlamalı bir okumanın masrafı diğer kardeşlere yüklenemez. Yapılan masrafı iade ile yükümlüdür.

(70) ESCHER, torunların da bu madde kapsamına girdiğini savunmaktadır. (Eren Mirasta iade Age. Sh. 734).

(71) İmre Age. Sh. 765, Eren Sh. 733.

(72) Eren Mirasta iade 733, Gönensay - Birsen Age. Sh. 338.

(73) Gönensay - Birsen Age. Sh. 338 (Federal Mahkemenin 25/9/1950 günlü kararı) Eren Mirasta iade 733.

Not : Sayın Eren Federal Mahkeme kararını teyiden ünlü hukukçu Egger'in eserine atıf yapmakta ise de, Egger, aile hukuku, Çağa tercümesi, cilt : 2, sh. 66, no.5 de bu görevin, tahsil sebebi ile rüştten sonra da devam edebileceğini açıkça ifade etmektedir. Bir çeviri yanlışlığı yoksa Egger Federal Mahkemeyi desteklemektedir.

(74) Eren, mirasta iade, age. sh. 733, Y.2.H.D. 29/5/1951 günlü ve 2017/4115 sayılı kararı.

dd) Çocuklar arasındaki eşitliğin bozulmaması gerekir. Yani tüm çocuklar parasız okulda okurken birinin paralı okulda okutulması veya hepsi Türkiye'de tahsil yaparken, özel kabiliyeti olmadığı halde, bir çocuğun aynı seviyedeki bir okula yabancı memlekette devam ettirilmesi halinde yapılan masraflar olağanın dışında olduğu gibi, miras bırakanın da görevini (MK. 261, 265, 608) aşan bir masraf olup buna çocuk katlanmalı, böylece, diğer kardeşlerinin malî imkânlarını kendisi için kullanma durumu ortadan kaldırılmalıdır.

O halde olağanın (mutad') ın dışında her masraf iadeye tabidir. (75) Buna rağmen miras bırakan açık iradesi ile bunun aksini öngörülebilir. O takdirde MK. 603/2. maddesi hükümleri uygulanır.

ee) Olağanı aşan masrafın iadesini bazan miras bırakan bile arzu edebilir. Ve bu yolda bir irade açıklanmasında bulunabilir. Bununla beraber, miras bırakan, zımnen veya davranışları ile de iade arzusunu belirtmiş olabilir. Buna cevaz vardır. (76)

ff) Miras bırakan mutad (olağan) masrafın terekeye iadesini isteyemez. (77)

gg) Henüz öğretim ve eğitimlerini tamamlamamış çocukların muhtemel masrafları tazminat olarak terekeden indirilir. (MK. 608) Bu, eşitliğin sağlanması, kanunî görevin (MK. 261, 265, 608/2) yerine getirilmesinin bir gereğidir. Aksini düşünmek bu çocukların kendi mal varlıklarını harcamaya ve böylece miras bırakanın erken ölümü yüzünden terekeden dolayısıyla az pay almalarına yol açar. Diğer deyimle erken doğanların mal varlığı, geç doğanlarıninkinin aleyhine artırılmış olur. Onun için Medenî Kanunun bu hükmü insancıl, makul ve mantıkîdir.

Bu kural emredici olduğu için miras bırakanın aksine bir irade beyanı geçersizdir. (78)

Bir noktaya işaret edelim. Taksim sırasında tazminat istenmemiş olması feragat anlamına gelmez. (79)

Aslında Medenî Kanunun 608/2. maddesinin mirasta iade ile ilgisi yoktur. Bu hüküm taksim bölümünde yer almalıydı. Ama ne-dense 608/1. maddenin tamamlayıcısı şeklinde nitelenerek aynı

(75) İmre Age. 765, Eren, 733, Gönensay - Birsen Age. 338.

(76) İmre Age 765.

(77) Eren Mirasta iade Age. Sh. 734.

(78) Eren, Mirasta iade 735, İmre Age. Sh. 768/c.

(79) İmre Age, 768, Y.2.H.D. 19/9/1946 ve 5538/3642 sayılı kararı, Gönensay - Birsen Age. Sh. 338.

maddede yer almıştır. Bununla beraber, yeri nerede olursa olsun niteliği değişmez.

hh) *Sakat çocuklar için kabul edilen tazminat*, tamamen insancıl düşüncelere dayanmakta olup onlara verilmesi öngörülen tazminat ailede dayanışma fikrine istinat etmektedir. Ve bu çok uygun bir düşünce ürünüdür. (80) Şüphesiz, miras bırakanın bu kuralın aksini belirten tasarrufları geçersizdir.

MK. 608. maddesindeki «münasip tazminat» yerine kaynak İsviçre Kanununda olduğu gibi «hakkaniyete uygun tazminat» deyimine yer verilmesinin daha doğru olacağı (81) yolunda sayın İmre'nin düşüncesine katılıyoruz. Bununla beraber gerektiğinde, kaynak kanun esas alınabileceğine göre, (20/9/1950 günlü ve 4/10 sayılı içtihadı birleştirme kararı) metni o yolda uygulamaya engel yoktur. Kaldığı «münasip» deyimini geniş kapsamlı olup «hakkaniyeti» de içine alır.

Bu tazminat irat şeklinde de verilebilir. (82)

ıı) *Gelirini veya emeğini aileye bırakan reşit çocuklar :*

Reşit çocuklar ailesi ile birlikte oturuyor, gelirlerini onlara veriyor veya ailenin işinde parasız çalışıyorlarsa, bu katkıları yüzünden elbette terekenin aktifi fazlalaşmış olacaktır. Çocuk gerek gelirini, gerekse emeğinin karşılığını aileye bağışlamamış ise tereke bir yandan artarken öbür yandan çocuğa borçlanmış olurki, artış görünüşte olup, gerçekte çoğalmış sayılamaz. İşte bu durumda terekenin taksimi ile ilgili bölümde bir düzenleme yapılması gerekir, mirasta iade faslında hüküm konmuştur.

a) Çocuk emeğinin para ile ölçülebilen karşılığını veya doğrudan doğruya elde ettiği geliri bağışlamış ise birbirine karışmış mamelek söz konusu olmayıp bir mal varlığı vardır. O da ana veya babanın terekesidir.

b) Eğer bağışlama olmamış ise birbirine karışan iki mamelek söz konusu olurki, bunların ayrımındaki güçlük gözetilerek reşit çocuğa taksim sırasında tazminat isteme hakkı tanınmıştır. (MK. 610)

Reşit çocuğun bu davranışı ile artan terekeden kendisine tazminat verilmeyipte tümü taksim edilirse, bu çocuk zararlı, öbür-

(80) İmre Age. Sh. 767 Eren Mirasta iade 735.

(81) İmre Age. Sh. 767.

(82) İmre Age. Sh. 767.

leri ise kârlı çıkar. İşte böyle haksız bir durumun önlenmesi için kanun koyucu tedbir alırken sırf maddî amaç gütmemiş, aile bağlarını sarsmamak, dayanışma, ortak çalışma ile ekonomik güç yaratmak ve benzeri düşüncelerden hareket etmiştir.

Kanun yapıcı, reşit çocuğu sırf tazminat hakkına nail kılmayı yeterli görmemiş ailedeki ekonomik sıkıntılar karşısında pek haklı olarak bazı dava hakları ile de onu donatmıştır. Şöyleki : Bağışlama amacı taşımadan emeğinin karşılığını veya gelirini aileye fiilen bırakan reşit çocuk, miras bırakanın iflas etmesi halinde masadan alacağını isteme imkânına sahip kılındığı gibi, miras bırakan hakkındaki hacze alacaklı olarak katılabilme hakkına da sahip kılınmıştır.

Öte yandan reşit çocuk MK. 610. maddesi gereğince, taksim sırasında miras payından ayrı olarak tazminat ister. (83)

Şayet çocukla ana babası arasında hizmet sözleşmesi mevcut olup ücret karşılaştırılmışsa MK. 610. maddesi uygulanmaz. Tereke alacaklısı olarak çocuk biriken ücretinin tamamını ister.

Bu hak ölümden sonra kullanılabilir. Çocuk daha önce dava açıp o güne kadar yaptığı hizmet veya fiilen verdiği paraların karşılığını isteyemez. Çünkü : Medenî Kanununun 610. maddesi tereke-den tazminat isteme imkânı vermiştir. Bu talikî şarttır. (BK. 149) Şart gerçekleşmedikçe alacak hakkı doğmaz. Reşit çocuk gelirini ve emeğini, *ölüm talikî şartına bağlı olarak aileye tahsis etmiş* taraflar arasında bu yolda zımni bir sözleşme yapılmıştır. Medenî Kanununun 321. maddesi, bu şartı ortadan kaldıran diğer bir deyimle alacağı ölümden önce muaccel kılan bir hüküm değil, tahdidî olarak konmuş koruyucu bir hükümdür. Onun için aksi görüşü benimsemek mümkün değildir. (84)

Bu hak, çocuklara tanınmıştır. Metinde füru deyimini yoktur. Bu itibarla, torunlar tazminat isteyemezler. Çocuk, deyimine nesebi sahîh olsun olmasın tüm çocuklar girer. Evlatlıkta bu hakka sahiptir.

Birlikte oturma, ölüm gününe kadar olmasa bile tazminat istenebilir. Hal böyle olunca, askerlik ihtisas ve benzeri sebeplerle

(83) İmre Age. Sh. 769, Eren Mirasta iade Age. 735, Gönensay - Birsen Age. 339, Yargıtay H.G.K. 18/4/1962 günlü 37/32 sayılı kararı, Yargıtay 2.H.D. 16/5/968 günlü 2517/3198 sayılı kararı.

(84) İmre Age. Sh. 768 (Bu konudaki tartışmaları belirtmekte, ancak açıkladığım görüşe katılmaktadır) Gönensay - Birsen Age 340.

birlikte oturmaya ara verilmesi de tazminat hakkını ortadan kaldırmaz. (85)

Reşit çocuğun gelirini vermesine veya ücretsiz olarak ailenin işlerinde çalışmasına rağmen ölüm zamanında terekede artış olması halinde bile mevcuda göre tazminat istenebilir. (86)

Meskenin ayrı olması, ama işlerin birlikte yürütülmesi halinde de tazminat hakkı doğar.

Gelirin tümü, emeğin tamamının tahsisi de gerekli değildir. Bunlar kısmen verilse de tazminat istenebilir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. (87)

Hak, tazminatla sınırlıdır. Terekeden onun yerine mal veya başka şey istenemez. (88)

Alacak, ölümlü doğar. Muacceliyet, yani, isteme hakkı ise taksimle başlar. (89)

Tazminat alacağı terekenin borçları ile bir araya geldiğinde, önce borçlar ödenir. Geriye kalandan tazminat ödenir. Çünkü : Medenî Kanununun 543. maddesinde miras bırakanın alacaklılarına öncelik tanınmıştır. (90)

Mirasçılar tazminatı miras payları oranında öderler. Aralarında teselsül yoktur. (MK. 582, 616) kişisel sorumlulukları mevcut değildir. Tereke mevcudu ile tazminattan sorumludurlar. (91)

Tazminat MK. 608 de olduğu gibi «münasip» diğer deyimle hakkaniyete uygun olarak mahkemece tayin edilir. (92)

İmre, bilirkişi aracılığı ile tazminat tutarının tesbitine karşı koymakta, hâkimin doğrudan doğruya bunu belirlemesi gerektiğini, ancak gerekirse istişarî nitelikte bilirkişinin görüşünü alabileceğini ileri sürmektedir. (93) Zaten «Yargıtay kararlarındaki bilirkişi» deyimini H.U.M.K. 275. maddesinde yer alan «Fen ve ihtisası yani uz-

(85) İmre Age Sh. 773 - 774, Gönensay - Birsen Age Sh. 340, Y.2.H.D. 4/7/1950 günlü ve 5636/3421 sayılı kararı.

(86) Gönensay - Birsen Age Sh. 340 (Y.H.G.K. 28/3/951 günlü ve 49/18 sayılı kararı.

(87) İmre Age Sh. 774.

(88) İmre Age 776.

(89) İmre Age 777.

(90) İmre Age 778.

(91) İmre Age 778.

(92) İmre Age. 779 Y.H.G.K. 18/4/1962 günlü 37/32 kararı Y.2.H.D. 16/5/1968 günlü 2517/2198 sayılı yine Y.2.H.D. 6/6/1966 günlü 3272/3315 sayılı kararı.

(93) İmre Age Sh. 779.

manlığı» gerekli kılan bilirkişi anlamında kullanılmamaktadır. Elbetteki bilirkişi belli hesapları yapıp hâkime bildirecek, o da hakaniyete (MK. 4) göre bir miktarı tazminat olarak kabul edecektir. Ama dilerse kendisi de gerekçelerini açıklıyarak ve Yargıtay'ın kontrolüne imkân verecek hesaplarla tazminat tutarını tesbit edebilir. Nitekim Sayın İmre Yargıtay'ın 2. Hukuk Dairesinin 9/12/1943 günlü 6830/6054 sayılı kararının bu yolda olduğuna da işaret etmiştir.

Reşit çocuk tazminatını, ana, babadan hangisi aile masrafları ile yükümlü ise ondan ister. Genellikle bu, babadır. (MK. 152) Pek istisnaî hallerde ana da alabilir. (94)

Reşit evlât'ın tazminat hakkı miras bırakan tarafından kısıtlanamaz, ortadan kaldıramaz. Çünkü : 610. madde bu yönü ile emredici olduğu gibi, zaten zımnî de olsa sözleşmeye dayanan bir alacak hakkı, tek taraflı olarak hükümsüz bırakılamaz. (95)

Reşit evlat miras bırakandan önce ölürse tazminat hakkı kendi mirasçılara geçer. Çünkü : Şarta bağlı alacak niteliğindeki tazminat, şart gerçekleştiğinde reşit çocuğun terekesine girer. Onun için mirasçuları tazminat isteyebilirler. Bir kısım hukukçuların bu hakkı fûrua inhisar ettirmelerine katılmıyoruz. (96) Hele intikali tamamen önleyen görüşü ise hiç benimsemiyoruz.

Tazminat, miras payından ayrı bir hüviyet taşıdığı için doğmuş tazminat hakkı başlı başına temlik edilebilir. (97) Sayın İmre'nin bu hakkın miras hakkı ile birlikte temlikinin gerektiği yolundaki görüşüne ise yukarıda açıkladığımız gerekçelerle katılmıyorum.

V — SEÇME HAKKI :

İddia gerçekleştiğinde davalı, yani, teberrudan yararlanan mirasçı, dilerse aldığı geri verir, isterse onu alıkor, bedelini miras payına mahsup eder. (MK. 605)

Bu kural düzenleyici (tamamlayıcı) nitelikte olduğundan miras bırakanın aksine bir tasarrufu geçerlidir (MK. 605/2).

Teberru edilenin değerinin miras payından fazla olması seçme hakkını kullanmaya engel değildir. (MK. 605/1)

(94) İmre Age. Sh. 779.

(Not : Bu konudaki Federal Mahkeme kararı için imre Age. Sh. 779-781 de ayrıntılı bilgi verilmektedir.

(95) İmre Age Sh. 781).

(96) İmre Age Sh. 782.

(97) İmre Age Sh. 782.

Davalı seçme hakkını kullanmazsa bu hak davacıya geçer. Davalı duruşmalarda bulunmuyor, daha doğrusu gıyapta yargılama yapılıyorsa, kendisine seçme hakkını kullanmak üzere tebliğ yapılır. Tebliğ belgesinde, gelip hakkını kullanmaz veya gelmezse, bu hakkın davacı tarafa geçeceği yazılır.

Bunun benzeri olan 506. madde gereğince Yargıtay Kararları bu konuda da geçerlidir. (98)

Davalı teberruun kısmen bedel ve kısmen mal olarak yapılması şeklinde bir seçme yapamaz. Zira 605. madde tüm iadeyi öngörmüştür. (99)

Kullanılan seçme hakkından dönülemez. Çünkü : Bu hak vusulu muktazi (Ulaşması gerekli) yenilik doğuran haklardan olup öbür taraf öğrendikten sonra dönülmesi mümkün değildir. İradeyi sakatlayan sebeplerle dönme hakkı saklıdır. (100)

Tarafların rızası ile seçme hakkı bir sözleşmeye bağlanabileceği gibi, (101) Miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufla düzenlediği iade şekli dahi sözleşme ile değiştirilebilir. (102)

VI — DEĞER TESBİTİ :

Teberru edilen malın ölüm günündeki değeri iadeye esas olur. (MK. 607) mal elden çıkmış ise çeşitli ihtimaller hatıra gelebilir.

1 — Mal bedelsiz elden çıkarılmış yani, mirasçı bunu başkalarına bağışlamış olur. Bu halde mal elde imiş gibi ölüm günündeki değeri iade hesabına esas alınır.

2 — Mal kazaya uğrayarak (sel, yangın, zerzele, gibi sebeplerle mirasçının kusuru olmadan) elden çıkmış ise iade borcu düşer.

Şayet yangın, su basması ve benzeri haller başkasının eylemi ile meydana gelmiş ve mirasçı da onlardan tazminat veya bu yüzden sigorta bedeli almış ise bunların tutarı iadeye esas olur.

Eğer mirasçının kusuru ile mal telef olmuşsa, ölüm günündeki gerçek değeri (102a) iade olunur.

(98) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14/3/1972 günlü ve 1956/1526 sayılı kararı. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11/5/1972 günlü ve 2831/2982 sayılı kararı. Eren Mirasta iade, 741, İnan, Age. 408, Belgesay Age. Sh. 250, Gönensay - Birsen Age. Sh. 333.

(99) İmre Age Sh. 757, Eren Mirasta iade, Age, 741.

(100) Eren Mirasta iade 771, Yargıtay 2.H.D. nun 15.3.1976 günlü ve 2065/2556 sayılı kararı.

(101) Eren Mirasta iade 741.

(102) İmre Age, Sh. 757.

(102a) A. H. Berki Age Sh. 299.

3 — Mirasçı teberrua konu şeyleri satmış ve satış normal şartlar altında yapılmış ise satış bedeli iade olunur. Şayet elverişsiz zaman ve şartlarla ve kendi ihmali ile değerinden aza satmışsa yine ölüm günündeki gerçek değerini iade zorundadır. (102b)

4 — Teberru olunan şey kamulaştırılmış ise, kamulaştırma bedeli iadeye tâbidir. Eğer 6830 Sayılı Kanuna göre süreyi geçirip bedelin artırılması davası için dava açmamış, ya da bilerek bu yolu seçmemiş ise, açılacak davada başarılı olma ihtimali varsa, tesbit olunacak muhtemel bedel iade olunur.

5 — Teberru edilen mal, mülkiyetin gayri aynî haklarla (intifa, irtifak, gayri menkul mükellefiyeti gibi) takyid edilmiş ve değeri düşmüş ise bu kayıtlar olmamak şartı ile ölüm günündeki muhtemel değerleri iadeye esas alınır. (103)

6 — Malın kendiliğinden, normal kullanma ve zaman geçmesi gibi sebeplerle değeri artmış veya azalmış olsa bile ölüm günündeki gerçek değeri iade olunur.

7 — Teberru alan mirasçı iyi niyetli zilyet olduğu için :

a) O maldan elde ettiği tabî ve medenî semereleri iade ile yükümlü değildir. (MK. 906/1)

b) Kusuru dışında meydana gelen zarar ve ziyandan sorumlu değildir. (MK. 906/2)

c) Malı onarmış ve kullanma şeklini değiştirmiş ise, iyi niyetle yaptığı masrafı isteyebilir. (MK. 907/1)

Medenî Kanununun 508. maddesi ile 607. maddelerinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuca ve Yargıtay'ın haklı olan uygulamalarına göre, kendisine iadeye tabi mal verilen kişi onarımda bulunmuş yada kullanım şeklini değiştirmiş olsa bile teberru günündeki niteliklerine göre ölüm günündeki değerinin terekeye eklenmesi gerekir. (104) Bu itibarla faideli giderlerin aynen alınması düşünülmeyebilir. Kaldığı bu yola başvurulursa sebepsiz iktisap kuralları karşısında ya tereke ya da mirasçının zararına bir durum meydana ge-

(102b) Y.2.H.D. 15/12/1949 günlü 4992/6188 sayılı kararı, Berki, Age, 300.

(103) İmre Age. Sh. 762 - 763, Eren Age Sh. 740 - 741 Gönensay - Birsen Age 336 - 337.

(104) 2.H.D. 11/3/1976 günlü 1856/2131 sayılı kararı ve Y.2.H.D. 25/6/1971 günlü 4120/4129 sayılı kararı, Y.2.H.D. nin 25.5.1973 günlü ve 3553/3461 sayılı kararı, Y.H.G.K. nun 5.12.1962 günlü ve 130/68 sayılı kararı.

Bu gibi hallerde o şeyin onarımlı onarımsız değeri bulunup aradaki fark tesbit edilmekte, yapılan gerçek masraf ile kıyaslanmakta, masraf aradaki farktan azsa, onun ödetilmesine, masraf çoksa, onarımlı onarımsız değer arasındaki farkın tahsilî öngörülmektedir.

lebilir. Nitekim bunun benzeri sayılan paylı taşınmazda bir paydaşın yaptığı masrafın ötekilerinden istenmesine ilişkin davalarda bunlara rastlanmakta, onun için sebepsiz iktisabı önlemek üzere bir yol izlenmektedir. Bu kuralın iadede uygulanması düşünülemez. Çünkü : 607. madde açıkça ölüm günündeki değerden söz etmektedir. Anılan kural mirasçının yaptığı onarım dolayısıyla terekeden alacak istediği zamanlarda uygulanabilir. Bu bakımdan onarım ile ilgili olmak üzere Sayın İmre ve Eren'in görüşlerine katılmıyoruz. (105)

Gerçekten teberru olan mirasçı iyi niyetli olmakla beraber, seçimlik hakkını kullanarak malı geri vermeyi kabul ederse MK. 907. maddesi gereğince hapis hakkı yoktur. Çünkü : Hapis hakkı, arzusu dışında malı elinden alınan iyi niyetli zilyedin korunması için öngörülmüştür. Öte yandan olayda, mal terekeye iade edilmekle, miras şirketinin üyesi olarak kendisi o malın esasen iştirak halinde de olsa maliki durumuna girmektedir. Diğer taraftan, daha teberru sırasında geri verme borcu altına girdiği için, ihtiyari ile yaptığı masraftan ötürü hapis hakkı tanınması mümkün değildir. Bu bakımdan hapis hakkını öngören görüşlere (106) katılmıyoruz.

VII — İADE ŞEKLİ :

Mirasta iade iddiası gerçekleştiği takdirde, davalı dilerse aldığı şeyi terekeye iade eder, dilerse teberru olunanın ölüm günündeki değerinin mahsubunu ister. Ancak, miras bırakan buna aykırı bir kuralın uygulanmasını isteyebilir. (MK. 605, 607)

Öyle ise, ilk iş olarak, dava konusu şeyin ölüm günündeki değeri de terekenin aktifine eklenmek suretiyle net tereke tutarı tesbit olunup buna göre davalının kanunî miras payı hesaplanır. Ondan sonra davalıya yapılan teberruun ölüm günündeki değerine bakılır. Eğer bu değer miras payından az ise mahsubuna karar verilir.

Şayet iadesi gereken şeyin ölüm günündeki değeri *davalının miras payından çok olup, miras bırakan bu fazlalığın ona kalmasını istemiş ise diğer mirasçıların tenkis davası açmak hakları saklı kalmak üzere bu fazlalık geri verilmez.* (MK. 606) Eğer miras bırakanın az önce açıklanan bir arzusu yoksa teberru olan şeyin

(105) Y.2.H.D. 26/9/1974 günlü 4478/5283 sayılı ve benzeri kararları, İmre Age 752, Eren Mirasta iade 741.

(106) Eren, Age, Sh. 741.

değerlerinden, davalının miras payını aşan bölümünün davacılara miras payları tutarında ödenmesi lâzım gelir. (107)

Yukarıda açıkladığımız gibi kullanılan seçme hakkına göre iade şekli belirlenir.

1 — Aynen iade kabul edilmiş ise mal terekeye intikal eder. Mirasçı taksim sonucuna göre payını alır.

2 — Eğer bedel verilme yolu seçilmiş ise,

Teberru olunanın değeri yukarda açıklanan ilkeler çerçevesinde tesbit olunur. Bu miktar terekeye eklenir. Tereke mevcudundan davalının payı bulunur.

Sayın İmre 606. maddenin yalnız füru için geçerli olduğunu (107a) ifade etmekte ise de, kanunun açık hükmü karşısında buna katılmak mümkün değildir. Sanırımki bu görüş, 606. maddenin son fıkrasında yer alan füru deyimi sebebiyle bir yanılıgı sonucu olmak üzere beyan olunmuştur.

VIII — ZAMAN AŞIMI :

Mirasta iade davalarında zaman aşımı taksimden itibaren 10 yıldır. (108)

IX — YETKİ VE GÖREV :

A) Y E T K İ :

Medenî Kanununun 518. ve usulün 11. maddesinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuca göre mirasta iade davası miras bırakanın son ikâmetgâhı Mahkemesinde açılır.

Medenî Kanununun 518. maddesindeki yetki kuralı kamu düzeni esasına dayalı olduğu için re'sen gözetilir. Yani bu yetki kesindir. (109)

B) G Ö R E V :

Mirasta iade davası, para ile ifade edilebilen davalardan olduğu için dava olunanın (Müddeabihin) dava günündeki değerine gö-

(107) İmre Age 752 - 753 Gönensay - Birsen Age 334, Y.2.H.D. 17/2/1976 günlü ve 1132/1328 sayılı kararı.

(107a) İmre Age 753.

(108) Yukarda VII - 1 de bu konuda ayrıntılı olarak bilgi verildiği için tekrardan kaçınıyoruz.

(109) Kuru, Age Sh. 111 Y.2.H.D. 16/11/1970 günlü ve 5032/6013 sayılı, Y.2.H.D. 5/10/1972 günlü ve 4866/5550 sayılı kararı.

re görev tesbit edilebilir. Yani 1711 Sayılı Kanunla değişen Usulün 8. maddesi gereğince dava günündeki değeri 5.000 liradan çok olan davalar Asliye Hukuk, az olanlar ise Sulh Hukuk Mahkemesinde incelenir.

X — VEKÂLET ÜCRETİ :

Dava, kanunun koruduğu menfaattir. Mirasta iade davasının (MK. 603) amacı, mirasçının mal varlığında meydana gelen azalmayı önlemektir. Bunun kaçınılmaz sonucu olarak; iadeye konu şeyin değeri ne olursa olsun taraflar yararına takdir edilecek vekâlet ücreti, davacının miras payına göre hesaplanır. Aksi halde taraflardan birisinin sebepsiz zenginleşmesine yol açılır.

Mirasta iade iddiası gerçekteştiği takdirde davalı, dilerse aldığı aynen terekeye iade eyler, isterse bedelini miras payına mahsup eder. (MK. 605) Her iki halde de davacı nihayet, miras payına düşen miktar için haklı çıkmış olur. Davalı seçme hakkını ne yolda kullanırsa kullansın davacı, miras payından fazla bir meblağ elde edemez. Çünkü : Mal ile bedel arasında hukuken bir fark olmayacağı için, tercih şekli korunacak menfaatı değiştirmez. Öyle ise yapılacak iş, iadesi istenilen şeyin değeri üzerinden davacının miras payına düşen miktarın tesbit olunması, davanın red veya kabulüne göre davacı veya davalı yararına vekâlet ücreti takdir edilmesinden ibarettir. (110)

(110) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2/2/1976 gün ve 494/676 sayılı kararı.

Not : Gerek Mirasta iade, gerekse tenkis davaları ile ilgili hesaplar hakkında teknik bilgileride ayrıca verilecektir.

1711 SAYILI YASANIN GETİRDİĞİ SORUNLAR VE İSTANBUL'DA DÜZENLENEN SEMPOZYUM

ŞÜKRÜ ÖZDEMİR (*)

GİRİŞ :

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünce, 1711 sayılı Yasa ile 1512 sayılı Noterlik Kanununun getirdiği sorunlara ilişkin bir sempozyum düzenlenmiştir.

11 Şubat 1976 günü başlayan görüşmeler 13 Şubat 1976 günü saat on sekize kadar sürmüştür. Bir Yarıgtay mensubu olarak, biz de bu konferansa katıldık. 1711 sayılı Yasa ile değişik Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8 ve 409. maddeleri ile ilgili olmak üzere iki tebliğ sunduk. 409. madde ile ilgili tebliğimiz yazımın son bölümünü oluşturmaktadır.

İZLENİMLERİMİZ :

Konferans her bakımdan başarılı olmuştur. Konferansın başarı ile yürütülmesinde emeği geçen, başta İstanbul Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. İlhan Akın olmak üzere, Mukayeseli Hukuk Ens. Direktörü Sayın S. Sulhi Tekinay, yönetici ve konuşmacı olarak Sayın Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu, Sayın Prof. Dr. Saim Üstündağ, Sayın Prof. Dr. Kemal Oğuzman, Sayın Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Sayın Doç. Dr. Yavuz Alangoya, Sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim görevlilerinden Sayın Doç. Dr. Ejder Yılmaz ve Asistan Dr. Ramazan Aslan'a tebrik ve şükranlarımı sunmayı bir görev saymaktayım.

Konferansta, zaman zaman ülkenin adalet açısından gereksinimleri üzerinde durulmuş ve Yüksek Mahkeme olan Yargıtay ile Birinci Başkan Sayın Cevdet Mentеш tarafından meslek sorunlarının çözümünde üstün gayret ve başarı gösterildiği gerçeğinde birleşilmiştir.

Ancak, gerek üniversitenin, gerekse Yargıtayın doğrudan doğruya yahut dolaylı şekilde tasarı hazırlama yetkisi olmadığından,

(*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi üyesi.

yasama çalışmalarına etkili olamadıkları, bu yüzden de uygulama sırasında yasaların bir çok kusurlu yanlarının ortaya çıktığı ve bunun sonucu olarak da Hukuk Tatbikatında birliğin sağlanamadığı ifade edilmiştir.

Sayın Prof. Dr. İlhan Postacioğlu, 1711 sayılı Yasa hazırlanırken Üniversitenin, Hukuk Bilginlerinin görüş ve düşüncelerinin sorulmadığını açıkça belirtmiştir.

Oysa, Sempozyumda, 1711 ve 1512 sayılı Yasaların değişik yorumlara neden olan hükümleri üzerinde tam üç gün tartışmalar yapılmıştır.

1711 sayılı Yasa ile getirilen H.U.M.K. nun 409/2. maddesini örnek olarak gösterebiliriz. Bu hükmün, temyizden bozularak gelen dosyalara uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak ise, son işlem tarihinin hangisi olduğu hususunda ciddi kuşku ve duraksamalar olmuştur. Benzer duraksamalar, yasama meclislerinde de ortaya çıkmış olmasına karşılık, anlaşılabilir bir açıklık getirilememiş ve madde öylece kanunlaşmıştır. Gerçekten C. Senatosunda yapılan tartışmalar sırasında Adalet Bakanı ile Anayasa ve Adalet Komisyonu Başkanı söz konusu hükmün temyizden bozularak gelen dosyalara uygulanamayacağını bildirmişler ise de, komisyon raporunda bu hükmün temyizden gelen dosyalara da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Çeşitli yorumlara neden olan bu hükmün düzenlenme biçiminin iyi olmadığı ortadadır. İleride sorunun ayrıntılarına gireceğimiz için sadece düzenleme bakımından bir örnek göstermek istedik.

Sempozyumda Sayın Prof. Dr. Saim Üstündağ ve sempozyomdan sonra da Yargıtay Başkanı Sayın Cevdet Menteş bir Hâkimler Akademisinden (Adalet Akademisinden) söz etmişlerdir. Biz de, aynı görüşe katılarak diyoruz ki, hiç olmazsa Adalet hizmetini ilgilendiren kanun tasarılarının hazırlanmasında, görüşü alınmak ve meslek sorunlarının çözümünde yetkisi kabul edilmek üzere, yüksek dereceli hâkimlerden ve Üniversite öğretim üyelerinden oluşan bir Adalet Akademisi kurulmasında zorunluluk vardır. İlke olarak böyle bir kuruluşa ihtiyaç bulunduğu görüşü kabul edilirse, modeli üzerinde ayrıntılara girmek suretiyle tartışma açılabilir. Böyle bir kuruluşun oluşturulması çeşitli nedenlerle olanaksız ise, hükümetin en azından adli konulara ilişkin tasarıların hazırlanmasında, üniversite ve Yargıtay'ın görüşüne başvurmayı gelenek haline getirmesi gerekmektedir.

SEMPOZYUMDA ELE ALINAN KONULAR

Görüşmeler Mukayeseli Hukuk Enstitüsünce hazırlanan programa uygun olarak yapılmıştır. Tasarlanan süre, bütün tebliğlerin sunulmasına yetmemiş, ev sahibi durumunda bulunan değerli Fakülte Öğretim Üyelerinden bazıları, İstanbul dışından gelenler lehine, tebliğlerini sunmaktan vazgeçmişlerdir.

Direktör S. Sulhi Tekinay'ın açıklamasına göre, bütün tebliğler Mukayeseli Hukuk Enstitüsünce en kısa zamanda yayımlanacaktır.

Saptanmış program şöyle idi :

«11 Şubat 1976 Çarşamba günü saat 14.00 :

1 — Açılış Konuşması (*Prof. Dr. Selâhattin S. Tekinay*),

2 — 1711 sayılı Kanuna toplu bir bakış (*Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu*),

3 — H.U.M.K nun 1711 sayılı Yasa ile değişik 8. maddesine göre görev (*Yargıtay Üyesi Şükrü Özdemir*),

4 — 1711 sayılı Yasa ile değişik H.U.M.K. nun 409. maddesine göre, DAVANIN İŞLEMEDEN KALDIRILMASI VE AÇILMAMIŞ SAYILMASI (*Yargıtay Üyesi Şükrü Özdemir*)

12 Şubat 1976 Perşembe, Saat : 10 - 13 :

1 — 1711 sayılı Kanunun kanun yolları bakımından getirdiği değişiklikler ve bunların değerlendirilmesi.

BİRİNCİ TEBLİĞ : *Prof. Dr. Saim Üstündağ*

İKİNCİ TEBLİĞ : *Prof. Dr. Baki Kuru ve As. Dr. Ramazan Aslan.*

2 — NOTERLİK KANUNUN 89. maddesi hakkında düşünceler (*Prof. Dr. Selâhattin S. Tekinay*).

13 Şubat 1976 Cuma günü Saat : 10 - 13 - 18 :

1 — H.U.M.K nun 288 ve 290. maddelerininin 1711 sayılı Kanunla aldığı yeni şekil (*Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu*)

2 — 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile resmî senet yolu ile isbat rejimine getirilen değişiklikler.

BİRİNCİ TEBLİĞ : *Prof. Dr. İlhan Postacioğlu,*

İKİNCİ TEBLİĞ : *Noterler Birliğinin tebliği,*

3 — 1711 sayılı Kanuna göre giyap ve davanın yenilenmesi rejimi.

BİRİNCİ TEBLİĞ : *Doç. Dr. Yavuz Alangoya*

İKİNCİ TEBLİĞ : *Prof. Baki Kuru ve Doç. Dr. Ejder Yılmaz.*

Prof. Selâhattin S. Tekinay, açış konuşmasının bir bölümünde, tatbikat ile doktrin arasındaki kopukluğu gidermeye çalıştıklarını ve bu amaçla bundan sonra düzenlenecek hukuk konferanslarına özellikle Yargıtayın ilgi göstermesini, Başkan ve Üyelerin tebliğ ve rerek katılmalarını beklediklerini ifade etmiştir. Biz ise, Yargıtay ile doktrin arasında kopukluk olmadığını, sadece var olan bağlantının daha da güçlendirilmesi gerektiğini açıklamaya çalıştık. Gerçekten, Yargıtay bir çok kararlarında bilim adamlarının yapıtlarına yollama yapmak suretiyle üniversite ile bağlantısını olumlu bir biçimde sürdürmektedir.

1711 sayılı Yasa ile getirilen konulara kısaca değinmek istiyoruz.

G Ö R E V S O R U N U : Asliye Mahkemeleri ile Sulh Mahkemeleri arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla 1711 sayılı Yasa ile H.U.M.K. nun 8. maddesindeki 1.000 liralık değer 5.000 liraya çıkarılmıştır. Bu değişikliğin yararı inkâr edilemez.

Ancak, para ve emtia değerinde hızla meydana gelen değişiklik karşısında, 1.000 liranın 5.000 liraya çıkarılması suretiyle bulunan çözüm yolunun, geçici bir tedbirden başka bir anlam taşımayacağı tartışmalara egemen olmuştur.

Ayrıca ekonomik yönden değerlendirilmeye gidilirken gelişmeye ayak uydurulmamıştır.

Gerçekten, 1927 yılından 1949 yılına kadar sulh mahkemeleri 300 lira değerindeki davalara bakmakta iken, bu değer 1949 yılında 1.000 liraya, 1711 sayılı Yasa ile de 1.000 lira, 5.000 liraya çıkarılmıştır. 1949 yılının 1.000 lirası 1973 yılının 20.000 lirasından daha az bir değeri ifade etmez. Kanımızca, 1.000 liranın 5.000 liraya çıkarılmasına ilişkin değişiklik, 1973 yılının ekonomik değerlendirmesine uygun bir değişiklik değildir. Bu değişiklik gerçek ölçünün gerisinde kalmıştır.

DEĞERE BAKILMAKSIZIN GÖREVLİ MAHKEMENİN TAYİNİ :

Dava konusu nesnenin değeri söz konusu olmaksızın da sulh mahkemesinin görevine giren işler vardır.

1711 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişik 8. maddenin II numaralı fıkrasında bunlar gösterilmiştir.

1. Bent hükmüne göre; İcra ve İflâs Kanununun 10. Babında yer alan 269 ve 272. maddeleri hükümleri hariç olmak üzere, kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye, akdin feshi yahut tesbit davaları, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalar da sulh mahkemesinde görülür.

Böylece tüm tahliye davalarının, bunlarla birlikte açılan kira bedelinden doğan alacak ve karşılık davaların miktarına bakılmaksızın sulh mahkemelerinde bakılması öngörülmüştür. Bu hükümle, sözü edilen davaların daha çabuk ve basit şekilde çözümü sağlanmış olmaktadır.

Değişiklik karşısında, 6570 sayılı Yasanın 10. maddesi hükmü değerini yitirmiş olduğundan 1711 sayılı Yasanın 3. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Konuşmacılardan Doç. Dr. Yavuz Alangoya, kira tesbit davalarının doktrinde sözü edilen tesbit davaları niteliğinde olmadığını, bu davaların inşai davalardan olduğunu, o itibarla maddede sözü edilen tesbit davalarının kira tesbiti davası anlamına gelemeyeceğini, değişikliğin düzenleme yönünden yerinde olmadığını belirtmiştir.

Biz değişikliği başka yönden de yeterli görmüyoruz. Gerçekten, maddedeki «yahut tesbit davaları» şeklindeki deyim duraksamaya neden olmaktadır. Aslında «tesbit davaları» deyimini ile kira tesbitine ilişkin davalar amaçlanmıştır. Oysa, tesbit davası denilince, başka dava ve işler de hatıra gelebilir. Örneğin, doktrinde ve uygulamada kabul edilmiş olan mülkiyetin tesbiti davaları, olumsuz tesbit davaları, ayrıca H.U.M.K. nun 367. ve bunu izleyen delil tesbiti gibi işlemler de birer tesbit davası ve işleridir. Gerekçeden anlaşılacağına göre, yasa koyucu, bu sonraki dava ve işleri maddenin kapsamına almak istememiştir. Bu yönden hasıl olacak kuşku ve duraksamaları ortadan kaldırmak için, maddeye «kira tesbiti davaları sulh mahkemesinde görülür», şeklinde açıklık getirilmesinde yarar vardır.

YENİLİK GETİREN HÜKÜMLERDEN
BİRİSİ DE 8. MADDENİN İKİNCİ
FIKRASININ 3. BENDİDİR.

3. Bent şöyledir :

«3 — Taşınır ve taşınmaz mallarda yalnız zilyedliğin korunması ile ilgili davalar» sulh mahkemesinde görülür.

Bu hüküm çok açık olduğu halde uygulamada duraksamaya neden olmaktadır.

Bazı hâkimler, hatta bazan Yarıgtay, zilyedlik (elmenlik) ile, mülkiyet kavramlarını aynı görüş açısından değerlendirilmektedirler. Yarıgtay 8. Hukuk Dairesinin 10.7.1975 tarihli, 1975/52 - 4543 sayılı, gene aynı dairenin 25.12.1975 tarihli, 3344/7443 ve 11.7.1975 tarihli ve 7363/4585 sayılı kararları bu husustaki duraksamaları ortaya koymaya yetmektedir. Bu kararların ayrıntılarına girmeyeceğiz. Çünkü, sempozyuma sunduğumuz «1711 sayılı Yasaya göre görev sorunu» adlı tebliğimizde bu konuyu en ince noktalarına kadar incelemiş bulunuyoruz.

Sadece şunu açıklayalım ki, konferansta sorun geniş bir biçimde tartışılmış ve sonuçta, Medeni Kanununun 895 - 896. maddelerinde sözü edilen davaların, yalnız zilyedliğin korunmasına ilişkin davalar olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır. Kiracının malik aleyhine, mülkiyeti Hazine yahut Belediyeye ait olan bir yer hakkında gecekonduların sakınlarının birbirleri aleyhine açtıkları elatmanın önlenmesi davaları çoğu kez zilyedliğin korunmasına ilişkin davalardır.

Sempozyomda konuşan Sayın Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu, veraset senetlerinin iptali hakkında açılan davaların sulh mahkemelerinde ve basit usulle görülmesinin gerçekten sakıncalı olacağını belirtmiş, bu tür davaların genel ispat usullerine göre çözümlenmesinin uygun olacağını ifade etmiştir.

Asliye mahkemeleri toplu mahkemeler şeklinde çalışmış olsaydı biz de bu görüşe hemen katılırdık. Ancak 469 sayılı Yasaya göre kural olarak toplu halde faaliyet göstermeleri gereken asliye mahkemeleri, 1927 yılından bu yana Adalet Bakanı tarafından kullanılan yetki ile, tek hâkimli hale getirilmiştir. Bu durumda, güvence bakımından asliye mahkemeleri ile sulh mahkemeleri arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir. Basit usul yahut sözlü usulün

adaleti tam gerçekleştiremediği iddiası da bize göre geçerli bir iddia değildir.

Buna karşılık bir uygulamacı olarak biz, sulh mahkemelerinde uygulanmakta olan basit ve sözlü usulün, davaların çabuk ve kolay bir şekilde bitirilmesini sağlaması yönünden, daha yararlı olduğunu; güven duyma iddiasına gelince; genellikle bir çok yerlerde sulh hâkimi olarak görevsizlik kararı verildikten sonra o davaya asliye mahkemesinde aynı hâkimin asliye hâkimi sıfatıyla bakmakta olduğunun bir gerçek olduğunu belirterek bu yüzden endişe duyulmaması gerektiğini açıklamaya çalıştık. Bu görüşümüze bağlı kalarak diyoruz ki, veraset iptali davalarının sulh mahkemelerine verilmesi zararlı değil, aksine yararlı olmuştur.

Y E T K İ

1711 sayılı Yasanın 1. maddesi ile H.U.M.K. nun 9. maddesinin 3. fıkrasına bir yenilik getirilmiştir. Bu hükümlerle, boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme davacının ikâmetgâhı veya eşlerin davadan önce son kez altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olarak belirlenmiştir.

Yeni hüküm, uygulamada görülen suistimale ve kötü niyete açık durumları engelleyici nitelik taşıdığından büyük bir gereksinmeye karşılık vermektedir.

Medeni Kanununun 136. maddesinde yer alan ve boşanma davalarında «davacının ikâmetgâhı mahkemesine» yetki tanıyan genel kural yanında, boşanma nedenlerinin saptanması ve takdirinde mahkemeye kolaylık sağlamak üzere, eşlerin boşanma ve ayrılık davasından evvel, en az altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Böylece, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.11.1967 tarihli ve 967/2 - 221 - 509 sayılı kararı ile beliren görüş, yasal bir yön kazanmış; ayrıca kötü niyetli tarafın yetki itirazı ile davayı gereğinden fazla uzatma olanağı ortadan kaldırmıştır.

1711 sayılı Yasa ile, 9. maddenin birinci fıkrası da değiştirilmiş ise de, getirilen bu hüküm aynı yasanın 16 ve 18. maddelerindeki hükümler karşısında bir yenilik değil, sadece bir tekrar niteliğini taşımaktadır. Sempozyumda Sayın Doç. Dr. Yavuz Alangoy'a, anılan maddeler karşısında değişikliğin faydasız ve yersiz olduğunu belirtmiştir.

ADLİ ARA VERME

H.U.M.K. nun 175. maddesi şöyledir :

«Madde 175 — Her sene bilumum mahkemeler Temmuzun 20 sinden Eylülün beşine kadar tatil olunur.»

Yurdumuzun iklim koşullarına göre, Temmuz ve Ağustos ayları köylünün hasat ve benzeri işlerle uğraştığı aylardır. Sözü edilen hükümle köylünün, hiç olmazsa yılın hasat mevsiminde kendi işleri ile uğraşması olanağı sağlanmak istenmiştir. Yoksa, adli ara verme; Prof. İlhan Postacıoğlu ile Prof. Baki Kuru'nun belirttikleri gibi hâkimlerin tatil yapması amacı ile getirilmiş değildir.

Ancak uygulamada adli ara verme döneminin hâkimler ve avukatlar için bir nevi dinlenme süreci olarak değerlendirilmekte olduğunu görmekteyiz.

Ara vermenin başlangıcı 20 Temmuz günüdür. Yani 20 Temmuz ara vermeye rastladığı için, ara vermede görülmesi gerekmeyen işlere o gün bakılamaz. Bu durum 5 Eylül'e kadar sürer. 5 Eylül de tatil süresi içinde kalmaktadır.

İstanbul'daki Sempozyumda, Sayın Prof. İlhan Postacıoğlu, adli tatil yerine ara verme deyiminin getirilmesinin yerinde olmadığını, herkesin tatil deyimine alışmış olduğunu, okul tatili gibi deyimlerin kullanılmasının yaygın bulunduğunu belirterek 1711 sayılı Yasayı bu yönden de eleştirmiştir.

Kanımızca adli tatil yerine, adli ara verme deyiminin getirilmesi o kadar önemli bir sorun değildir. Ayrıca, Anayasa diline uygunluğu, bakımından da, yenilik yerinde bir girişim olmuştur. Ara verme, duraksamaya neden olmayacak kadar açık bir deyimdir. Yıllık adli çalışmalara ara verilmesi anlamına gelmektedir.

1711 sayılı Yasa ile, 176. maddeye açıklık ve yenilik getirilmiştir. Adli tatilde görülmesi mümkün olmayan dava ve işler için, dava, karşılık dava ve temyiz dilekçeleri ile bunlara karşı verilen cevap dilekçelerinin alınması, ilâm verilmesi, her türlü tebligat, dosyanın başka bir mahkemeye veya Yargıtay gönderilmesi işlemleri, ayrıca dosyası işlemde kaldırılan davaları yenileme dilekçelerinin alınması işlemlerinin yapılması sağlanmıştır.

Daha önceleri adli ara vermede görülmesi gerekmeyen işlere ait dava dilekçeleri, karşılık dilekçeler alınmıyor ve bu yüzden ad-

li tatil içinde işlemesine engel olmayan zamanaşımı ve hak düşümü sürelerinin geçirilmesine neden olunuyordu.

1711 sayılı yasa ile değiştirilen 1086 sayılı H.U.M.K. nun 176 ncı maddesi yeni şekli ile, bütün bu karışıklıkları önlemiş bulunmaktadır.

Adli ara vermede bakılmıyan dava ve işlere ait süreler de adli ara verme içinde işler. Ancak, bütünü ara vermeye rastladığı takdirde, H.U.M.K. nun 177 nci maddesi hükmüne göre, bu süreler yedi gün uzatılmış olur. Bu hükme göre, adli ara vermede bitmiş olan bir süre, 12 Eylül günü çalışma saati bitimine kadar uzatılmış sayılır. 12 Eylül, Cumartesi yahut Pazar'a rastlıyorsa, süre Pazartesi günü çalışma saatinin bitiminde tükenmiş olur.

Yeniliklerden biri de, tarafların anlaşmaları ile ara verme dönemi içinde bakılması gereken bir işin adli ara verme sonuna bırakılmasıdır. Bu hükme göre, avukatlar istedikleri takdirde, adli ara vermede bakılan bir iş, adli ara verme sonuna bırakılabilecektir.

Karşı taraf gıyaplı ise, gelenin isteği üzerine gene bir iş adli ara vermeden sonraya bırakılabilir. Kanımızca bu hüküm yerinde değildir. Çünkü, muhakemenin idare ve yürütülmesi kamu düzeni ile ilgilidir. Bu durumda hakimin etkisi zayıflatılmış olmaktadır. Tarafların yahut vekillerinin isteği üzere bir davanın veya işin böylece uzatılmakta olduğunu görmekteyiz. Her ne kadar bu hüküm buyurucu nitelik taşımamakta, işi hakimin takdirine bırakmakta ise de, bu ve buna benzer hükümlerin hemen emredici hükümler gibi uygulanmasına başlandığı ve bu tür uygulamanın kısa sürede bir hukuk geleneği haline dönüştüğü çokça görülen olaylardandır.

Adli tatilde bakılan işlerde süreler yürür.

176 ncı maddeye getirilen yeniliklerden birisi de, bu dönemde bakılacak işlerin genişletilmiş olmasıdır.

Özellikle nüfus davalarına adli ara verme süresi içinde bakılmakla, okulların açılmasından önce çocukların yaş düzeltilmesi gibi işlerinin önceden çözüme bağlanması sağlanmış ve sıkışıklık önlenmiş olmaktadır.

SENETLE İSBAT ZORUNLUĞU

1086 sayılı H.U.M.K. nun 288 inci maddesine getirilen değişiklik, senetle isbat hususundaki 50 liralık sınırın 500 liraya çıkarılmasından ibarettir.

289 uncu madde hükmü, değişik 288 inci maddenin ikinci fıkrası olmuştur.

289 uncu madde ile getirilen yenilik ise, karşılıklı rızaya dayalı olarak senetle isbat zorunluluğunun ortadan kaldırılmasından başka bir şey değildir.

Delil sözleşmesine ilişkin 18.3.1959 tarihli, 7/8 sayılı İnançları Birleştirme Kararı, yasa hükmü haline gelmiştir. Bu hükümle, tarafların yazılı olarak sözleşmiş olmaları halinde, senetle isbatı gereken hukukî işlemler, tanıkla isbat edilebilir duruma gelmiştir.

Muvafakatın duruşma tutanağında yer almış ve imzalanmış olması yeterlidir. Bu muvafakat, karşı tarafın dinletmek istediği tanıkların kimler olduğunun öğrenilmesinden önce olabileceği gibi, tanıklar belli olduktan sonra da ileri sürülebilir.

Muvafakatın kapalı şekilde değil, açıkça belirtilmesi şarttır.

H.U.M.K. nun 290 ıncı maddesindeki değişiklik, miktarın 288 inci maddede yapılan miktar artışı sınırının uygun hale getirilmesinden ibarettir.

Sempozyumda senetle isbat konusuna ilişkin tebliğler, zamanın elverişsizliği nedeniyle tartışılmamıştır.

TEMYİZ

1711 sayılı yasa ile H.U.M.K. nun 427 nci maddesinde yapılan değişikliklerle, kesin olarak hüküm verilebilecek taşınır mal ve alacağa ilişkin davaların değer sınırı 50 liradan 2.000 liraya çıkarılmış ve bu şekilde Yargıtay'ın işleri hafifletilmek ve kararların kısa yoldan kesinleşmesi sağlanmak istenmiştir.

Yargıtay Başkanı Sayın Cevdet Menteş'in Adalet Yılına açış konuşmasından anlaşıldığına göre, Yargıtaya bir yılda gelen iş sayısı 250.000 in üstündedir. Her yıl bir miktar iş gelecek yıla devrolunmaktadır. Yargıtay, bu kadar iş yükü altında yasada öngörülen görevini yerine getiremez olmuştur. Oysa, Yargıtayın görevi, mahkemeleri verdikleri kararlar nedeniyle denetlemek ve uygulamada hukuk alanında birliği sağlamaktır.

Taşınmaz davalarının temyizinde bir sınır kabul edilmemiştir.

Sempozyumda, Sayın Asistan Dr. Ramazan Aslan taşınmaz davalarında da bir değer sınırlaması yapılması gerektiğini savunmuş

ise de, Türk Toplumunun toprağa tutku derecesindeki bağlılığı karşısında taşınmaz davalarının temyizinde böyle bir sınır getirmenin sakıncalı olacağı inkâr edilmez bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır.

Temyiz edilebilirlik sınırının 2000 liranın üstündeki davaları kapsamaması kuralı, para değerindeki düşüklük karşısında beklenen ferahlığı getirmekten uzak kalmıştır.

Prof. Dr. Saim Üstündağ Sempozyumda, Almanya'da bu miktarın başlangıçta 6000 DM. iken 15000 DM. a çıkarılmış, daha sonra 15 Ağustos 1969 tarihli Medeni Yargıda Federal Mahkemenin Yü-künü Azaltma Kanunu ile 25000 Alman Markına ve nihayet 40000 DM. a çıkarılmış olduğunu ifade etmiştir. Ne var ki, Almanya'da istinaf mahkemeleri vardır. Federal Mahkemeye gelinceye kadar bir dava, bidayet mahkemesinde ve istinaf mahkemesinde olmak üzere iki kez incelenmektedir. 40000 markı geçen davalar ise üçüncü kez Federal Mahkemede incelenebilmektedir.

Ülkemizde istinaf mahkemelerinin bulunmaması nedeni ile, Temyize tabi tutulabilecek hükümler, değer bakımından böyle radikal bir tedbire bağlanmamıştır. (Prof. Dr. Saim Üstündağ, Yargı Organları ve Çözüm Yolları, Sh. 16)

Sempozyumda konuşmacılar Yargıtayımızın arzu edildiği şekilde görev yapabilmesi ve davaların gereğinden fazla uzamaması için, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında üst mahkeme durumunda olan istinaf mahkemelerinin kurulmasında zorunluluk bulunduğuna noktasında görüş birliğine varmışlardır.

Bu konunun aydınlığa kavuşabilmesi için Yargıtay Başkanı Sayın Cevdet Menteş'in 1974 - 1975 Adalet Yılıni açış konuşmasından şu örnekleri vermekte yarar görüyoruz :

«1973 yılında Yargıtay'a gelen toplam 270.842 dosyadan 217.740 ı karara bağlanmıştır. Hukuk dairelerine 1973 de gelen iş sayısı 183.841 dir. Resmî ve dinî bayram tatilleri, pazarlar, adlî ara verme ile haftada iki gün toplam Hukuk Genel Kurulu günleri çıkarıldıktan sonra bu daireler ortalama 150 gün çalışmaktadır. Buna göre onbeş daireden herbiri günde 81 - 82 dosyayı incelemek zorundadır. Hukuk Genel Kurulunda dört yıldan, bazı dairelerde ise bir yıldan fazla inceleme sırası bekleyen dosyalar bulunduğu bir gerçektir.

Verilen bu rakamlar ve yapılan karşılaştırmalar yüksek görev aşkı, hudutsuz feragat ve yorulmak bilmeyen bir gayret içinde bu-

lunan Yargıtay hakimlerinin çok ağır bir iş yükü altında ezildiklerini, bunaldıklarını açıkça göstermektedir. Bu gayret ve feragatlı çalışmanın daha ne kadar devam edeceğini kestirmek güçtür.

Her beş senede bir, Daire sayısını arttırmak geçici bir tedbir olmaktan öteye gitmeyen, tam ve yeterli bir çare olmadığı gibi Dairelerin çoğaltılması aynı nitelikte, aynı tür ve konulu işleri inceleyen dairelerin kararları arasında uyumsuzluklar, çelişkiler doğurmaktadır, asıl önemli olan Yargıtay, hukuk yaratmak, yasaların yurdun her köşesinde aynı biçimde uygulanmasını denetlemek, sağlamak ve genel prensip meseleleri üzerinde yaratacağı içtihatlarla hukuk hayatımıza yön vermek görevini yapamama durumuna düşmektedir.»

Yüksek Mahkeme Başkanı bu açıklamasından sonra şöyle demektedir : «Tam ve yetkin tek çözüm yolu, vakit kaybetmeden ilk mahkemelerle Yargıtay arasında «Üst Mahkemeler» kurulması yoluna gidilmelidir.»

Bu görüş 11 Şubat İstanbul Sempozyum'unda da aynı şekilde ağırlık kazanmıştır.

Yargıtay'ın aşırı ölçüde iş ile yüklü olması, Yüksek Mahkemenin en önemli sorunlarından birisidir.

Gerçekten, Yargıtay'a her yıl gelen iş ile çıkan iş arasında denge kurulamamış ve gelen dosya sayısı her yıl gittikçe artış göstermiştir. Bu durum işlerin sonucunun geç alınması sakıncası ile birlikte aşırı yük nedeniyle inceleme işinin titizlikle yapılamadığı kanısının doğmasına neden olmuştur.

Aşırı iş yükünü doğuran sebepler üzerinde kısaca durmak istiyoruz :

1) İstinaf Mahkemelerinin olmaması :

İstinaf Mahkemeleri olmadığından Yargıtay'a gelecek iş sayısını, dava olunanın değerine göre sınırlandırarak azaltabilmek olanağı ortadan kalkmıştır. 1711 sayılı yasa ile getirilen 2.000 liraya kadar davalara ilişkin hükümlerin kesin olması, para değerindeki düşüklük karşısında ulaşılmak istenilen amacı gerçekleştirmekten uzaktır. Bu sınırın daha yüksek tutulması fikri akla gelen çıkar yollardan birisi olarak ortaya atılabilir. Ancak, İstinaf Mahkemeleri kurulmadıkça bu sınırı daha da arttırmak sakıncalı olacağından, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Buna karşılık, İstinaf Mahkemesi olsaydı, bir uyuşmazlık Yargıtaya gelinceye kadar hem ilk derece mahkemesinin, hem de üst mahkeme olan İstinaf Mahkemesinin denetiminden geçmiş bulunacağı için temyiz yolunu, bundan böyle belli değerden düşük davalar hakkında verilen kararlara kapalı tutmak adalete aykırı bir durum yaratmazdı.

Yukarıda açıkladığımız gibi, İstinaf Mahkemelerinin varlığı nedeniyle Almanya'da 40.000 Markın altında olan davalara ait kararlar için temyiz yolunun kapalı tutulmasında sakınca görülmemiştir.

Ayrıca, Alman Hukukuna göre, istinaf mahkemesi, açıklanan değerler altında da olsa bir kararın temyiz yoluyla incelenmesini sağlayabilmektedir.

İstinaf Mahkemesi :

a) Hukuksal uyuşmazlık ilke bakımından önemli ise,

b) Verdiği karar ile, Temyiz Mahkemesinin «Federal Mahkemenin bir kararının çözüm şekline ayrılıyorsa, bu kararlarına karşı temyiz yolunu açmakla yükümlüdür.

Bu suretle, temyiz edilmeksizin kesinleşen kararlarla, Federal Mahkemenin kararları arasında doğması muhtemel olan çelişikliğin önlenmesi sağlanmıştır.

2- İstinaf mahkemeleri olmadığından, Yargıtay, denetleme ve hukuk uygulamasında birliği sağlama görevlerini yerine getirememektedir.

Gerçekten, bir hükmün hukukî yanını denetlemesi gereken Yargıtay, İstinaf Mahkemelerinin yokluğu nedeniyle hükmün hem olaylar bölümünü, hem de hukukî yanını incelemekte ve hatta delil takdirine gitmekte, böylece işlerin gereğinden fazla uzamasına neden olmaktadır. Oysa, İstinaf Mahkemesi olsaydı, Yargıtay incelemesi hükmün sadece hukukî yönünü kapsayacaktı.

Yargıtay'ın bu durumda kendi görev sınırları içine çekilebilmesi için istinaf mahkemelerinin kurulması şarttır.

İstinaf Mahkemelerinin işleri uzattığı ileri sürülerek kurulmalarının yararlı olamayacağı savunulmuştur. Kanımızca istinaf mahkemeleri işleri uzattığından ötürü değil, yeterli hakim bulunamaması daha açık deyimle kadrosuzluk sebebiyle kaldırılmıştır.

Hakimlerin ekonomik ve sosyal sıkıntıları giderildiği, meslek içi eğitimleri sağlandığı ve kısaca hakimlik mesleği çekici hale getirildiği takdirde, istinaf mahkemelerinin gereksinimi olan yetişkin hakimler sorunu çözümlenecek ve bu mahkemeler için ileri sürülen tüm sakıncalar bertaraf edilmiş olacaktır.

Hiçbir ülkenin hakimleri iş bakımından bizim hakimlerimiz kadar yüklü değildir. Buna karşılık, hiçbir ülkede hakimlik hizmeti bu kadar ucuz karşılanamamaktadır.

Prof. Dr. Üstündağ'ın Meslek Sorunları adlı yazısından aldığımız bilgilere göre; 1973 yılı itibariyle Almanya'da 55 yaşında iki çocuklu bir hakimin yıllık net geliri 69.500 Alman Markıdır. Oysa, bizde dört çocuklu bir yargıtay üyesi o sıralarda yılda yaklaşık olarak 69.600 Türk Lirası civarında maaş alabilmekte idi. Türk parasının Alman Markına göre resmî kur değeri gözönünde tutulursa, hakimlerimizin almış oldukları aylıkların ne denli az olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, Hukuk Fakültesini bitirmiş bir gencin staj için sınava tabi tutulması, üniversite öğrenimine inançsızlıktan başka bir şey değildir. Bunlar mesleğe olan ilgiyi azaltmaktadır. İngiltere'de Hukuk Fakültesini bitirmiş olan bir kimsenin hemen yargıç olması mümkün değildir. Çünkü, bu ülkede yargıçlar belli bir süre avukat olarak çalışmış olan kimseler arasından seçilmektedir. Almanya'da ve Fransa'da ise, yargıç adayları Hukuk Fakültesini bitirdikten başka üç yahut üç buçuk yıllık staj devresine tabi tutulmakta, bunun bir bölümü mahkemelerde, diğer bir bölümü ise sınavın başarılmasından sonra Hakimlik Okulunda geçirilmektedir. Yargıç adayı bu okulda ekonomi, politika ve psikoloji öğretmekte ve toplum içinde her bakımdan güçlü bir kişi olarak yetişmiş olmaktadır. Bizde de yargıçlık mesleği, her şeyden önce yargıcın ekonomik, sosyal ve eğitim gereksinimleri bakımından yeterli ve çekici hale getirilmeli ve böylece kadro tamamlandıktan sonra çabucak istinaf mahkemelerinin kurulmasına geçilmelidir.

3) Yargıtay'ın bu kadar çok işin altından kalkabilmesi için neler yapılabilir ?

Almanya'da, Federal Mahkeme içinde yer alacak dairelerin sayısını Federal Adalet Bakanı tayin eder. Yüksek Mahkemede başlangıçta daire sayısı çok az iken, halen 9. Hukuk, 5. Ceza Dairesi olmak üzere 14 daireye çıkarılmıştır. Daire ve üye sayısı bu şekilde dondurulmuştur. Daire adedini artırarak soruna çözüm aramak

klâsik usulden sayılır. Yargıtay Başkanı Sayın Cevdet Menteş'in de belirttiği gibi, bu tedbirler geçicidir. Ülkemizde uygulanmakta olan sistem budur. Bu gidişle Yüksek Mahkemedeki üye sayısının 300 ilâ 400 e ulaşması işten bile değildir. Dünyanın hiçbir yerinde bu kadar çok temyiz azası bulunmamaktadır. Kadronun genişletilmesi şeklindeki bu tedbir büyük ölçüde, Yargıtay içinde içtihad aykırılıklarına neden olmaktadır. Hatta öyle ki, üye sayısı 5 den fazla olan dairelerde kurul değişikliği ile birlikte aynı daire içinde dahi benzer olaylarda değişik kararlar çıkmaktadır. Prof. Saim Üstündağ, bu durumun hukukî güvenliği ağır bir biçimde zedelemekte olduğunu ifade etmektedir : (a.g.e.s. 18) Bir mahkeme, zorlayıcı nedenlerle olmaksızın daha önce açıklamış olduğu görüşünden ayrılamaz. Bu kural sayesinde mahkemenin otoritesi sağlanmış, hukuksal alanda güvenlik ve adalet düşüncesine hizmet edilmiş olur.

Yargıtayın kuruluşu, hukuk tatbikatında birliği sağlamak düşüncesine dayanır. Çok iş yüzünden daireler birbirlerinin görüşünü izlemek olanağından yoksun bulunmakta ve bu nedenle de Yargıtayın kuruluş amacına ulaşması zorlaşmaktadır.

Almanya'da alınan yasal tedbirlerle içtihat aykırılıkları daha işin başında iken giderilebilmektedir. Bizde ise 1730 sayılı yasa ile içtihatların birleştirilmesi yolu açılarak aykırılıkların giderilmesi öngörülmüştür. Ancak, içtihadı birleştirme kurumu kolay işliyen bir yol sayılmamalıdır. İctihadı birleştirmeye gidilinceye kadar aykırı içtihatlar hükmünü sürdürecektir. Bundan başka, daireler ve başkanları bu kadar iş yükü altında; aykırı içtihatların birleştirilmesi külfetini üstlenmemekte ve zıt uygulamalar böylece sürüp gitmektedir.

Kanımızca 1730 sayılı yasanın 45. maddesi hükmü iyi işletilirse bu hususta olumlu sonuç almak mümkün olabilir.

İlke kararları şeklinde olan kararlar zamanında yayımlanır ve zıt kararlar ayıklanarak bunlar içtihadı birleştirme yoluna başvurulmak üzere Birinci Başkanlığa bildirilirse, hukuk uygulamasında birlik başarı ile sağlanmış olur.

1730 sayılı yasanın 45. maddesine göre, kurulmuş olan Yayın Müdürlüğü görevini başarı ile yürütmektedir. Yargıtay Dergisi bugün bir şekilde çıkarılmaktadır. Şimdiden abone sayısının 10.000 e ulaşmış bulunması son derece memnuniyet vericidir.

Yargıtay'ın aşırı ölçüde iş ile yüklü olması yukarıda açıkladığımız ciddi sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu sorunların çözüm yollarını kısaca şu şekilde açıklayabiliriz :

a) Yargıcın ekonomik, sosyal ve eğitim sorunları en iyi şekilde halledilmelidir.

b) Açık kadrolar yetişkin yargıçlarla doldurulmalıdır.

c) Mahrumiyet bölgelerine tecrübeli yargıç gönderilmeli ve bunlara bölgenin özelliğine göre ayrı ödenek verilmelidir.

d) En kısa zamanda işi çok olan bölgelerde İstinaf Mahkemeleri durumunda bulunan (Üst Mahkemeler) kurulmalı, bunlar giderek yaygın hale getirilmelidir.

e) İstinaf Mahkemeleri kurulduktan sonra H.U.M.K. nun 427. maddesinde gösterilen temyiz edilemezlik sınırı olan 2.000 lira benzer ülkelerdeki sınıra çıkarılmalıdır.

f) Değişen ekonomik koşullar karşısında, 1711 sayılı yasa ile getirilen 2.000 liralık sınır gerçekten hiç bir ferahlık sağlamamıştır. İstinaf mahkemelerinin kurulması beklenmeden bunun şimdilik 10.000 Türk lirasına çıkarılmasında zorunluluk vardır. Aksi düşünce daire ve üye sayısının artmasını gerektirmektedir. Oysa, bu yol çok sakıncalıdır. Prof. Dr. Saim Üstündağ'ın deyişiyle «temyiz hakimliği hazinesi sanıldığıının aksine sınırlıdır.»

g) Temyizde duruşma yapılmasının da işleri çoğalttığını ileri sürenler vardır. Biz bu kanıda değiliz. Bazen duruşma yapılması çok yararlı olmaktadır. Ancak duruşma yapılacak işlerin değeri sınırı yukarıdaki gerekçeye uygun olarak hiç olmazsa 20.000 Türk lirasına çıkarılmalıdır.

h) Bazı hallerde Yargıtay'a gerekçesiz karar verebilme yetkisi tanınmalıdır. Eğer, ileri sürülen usule ilişkin itiraz esaslı sayılmaz, usule aykırılık bulunmaz, yahut aykırılık bulunmasına karşın hüküm buna dayanmamış ise, usulsüzlüğün kararın gerekçesinde tartışılması zaman kaybına sebep olacağından bundan vazgeçilebilir.

ı) Sembozyumda iş çokluğu bakımından bazı dairelerin İstanbul gibi büyük yerlerde faaliyet göstermeleri gerektiği görüşü ortaya atılmıştır. Kanımızca Yargıtay'ın bir, iki dairesinin Yüksek Mahkemeden ayrılarak başka yerde veya yerlerde görev yapması mümkün değildir. Çünkü, daireler biribirleri ile devamlı şekilde bağlantı kurmak zorundadırlar. Genel Kurullara katılmak gerekecektir.

Ayrı yerlerdeki dairelerin haftanın iki yahut üç gününde genel kurullara katılmasını sağlamak her şeyden önce ekonomik bakımından kolay iş değildir. Ancak, biz şöyle bir düşünceyi savunuyoruz : Yargıtayın Ankara'da faaliyet göstermesi şart değildir. İşi en çok olan İstanbul'da çalışmasında hiç bir sakınca yoktur. Böylece Yüksek Mahkeme ile birlikte en geniş Adalet kadrosunun İstanbul'da birarada çalışmaları sağlanmış olur.

i) Yargıtay'a gelen dosyaların ilk incelemesi dairelerce yapılmakta ve görev uyuşmazlıkları Başkanlar Kurulunca çözümlenmektedir. Bu yüzden bir dosya ister istemez dairede, ilk inceleme yapılmaya kadar bir süre beklemek zorundadır. İnceleme işi başka daireye ait ise, bu kez oraya gönderilmekte ve böylece daireler arasında gidip gelmekten ve incelemenin yapılması gecikmektedir. Kanımızca bir dosya Yargıtay'a gelir gelmez, her daireden katılacak bir üye yahut tetkik hakimi ile oluşacak bir kurul eliyle ayıklanmaya tabii tutulursa görev yüzünden hasıl olan gecikmeler önlenmiş olabilir.

j) Yargı faaliyetinin yürütüldüğü çevrenin durumu :

Halkın adalete olan saygısını korumak ve bu hizmette başarıya ulaşabilmek için her şeyden önce yargı faaliyetinin düzenli temiz, bakımlı binalar içinde yürütülmesi gerekmektedir.

Ülkemizdeki adalet binalarının durumu pek içaçıcı değildir. Ancak, herşeyi devletten beklemek sorunu çözmeye yetmiyebilir. Almanya'da doğrudan doğruya hâkimler tarafından kaleme alınan yazılarla, günümüz hâkiminin bürokrat hâkim tipinden uzaklaşarak çevre ile daha liberal ilişkiler kurması önerilmiştir. Bizde Yargıtay Başkanı zaman zaman bunun örneğini vermektedir. Gerçekten Yargıtay Başkanının gösterdiği kişisel gayret sonucu Enerji Bakanlığı binası Yargıtay'a tahsis edilmiş, böylece Yargıtay olabildiği kadar rahat çalışma olanağına kavuşturulmuştur. Yüksek Mahkeme Üyelerine tercihli telefon sağlanmış, Yargıtay üyeleri ile birlikte bütün hâkimlerin aylık ve ödeneklerinin yükseltilmesinde Yargıtay Başkanı Sayın Cevdet Menteş tarafından önemli ölçüde çaba harcanmıştır. Aslında hakimler ve savcıların yasa koyucular ile iyi ilişkiler kurmalarında yarar vardır. Yasa koyucunun görevi, ülkenin gereksinimi olan kanunları çıkarmak ve kötü, uygulanma yeteneğini yitirmiş kanunları değiştirmektir. Bu konularda yasama organına gerçek bilgiyi verecek ve yardımcı olacak organ adalete organıdır. Toplumun ihtiyacını karşılamayan ve toplumu huzursuz bırakan kanunları hâkimden daha iyi kim bilebilir ?

Yargı organlarının ve özellikle Yargıtay'ın sorunları, saymakla bitmez. Biz bu yazımızda, kanun yolları bakımından Yargıtay'ın belli başlı sorunlarına değinmek istedik.

KARAR DÜZELTME

1711 sayılı yasa ile değiştirilen H.U.M.K. nun 440. maddesinin 111. bendinde bazı davalar için karar düzeltme yolu önlenmiş ve Yargıtay'ın yükü biraz azaltılmak suretiyle eldeki davaların çabucak sonuçlandırılmasına olanak sağlanmıştır. Buna ek olarak, miktar veya değer 10.000 liradan az olan davalar ile, görev ve yetki ile hâkimin reddine ilişkin istekler ve hakem kararları ile mecburi tahkim hükümlerine göre, mahkemelerce verilecek hükümlerin onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlar bakımından karar düzeltilmesi yolu kapatılmıştır.

Eskiden dağınık olan hükümler 440. maddede biraraya getirilmiştir.

İstanbul'daki Sempozyumda, Asistan Dr. Ramazan Aslan, eski 440. maddenin son fıkrasının değişiklik sırasında unutulmuş bulunduğunu, bu nedenle karar düzeltme isteklerinin dilekçede gösterilen sebeplerle sınırlı olamayacağını, bundan böyle bu isteklerin temyiz gibi incelenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Sempozyumda bu görüşe katılmadığımızı belirtmiştik. Gerçekten, karar düzeltme yolu olağan bir kanun yolu değildir. Olağanüstü bir yoldur. Bir hükmün iki kez temyiz incelemesine tabi tutulacağı iddiası geçerli bir iddia sayılmaz. 1086 H.U.M.K. nun 440. maddesinin son fıkrasının, değişiklik sırasında unutulmuş olması bu görüşte değişiklik yapılmasını gerektirmez.

Yasa koyucunun amacı, karar düzeltme isteğinin incelenmesinin gösterilen sebeplerle sınırlı olması doğrultusundadır. Bunu, temyiz gibi düşünmek yasa koyucunun amacına aykırı olur.

Karar düzeltme yolu Dünya ülkeleri içinde, sadece İsrail ve Sovyet Rusya'da açık tutulmuştur. Bizde de terkedilmesi gerekir. Ancak, Yargıtay'ın bugünkü iş yükü karşısında hatalı kararların çıkmakta olması gerçeği kabul edilmelidir. Bu yolun saklı tutulması sadece açıkladığımız sebepten ötürü yararlı görülebilir. Üst mahkemeler kurulduktan sonra bu yola gerek kalmayacaktır.

Hukuk Genel Kurulu kararlarının düzeltme yoluyla ikinci kez incelenmesinin sağlanması bize garip görünmektedir. Çünkü, Hu-

kuk Genel Kurullarında, bir uyuşmazlık her yönden çok geniş bir biçimde tartışma konusu yapılmaktadır. Kurulların değişmesi halinde düzeltme isteklerinin kabul edilerek önceki kurul kararının kaldırıldığını az da olsa görmekteyiz. Kanımızca genel kurul kararlarına karşı karar düzeltme yolunun açık olması faydadan çok, zarar getirmektedir. Yüce kurulun, daha önce verdiği bir kararı az sonra değiştirmesi halk içinde adalete olan güven duygusunun sarsılmasına neden olabilir. Ayrıca haftada bir veya iki kez toplanmakta olan kurulun, çoğu zaman değerli çalışması bu suretle işgal edilmiş olmaktadır.

Biz sempozyumda, Yargıtay Genel Kurulunun direnme kararı üzerine verdiği kararların, karar düzeltme yoluna kapalı olduğunu ileri sürmüştük.

Gerçekten 1730 sayılı Yargıtay Yasasınının 17. maddesi şöyledir : «Madde : 17 — Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri şunlardır :

1 — Yargıtay Dairelerinin bozma kararlarına karşı direnmeye dair verilen mahkeme kararlarını inceleyip kesin olarak karar vermek.»

Bu hükümden, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun direnme üzerine verdiği kararların, karar düzeltme isteklerine kapalı olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Ancak, Hukuk Genel Kurulunun ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar da vardır. Bunlar için karar düzeltme yolunun kapalı olduğu iddia edilemez.

Uygulamadaki karışıklık, 1730 sayılı yasanın daha yüksek numarayı taşıdığı halde 1711 sayılı yasadan önce yürürlüğe girmiş olmasından ileri gelmektedir. Oysa, Hükümet tasarısında Genel Kurulların direnme üzerine verdikleri kararların düzeltme yoluyla tekrar incelenemeyeceği açıkca belirtilmiş bulunmakta idi. Uygulamada Genel Kurul kararlarına karşı karar düzeltme yolunun kapalı tutulması ile işlerin gereğinden fazla uzaması ve Yargıtay'ın iş yükünün bir ölçüde artması önlenmiş olacaktır.

BASİT YARGILAMA USULÜ

1711 sayılı yasa ile, 1086 sayılı H.U.M.K. nun 507. maddesinde değişiklik yapılmış ve basit yargılama usulünün uygulama alanı genişletilmiştir.

Yasanın getiriliş amacına uygun olarak Sulh Mahkemelerinde basit usul öngörülmüştür.

1711 sayılı yasa ile, sözlü usule ait H.U.M.K. nun diğer hükümlerinde bir değişiklik yapılmadığından, H.U.M.K. nun 490. maddesi hükmüne göre, Sulh Mahkemelerinden yüze karşı verilen hükümler tefhim, gıyapta verilenler ise tebliğ tarihinden başlayarak 8 gün içinde temyiz edilebilmektedir. (İç. B. Kararı, 975/4 esas, 1975/4 karar sayılı) Bu içtihadı birleştirme kararı Sulh Mahkemesince verilen hükümlerin tebliği gerekmediğini belirtmektedir.

Sempozyumda, bu yorum biçiminin yasa koyucunun amacına uygun düştüğü ve doktrince de benimsendiği ifade edilmiştir.

1711 SAYILI YASANIN YÜRÜRLÜK TARİHİ

1711 sayılı yasanın yürürlük tarihi 4. maddede gösterilmiştir. Bu hükme göre, sözü edilen yasa 8.6.1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sempozyumda Sayın Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nun 7.6.1973 tarihinde yürürlüğe girdiği şeklindeki görüşü taraftar bulamamıştır. Sayın Doç. Dr. Ejder Yılmaz, gerek yürürlük maddesine, gerekse kanunların yürürlüğü hakkında hüküm içeren yasa hükmüne göre, yürürlük tarihinin 8.6.1973 günü olduğunu çok açık bir biçimde ortaya koymuştur.

İSVİÇRE KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDAKİ HUKUKİ SORUMLULUĞA İLİŞKİN BİR İNCELEME

GENEL BAKIŞ

EMİN BAŞAKLAR

İnsan kişiliğine ve onun maddî varlığına önem veren çağımız uygarlığının en güzel örneklerini Avrupa'nın şirin ülkesi İsviçre'de görmek mümkündür.

Herşey adeta İsviçre'de yaşayan insanlar için düzenlenmiştir. Evcil hayvanlar için dahi bu düzenlemenin yapıldığı sokaklara ilk bakışta anlaşılmaktadır.

İnsan hayatına verilen sonsuz değer nedeni ile, insanlar arasındaki ilişkilerde olduğu kadar, sokakta gidiş ve gelişlerde de bu kıymetli varlığın yersiz ve zamansız olarak ortadan kalkmasını engelleyici gerekli tedbirler yeterince alınmış, insan ve vasıta hareketleri bir takım kurallara bağlanarak düzen sağlanmaya çalışılmıştır.

Ne varki, aynı kurallar memleketimiz mevzuatına az farkla aktarılacak alınmış olmasına rağmen, üzüntü ile belirtmek gerekir ki, aynı olumlu netice alınamamış bulunmaktadır. Bu farklı neticeyi tespit etmek için, istatistik bilgilerini, mahkeme dosyalarını incelemeye lüzum yoktur. Her iki memleket sokak ve caddelerin de kısa bir gezinti açık farkı görmeye yetmektedir.

Bu itibarla, trafik olayı nedeni ile ortaya çıkan hukukî sorumluluğa değinmeden, gözlemlerimize dayanarak yollarda daha az kaza ve daha fazla güvenin nasıl sağlandığı konusunda düşüncelerimizi belirtmeyi faydalı bulmaktayız.

Kanımızca trafik olaylarının fazlalığı ve azlığı aşağıda sıralanan hususlarla sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır :

- 1 — Trafik bilgisi ve trafik terbiyesi,
- 2 — Yol durum ve işaretleri,
- 3 — Vasıta çeşidi ve özelliği,
- 4 — Trafik kontrolü, Ceza derecesi.

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

1 — TRAFİK BİLGİSİ VE TRAFİK TERBİYESİ :

Bilindiği üzere, trafik kurallarının uygulanması, trafik bilgisi ile bu bilgileri gereği gibi uygulama olarak birbirine bağlı iki safhada oluşmaktadır. Birincisi, trafik kuralları bilgisidir ki, basitliği nedeni ile küçüklerden en büyük insanlara kadar kavranmasında ve akılda tutulmasında hiçbir zorluk bulunmamaktadır. Bu bilgiler okul ve aile içinde çeşitli yayın araçları ile halka öğretilmekte, uygulamalarla gösterilmektedir. Örneğin : Okul önlerinde yetişmiş öğrencilerin trafiği olumlu bir biçimde idaresine imkân verilmektedir. Bunun faydasını ve etkisini inkâra imkân yoktur. Trafik bilgisinin bir ölçüde çeşitli yayın araçları ile halkımıza da verildiğine ve ulaştırıldığına şüphe yoktur. Ancak, daha önemli olanı ikincidir. Yani öğrenilen bilgileri uygulama safhasıdır. İsviçre’de, trafik kuralları büyük bir titizlikle uygulanmakta, yani, yasa ve sürücüler kuralları istisnasız aynen uygulamaktadır. Aksine hareket bir İsviçreli için gayri ahlâkî bir davranıştır. Trafik kurallarına uyma ahlâkın bir parçası olarak gelişmiştir.

Trafik kuralına uymanın önemi yaya ve sürücüler tarafından öylesine benimsenmiştir ki, sürücünün yayanın hakkını görmezlikten geldiğini veya çiğnediğini, yayaların tehlikeli durum yaratacak davranışta bulunduğunu, hakkı olmadığı yerde durup yürüdüğünü izlemeye imkân yoktur. Haklara karşılıklı saygı nedeni ile kaybolan zamandan dolayı yekdiğerini incitecek biçimde hareketleri dahi görmek mümkün değildir.

Sadece bir sürücü olduğunu unutarak çevresini umursamaz bir hava ile direksiyonda yan oturan, sağ ve solu dikizleyerek araç kullanan çeşitli nedenlerle kişisel olarak içkillendiği kişileri, hakkını kötüye kullanarak zor durumlara sokan ve yine kişisel basit duygu ve düşünceden dolayı, taşıdığı kişilerin hayati sorumluluğunu hissetmeyen ve onları ağır tehlikelere maruz bırakacak davranışlarda bulunan, kişisel üstünlüğü kullandığı arabada olduğunu unutarak çevreyi rahatsız eden, olay anında varsa kusurundan kaçan ve onu inkâr eden bir sürücüye İsviçre’de rastlamak imkânsızdır. Nasılsa kimse görmez diyerek sür’at levhalarında yazılı hızları geçmeye hiç kimse teşebbüs etmemektedir. (Yabancılar hariç). Zira, sür’atin uzun tecrübelerden sonra emniyetli bir gidiş için tespit edildiğine inanılmaktadır.

Burada şu hususu belirtmek yerinde olacaktır. Sür’atli araba kullanmak ile trafik kurallarına aykırı olarak sür’atli araba kul-

lanmayı yekdiğerinden ayırt etmek gerekir. Trafik kurallarına uygun olarak sürülen araba birisine göre sür'atlı diğeriye nazaran yavaş olabilir. Bu, kişinin heyecan derecesi ile becerisine göre değişebilir.

Dünyanın her yerinde sür'at felâket getirmektedir. Ancak, bizde sür'at olayları fazlalığının nedeni, sür'at sınırlamasının yol, hava ve araba durumuna göre, daha fazla kişi tarafından aşılmakta olmasındandır. İsviçre'de sürücü sür'at sınırının tavanında seyrederek. Fakat, diğeri bütün trafik kurallarını da sür'at ölçüsünde hassasiyetle uygular. Örneğin : Bir arabayı kurallara göre sollama olanağı yoksa uzun zaman onun arkasında sabırla, sinirlenme belirtileri göstermeden gider. Aksi hareketin, ihtimale kalan kurtuluş veya geçiş için, kendisini, arabasını ve yolcularını tehlikeye maruz bırakacağını bilir. Bu davranış, trafik kuralını uygulama terbiyesidirki, herkesce benimsenmiştir. Trafik Kuralının çiğnenmesi, ayrıca, halk tarafından kınanmakta ve protesto edilmektedir. Halkın bu tepkisi trafik terbiyesinin oluştuğı ve yaşadığının bariz bir belirtisi olarak görülmektedir. Bunun karşısı kusurlu kişinin de kınanmak ve protesto edilmekten korkmasıdır. Karşılıklı olarak oluşmuş kınama ve kınanma duygusunun ceza dışında en etkili bir faktör olduğuna şüphe yoktur.

2 — YOL DURUM VE İŞARETLERİ :

İsviçre'de otoban hariç, diğeri karayolları genişliği memleketimiz yollarından farklı değildir. Ancak, hemen her yere ulaşan yollar vasıflı asfalt olup düzgünlüğü dikkati çeken biçimdir. Yer yer oyuklar yoktur. Onarım ve inşaat nedeni ile tehlikeli durumlar en dikkatsiz sürücüyü uyaracak şekilde gece ve gündüz için yeteri derecede işaretlenmiş ve ışıklandırılmıştır. Yol kavşakları, şehir içi ve dışında (yonca yaprağı) dediğimiz alt ve üst geçitlerle rahat, sür'atlı ve emniyetli trafik akımına kavuşturulmuş, zorunluk olmadıkça demiryolları üst geçit biçiminde ayarlanarak kara ve demiryolları üst geçit biçiminde ayarlanarak kara ve demiryollarında ayrıca emniyet ve sür'at sağlanmaya çalışılmıştır. İlerisi görülmeyen virajlara konulan aynalarla gidilecek yeri görme imkânı yaratılmıştır. Aynaları, kimse kırmağa, onu taşla, silâhla nişangâh yapmağa cesaret edemeyeceğı gibi böylesine kötü bir davranış aktımın köşesinden dahi geçmez. O, aynanın bir hayat kurtarıcısı olduğunu bilir.

Şehir ve kasabalarda bir yerden diğeri yere, bizde olduğeri gibi tek bir ana cadde ile gitme zorunluğeri yoktur. Ana caddeye paralel

birden fazla yol olmakla az zaman farkı ile aynı yere başka bir yoldan gitme olanağı daima mevcuttur. Şehir plânları öyle yapılmıştır. Trafik akımını rahatlığı için bazı cadde ve sokakları da tek yönlü olarak kullanılmaktadır.

Trafiğe açık yollarda (şehir içi - şehirdışı) yol şeritlerini sağ sol sapış işaretlerini, park yerleri işaretlerini ve yaya geçit çizgileri gibi tehlikeli işaretleri uzaktan izlenebilecek şekilde gece ve gündüz görmek mümkündür. Şehir içi kavşakları hemen hepsi trafik lâmbaları ile idare olunmaktadır.

İşıksız yaya geçitlerinde geçme hakkı daima yayanındır. Yayanın adımını yola atması ile bütün arabalar rahatsızlık, tedirginlik vermeden adeta saygı ile durup yayanın geçişini bekler.

Trafik lambalarındaki sarı ışık, bizde olduğu gibi, yaya ve sürücü için hareket başlangıcı olarak düşünülmemektedir. Hareket daima yeşil ışıkta başlamaktadır.

Büyük şehir merkezlerinde trafik akımının fazla olduğu kavşaklarda öğle veya akşamları, hava bozukluğu nedeni ile sıkışık hallerde, trafik işaretleri, yol kenarındaki ayrı bir kumanda merkezinden, şeritlerin ve cihazların sıkışıklığına göre polisçe müdahale ile ayarlamakta, o anki sıkışıklık, lüzumsuz bekleme giderilmeye çalışılmaktadır. (Bizde bu görevi polis kendisi el, kol ve gövde hareketleri ile düzenler). Şehir merkezi ve hemen çevresindeki yol kenarları bazen yaya kaldırımına da tecavüz ederek ayrılmış oto parklarla doludur. Başka bir yere parka imkân yoktur. Ancak, her bir araba için işaretli bu yerlerde bizdeki ne olduğu meçhul park bekçileri yerine yüzlerce belkide binlerce park saatleri vardır. Yani park paralıdır. Yer durumuna göre belli süreden fazla ciddi kontrol ve ceza nedeni ile fazla para verilse dahi, buralarda araba park etmeye ve kalmaya imkân yoktur.

Ayrıca açık ve kapalı apartman biçiminde park yerleri yapılmış olup, giriş ve çıkış çok defa otomatiktir. Bununla üçüncü kişilerle karşılaşmak veya onlarla sürtüşme önlenmek istenmiştir.

Adeta kavşak dışında sola dönme imkânı yoktur. Yol üzerinde otomobil, treylebüs, tramvay şeritleri ayrı olduğu gibi, yol kavşağına gelmeden sağ, sol ve ileri şeritleri ayrıldığı için kavşaklardan boşalma rahat ve emniyetle oluşmaktadır.

Netice, riayet halinde, kusursuz bir işaret ve ikaz sistemi ile sür'at ve emniyet ve rahatlık sağlanmış bulunmaktadır.

3 — VASITA ÇEŞİDİ VE ÖZELLİĞİ :

Diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi özellikle İsviçre'de insan, eşya ve hayvan nakli genellikle demiryolları aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Demiryolunun heryere ulaşmış olması nedeni ile, özel oto dışında kara nakliyatının ağırlığını demiryolları çekmektedir.

Bilindiği gibi taşımada aranan esaslı özellik ve unsur emniyet, sür'at veya zaman, yer ve ucuzluktur. İsviçre'de demiryolları akıllara durgunluk veren zaman yönündeki intizamı, değil dakika saniyelere yakın ölçüler içerisinde cereyan etmektedir. (Örneğin; Zürih'ten çeşitli istikametlere bir günde 460 tren hareket etmektedir. Gelişler hariç). Gidilecek yere insanlar en çabuk demiryollarından gitme imkânına sahiptir. Tüm elektrikli trenlerin son model arabalardan daha çabuk istenilen yere vardığını görmezlikten gelmeye imkân yoktur. Bunun nedeni karayollarının hız sınırlamasına tabi olmasına mukabil trenlerin saatte 100 km. üstünde seyredibilmeleridir. Ayrıca demiryolları işlemlerindeki emniyet ve çabukluk başka bir araca ihtiyaç göstermeyecek mükemmelliktedir.

Şehirlerarası ve banliyölerde insan naklinde demiryolları başta gelmesine karşı şehir içinde bu görevi elektrikli tramvay veya trolleybüsler yüklenmiştir. Her semte birkaç dakika bekleme ile gece yarısına kadar tramvaya binme olanağı vardır. Akşam üzeri hariç ayakta durmaya gerek yoktur. Şehir otobüsleri tramvay işlemesine imkân olmayan arazi yapısındaki semtlere çalışmaktadır.

Ayrıca trafiğin yoğun olduğu istikametlerde metrolar büyük çabukluk ve rahatlıkla insanları taşımaktadır.

Şehir içinde diğer araç taksidir. Ne varki, pahalı oldukları için mecbur olmadıkça kimse tercih etmemektedir.

Kamyona şehir içinde bizde olduğu kadar rastlanmaz. Kamyon görmek için oldukça beklemek gerekir. Şehirlerarası yollarda da durum aynıdır. Şehirler arasında treylere rastlanabilir.

İsviçre'ye mahsus olmak üzere biz kamyon azlığını şöyle yorumlamaktayız. İsviçre gelişmekte olan değil kendi özelliğine göre gelişmiş bir ülkedir. Harp ve işgal görüp yapı yıkılmamıştır. Bu itibarla, yeni şehir ve kasabaların olduğu yeni fabrikaların arkaya inşa edildiği bir memleket bulunmamaktadır. Her kasaba ve şehirde kenar semtlerde yapılan, yapılmakta olan bir kaç blok apartmandan başka inşaata rastlamak mümkün değildir. Bizde olduğu gibi binaları yıkılıp binalar yapılmamaktadır. Yarım asırlık, en

fazla iki katlı evler daha dün yapılmış gibi yeni görünümündedir. Hal böyle olunca, karayollarında ticarî eşyadan başka taşınacak eşya kalmamaktadır. Ve bu yüzden bizdeki kadar kamyonu da gerek yoktur.

Her ağır sonuçlu trafik olayına bir kamyon karışmakta olduğuna göre ağır ve çok trafik olayının İsviçre'de azlığının nedenini bir bakıma kamyon azlığına bağlamak mümkündür. Dolmuş dediğimiz vasıta çeşidi esasen İsviçre'de yoktur. Ve gerekte bulunmamaktadır. Keza, memleketimizde trafikte kaydı olmadığı halde şehir içinde ana caddelerde itilerek sevkedilen veya bisiklet biçiminde 3 tekerlekli ne olduğu belirsiz taşıt aracı da yoktur.

Vasıtaların özelliğine gelince; Trafiğe çıkacak her araç trafik muayene merkezlerinde, lâstik aşınması, motorun arızasız çalışması kaporta çürük ve boyasına kadar elektronik araçlarla kontrolden geçirilmektedir. Bu nedenle modeli hariç İsviçre trafiğinde kayıtlı her araç, adeta yeni araç niteliğinde bulunmaktadır. Cadde ve sokakların dahi tertemiz olduğu İsviçre'de, taşıt araçlarının insan gözüne ve giysisine dokunan kirli bir yönünü müşahade etmeğe imkân yoktur. Bu husustaki titizliğin bir görev ve yerine göre terbiye kuralı olarak uygulandığı gözden kaçmamaktadır.

4 — TRAFİK KONTROLU VE CEZA DERECESESİ :

Şehir içi ve dışında trafik ekip veya görevlisine rastlamak da oldukça zordur. Trafik, ışıklandırma ve trafik işaretleri ile, kendi kendine akmaya bırakılmıştır. Zira herkesin bu kurallara uyacağı düşünüldüğünden her sokak ve köşe veya kavşakta görevli trafik polisi yoktur. Bir kısmı sivil dolaştığından anlama olanağı da yoktur. Ancak, polisi kuralı çiğnediğinizde yanınızda görebilirsiniz. Müsamahasız biçimde görev yapan polise yabancılar dışında kimse ricada bulunmaz. Sadece borcunu sorar ve birkaç günlük kazancını polise verip makbuzunu alarak uzaklaşır. Artık, o kişinin tekrar kuralı çiğneyip çiğnemeyeceğini takdir güç olmasa gerektir. İsviçre ve Avrupa'da olduğu gibi kural çiğnenmesi müsamahasız olarak karşılanır ve verilecek ceza failini sarsacak olursa, elbette bu durum, kuralların çiğnenmesini azaltacaktır. Bizde trafik kontrolünün nasıl gerçekleştirildiğini bilmeyenimiz olmadığı ve Avrupa ülkeleri ile çeşitli nedenlerden kıyaslanamayacağı için halli gereken bir mesele olarak ele alınması zaruretine inanmaktayız.

Böylece, İsviçre trafiğinin genel dış görünümü hakkında izlenimlerimizi kısaca belirtmeğe çalıştık. Memleketimizde halledilme-

miş bir mesele olarak Devlet Başkanının özel konuşmalarına konu olan ve adeta harp zaiyatı kadar gün güne insanlarımıza ve eşyamaıza zarar veren konuya iktidarların gerekli ehemmiyeti veremelerini ulusca, sabırsızlıkla, bekliyoruz. Bu bekleyişin artık, bir hak niteliği aldığına şüphe kalmamıştır.

İSVİÇRE KARAYOLLARI TRAFİĞİ OLAYLARINDA HUKUKİ SORUMLULUK

GİRİŞ

Trafik olaylarının toplumda hissedilen zararları meydana gelmeye başlaması ile birlikte bu zararların önlenmesi veya daha sür'atle ve güvenli bir biçimde giderilmesi maksadı ile özel hükümlerin konması zorunluğu doğmuş, bu maksatla İsviçre'de 15.3.1932 tarihinde (Motorlu taşıt ve bisikletlerle yapılan taşıma işleri) kanunu kabul edilmiştir. Haksız eylem niteliğinde olmakla o ana kadar trafik olayları için uygulanan İ. Borçlar Kanunu hükümleri yerine özel kanun hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Aradan geçen zamanın duyurduğu ihtiyaca göre bu defa daha yeni hükümlerle 19.12.1958 tarihli (Loi fédérale sur -la circulation Routiers) adlı kanun çıkarılmış ve uygulanmaya başlanmıştır. Halen İsviçre'de yürürlükte olan, bizim karayolları trafik kanunu dediğimiz, kanun bu kanundur.

Aşağıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere kanun üç esaslı hukukî ilkeye dayanmaktadır. Birincisi; sorumlu kişi aracı elinde bulunduran veya işleten kimsedir. (Détenteur). İkincisi; hukukî sorumluluk için kusur şart değildir. Üçüncüsü de maddî zararın tazmini için zarar görenlerin doğrudan müracaat edebilecekleri bir sigorta zorunludur. Bu üç ilkenin zarar görenin zararını kısa zamanda giderilmesini sağlayacağı gibi sorumlu kişinin de ağır mali külfete maruz kalmadan zararı ödemesini sağladığına ve sağlayacağına şüphe yoktur. Bu bakımdan sorumlu kişi ve zararın giderilme imkânı yönlerinden Türk Karayolları Trafik mevzuatı ile oldukça farklılık göze çarpmaktadır.

UYGULAMA ALANI :

İ.K.T.K. nun 58. maddesi 1. bendine göre (motorlu taşıtın kullanılması yüzünden bir kimse ölür, yaralanır veya bir eşyaya zarar gelirse bu zarardan o aracı elinde bulunduran (devamlı şekilde işletme sureti ile elinde bulunduran) kimse sorumludur (Détenteur).

Burada iki kavramı biraz açıklamak faydalı olacaktır.

İsviçre K.T.K. nun Fransızca metninde kullanılan araç (véhicule automobile) şeklinde ifade edilmiştir. Lûgat anlamı itibariyle bu deyim (oto taşıtı) veya (oto aracı) nı ifade eder. Ne varki, aynı kanunun 7. maddesinde (véhicule automobile) kavramının anlam ve kapsamı ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre oto aracı, kendi gücü ile yeryüzünde bir demiryola tabi olmadan hareket edebilen bir araçtır. Böylece bu tanıma, otomobil, otobüs, kamyonlar dahil olduğu gibi özel faydalanma amacı ile yapılmış motorlu araçlarda dahil olmaktadır. Örneğin; traktör, biçer döğer gibi. Bu taşıtlardan arkalarında römork gibi çekilen araç bulunanların, çektikleri aracın meydana getirdikleri zarardan, çeken motorlu aracı elinde bulunduranın sorumlu olacağı aynı kanunun 69. maddesi ile hükme bağlanmıştır. Çeken motorun sigortası bu taşıtın meydana getirdiği zararı da kapsar. Çekilende insan nakledilmek istendiğinde 64. madde gereği ek sigorta yapmak zorunluğu vardır. Aksi halde trafiğe çıkamazlar.

Bu nedenle biz (véhicule automobile) karşılığını motorlu taşıt olarak ifade etmek istiyoruz.

Sorumlu kişiye gelince : İ.K.T.K. (L.E.C.R.) nun 58. maddesinde (Détenteur) deyimini ile ifade edilen sorumlu kişi de lûgat anlamı ile motorlu aracı işletmek maksadı ile sürekli biçimde elinde bulunduran, ondan faydalanan kimseyi ifade etmektedir. (Détenteur) aynı zamanda vasıtanın ruhsatı adına olan kişidir. Bu kimse vasıtayı kullanmayabilir. Bu bakımdan Détenteur mutlak (sürücü veya şoför) ü ifade etmez. Bu kişi vasıtanın maliki de olmayabilir. Oysa bizde malik, başlangıçta trafik ruhsatı, adına verilen kişidir. Trafik kaydı mülkiyet intikalinde ancak karine teşkil edebileceğinden daha sonra malik değişse bile ruhsat başkası adına kalmaktadır. Bunun sakıncalarının büyüklüğünü uygulamada sayısız örnekleriyle hergün görmek mümkündür. Şöyleki : Türk Karayolları Trafik Kanununun 50. maddesine göre zarardan sorumlu kişi aracın sahibidir. Oysaki olay tarihi itibariyle şahıslar arasında aracın mülkiyetinin başkasına geçtiğini kanıtlayan bir belgenin düzenlenmesi hiçte zor bir şey değildir. Bu durumda zararı gören kişinin daha sonra malî gücü zayıf bir malikle karşılaşması daima mümkündür. Bu yüzden yetkisizlik, görevsizlik ve yanlış husumetten reddedilen davaların sayısının az olmadığı malûmdur. Ve üzülerek belirtmek gerekirken, böyle durumlarda zarar görenlerin acılarına, zararların artmasına seyirci kalmaktadır. Bu çok acı bir gerçek-

tir. İşte, İsviçre K. Trafik Kanununun 58. maddesi 1. bendine konan ilke ile zarar gören kimse, aracın gerçek sahibi veya sürücüsü arkasından koşmaktan kurtarılmıştır. Ondaki iktisaden yararlanan ona ekonomik açıdan hakim olan, vasıtayı işleten, işinde kullanan ve ruhsat adına çıkan kişiyi sorumlu kılmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi sorumluluk aynı zamanda kusursuzluk ilkesine dayanmaktadır. Bunun nedeni de doktrinlerde tartışıldığı gibi iktisadî yarar ve tehlike ilkesidir. Bu bakımdan dahi aracı elinde bulunduranın sorumluluğunun kabulü daha mantıkî olmaktadır.

Aracı devamlılık arzeder bir şekilde elinde bulunduran ruhsat sahibinin sorumluluğunun açıkça belirtilmesinden, İ.K.T.K. na göre şoföre müracaat olanağı yoktur. Aracı elinde bulunduran kişinin aynı zamanda sürücü olması şüphesiz ayrıcalık teşkil eder. Ancak, bu halde dahi sorumluluk şoför sürücü olduğu için değildir. Sürücü aracı kullanan kişi değilse hakkında İsviçre Borçlar Kanununun haksız eylemlerle ilgili hükümleri uygulanmaktadır. Zarar görenin zararı aracı kullananın malî gücü ve ondan da önce sigorta tarafından karşılanmakta olduğundan şoför hakkında dava açılmasına çok defa gerek yoktur. Şoför olsa olsa zararı ödeyenin rücu davasına muhatap olmaktadır.

Aracı kullanan kimsenin, sürücü ile kazanın herhangi bir biçimde meydana gelmesine katılan yardımcıların kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olacağı İ.K.T.K. nun 58/4. bendinde açıklanmıştır.

Aracın işleticisi, kullanılmayan aracının sebep olduğu trafik kazasından bir zarar meydana gelmiş ise ondan dahi bazı şartlarla sorumlu olacağı yine aynı kanunun 58/2 maddesi ile tesbit edilmiş bulunmaktadır. Şöyleki : Zarar gören, kullanılmayan aracın işleticisinin veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu bulduklarını, kazanın meydana gelişinde o motorlu taşıtın arızasının veya noksanının sebep olduğunu isbat ettiği takdirde kullanılmayan aracı elinde bulunduran ruhsat sahibi sorumlu tutulmaktadır.

İ.K.T.K. nun 58. maddesindeki ilkeye göre dikkati çeken bir hususu belirtmek isteriz. O da şudur : Kazanın genel yollarda meydana gelmesi şartı kanuna konmamıştır. Böylece motorlu aracın hareket halinde olsun, dururken olsun sebep olduğu kazanın genel yol ile tarlada, fabrika bahçesinde veya garajda meydana gelmiş

olmasında fark bulunmamaktadır. Yine aynı kanunun 89. maddesi ile motor gücü zayıf araçların bu kanunun uygulanmasında istisna teşkil edebileceğine Federal Hükümetce karar verilebileceği belirtilmiş dolayısıyla bu araçlar kusursuz sorumluluk dışında gerinde bırakılmak istenmiştir.

MOTORLU ARACI ELİNDE BULUNDURANIN SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER

İ.K.T.K. nun 58/1. maddesine göre aracı elinde bulunduranın taşıtın kullanılması veya kullanılmaması halinde meydana gelen zardan kusursuz sorumluluğu esas olarak kabul edilmiş ise de, aynı kanunun 59 - 60. maddesinde bunun istisnaları ve şartları belirtilmiştir .İ.K.T.K. nun 59/1. maddesine göre, aracı elinde bulunduran sorumlu kişi, kazanın mücbir sebepten veya zarar gören veya hut üçüncü bir kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat etmekle beraber ayrıca kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kimşelerin kusurlu bulunmadığı veya motorlu taşıtın özürülü oluşunun buna sebep olmadığını, ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabilir.

(Mücbir sebep) kavramı İsviçre Karayolları Trafik Kanununda tanımlanmadığı için bunun Borçlar Kanununda yerleşmiş anlayışa göre belirlenmesi gerekli bulunmaktadır. Trafik olaylarının özelliğine göre, yola ani çıkan hayvanlar, motorlu araçtaki arıza beklenmedik olay olarak elbette kabul edilemeyecektir. Trafik olaylarında müsbir sebep çok özel haller için oluşa göre ancak kabul edilebilmektedir.

Kaldığı, sorumlu kimse, ayrıca kendisi ve adamlarının hiç kusuru olmadığını, arabanın hiç bir arızasının bulunmadığını isbat etme durumundadır. Bundan şu netice çıkmaktadır : Kendisi ve adamlarının kusuru olmasa ve olayda aracın özürülü olmadığı isbatlansa dahi aracı elinde bulunduran ruhsat sahibi kimse zardan hukuken yine sorumlu bulunmaktadır.

Kusurlu şoför ve yardımcılarına rücu hakkı şüphesiz vardır. Olay müsbir sebepten değilde zarar gören üçüncü kişinin ağır kusurundan meydana gelmiş ise sorumlu kişi yine kendisiyle adamlarının kusuru olmadığını veya araba arızasının bulunmadığını isbat ettiğinde sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir .Burada da zarar gören veya üçüncü kişinin kusurunun ağırlığının, olayın özelliğine göre, isbat edilmesi gerekmektedir.

Kanunun bu hükmünün tartışmalı diğer yönü isbat külfetinin motorlu aracı elinde bulunduran sorumlu kişiye yüklenmiş olmasındadır. Külfetin zorluğu gerçekten tartışmaya değer.

İ.K.T.K. nun 59/1. maddesine göre üçüncü kişi sorumlu kişinin sürücüsü veya aracın işletilmesiyle ilgili kişiler değildir. Olaya karışmış motorlu aracı elinde bulunduran kimsenin de üçüncü kişi olarak kabulü mümkün bulunmamaktadır. Gerçekten aynı kanunun 60/1. maddesi hükmü bu gibi kimseleri müteselsil sorumlu tutmuş olmakla diğer sorumlu kişinin kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulmaya imkân bırakmamıştır.

Bununla beraber, yukarıda açıklandığı üzere, sorumlu kişi zarar görenin kusurunu isbat etmesine rağmen sorumluluktan kurtulmıyorsa hâkim, böyle bir durumda, tazminat miktarını durumun bütün özelliğini dikkâte alarak, takdir eder. (İ.T.K. 59/2. md.)

Buradaki durum, hale göre olsa olsa zarar görenin karşı kusurudur. Aynı kanunun 59/3. maddesiyle aracı elinde bulunduranın sorumluluğu kısmen veya tamamen hâkim tarafından kaldırılabilir. Şöyleki : Ölen veya bedenen zarara uğrayan veyahut beraberindeki şeyleri zarara uğrayan kimse sorumlu kişinin aracında hatır için karşılık olmaksızın taşıyorsa veya o araç kimseye hatır için bırakılmış ise bu takdirde hâkim tazminatı azaltır ve özel durum gerektiriyorsa tazminatı tamamen kaldırabilir. Bu ilkenin hakkaniyet ölçülerine uygunluğu elbette tartışılmaz.

Motorlu aracı elinde bulunduran kimsenin sorumlu tutulacağı bir diğer hal de İ.K.T.K. nun 71. maddesinde belirtilen durumdur. Sözü edilen maddeye göre motorlu taşıtla meşgul olan işletmeler aracın saklanması, tadili, tamir veya benzeri amaçlarla kendilerine bırakılan taşıtların sebep olduğu zararlardan tıpkı onu elinde bulunduran ruhsat sahibi gibi sorumlu bulunmaktadır. Bu takdirde o aracı elinde bulunduranların sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Ancak, aracı elinde bulunduranın sigortası o işletmecisi ve adamlarının eylemlerinden sorumlu olan kişilerin sorumluluklarını da kapsamaktadır.

Yine aynı kanunun 75/1. maddesi gereği motorlu taşıt haksız eylem sonucu kaçırıldığında, buna, aracı elinde bulunduran ile eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurlu olmadığı isbatlanırsa zararı meydana getiren aracı elinde bulunduran sorumluluktan kurtulabilmektedir.

MÜŞTEREK SORUMLULUK

İ.K.T.K. nun 60. maddesiyle müşterek ve müteselsil sorumluluk halleri belirlenmiştir. Anılan maddenin birinci bendine göre, motorlu taşıtın sebebiyet verdiği bir kazada üçüncü kişinin uğradığı zarardan birden ziyade kimseler sorumlu olurlarsa meydana gelmiş zarardan bu sorumlular müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Sorumlu olan kişilerin hepsi motorlu taşıtı elinde bulunduran kimseler olduğu takdirde özel durumlar ve bu arada kusur başka tevzi şeklini haklı göstermedikçe vakî zarardan eşit surette mesuldürler. (İ.K.T.K. 60/2 md)

Şayet, motorlu aracı elinde bulunduran sorumlu kişi yanında sadece kusuru nedeniyle sorumlu birisi var ise (kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olmayan kişi - örneğin : şoför), hakim, bütün durumları gözönünde tutarak, zararın tayin olunacak kısmından o kimseyi sorumlu tutabilmek yetkisini taşımaktadır. O şahsın kusurunun hafifliği ve durumun haklılık derecesine göre, hattâ, hâkim bu kimseyi sorumluluktan tamamen dahi kurtarabilmektedir (İ.K.T.K. 60/3 md).

Görülmektedir ki, bir kazada üçüncü kişinin zararında birden ziyade kişiler sorumlu bulunduğu anda asıl olan müteselsil sorumluluktur. Üçüncü bendte belirtilen sorumluluk dahi müteselsil olmakla beraber belirtilen kişi bakımından miktarı sınırlandırılmış bulunmaktadır. İ.K.T.K. nun 60/1. maddesinde sözü edilen üçüncü kişi olaya karışan diğer bir motorlu aracı elinde bulunduran kimseler dışındaki kimselerdir. Şayet zarar gören üçüncü kişi olaya karışan diğer bir motorlu aracı elinde bulunduran kişi ise, bu takdirde, yukarıda açıklandığı üzere aynı kanunun 61. madde ilkeleri uygulanmak gerekecektir.

Yukarıdan beri vakî açıklamalardan anlaşılacağı üzere sorumluluğu ve tazminat miktarının tesbit ve takdirinde hâkime oldukça geniş takdir hakkı tanınmış bulunduğu müşahade olunmaktadır.

MOTORLU TAŞITI ELİNDE BULUNDURANLAR ARASINDA TAZMİNAT

Birden fazla motorlu taşıtın sebep olduğu bir kazada aracı elinde bulunduranlardan birisi bedenî bir zarara maruz kaldığı takdirde, durumlar, örneğin kusur bir başka oranın uygulanmasını haklı göstermiyorsa kaza ile ilgili taşıtı elinde bulunduranların zarara eşit bir biçimde katlanacağı aynı kanunun 61/1. maddesinde ifade

edilmiştir. Zararın eşyadan ibaret olması halinde ise diğer aracı elinde bulunduran bazı şartlarla zarardan sorumlu tutulmaktadır. (İ.K.T.K. 60/2 md). Şöyleki, zarar davalı motorlu aracı elinde bulunduranın veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusuru veya temyiz kudretini geçici olarak kaybetmiş olması veya aracın noksanı yüzünden meydana geldiği zarar gören tarafından isbat edilirse diğer (aracı elinde bulunduran) sorumlu bulunmadı.

Burada şimdiye kadar söz konusu edilmeyen yeni bir şart dikâti çekmektedir. O da (temyiz kudretini geçici olarak kaybetme) halidir. Kanun koyucu, sorumlulukları tesbit ederken oldukça geniş ihtimalleri somut biçimde kanunda belirtmek suretiyle hak ve adaletle hareket edilme imkânını sağlamış ve emretmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu bu hususu genel takdire dayanan kavramlara göre çözümlenmeye bırakmak istememiş önemli addettiği konuyu somutlaştırmıştır.

Burada temyiz kudretinin kaybı dolayısıyla sorumluluğu belirten Borçlar Kanunu ile farklılık göze çarpmaktadır. Borçlar Kanununun 54. maddesinde temyiz kudretinden devamlı olarak mahrum kişinin hakkaniyet şartına bağlı olarak sorumsuzluğu söz konusu edildiği halde İ.K.T.K. nun anılan maddesinde temyiz kudretinden geçici olarak vakî mahrumiyet dahi eşya zararlarından dolayı sorumlu kişiyi sorumluluktan kurtaramamaktadır. Bilindiği üzere Borçlar Kanununa göre temyiz kudretinden geçici olarak mahrum kalan kişi, bu halde iken yaptığı zarardan kendi kusuru ile bu hale düşmemiş ise, sorumlu bulunmamaktadır. İ.K.T. Kanunu motorlu taşıtın sebep olduğu eşya kazalarında (temyiz kudretinden geçici olarak mahrumiyet) i kayıtsız ve şartsız sorumluluğa engel görmemiştir. Ve böylece de temyiz kudretinden devamlı mahrumiyetin hakkaniyet ilkelerine göre sorumluluğu gerektirdiği konusu ortaya mesele çıkarmıştır.

BORÇLAR KANUNUNA YAPILAN ATIFLAR

Özel bir kanunun olmasına rağmen İ.K.T.K. sorumluluğun kapsamı hakkında oldukça geniş hükümler getirmesine karşı lüzum görmediği hususlarda, ihtimal işi daha fazla karışık hale getirmek ve Borçlar Kanununun ana ilkelerine sapmış olmamak için, yer yer Borçlar Kanununa atıflar yapmıştır. Örneğin : İ.K.T.K. nun 59/4. maddesiyle 58/1 - 2. maddelerine göre meydana gelmiş olaylarda zararın meydana gelmesine sebep olan taşıtın zarara uğrama-

sı halinde o taşıtın maliki ile onu trafik ruhsatına göre elinde bulduran arasındaki ilişkiler Borçlar Kanunu hükümlerine tabî kılınmıştır. Yine motorlu taşıtta yolcu ile birlikte taşınan bavul gibi eşyalar dışında kalan eşyaların uğradığı zararlar hakkında da Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması öngörülmüş bulunmaktadır.

Ayrıca, posta, deniz ve demir yolu ile yapılan taşımalar hakkındaki Federal Kanun hükümleri saklı bırakılmıştır.

Önemli bir diğer atıfta İ.K.T.K. nun 62/1. maddesiyle yapılmıştır. O da şudur : Tazminatın çeşidi ve kapsamı ile manevî tazminatın gerekli olup olmadığı hallerinin tesbit ve takdirinde Borçlar Kanununun haksız eylemlere ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekeceği hususudur.

Yukarıda işaret edilen sorumluluktan kurtulma ve azaltma halleri dışında ve çatışmamak üzere tazminatın hesabında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacak, manevî tazminatın takdiri de doğrudan Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır. Söz gelişimi İ.K.T.K. da sözü edilen (özel durum) gibi sorumluluğu azaltan kavramların takdirinde Borçlar Kanunları hükümlerinden faydalanmak mümkün olacaktır. Örneğin : Manevî tazminatın takdirinde zarar görenin karşı kusurunun nazara alınması gibi.

İ.K.T.K. nunu bu kadarla da yetinmemiş sadece ölüm ve yaralanma hallerine münhasır olmak üzere ölen ve yaralananın olağanüstü bir malî güce sahip olması halinde hakim, tazminat miktarını, durumu göz önünde tutarak, adalet üzre indirebileceğini de kabul etmiştir. Bununla sorumlu güçsüzün zarar gören güçlüler karşısında ezilmesine engel olunmak istenmiş bulunmaktadır.

BİSİKLETLER

Bisikletler için işaret, bu işaretle onu kullananın sebep olacağı zarardan doğacak hukukî sorumluluğu karşılayan sigorta aktinin yapılmış olduğunun isbatından sonra, merciinden verilmektedir.

Böyle bir bisikletin hukukî sorumluluğu ise, İ.K.T.K. nun 70/1. maddesi gereğince, Borçlar Kanunu hükümlerine göre tayin ve tesbit olunmaktadır.

SİGORTA

Yazımızın başında belirttiğimiz gibi, İ.K.T.K. nun esaslı özelliklerinden birisi de zarar görenin zararının onun mağduriyetine

meydan vermeyecek çabukluk ve güven içinde asgarî olarak karşılamak için konulan hükümlerdir. Memleketimizde akla gelmeyecek kolaylık, miktar ve biçimde zararın giderilmesi güvenliği yaratılmıştır. Bu güven duygusu aynı zamanda sorumlu kişi için dahi söz konusu olduğundan kusur yönü çok defa olaylarda çekişme konusu olmamaktadır. Çekişme azlığının bir nedeni pek tabii doğruluk ilkesine, suçu gereğinde herşeye rağmen kabullenme duygusunun gelişmiş olmasından ileri geldiğine şüphe yoktur. Hiç olmazsa trafik olaylarında başkasının acısına sebep olma ve seyirci kalma İsviçrelinin kolay kabul edeceği hareket tarzı bulunmamaktadır.

SİGORTA YAPTIRMA ZORUNLULUĞU (ZORUNLU SİGORTA)

İ.K.T.K. nun 63/1. maddesine göre hiç bir motorlu taşıt mevzuata uygun bir sorumluluk sigortası yapmadan seyrisefer çıkamaz. Aynı maddenin ikinci bendi gereğince yapılan sigorta, motorlu aracı elinde bulunduran ruhsat sahibi ile onun bu kanun gereği eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin hukukî sorumluluğunu kapsar.

Zorunlu sorumluluk sigortasının en azından aşağıdaki miktarları karşılaması gerekmektedir.

a) Ölüm veya bedenî zararlarda :

— Kazaya uğrayan şahıs başına	150.000 Fr.
— Beher kaza için	500.000 Fr.

b) Eşya zararlarında :

— Motorlu bisikletlerde	10.000 Fr.
— Motorlu hafif arabalarda	20.000 Fr.
— Motorlu ağır araba ve traktörlerde	30.000 Fr.

İnsan taşıyan motorlu araçlarla karayolu katarlarında asgarî sigorta miktarı beher kaza için yer sayısına göre artırılabilir.

Şöyleki :

— 9 - 10 kişi kadar için	600.000 Fr.
11 - 20 kişi kadar için	1.000.000 Fr.
21 - 40 kişi kadar için	1.500.000 Fr.
40 dan fazla kişi için	2.000.000 Fr.

Yan sepeti olmayan motosikletlerde birlikte taşınan kişi için ölüm ve bedenî yaralanmaya karşı sorumluluk sigortası 50.000 Fr. olarak sınırlanabilmektedir.

Tehlikenin fazla olduğu durumlarda özellikle malzeme, yanıcı, patlayıcı veya benzeri tehlikesi olan maddelerin taşınmasında kullanılan motorlu taşıtlar hakkında Federal Hükümet asgarî sigorta haddini gereğinde, her zaman artırabilmektedir. (İ.K.T.K. 64/4. md).

SİGORTACIYA DOĞRUDAN TALEP HAKKI

Asgarî ve zorunlu sigorta miktarı ile zarar görenin zararının çok defa giderilme güvenliğine kavuşturulmuş olması yanında zarar gören, ayrıca, olaydan sonra zararı tesbit ederek veya ettirerek sigortacıdan zarar karşılığını isteyebilmek hakkını haiz bulunmaktadır. Eylem, ayrıca suç teşkil etmedikçe cezai kovuşturma söz konusu olmadığından (ağır yaralanma - ölüm gibi) kusur tesbitinde taraflar uyuşmazlığa düşmediklerinden ihtilâf konusu çoğunlukla, zararın miktarına inhisar etmektedir.

Zarar görenin sigortacıya müracaatı halinde sigorta mukavelesi ve Federal Sigorta Kanunundan doğan defiler zarar görene karşı ileri sürülememektedir. (İ.K.T.K. 65/2 md.). Buna mukabil sigorta mukavelesinin veya sigorta mukavelesi hakkındaki Federal Kanunun sigortacıya, edâyı reddetme veya azaltma hakkını, tanıdığı haller için sigortacı sigorta ettirene veya sigortaya karşı rücu hakkına sahiptir. (İ.K.T.K. 65/3 md).

Bununla herşeyden önce zarar görenin hakkının tesliminin öngörüldüğü açıkça anlaşılmaktadır.

ZARAR GÖRENLERİN BİRDEN FAZLA OLMASI

İ.K.T.K. nun 66/1. maddesine göre zarar görenlerin isteyebilecekleri tazminat alacakları tutarı sigorta sözleşmesinde şart olunan miktardan fazla ise herkesin talep hakkı sigorta miktarının tazminatlar yekûnuna olan oranı ölçüsünde indirilerek hesaplanmak icap etmektedir.

Tazminat davasının açılması halinde davayı ilk aşan mutazarır veya davalı sigortacı, hukukî sonuçlarını belirtmek suretiyle, diğer zarar gören kimselerin aynı mahkemeye, belli edilecek süre içerisinde, tazminat davası açmalarını hâkimden isteyebilmektedir. (İ.K.T.K. 66/2 md).

Bu, niteliği itibariyle ihbardan başka bir şey değildir. Ancak, sonucu önemli bulunmaktadır. İhbar yapılan kişi istenen davayı açmadığında sigorta tazminatı sadece dava açanlar arasında hâkim tarafından bölüştürülmektedir.

Birden ziyade zarar görenin bulunduğu bir olaydan dolayı sigortacı başka talep haklarının varlığını bilmeden sigorta tazminatını zarar görenlerden birisine iyi niyetle tediye eylemiş ise, diğer zarar görenlere karşı bu fazla tediye dolay, borcundan kurtulmuş sayılmaktadır. (İ.K.T.K. 66/3 md). Böyle bir durumda, zarar gören aynı kanunun 66/1. maddesi ilkesine aykırı olarak tazminat istediğini kanunun öngördüğü orandan fazla elde etmiş olmaktadır. Ve böylece sigortacı sorumluluğundan berî olduğu gibi sigortadan hakkını alamayan mutazarrır da kanunen sorumlu kişinin kendisinden tazminat istemek durumuna düşmektedir.

MOTORLU ARACI ELİNDE BULUNDURAN DEĞİŞMESİ, ARACIN YERİNE BİR BAŞKASININ İKAMESİ

İ.K.T.K. nun 67/1. maddesine göre motorlu aracı elinde bulunduran ruhsat sahibinin değişmesi halinde mevcut sigorta mukavelesinden doğan bütün hak ve borçlar yeni ruhsat sahibine geçmektedir. Ancak, başka bir sorumluluk sigortası sözleşmesine dayanılarak bir başka taşıt ruhsatnamesi tanzim edilmesi halinde eski sigorta sözleşmesi geçersiz hale gelmektedir. (İ.K.T.K. 67/1 md.)

Yalnız, eski sigortacı aracı elinde bulunduranın değiştiğini öğrendiği tarihten itibaren on dört gün içerisinde dilerse sigorta sözleşmesinden rücu edebilmek yetkisine sahip olmaktadır. (İ.K.T.K. 67/2. md.)

Aracı elinde bulunduran sigorta edilmiş bir motorlu taşıtın kontrol plâkasını o taşıtın yerine kaim olabilecek aynı kategoriye dahil başka bir taşıtta kullandığı takdirde sigorta bu defa sadece bu son taşıt hakkında geçerli bulunmaktadır. (İ.K.T.K. 67/3. md.)

Yukarıda belirtildiği üzere bir taşıt, bir başkasının yerine ancak yetkili makamın müsaadesiyle kullanılabilir. Aynı plâka altında bir başka taşıt kullanılması otuzgün veya daha fazla sürebilir. Otuzgünden fazla sürmesi halinde o plâka adına olan kimse durumu sigortacıya bildirmek zorundadır. Bu yapılmadığı veya yetkili makamın izni alınmadığı takdirde sigortacının, aracı elinde bulunduran plâka ruhsatı sahibine karşı rücu edebilmek hakkı mevcuttur. (İ.K.T.K. 67/4. md.)

Sigorta mukavelesine bağlı olan plâkanın başka bir araçta izinsiz ve usulsüz kullanılması halinde dahi zarar görenlerin nasıl himaye edildiği en belirgin şekilde görülmektedir. Zira, böylesine bir durumda zarar gören plâkanın takıldığı aracın yaptığı zarardan

dolayı o plâka için yapılan sigortadan mutlak olarak yararlanmaktadır. Aynı kanunun 65/2 - 3. maddesindeki sigortacıya tanınan rücu hakkı da 67/4. maddede işaret olunan rücu hakkının genel olarak belirtilmiş şekliinden başka bir şey değildir.

Sigortasız bir motorlu taşıtın seyrisefere çıkmasını önlemek için veya o aracı devamlı sigortalı bulundurma zorunluğu yaratmak için İ.K.T.K. nun 63/1. maddesi ilke koyduğu gibi, sigortanın usulen sona erdiğinin bilinmesini sağlamak için de aynı kanunun 68/2. maddesiyle gerekli hüküm konmuş, böylece zarar görenler mutlak biçimde korunmaya çalışılmıştır. Buna göre, sigortacı sigorta mukavelesinin askıda olduğunu veya sona erdiğini yetkili makama bildirmek zorundadır. Ancak, zarar gören yine himaye edilmek istenerek sigortacı ihbarının trafik müsaadesinin veya kontrol plâkasının iadesi tarihinden itibaren — zarar gören bakımından — sonuç doğurması esas kabul edilmiştir. İhbar ile yetkili makam trafik ruhsatnamesini ve kontrol plâkasını geri almak mecburiyetindedir. Bununla sigortasız aracın seyretmesi, kati surette önlenmek istenmektedir. Bu ilkenin sayısız faydalarını inkâra imkân yoktur. Bizde aylarca ve senelerce sigortasız veya günlerce plâkasız dolaşan araçların varlığının acı sonuçları, sağladığı kısır imkânlarla rağmen, hatırlanacak olursa konuya gösterilen kayıtsızlığın derecesi kendiliğinden anlaşılmaktadır.

Ne varki, yetkili makamın ihmali karşısında sigortacı da korunmak istenmiş bu maksatla sigortacıya, ihbarından itibaren, otuz günlük bir müddet tanınarak bu müddetten sonra vaki olaylardan sigortacı kurtarılmak istenmiştir.

Yukarıda sigortacının ihbarının sigortanın askıda kalması halinde de yapabileceğini belirtmiştik. Aynı kanunun 68/3. maddesiyle hangi halde sigorta ilişkisinin askıda kalmış sayılacağı açıklanmaya çalışılmıştır. O da şudur : Adına ruhsat tanzim edilenin ruhsat ve kontrol plâkasını yetkili makama teslimi halinde sigorta ilişkisinin askıda kaldığı farz olunmaktadır. Böyle bir durumda resmî makam, bu defa tersine biçimde, durumu sigortacıya bildirmek mecburiyetindedir.

BİSİKLETLERİN SİGORTASI

İ.K.T.K. nun 70/1. maddesiyle bisiklete ait hukukî sorumluluğun Borçlar Kanunu hükümlerine göre tayini gerektiğine işaret edildikten sonra aynı maddenin üçüncü bendi ile bisikletler için bi-

siklet işaretlerinin bisikleti kullanacak olanın sebep olacağı zarardan doğan hukukî sorumluluğunu karşılamak amacıyla onlar hakkında da aşağıda belirtilen şekilde sigorta sözleşmesi yapılmasını öngörmüştür :

Aynı maddenin üçüncü bendine göre bisiklet sigortasının asgari olarak aşağıdaki miktarları karşılaması gerekmektedir.

Kazaya uğrayan her şahıs için	50.000 Fr.
Beher kaza için	1.000.000 Fr.
Eşya zararları için	5.000 Fr.

Aynı kanunun beşinci bendi ile bisiklet işaretleri geçerli olduğu sürece sigortanın askıda kalamayacağı ve son bulmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yine altınca bent gereği haklı olmadan bir bisikleti kullanan veya onun işaretini kullanana (örneğin başka bisiklete takarak) karşı sigortacının rücu hakkı mahfuz bulunmaktadır.

Sigortacıya karşı doğrudan müracaat ile birden ziyade zarar görenler arasında sigorta tazminatının bölüştürülmesi şeklini gösteren aynı kanunun 65 ve 66. maddesi hükümlerinin kıyasen uygulanması 70/7. maddesi ile kabul edilmiştir.

MOTORLU TAŞIT İLE MEŞGUL OLAN TEŞEBBÜSLER

Motorlu taşıt ve bisikletlerden başka motorlu araçları muhafaza eden tadil ve tamir eden veya benzeri maksatlarla kendisine bırakılan teşebbüsler ile motorlu taşıt yapan veya bu tür taşıtların ticareti ile meşgul olan teşebbüsler gerek kendilerine ait taşıtları ve gerekse kendilerine bırakılmış olan zorunlu sigortası olmayan motorlu taşıtların tümünü içine alan bir sigortayı yaptırmak zorundadır. Motorlu aracı elinde bulunduranın yukarıda açıklanan sigortası ile ilgili hükümler kıyasen burada da uygulanmaktadır. (İ.K.T.K. 71/2. md.)

FEDERAL HÜKÜMETE VEYA KANTONLARA AİT MOTORLU TAŞIT VE BİSİKLETLER

İ.K.T.K. nun 73/1. maddesine göre Federal Hükümet ve Kantonların motorlu araç ve bisikletleri sigorta ettirmek zorunluğu yoktur. Kendilerini de sigorta ettiremezler. Ancak, motorlu taşıtı elinde bulunduran olarak bu kanunda yazılı hukukî sorumluluk

hükümlerine tabî olup sebebiyet verilen zarardan bir sigortacı gibi sorumludurlar.

Bisikletler için de durum aynıdır. (İ.K.T.K. 73/2. md.)

FAİLİN BELLİ OLMAMASI VEYA TAŞITIN SİGORTA EDİLMEMİŞ OLMASI HALLERİ

Türk Hukuk mevzuatında özellikle trafik konusundaki mevzuatımızda oldukça yadırganacak bir hükmü İ.K.T.K. nun 76. maddesidir. Bu ve benzeri aşağıda belirtmeğe çalışacağımız maddeleriyle İsviçre kanun koyucusu çağ uygarlığının ve gerçekleri görmekte bulunmanın, özellikle bireyleri korumanın en belirgin örneğini vermektedir. Bu hükümlerle çaresiz kalan kimselerin tam anlamı ile zamanında ve yerinde yardımına koşulmaktadır.

Motorlu taşıtın meydana getirdiği kazalarda az da olsa olay failinin belli olmadığı (örneğin kaçtığı) haller elbette olmaktadır. İşte, böyle durumlarda zarar görenin şahsî zararını Federal Hükümet asgarî sigorta haddi dahilinde olmak üzere tazmin etmeyi kanunen üzerine almıştır. Sorumlunun bulunması halinde Federal Hükümet ona ve varsa sigortacısına tediyesi miktarınca rücu etmek hakkını haizdir. (İ.K.T.K. 76/1. mad.)

Keza, Federal Hükümet, sigorta edilmemiş veya geçerli kontrol plâkası veya diğerlerinden ayırt etmeye yarayan belli bir işareti bulunmayan motorlu taşıt ve bisikletlerin sebep olduğu şahıs zararlarını da yine asgarî sigorta hadleri dahilinde tazmin etmekle mükellef tutulmuştur. (İ.K.T.K. 76/2. md.) Ancak, Federal Hükümete, kusuru ile zarara sebep olanlara veya sigortasız motorlu taşıtın kullanılmasında kusurlu olanlara rücu etme imkânı tanınmıştır.

Aynı kanunun 77/1. maddesiyle zorunlu sigortası olmadan motorlu taşıt için ruhsat belegi ve kontrol plâkası veren veya bisikletlere işaret veren bir kantonunda motorlu taşıtı elinde bulundurmanın veya bisikletlinin sorumlu olduğu zarardan kanunun öngördüğü asgarî sigorta hadleri dahilinde sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Ayrıca sigortacının aynı kanunun 68. maddesinde belirtilen ihbarına rağmen taşıt belge ve kontrol plâkasını altmış gün içinde geri almayan kantonun yine aynı surette sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Kanton ve sigortacının, kanunun öngördüğü, sigorta ile sorumluluğunu karşılama iyi niyetli olmayan aracı elinde buldurana karşı rücu hakları bakîdir. (İ.K.T.K. 77/2 md.)

Bu hükümlerin Federal Hükümet tarafından verilen trafik ruhsatlarıyla kontrol plâkaları ve bisiklet işaretleri hakkında uygulanacağı aynı kanunun 77/3. maddesinde ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

FEDERAL HÜKÜMETİN BİR DİĞER SORUMLULUĞU

Kaçırılmış olan motorlu taşıtın seyri esnasında meydana gelen zarardan, kaçırılan aracı elinde bulunduranın sorumlu olmadığı, şahsî zarar miktarınca Federal Hükümet yine bir sigortacı gibi İ.K.T.K. nun 75/3. maddesi gereği sorumlu tutulmuştur. Ancak, hükümete bu biçim zararları karşılamak için sigorta sözleşmesi aktetmek yetkisi tanınmıştır. Böyle durumlar nedeniyle vaki ödemeler dolayısıyla de sigortacı ve hükümetin rücu hakkı bulunmaktadır.

Zarar gören bakımından da, gerçek zararın tediyesi hedef alınarak, özel bir hüküm getirilmiş bulunmaktadır. (İ.K.T.K. 75/4 md). Şöyleki : Şayet hemen yukarıda sözü edilen kaçırılmış aracın sebep olduğu kazada zarara uğrayan kimse kazaya karşı kendisini sigorta ettirmiş ise zarar gören talep hakkını, ancak, kaza sigortası tarafından tazmin edilmeyen miktar hakkında kullanabilecektir. Yani kaza sigortasınca ödenmeyen bakiye zarar miktarı kadar istekte bulunabilmek hakkı mevcut olup fazlası talep olunamayacaktır.

YABANCILARIN HAKLARI

İ.K.T.K. 79. maddesi gereği ikâmetgâhı başka bir memlekette olup İsviçre dahilinde bir kazaya uğrayan yabancıнын yukarıda açıklanan Federal Hükümet ve kantonların sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin onun hakkında uygulanması karşılıklı uygulamanın var olup olmamasına göre değişmekte gereğinde Federal Hükümet bu hükümlerin uygulanmamasını emredebilmek yetkisini taşımaktadır.

ASKERİ SİGORTA

İ.K.T.K. nun 81. maddesine göre askerî sigortası yapılmış olan bir sigortalı askerî bir motorlu taşıt yüzünden bedenî bir zarara uğrayacak veya ölecek olursa Federal Hükümet bu zararı askerî sigorta kanununa göre karşılamak zorundadır.

GEÇERSİZ ANLAŞMALAR

Yine özel bir madde ile (87/1) İ.K.T.K. nun hükme bağladığı sorumlulukları ortadan kaldıran veya sınırlayan anlaşmaların ge-

çersizliği ilkesi konmuştur. Bununla sigortacı ile kişilerin önce yaptıkları anlaşmaların hükümsüzlüğü belirtilmek istenmiştir.

TRAFİK OLAYI NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARDA YETKİLİ MAHKEME VE DELİLLERİN TAKDİRİ

İ.K.T.K. nun 84. maddesi motorlu taşıt ve bisiklet kazalarıyla ilgili hukukî sorumluluk davalarının kazanın meydana geldiği yer mahkemesinde görüleceğini ilke olarak kabul etmiştir. Yalnız, tazminat alacaklarını tamamen almamış olan zarar görenlerin ittifakı ile davanın sorumlu kişilerden birinin ikâmetgâhında veya dava sigortacı aleyhine açılmak isteniyorsa sigorta şirketinin merkezindeki mahkemede de açılabileceği aynı zamanda kabul edilmiş bulunmaktadır. Kanunun bu hükmü açık olduğu için daha fazla bir açıklamaya ihtiyaç görmüyoruz. Görüldüğü gibi, yetki kuralı, belirtilen şartla H.U.M.K. nun ilkesine benzer bulunmaktadır.

Delillerin takdiri yönünde İ.K.T.K. nun 86. maddesindeki özel hükümle hâkime geniş ve serbest bir inceleme ve takdir hakkı verilmiş hâkimin olayları kantonların usul kanunlarıyla bağlı olmaksızın takdir ve tesbit edebileceği kabul edilmiştir.

ZAMAN AŞIMI

Haksız eylemin trafik olaylarında doğurduğu veya doğuracağı sonuçları gözönüne alınarak İ.K.T.K. nun 83. maddesi ile zaman aşımı hakkında da özel hükümler getirilmiştir. Anılan maddenin birinci bendi aynen (motorlu taşıtlar ile bisikletlerin sebep oldukları kazalardan dolayı maddî ve manevî tazminat davaları, zarar görenin zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği günden itibaren iki sene ve herhalde kazanın meydana geldiği günden itibaren on sene sonra zaman aşımına uğrar. Şayet olay cezayı gerektiren bir eylemden ileri gelmekte ve kanunda bu eylem hakkında daha uzun bir zaman aşımı süresi kabul edilmiş bulunmakta ise, cezayı takibat hakkındaki zaman aşımı süresi açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır.) hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre İ.K.T.K. nun 58. maddesinde öngörülen nitelikteki bir trafik olayından dolayı bütün sorumlular hakkında iki senelik zaman aşımı uygulanacaktır. Maddedeki (sorumlu) deyimine aracı elinde bulunduran yani ruhsat sahibi, şoför ve sigortacı gibi bütün sorumlular dahildir. Diğer özellik, tazminat davasının maddî ve manevî oluşunun fark yaratmamasıdır. Oysaki, manevî tazminatın Borçlar Kanunu hü-

kümlerine göre takdir olunacağı İ.K.T.K. nun 62/1. maddesi gereği bulunmaktadır.

Aynı kanunun ikinci bendine göre zaman aşımı sorumlu veya sigortacıdan biri hakkında kesildiğinde diğeri hakkında da kesilmiş sayılmaktadır. Sorumlu veya sigortacıdan biri hakkında evvel dava açılmış olması böylece diğeri hakkında daha sonra dava açmaya enegl teşkil etmemekte bilâkis buna imkân vermektedir. Pek tabii yeniden başlayan zaman aşımı süresi içerisinde davayı açmak şartı ile. Hayat gerçeklerine uygun düşen bu ilkenin yine, zarar görenleri himaye maksadını güttüğüne şüphe yoktur.

Zaman aşımı hakkında ayrıntılı bir diğerk hüküm de aynı kanunun üçüncü bendinde yazılıdır. Buna göre, motorlu taşıt ve bisiklet kazalarından sorumlu olanların kendi aralarındaki rücu haklarıyla bu kanunda öngörülen rücu hakları, rücu sebepleri olan tediyeenin tam olarak yerine getirildiği ve borçlunun kim olduğunun öğrenildiği günden itibaren iki sene sonra zaman aşımına uğramaktadır.

Rücu için kabul edilen zaman aşımı, *tam tediye* tarihi ile rücu edilen borçlunun kim olduğunun öğrenilmesi tarihinden başlamaktadır.

Aynı maddenin dördüncü bendi gereğince de diğerk hallerde veya yukarıda sayılı olmayan hallerde zaman aşımı uygulanmasında Borçlar Kanununun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bütün bu açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, İ.K.T.K. nun sarikh hükmü olmayan hususlarda, Borçlar Kanununun haksız eylem veya onunla ilgili diğerk hükümlerinin uygulanacağını belirtmeye lüzüm yoktur. Bu itibardır ki, Borçlar Kanununun bu konuda uygulanan hükümlerini burada zikretmeyi fazla görmekteyiz.

S O N U Ç

Yukarıda vaki özet açıklamalardan, memleketimiz mevzuatı gözönüne alınarak, kıyasen, bir sonuç çıkarmak gerekirse Karayolları Trafik Kanunumuzun zaman geçirmeden bütün hukukî ilkeleri itibariyle İsviçre Trafik mevzuatına uygun hale getirilmesinde büyük yarar bulunmaktadır. Oradaki hükümlerin memleketimizde diğerk ilkeleri ile birlikte uygulanmaması için hiçbir engel mevcut değildir. Medenî Hukuk ile Borçlar Hukukumuzun aynı bulunuşu-

nun başarıda kolaylık sağlayacağı muhakkaktır. Medenî Hukuk alanındaki uygulama bunun en açık ve kesin kanıtını teşkil eder.

Bu mümkün görülmediğinde, hiç olmazsa, birkaç hususun trafik mevzuatına aktarılmasını zorunlu ve şart görmekteyiz. Örneğin ;

İsviçre Karayolları Trafik Kanununa göre kusursuz sorumlu kişi aracı elinde sürekli olarak bulunduran ve o taşıt için adına ruhsat verilen kişi olmasına karşı Türk Trafik Kanununda sorumlu kişi sürücü ve kusurlu vasitanın malikidir. Bu durumda İsviçre'de olay anında, sorumlu kişi ruhsat ve trafik kaydı münderecatına göre kat'î surette belli olmasına rağmen T.K.T. Kanununun hükümleri gereği çok defa belli olmamakta, başka bir ifade ile, davaya muhatap kişi bulunamamaktadır. Zira, Trafik kaydı ve ruhsat, malik için kanunî bir karine ve delil olmaktan uzaktır. Herhangi yazılı bir belge veya Borçlar Kanununa uygun olarak düzenlenmiş kat'î satış belgesi, maliki ispat edecek bir delil niteliğindedir. Hal böyle olunca trafik ruhsatı sahibi ve gerçekte ilk malikin, haricen yani trafiğe haber vermeden, vaki satışı geçerli olmakla olay anında bilinmeyen bir malikin sorumlu olarak karşıya çıkarılabilmesine imkân verilmiş bulunmaktadır. Büyük zararların söz konusu olduğu olaylarda bu suretle haricen ve olaydan sonra eski tarihle tanzim edilecek bir satış belgesi, zarar göreni güçsüz yeni malikle karşı karşıya getirecektir. Hatta satış vaadi sözleşmesi dahi eski maliki sorumluluktan kurtarmaktadır. Bu gerçeğin zarar gören yönünden ne denli güvensizlik yarattığı ve onu karanlık olayların akışı karşısında şaşkına çevirdiği ve hakkının yitirilmesine kadar vardığı örnekleri ile var olan bir gerçektir. Ve sakıncaları açıktır.

İşte, İsviçre Trafik Kanunu, güçlü sorumlu kişinin sorumluluktan kurtulma veya kaçmasını önlemiş, zarar gören, zarar vereni her an bilecek durumda bırakmıştır. Bu nedenle sorumlu kişi, malî gücü nedeni ile, malik kabul edilmek esası benimsense dahi onun elden kaçırılmaması için sorumluluğunun devam edeceğinin sağlanması gerekir. Böyle bir güvenin verilmesi şarttır. Böylesine bir ilkenin kabulü hiçbir ana ilkeyi zedeler nitelikte olamaz. Hiç olmazsa, mülkiyet intikalinde, tapu kaydında olduğu gibi, delil olmasa bile trafik olayından dolayı ruhsat sahibini sorumlu tutmakta büyük fayda vardır. Yeni malikin trafik kaydına işlenmemiş veya araç ruhsatının yeni malik adına tanzim edilmemiş olmasının sonuçlarına, bunu yapmayan veya yapmaktan çekinen eski malik, katlanmak zorunda bırakılmalıdır.

Sorumlu kişi kavramına sıkı sıkıya bağlı diğer bir konu, taşıt malikinin sorumluluğunun niteliği ve şartlarıdır. Görüldüğü üzere İsviçre Trafik Hukukunda kabul edilen kusursuz sorumluluk ve bundan kurtulma koşulları ihtilafların halli ve zararın sür'atle giderilmesi bakımından oldukça yararlı bulunmaktadır. Bu ilkelere Türk Trafik Hukukunda yer verilmesi gerektiği kanısındayız.

Trafik mevzuatına getirilmesi adeta şart olan diğer bir konu da sigorta konusudur.

Zarar görenin en kısa zamanda, hiç olmazsa, maddî zararının sigorta tarafından karşılanması imkânı yaratılmalıdır ve en önemlisi gereğinde primleri artırılarak hesaplanacak muhtemel zararı karşılayacak düzeye getirilmelidir. Olaya sebep olan taşıt veya taşıtların sahipleri, sigortadan ayrı olarak vaki ödemeleri ile, iflas eşiğine gelmemeli veya başkalarına el açacak duruma düşmemelidir.

Gerçekte, memleketimizde sigorta şirketleri sorumlu malî mesuliyet sigortasından gayri diğer nevi sigorta sözleşmeleri ile sigortalı lehine sözleşmeler yapmaktadır. Ancak yüksek primler nedeni ile pek az kimse ilerisi için kendisini garanti edebilmektedir. Ve hattâ kasko denilen sigorta sözleşmesi belli araç modellerinden başka modeller için, ruhsatlı olmasına rağmen, bu nevi sigorta sözleşmesini yapmamaktadır. Nedeni meçhuldür. Veya olay fazlalığı mazeret olarak ileri sürülmektedir. Bir taraftan batı uygarlığı diğer taraftan buna ters düşen davranışı, nereden ve kimden gelirse gelsin anlamak oldukça güçtür. Bu, bir kısım müessese veya işletmelerin var olmaları için konuları olan bireylerin yok olmalarına göz yumulmasından başka bir anlam taşımamaktadır. İlgili resmî ve özel kuruluşların, gözünden kaçtığına ve önlerine getirilmediğine inandığımız bu konuya çok acele eğilmelerini en halisane duygularla temenni etmekteyiz.

İsviçre Trafik hukukunda dikkati çeken diğer bir husus, maddî imkânsızlık nedeni ile hukuken elde edilemeyen zararların zarar göreni ayakta tutabilmek için, onun asgarî şahsî zararlarını karşılamayı devletin özel bir kanun hükmü ile üzerine almış olmasıdır. Zarar görenler için ne büyük bir güven kaynağıdır. Devlet, yukarıda açıklanan olaylarda, işlemlerindeki ihmal, kişilerin mal ve can emniyetini sağlamak ve sorumluları zarar görene muhatap edebilmekteki güçsüzlüğünü, zarar görenin şahsî zararlarını bir sigortacı gibi derhal tediye etmekle gidermeye çalışmıştır. Tekeffülü altında olan bir kısım olaylar ve zararlar içinde, sadece bu konuya münhasır olmak üzere, kendisini sigorta ettirebilme yetkisini almıştır.

Devletin bu derece önemli sorumluluk altında, görevlileri seçerken ne kadar zorlayacağı ve kontrol edeceği ve onlara ne denli maddi olanak ve yetki vereceği de malûmdur. Bunun sonucu trafik konusunda şikâyetlerin azalacağını tahmin etmek elbette güç olmasa gerektir.

Yasa meclislerinden geçmek üzere bu konuda bir kanun tasarısı hazırlamak görevimiz olmadığı için bahsedilen ilkelerin yanında getireceği diğer koşulların ve hükümlerin ayrıntılarının ne olması meselesini ayrıca belirtmeye ve onun tartışmasını yapmaya lüzum bulunmadığı kanısındayız. İhtiyacına inandığımız ilkelerin korunmasının benimsenmesinden sonra yetkili kişilerin yan sorunları çözecek biçimde uygun hükümler getirecek veya düşüneceklerine inanıyoruz.

Sözlerimizi bitirirken, şu hususu belirtmek isteriz ki, kısa zamanda yapabildiğimiz inceleme ve gözlemlerimizin ilgililerin dikkatini çekmesi ve o yolda düzenlemede bulunmaları halinde, bir kere daha yaptığımız görevden mutluluk duyacağız. (*)

(*) Yararlanılan Kaynaklar :

- (DROİT SUR LA CIRCULATION ROUTIÈRE) ADLI ESERİN FRANSIZCA BASKISI.
- TÜRKİYE BERN BÜYÜK ELÇİLİĞİ ARACILIĞI İLE, İLGİLİ İSVİÇRE KURULUŞLARINA, YÖNELTİĞİMİZ SORULARA VERİLEN CEVAPLAR.

ANONİM ORTAKLIKLARIN KURULUŞTAN ÖNCE YÜRÜTME VE YARGI ORGANLARI TARAFINDAN DENETİMİ

EDİP ŞİMŞEK (*)

I — KONUNUN TANIMI VE GÜNCELİĞİ :

A) ANONİM ORTAKLIKLARIN ÜLKE EKONOMİSİNDEKİ YERİ (1)

A. O. ların organik yapısından doğan olanaklar sayesinde sosyo - ekonomik alanda ve ülke kalkınmasında önemli paylar yüklenmeleri, ya da yüklenmeleri gerektiği ve devlet hayatında vazgeçilmez kuruluşlar oldukları tartışmasız kabul edilmektedir. Gerçekten, bu tür ortaklıklarda sermaye küçük paylara bölünerek halka aktarılabilen ve bu yolla halkın tüketimden yaptığı birikimlerle hem ortaklık kârına katılma olanağı bulmakta, hem de farkında olmaksızın, yatırımlar için yokluğu duyulan sermayeyi oluşturarak ülke kalkınmasına katkıda bulunmaktadır. Üçüncü kişilere karşı sermayeye bağlı sınırlı sorumluluk söz konusu olduğundan ,diğer ortaklık türlerine oranla, ortak olmak isteyenler için A. O. larda bir güvence ortamı mevcuttur. Bu özellikleri yanında, payların kolaylıkla devredilebilmesi ve gerektiğinde paraya çevrilir durumda olması, evrensel ve ulusal alanda hızla artan ticaret hayatında bağlantılar kurarak, yeri geldiğinde sermayesini eşya ve para biçiminde arttırabilmesi, nihayet, ayrılacak ihtiyatlarla sağlam ve devamlı bir yapıyı oluşturma olanağı bulan bu kuruluşlar, hem ortakları, hem de memleketleri için yararlı olmuş, son çeyrek yüzyılda, ileri batı devletlerinde olduğu gibi, halka açılmak ve payların bir kısmını kendi işçilerine satmak suretile de sosyal hayatta önemli bir etken ve denge unsuru kimliğine kavuşmuştur. (2)

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi.

(1) Yazıda, Türk Ticaret Kanunu TTK, Anonim Ortaklık A.O., Ticaret Sicili Nizamnamesi TSN olarak gösterilmiştir.

(2) TTK. nun AO. larla ilgili gerekçesinde «kapitalist iktisat rejiminin en mümeyyiz teşekkülü olan anonim ortaklık, bünye itibarile yeni değişikliklere maruz kaldığı» kabul edilmekle beraber, İkinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan sosyal ve ekonomik buhranlar içinde bu ortaklıkların hangi yönde gelişeceğini kestirmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Oysa, o tarihlerde bile ileri kapitalist devletlerde pekçok ortaklık, halka dönük bir iktisadi sistem içinde çalışmayı, hiç değilse üretim gücünü artırmanın bir gereği olarak kabul etmişlerdi. Ancak böylece, küçük tasarruf sahiplerinin olanakları değerlendirilerek harekete geçirmenin yolu açılmış olur.

B) ANONİM ORTAKLIKLARDA GÖRÜLEN SAPMALAR :

1 — Sosyo - ekonomik yararlar açısından : Bilindiği gibi, 16. Asırda feodalizm'in yerini alan kapitalizm, üretim araçları üzerinde, sayıları sınırlı kişiler aracılığı ile tekel kurma çabası ve çalışan sınıfın emeğinden yararlanarak sonuçta çok zengin ve çok fakir kitlelerin ortaya çıkmasına hizmet ettiği iddia edilmiştir. Sorunun önemli yönü bir tarafa, son aşamada dünyanın en azından ekonomik ve siyasal alanda kapitalist ve sosyalist cephelere ayrılması sonucunu ortaya çıkardığı bir gerçektir. İşte son yıllarda kapitalizm'in kendini yenilemesi diyebileceğimiz sosyo - ekonomik girişimlerin batı ülkelerinde görülmesi ve memleketimizde de uygulama olanaklarının araştırılması, bir yandan sözünü ettiğimiz felsefi sistemlerin yıkıcı etkenleri ile yakından ilgisi bulunmakta, diğer yandan, gelir dağılımının daha âdil ve dengeli biçimde yapılmasını öngören Anayasa ve sosyal devlet anlayışı bakımından güncelliğini muhafaza etmektedir.

Bu çıkış noktası çerçevesinde AO'ların halka açılması suretiyle kalkınmanın hızlandırılması yanında, sosyal ve ekonomik alanda da sayısız yararlar sağlanacağı, bunun artık kaçınılmaz bir zorunluk olduğu bütün çevrelerce kabul edilmiş, ancak amacın nasıl bir uygulama ile gerçekleştirilebileceği tartışma konusu yapılmıştır. (3)

2 — Verimlilik açısından : Kuruluş amacı dışına çıkan AO'ların çoğunluğunu bugün aile ortaklıkları biçiminde faaliyet gösterdikleri iddiası doğrudur. TTK. nunda bu kuruluşlar için en az beş ortağın aranmış olması, her halde bu kadar ortakla çalışmalarına devam etmesi amacından ziyade, kooperatiflerde olduğu gibi, başlangıçta kuruluşun basit bir yöntemle gerçekleşmesi ilkesinden doğmaktadır. Uygulamada AO'ların sınırlı sorumluluk zırhına bürünerek, bir yandan da kollektif ortaklıkların yakın hısımlık yöntemi içinde kalarak, ekonomi ve ticaret hayatında tekeli bir tutum izlemeleri, belirli bir yere kadar yürütülebilmiş, bugün ise, artık halka açılma zorunluğunu duymuşlardır. Bunun nedeni, kabul edilmelidir ki, olayların sosyal akımına uymaktan ziyade, kendi öz kaynaklarının (otofinansmanın) gittikçe artan ekonomik gereksinmeye yetmemesindedir. Bankalardan sağlanan krediler ise, pahalı olduğundan

(3) Prof. Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedekleri, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü - 1970.

Gevgilili, Holding'ler «Halka açılma» aşamasında, Milliyet 4/2/1974.

Prof. Poroy, Halka Açılma ve Sermaye Piyasası, Milliyet 15/1/1974.

Prof. İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul - 1974.

Prof. Domaniç, Halka Açılmanın Gerektirdikleri, Cumhuriyet - 1974.

maliyeti artırmakta, bu da, yeni yatırımları, rekabet olanağını ve verimliliği engellemektedir.

3 — Yönetim ve denetim açısından : Memleketimizde tasarruf sahiplerinin yatırımcı ortaklıklara olan güvensizliği ve küçük orandaki banka faizlerini cazip reklamlara rağmen ortaklık kârlarına üstün tutmalarının nedenleri üzerinde önemle durmak gerekir. Bize göre, AO'ların aksıyan yönleri ve sosyo - ekonomi alanda görülen başarısızlıkları, doğrudan doğruya bunların içinde bulunduğu yönetim ve denetim yetersizliğine bağlanmalıdır. Burada mevcut yasal olanaklar içinde AO'ların kuruluşta dıştan nasıl denetlenmesi gerektiği, Sermaye Piyasası Kanun Tasarısı'nın da kısaca eleştirilmesi yapılarak biçimsel açıdan bir sonuca varmağa çalışacağız. (4)

II — AO'LARIN KURULUŞTAN ÖNCE DENETİMİ :

AO'lar, kendi organları tarafından (Genel Kurul, denetçiler ve ortaklar) denetlendikleri gibi, icra ve yargı organlarınca da denetime tabi tutulmaktadır. Hemen belirtelim ki, konumuza giren (kuruluşta dıştan denetim), yani icra ve yargı organlarının denetimi, hiçbir dönemde istenilen biçimde ve düzeyde yapılmadığından, yukarıda kısaca değinilen aksaklıkların ortaya çıkmasına birinci derecede etkili olmuştur. Bunun nedenini, yasalarda yer alan denetim yollarının gereği gibi anlaşılmamış olmasında aramak yerinde olur. Özellikle, yanlış ve gerçekçi olmayan bir kuruluştan hareket eden işletmelerin, daha başlangıçta sorunlarını birlikte getirdikleri, sosyal ve ekonomik alanda kendilerinden beklenen verimliliğe ulaşamamayı da belgelendirdikleri kabul edilmelidir. Bunun önlenmesinin başta gelen koşulu, henüz zararları ortaya çıkmadan ilk aşamada mevcut yasal yetkiler gereği gibi kullanılarak ve ilerisi için derhal yasa değişiklikleri yapılarak, sermayenin kötü alışkanlıklarına koruyucu bir kalkan çizmektir.

A) KURULUŞTAN ÖNCE YÜRÜTME ORGANININ DENETİMİ :

1 — Kuruluşa izin vermek suretile : AO'ların kuruluşta Ticaret Bakanlığından izin almaları, TTK. nun 273 ve 280. maddelerinde emredici hüküm olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, AO. kurucuları, esas sözleşmeyi hazırladıktan ve imzaları noterden

(4) On yıllık bir çalışmadan sonra (Sermaye Piyasasının Düzenlenmesi ve Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı) hazırlanarak yasama meclisine sunulmuş ise de, ilgili çevrelerce yeterli görülmüyerek haklı eleştirilere uğramış, esasen bugün için kadük olmuştur.

onaylandıktan sonra sermayenin ilk ödentisini gösteren belge ile birlikte kuruluşa izin verilmesi için adı geçen Bakanlığa başvurmak zorundadırlar. Bu izin verilmedikçe, ortaklığın kişilik kazanması ve uğraşı alanının belirlenmesi olanağı yoktur. Bazı aykırı görüşlere rağmen (5), İcra Organının gerek kuruluşta, gerekse statü değişikliği dolayısıyla izin yetkisini etkin biçimde kullanırsa, aşağıdaki konularda AO'lara yön verebileceği kanısındayız.

a) Sermayenin plân ve kalkınma programına uygun yönde kullanılmasını sağlayabilir.

b) Kurulacak ortaklığın amacını ve konusunu kontrol altında tutmak suretile, memlekette gerçekleşmesi istenen iktisadî düzenin yaygınlaşmasını, tutunmasını ve benimsetme yollarını açabilir.

c) İcra Organının henüz doğmamış olan AO'lüğün kuruluşuna izin vermekle, eylem yeteneğinin sınırlarını belirlemiş olacağından (6), gerektiğinde bu amaçla statü değişikliğini de engelliyebileceğinden, yöneticilerin ortaklar ve üçüncü kişiler, hatta ülke zararına eylemlere girişmesini ve bu yönde özel hükümler getirmelerini önleyebilir.

d) Konusu genel ahlâka ve kanunlara aykırı olan AO'ların kurulmasını engelliyebilir. (7)

e) Nihayet şekil bakımından esas sözleşmede görülen aksaklıklar düzeltilerek ilerde pay sahipleri aleyhine sapmalara olanak vermiyebilir.

Hemen akla gelen bir soruyu getirelim : Acaba, Bakanlığın izin vermek istememesi halinde ilgililerin dava hakkı mevcut mudur ? Bakanlığın red kararının bir gerekçeye dayanacağı kuşkusuzdur. Ancak, hiç gerekçe gösterilmemesi, ya da kalkınma plânına veya kanunlara aykırı bir gerekçe öne sürülmesi halinde, Anayasa'nın 114. maddesi gereğince red kararı aleyhine Danıştay'a başvurulabileceğinin kabulü gerekir, (8).

(5) Prof. Domaniç, Sermaye Piyasasının Düzenlenmesi ve Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ile ilgili Broşür, İstanbul, Menteş Matbaası, 1973.

(6) Prof. Arslanlı, Anonim Şirketler, İstanbul 1960, Sh. 215.

(7) Ortaklık sözleşmesi, bütün pay sahiplerini bağlayıcı nitelikte bir bağittir. Bunun da her bağit gibi kanunlara, ahlâk ve âdaba aykırı hükümler taşıması halinde geçersizdir. TTK. nun I. maddesi yollaması ile Borçlar Yasasının 19 ve 20. maddeleri gereğince bu gibi ortaklık kuruluşlarına izin verilmemesi gerekir. Büyük bir bankanın ortaklığı ile kurulan ve konusu kumar oynatmak olan bir ortaklığın kuruluşuna izin verildiği görülmüş, ancak, Ticaret Mahkemesi kuruluşu onaylamamıştır.

(8) Ticaret Bakanlığının kuruluşta izin vermemek hususunda geniş takdir yetkisi bulunduğu ve bu nevi kararlara karşı ilgililerin itiraz ve dava haklarının olmadığı konusunda bak. Prof. Arslanlı, age. Sh. 214. Aksi görüş için Prof. İmrögün Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974, Sh. 45.

**2 — Kurucular Genel Kurulunda komiser bulundurmak sureti-
le :** AO'lüğün kurulmasından önce amaç ve konusuna yön vermek için kurucu ortakların toplantılar yapmaları olağandır. Bu aşamada bile, bilinçli bir icra organı toplantıda bulundurmak yetkisini haiz olduğu komiserler aracılığı ile sermayenin gereksiz israfından yatırım amaçlarına kadar, çeşitli konularda girişimler yaparak, hatta ortaklığa halkın katılmasını sağlayacak hükümlerin statüye konmasını önererek etkinliğini hissettirebilir. (9) Bu arada, kurucuların sorumlulukları görülürse, durumları komiser raporu ile Bakanlığa aktarılacak, düzeltilmesi, yasal yollara gidilmesi ve sonuçta izin vermekten kaçınılması gibi yaptırımlar uygulanabilecektir. (Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzük, 8 ve 9. maddeler).

Kuruluş genel kurullarında Bakanlığın komiser bulundurması ve bunun da alınacak kararları ve tutanakları imzalaması zorunluğu yasal açıdan da geçerlik koşulu olarak benimsenmiştir. TTK. nun 297. maddesinde yer alan «şarttır» deyişi, aynı yasanın 378. madde başlığı, bu görüşü kanıtlamaktadır. (Ayrıca TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, sahife 378). Bu etkin denetim yolunun varlığına rağmen, Bakanlığın komiser seçimini önemsememesi ve çoğu kez, komiser raporlarına kulak asılmaması, bugüne kadar uygulamanın yararlı olmadığı sonucunu doğurmuştur. (10) Uzun çalışmalarından sonra hazırlanan sermaye piyasası ile ilgili kanun tasarisında bu gerçekler kabul edilmiş olacak ki, denetimin Maliye Bakanlığı bünyesinde kurulacak yedi kişilik bir kurula verilmek istendiğini görüyoruz. Oysa, bu tutum tamamen yanlıştır. Kusuru organda değil, yetenekte ve yetkinin gereği gibi kullanılmasında aramalıdır. *Bizce, AO'ların denetiminin kısmen başka bir bakanlığa verilmesi, yetkilerin çatışmasına ve sorumluluğun dağılmasına yol açacak, etkinliğini daha çok kaybedecektir.*

Gerek hükümet komiserinin raporundan, gerekse belgelerden ortaklığın kuruluş aşamasında olumsuz yolda olduğu, özellikle, ulusal ekonomiye ve kalkınma plânlarına ters düştüğü, ya da serbest rekabeti önleyici veya daraltıcı yöntemlerle sosyal amaçlara aykırı davranışları saptandığı takdirde, Ticaret Bakanlığı kuruluşu izin

(9) Eski Ticaret Kanununun sureti tatbiki hakkındaki Kanunun 13. maddesi 6762 sayılı TTK ile kaldırıldığından 1972 yılına kadar Ticaret Bakanlığının denetimi 23/3/1927 tarihinde Bakanlar Kurulu'nda kabul edilen bir talimatnameye göre yürütülmekte idi. TTK. nun 274. maddesinde çıkarılması öngörülen (Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzük) 7/8/1972 tarih ve 14269 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bundan böyle İcra Organı AO. ları TTK. adı geçen tüzük ve bunlarda hüküm bulunmayan hallerde (Bakanlık Teftiş Kurulu Tüzüğü) ne göre denetlenmektedir.

(10) Geniş bilgi için, Doğanay, TTK. serhi, Sh. 666 - 667. İmregün age. Sh. 13. Arslanlı age. Sh. 223.

vermekten kaçınabileceği gibi, verilmiş bir izin varsa, ticaret mahkemesinin onayından önce bunu geri alabilecektir. Kuruluştan sonra Bakanlık bu yetkisini fesih davası açmak suretile kullanabilir. (TTK. 274. maddesi)

B) KURULUŞTAN ÖNCE YARGI ORGANLARININ DENETİMİ

Türkiye’de yürürlükte olan rejime iktisadî açıdan ne ad verilirse verilsin, hukuk devleti anlayışı ve onun yöntemlerinin bir güvence olarak etkinliğini hissettirmesi gereği tartışılmaz. Ne varki, AO’ların denetimi konusunda yargı organlarına tanınan yetkiler, biçimsel ve çok sınırlıdır. Ekonomik düzenin ülke halkına en yararlı biçimde çizilmesi ve oluşturulması, sorumlu icra organına ait olduğu düşünülürse, bunun da böyle olması gerekir.

1 — Noterlerin yetkisi : Türk - İsviçre hukuk sisteminde bağitların serbestçe düzenlenmesi ve yazılı olmaması kural olarak kabul edilmiştir. AO esas sözleşmelerinin yalnız bazı yasal koşulları kapsaması ve yazılı yapılması yeterli görülmemiş, ayrıca kurucu ortakların imzalarının da noterce onaylanması bir geçerlik koşulu olarak öngörülmüştür. (TTK. 279 ve Borçlar Yasası 12. m. leri)

Bununla güdülen amaç, daha başlangıçta noterlere AO ana sözleşmeleri üzerinde bir denetleme yetkisi tanımaktır. Hemen belirtelim ki, noterler bir yargı organı olmamakla beraber, yürüttükleri kamu hizmetinin hukuksal güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla yönelik bulunması, özel hallerde noterlik görevinin hukuk hakimi tarafından yerine getirildiği gözönünde tutulursa, bu denetimin yargı organı denetimine eşdeğerliği anlaşılmış olur. (1512 sayılı Noterlik Kanunu I ve 77. m. leri).

Burada önemli olan nokta, noterin yapacağı denetimin kapsamıdır. Daha açık bir deyimle, noterler kurucuların imzalarını onaylarken, statü taslağını da incelemeleri gerekecek midir ? Noterlik Kanununun 82/3, maddesinde hukuksal işlemlerin altındaki imzanın onaylanması, imzanın ilgiliye ait olduğunu belgelendirme niteliğini taşıdığı ve içindekileri kapsamadığı belirtilmiş ise de, aynı kanunun 53. maddesinde, noterlerin kanunların emredici hükümlerine aykırı hususlarda işlem yapamayacakları ve bu kuralın (imza onaylaması yapılan işlemlerin münderecatı hakkında da uygulanacağı) kabul edilmiştir. O halde, noterler AO sözleşmesi altındaki imzaları onaylamakla yetinmeyecek, maddelerini de inceliyerek gerek konu ve amacının, gerekse içerdiği diğer özel hükümlerin yasa-

lara, genel ahlâka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırılığını görürse, onaydan kaçınmak zorundadır.

Noterler Adalet Bakanlığının ve Türkiye Noterler Birliğinin gözetim ve denetimine tabi olduklarından, görevlerini yerinde yapmamalarından doğan zararlar için sözü geçen Kanunun 162. maddesi gereğince haklarında tazminat davası açılabileceği gibi, disiplin açısından denetim organlarına da gidilebilir.

2 — Ticaret mahkemesinin yetkisi : Kurucular genel kurulu, ortaklığın oluşturulması ile ilgili işlemleri tartışarak karara bağladıktan sonra, bir veya birkaçı, ortaklık merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesine kuruluşun onaylanması isteğini kapsayan bir dilekçe verirler. Bu dilekçeye özellikle, esas sözleşme, banka yatırılan sermayeye ait mektup, ayın sermaye değerini gösteren bilirkişi raporu, taahhütnameler ve kurucular genel kurul toplantı tutanaklarının eklenmesi gerekir. Mahkeme denetimini şu yollardan yapmaktadır :

a) Ortaklığın konusu ve amacının kanunlarının emredici hükümlerine, kamu düzenine, ticaret ahlâkına; örneğin, tüketici aleyhinde hükümleri kapsayıp kapsamadığı, serbest rekabeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı,

b) Yasanın bulunmasını zorunlu kıldığı hükümlerin sözleşmede mevcut olup olmadığı (TTK. 45, 279, 283, 285 m. leri).

c) Ortaklık genel kurulunun toplanmasına kadar yönetim ve denetim kurullarının kimlerden oluşacağı.

d) Kurucu ortakların sözleşmedeki imzalarının noterlikçe onaylanmış ve konularının (ikâmetgâh) gösterilmiş bulunup bulunmadığı.

e) Ticaret Bakanlığının kuruluşa izin verip vermediği.

f) Ortaklık adının yasaya uygun biçimde seçilip seçilmediği, burada, (anonim) adı yanında ortaklığın konusunu belirliyecek kelimelerin kullanılmış olmasına ve işletmenin genişliği ve önemi hakkında üçüncü şahısların yanımlarına yol açacak deyimlerin bulunmamasına önem verilmelidir.

Mahkeme incelemesini belgeler üzerinde yapar. Eksik görülen hususlar varsa, bunların tamamlanması için oneli (mehili) de kapsıyacak şekilde bir karar verilerek dilekçe sahibine tebliğ edilir. Verilen süre içinde eksiklikler yerine getirilmediği veya esasen ko-

nu, amaç ve statüde saptanan yöntemlerin yasalara, genel ve te-cimsel ahlâka aykırı bulunduğu takdirde, onama isteği reddedilir. Bu kararın temyiz olanağı vardır. Ticaret mahkemesi, belgelerin incelenmesinden olumlu bir sonuca varır ya da, verilen süre için-de eksikler tamamlanırsa bir kararla kuruluşu kesin olarak onay-lar. Buna rağmen, kuruluşta yasalar ve esas sözleşmeye aykırılık bulunduğu sonradan ortaya çıkarsa, pay sahipleri ve ilgili kişiler, ortaklığın teşkil ve ilânından itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde aynı mahkemede (ortaklığın kurulmamış sayılması) isteğe dava açabilirler.

3 — Ticaret sicil memurunun yetkisi : Ticaret sicil memurları, kural olarak meslekten olmaları, bağlı buldukları Asliye Ticaret Mahkemesinin gözetim ve denetimine tabi bulunmaları ve fonksi-yonları itibarile icra daireleri gibi yargı organlarının yan kuruluş-larından sayılır. (TTK. 27, TSN. 2 ve 4. m. leri)

Bilindiği gibi, ortaklık ancak ticaret siciline teşkil ve sicil ga-zetesinde sözleşmenin ilânından sonra tüzel kişilik kazanabilir. Bu işlemleri de, ticaret sicili memurları yapar. Yerinde bir deyimle, AO'ların kuruluşunda son süzgeç ve son denetim organı sicil me-murlarıdır. Bu itibarla, yasal yetkileri, ticaret mahkemelerinin yu-karıda işaret ettiğimiz tüm denetim yollarını kapsadıktan başka, işletmelerin devamlılığını izlemek ve ilgililere bilgi vermek duru-munda olduklarından, ortaklığın ve işletmelerinin yeri, adresi ça-lışır halde olup olmadıklarını gösteren o yerin belediye başkanlığı-nın ve belediye sınırları dışında ise, köy ihtiyar heyetinin verdiği bir tanıkçayı (tasdikname) da aramaları gerekir. Sicil memuru, ge-rek sözleşmede, gerekse belgelerde yasanın geçerlik koşulu saydığı unsurların yokluğu halinde teşkil isteğini reddedecek, bunun dışın-daki eksiklikler için istek sahibine uygun süreler tanıdıktan sonra kararını verecektir. İstekçiler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bağlı olduğu ticaret mahkemesine itiraz edebilirler. Mahkeme de itiraz edeni ve gerektiğinde hukuk-sal yararı bulunan kişileri dinledikten sonra, itirazın kabulü (teşci-lin yapılması) ya da reddi konusunda vereceği kararı ilgililerin ve sicil memurunun temyiz yetkisi bulunmaktadır. (TTK. 34/4 ve 36. m. leri).

Sonuç : Oldukça geniş olan ve çok söz götüren bir konuyu bir yazı ölçüsüne sığdırmanın güçlüğü açıktır. Ancak şu var ki, AO'ların ülkemizde gereği gibi fonksiyonlarını yapamadıkları, de-netim yetersizliğinden perde ortaklıklar türediği çoğunun ise,

yozlaşmaya ve sapmalara uğradıkları, bunun yurt ekonomisine ve sosyal yararlar ters düştüğü, bir güvensizlik ortamı yaratarak küçük tasarrufları ürküttüğü gerçeği açık ve seçik olmasına rağmen, kısa ve uzun vadede uygulanması gereken önlemler ihmal edilmektedir. Şimdilik ayrıntılarına girmeden aşağıdaki noktalar üzerinde durulmasını uygun buluyoruz.

1 — Sermaye piyasasının ayrı bir yasa ile değil, yetkili bir kurulun TTK. bünyesi içinde yapacağı değişikliklerle sınırlarının çizilmesi kaçınılmaz olmuştur.

2 — Tasarıda öngörülen Maliye Bakanlığına bağlı bir denetleme kurulu getirilmesi önerisinden kesinlikle vazgeçilmeli, bunun yerine denetim tek elde toplanarak Ticaret Bakanlığında yüksek düzeyde beş kişilik (Hükümet Komiserleri Kurulu) teşkil edilmelidir.

3 — (Hükümet Komiserleri Kurulu) aylık bültenlerle AO'ların gerçek durumunu, kuruluş aşamalarını kamu oyuna açıklamalı ve bütün sorumluluğu yüklenerek küçük tasarruf sahiplerini aydınlatmalıdır.

4 — Toplu sözleşmelerin kârlılık temeline dayanmasını sağlayacak yasal hükümler getirilmeli ve kârın belirli bir kesiminin ortaklık payına dönüşmesi ve işletmenin işçisine satılması zorunluğ u kabul edilmelidir.

5 — Sınırı belli edilecek küçük tasarruf sahiplerinin ayrı bir genel kurulu oluşturarak, yönetime katılacak temsilcilerini seçme olanağı sağlanmalı, üstün (imtiyazlı) paylılık kaldırılmalıdır.

6 — Ortaklık yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin TTK. nun 336, 341 ve 342. maddelerile genel kurul kararlarının iptaline ait 381. maddede mevcut tekelci ve aşırı liberal sınırlar değiştirilmeli, kamu kuruluşlarının yönetime katılmasını öngören 275. madde, günümüzün sosyo-ekonomi anlayışına uygun biçimde genişletilmelidir.

7 — AO'lara ait hisse senetlerinin tümü borsaya kote edilmeli, kuruluştan belirli bir süre sonra ortağın en çok sahip olabileceği pay sınırı dondurulmalıdır.

8 — AO'ların yan kuruluşlarının genel kurullarda bağımlılığını ve etkinliğini önliyecek hükümler konulmalı, dolayısıyla iç denetim yozlaşmaktan kurtarılmalıdır.

9 — Bütün bunlara paralel olarak ceza yasalarında önleyici ve güvendirici yaptırımlar konulmalıdır.

İŞ HUKUKU İLE SOSYAL SİGORTA HUKUKU AÇISINDAN ÇIRAKLARIN HUKUKSAL DURUMLARI

GÜLSEVİN ERKAN (*)

I — GENEL OLARAK :

Gelişmekte olan ülkelerin sanayileşmelerini hızlandırmak amacıyla kurdukları Meslek ve San'at okulları yanında, işyerlerinde de bir eğitim birimi kurmaları ve işçileri işbaşında eğitim uzmanlaştırmaları gereği açıktır.

Diğer yandan, özellikle küçük yaştan başlayarak eğitim ve öğretim yoluyla kazanılacak nitelikli işgücü, ülkenin teknolojik gelişmesine uygun olan gereksinmelerine cevap verebilecek ve ülkenin kalkınmasına büyük ölçüde katkıda bulunacaktır.

Yaygın eğitim sorununun bir parçası gibi görünen çıraklık eğitimi ile ülkenin işgücü verimliliği artırılırken, iş kazaları ve meslek hastalıkları önemli derecede azalacak, ücretle verimlilik arasındaki ilişkiler geliştirilip, kişilerin yeteneklerine uygun işlerde çalışmalarını ve ayrıca bu çalışmanın sürekliliği sağlanacaktır.

Ülkemizin tarihsel gelişim çizgisinde, Küçük Esnaf ve Sanatkâr kuruluşları içinde yerini almış olan «Çıraklık» bugün giderek gelişip sanayi kesiminde, kendine özgü kurumsal bir varlık niteliği göstermektedir.

Bununla beraber, çırakların çalışma ve eğitim koşulları, çıraklık standartları ve süreleri, denetim ve gözetimleri, sosyal güvenlikleri v.b. sorunları henüz yasal düzeyde gereğince ve yeterince düzenlenmiş bulunmaktan uzaktır. Gerçekten, bugün bu önemli kurum düzenliyen, daha doğru bir anlatımla, çıraklıkla ilgili bulunan hükümler, Borçlar Kanunu, İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'nun birkaç maddesinden oluşmaktadır. Bu nedenle Çırakların Hukuksal durumlarının; İş ve Sosyal Güvenlik hukukları çevresinde incelenmesi — Salt Kuramsal bir ilgi konusu olmasının da ötesinde — uygulamada önem kazanmaktadır. Kuşkusuz, bu incelemede anılan Yasalarla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ça-

(*) Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

İşma yaşamına değin hükümlerinin gözönünde tutulmasında belirgin yarar vardır.

II — YÜRÜRLÜKTEKİ YASALAR AÇISINDAN İNCELENMESİ :

A) ANAYASA BAKIMINDAN :

Anayasamızın sosyal ve iktisadî haklar ve ödevlere ilişkin üçüncü bölümünde çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirlerin alınması ve daha önemlisi çocuklarla, gençlerin ve kadınların çalışma koşulları bakımından «özel olarak korunması» ödevleri devlete yüklenmiştir. (Anayasa 42, 43 M.)

Diğer yandan Devlet, herkesin sahip olduğu Sosyal Güvenlik hakkını Sosyal Sigortalar ve Sosyal yardım kurumları ile sağlayıp gerçekleştirmekle görevlidir. (Anayasa 41, 48 M.)

Görülüyor ki; Anayasamız, Devlet düzeninin sosyal Politika ilkesi olarak kabul ettiği Sosyal Adalet ve Sosyal Güvenlik ilkelerinin uygulanmasında, çalışan çocuklarla, kadınların gözetilip korunmasına büyük önem vermektedir. Ulusun bir ögesi ve ülkenin geleceği olan çalışan kadınlarla çocukların, çalışma hayatının güç ve ağır koşulları karşısında gözetilmesi kurulmuş olan sosyal ve ekonomik dengenin korunması bakımından yarar taşımaktadır. O halde, çırakların durumunun Anayasa'nın öngördüğü temel ilkelere uygun olarak değerlendirilmesi zorunludur.

B) İŞ KANUNU BAKIMINDAN :

İş Kanunu'nun 5. ci maddesinin 6. ncı bendinde, «18 yaşını bitirmemiş çırakların kanunun kapsamı dışında kaldığı» hükmü yer almıştır. Karşıt anlamda, «18 yaşını bitirmiş çırakların İş Kanununa bağlı tutulacakları» kesindir.

1. 18 yaşını bitirmiş çıraklar :

Görülüyor ki, kanun koyucu, Medeni Kanun'daki «erginlik» kuralı ile uyumlu olarak, fizikî bütünlüğünü tamamlamış hak ve çıkarlarının bilincinde sayılan çalışanları, İş Kanunu'nun öngördüğü haklara sahip ve ödevlerle yükümlü saymak istemiştir. Hak ve yükümlülükleri bakımından, «ergin çırak» ile «işçi» arasında hiçbir farklılık gözetilmediğine ve İş Kanununda çıraklar için özel hükümlere yer verilmediğine göre «çırak» deyiminin, iş eğitiminde

ilk aşamayı belirlediğini söylemek yasal gerçeklere uygun düşecektir. Konu öğretilerde tartışmalıdır.

Benimsediğimiz görüşte, 18 yaşını bitirmiş kimseyle yapılmış sözleşmenin «Çıraklık Sözleşmesi» şeklinde düzenlenmiş olması o kimsenin işçilik niteliğini etkilemez. (Çenberci İş Kanunu Şerhi 1972, Shf. 212).

Kanımızca, karşıt bir görüş, yasal uygulamayı etkilemeyeceğinden kuramsal bir seçnekten ötede bir anlam taşımıyacak ve hiçbir zaman 18 yaşını bitirmiş çıraklar hakkında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır.

İş Kanunundaki bu düzenleme ile; erginlerin işgücünün, işyerinde, belli bir iş için gerekli bilgi ve görgü ile eğitilip ustalaştırılması ve teknolojik gelişmelere uygun biçimde uzmanlaştırılması ile gelecekte bu nitelikli işgücünden işyerindeki üretim için yararlanılması amaçlanmış bulunmaktadır. İşgücünün çıraklık evresindeki eğitimle, ülkenin üretim politikasına ve plânlarına uygun olarak yürütülmesi sağlanmış olacaktır.

Anılan anlamda «çıraklık» hizmet içinde ilk eğitim evresi olup, bu aşamada çıraklar ve bunların işverenleri İş Kanunu'nun öngördüğü haklara sahip ve ödevlerle yükümlüdürler.

Bundan başka, Medenî Kanun uyarınca, bazı koşullarla Yasal veya Yargısal olarak «Ergin Sayılan» kişilerin İş Kanunu kapsamı dışında bırakıldığı tartışmasızdır. (MK. 11, 12 M.)

2. 18 yaşından küçük çıraklar :

Belirli bir meslek ve sanatı, usta ve uzmanların yanında ve onların öğretim, gözetim ve denetimi altında elde edebilmek amacıyla, işyerinde bulunan «Küçük» ler İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmışlardır. «Küçük Çıraklar» hakkında Borçlar Kanunu'nun kendileri ile ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Ne varki, İş Kanununda — 16 yaşını doldurmuş çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmamalarına ilişkin yasak (İ.K. 78 m.) dışında — işyerlerinde küçüklerin çalışmalarını engelleyen bir hüküm yoktur. Diğer bir anlatımla küçükler de erginler gibi kendilerine yasaklanmayan işlerde işçi gibi çalışabilirler. Bu durumda; küçük işçilerle bunların işverenleri hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanır.

Ancak çalışma yaşamı, gerekli ve yeterli denetimden uzak bulunduğundan, uygulamada birçok işverinin İş Kanunu'nun buyurucu nitelikteki yükümlerinden kurtulmak amacıyla küçükleri çırak adı altında bir işçi gibi çalıştırdıkları görülmektedir.

Temel ve orta öğretim yapma olanaklarından yoksun küçük çocuklar, «çırak» adı altında salt işgücünden yararlanılmak amacıyla ve en düşük ücretin çok altında bir ücretle ergin işçilerin çalıştığı işlerde ve daha da önemlisi yasa dışı ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaktadırlar. Bu küçüklerin, anılan biçimde çalıştırılmaları biyolojik ve psikolojik gelişmelerini durdurmakta ve tehlike bilincinin gelişmemiş olması nedeni ile de kolaylıkla iş kazalarına uğramaları sonucunu doğurmaktadır. 18 yaşını bitirmemiş bir küçüğün görünüşte «çırak» adı altında işçi gibi çalıştırılması ve onun işgücünden yararlanılması durumunda küçüğü işçi sayıp İş Kanunu hükümlerini uygulamak zorunludur. (M. Çenberci; İş Kanunu Şerhi, 1972, Shf. 213).

Yargıtay'ın konu ile ilgili daireleri, kararlarında bu görüşü açık seçik belirtmişlerdir.

Son olarak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 29.11.1974 gün ve 5703/6922 sayılı küçük çırakların sosyal güvenliğine ilişkin kararında ; (...Diğer yandan, uygulamada çıraklığın yozlaştırıldığı, salt işgücünden yararlanan kimselerin çırak adı altında işyerine alındığı ve yasal yükümlerden kaçıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, sözleşmede diğer tarafa verilen ada göre değil gerçek çalışma ilişkisine bakarak bir kimsenin işçi veya çırak olduğu saptanmalıdır.....) denilmek suretiyle Anayasal doğrultuda küçükler korunurken iş hayatına da dürüstlük ve saygınlık getirilmek istenmektedir.

Gerçekten, anlaşmaların yasal niteliğinin saptanmasında tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları deyimlere değil, gerçek amaca bakılması kuralı, Borçlar Kanunu'nun temel kurallarından biridir (B.K. m. 18). Burada üzerinde önemle durulması gereken sorun; Çırak ve işçi ayırımını yapmakta kullanılacak ölçünün ne olduğudur. Çıraklık, bir meslek ve san'atın öğrenilmesi için yapılan bir eğitim ve öğretim evresidir.

Çıraklık eğitimi, usta veya uzmanların denetiminde, işyeri düzeninde yapılır; çırak işbaşında kuramsal bilgilerle beraber uygulama ile de eğitilir. Çırağın, işyerindeki üretime doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir katkısı söz konusu değildir.

Uygulamada, çırağın öğretimine katkıda bulunulmak ve ilerde onun nitelikli işgücünden yararlanılmak amacıyla çırağa yapılan küçük ödemelerle, başka türlü yardımlar «ücret» kavramı çevresinde yer almazlar. O halde anlaşmada üstün amaç; küçüğün işgücünden yararlanılması, dolaylı veya dolaysız üretime katkıda bulunması durumunda ise artık çıraklık değil, bir — iş anlaşması — söz konusudur.

Örneğin, — öğrenme amacı dışında — işyerinde hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin görev olarak yapılmasında işçilik durumu kesindir.

C) BORÇLAR KANUNU BAKIMINDAN :

İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan 18 yaşını bitirmemiş çıraklar hakkında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Çıraklık anlaşması, anılan kanunun hizmet akdi bölümünde düzenlenmekle beraber, ondan ayrıık özellikleri temelinde bulunan bir başka bağıttır.

Bilinmektedir ki, 4.10.1926 da yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndan bir çeviridir. İsviçre'de anılan Kanunların hazırlığı 1892 lerde başlamış ve geçirdiği aşamalardan sonra 1.1.1912 de yürürlüğe girmiştir. (Dr. Amil Artus, İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına göre sistemli izahı 1956, Dr. Pierre Tuor). Görülüyor ki Sanayileşmenin henüz başlangıcında bulunduğu bir devrede, Çıraklık Kurumunun, hukukun özel kesiminde düzenlenmiş olması yeterli sayılmıştır. Bu nedenle Borçlar Kanununda da Kamu yararı bulunan konularda çıraklığa ilişkin birkaç özel hüküm dışında durumu aydınlatacak yasal bir düzenleme görülmemektedir.

Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 318 nci maddesi, «küçükler veya kısıtlılarla yapılacak anlaşmanın yazılı şekil şartı'nı», 330 ncu madde «ustanın çırağın eğitimi ve yetiştirilmesi ile ilgili görevlerini» 342 nci maddesi ise «deneme süresini» düzenlemekte ve bu özel hükümler dışında hizmet akdi ile ilgili hükümlerin benzetme yoluyla uygulanması esası öngörülmektedir. (B.K. 313 m.)

Sanayileşme ile birlikte, teknolojik gelişmelere uyumlu olarak büyük önem kazanan Çıraklık Kurumu, bugün birçok ülkede özel yasalarla düzenlenmiş ve bunlarla çırağın yaş ve öğrenim durumu, çıraklık sistemleri, süresi, eğitim esasları ve programları, sı-

nav ve denetimleri, ücretleri, sosyal güvenlikleri v.b. durumları açıklığa kavuşturulmuştur. Örneğin; A.B.D., Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, İsviçre, Danimarka, Hollanda.

Sanayileşme yolundaki ülkemizde çırakların durumunun bugüne kadar düzenlenmemiş olması ve özel hukuka ilişkin hükümlerle yetinilmesi ile, Anayasamızın temel ilkeleri sarsılmakta ve sosyal ve ekonomik düzendeki denge bozulmaktadır.

D) SOSYAL SİGORTALAR KANUNU BAKIMINDAN :

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3. ncü maddesi, sigortalı sayılmıyanlarla, bazı sigorta kollarından yararlanabilecek kişileri saymaktadır.

Anılan maddenin 11. fıkrasına — B — bendinde, «özel kanununda tarifi ve nitelikleri belirtilen çıraklar hakkında, çıraklık devresi sayılan süre içinde analık, malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile bu kanunun 35. nci maddesi hükümleri uygulanmaz» hükmü yer almıştır. Buna göre tanımı özel bir kanunla yapılacak çırakların iş kazaları, meslek hastalıkları ve hastalık sigortalarından yararlanacakları kesindir. Ancak çırakların tanımını yapacak ve niteliklerini belirleyecek özel yasa henüz çıkarılmamıştır. O halde, bugün yürürlükte bulunan yasalar uyarınca çırak sayılanların sosyal güvenliklerinin bulunup bulunmadığı, varsa kapsamı sorunu uygulamada güncel bir önem taşımaktadır.

1. Yargıtay'ın görüşü :

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 29.11.1974 gün ve 5703/6922 sayılı kararında (..... Her halde yürürlükteki yasalara göre çırak sayılanlara hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı sigortalarının uygulanması kanun koyucunun amacına, sosyal ve yasal gerçeklere uygun düşecektir.) demek suretile görüşünü — çırakların kısıtlı olarak sigortalı sayılmaları — biçiminde belirlemiştir.

Yargıtayın anılan görüşü öğretide de benimsenmiş bulunmaktadır (Seymen - Ekonomi; Sosyal Sigortalar Tatbikatı, 1966, Shf. 65. - Tunçomağ; Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar 1975 Shf. 145 - İnce, Çıraklık, 1974, Shf. 27).

2. Görüşümüz :

Öncelikle söylemek yerinde olur ki; Çırakların sosyal güvenliklerinin çıkarılacak bir yasaya bağlanması ve o yasanın bugüne ka-

dar çıkarılmamış olması Anayasamızda yer alan temel hukuk kurallarının üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile (8 m.) tüm bireylerin sosyal güvenlik hakkına sahip bulunduğunu kabul eden Sosyal Güvenlik ilkesine (48 m.) açıkça aykırı düşmektedir. Bu duruma göre çırakların sosyal güvenliğine ilişkin düzenleme boşluğunun, Anayasamızın amacına, ülkenin sosyal ve ekonomik gerçeklerine ve yürürlükteki yasalara uygun olarak tamamlanması gereği ortadadır. (MK. 2 m.)

Kanun koyucu, Sosyal Sigortalar Kanununda çırakların kısıtlı olarak, örneğin iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigortalarından sınırlı biçimde yararlanmalarını öngörmektedir.

Kanımızca, bu sınırlama İş Kanunu kapsamına girmiyen «küçük çıraklar» bakımından sözkonusudur. Kanun koyucu kural olarak ve İş Kanunu ile uyumlu olarak çıraklık eğitiminin küçük yaştan başlayacağı varsayımı ile küçük çırakların doğal olarak gereksinmedikleri, örneğin analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm — sigortalarından — yararlanamayacaklarını belirtmek istemiştir. Gerçekten, küçük çırakların analık, malûl yaşlılık ve ölümleri yaşamın olağan yürüyüşüne uymayan ayrık durumlardır.

Karşın bir düşünce ile İş Kanunu kapsamına giren 18 yaşını bitirmiş çırakların dahi, kısıtlı olarak belirli sigortaların güvencelerinden yararlanabileceklerini kabul etmek, Anayasanın eşitlik ilkesi ile İş Kanunundaki düzenleme biçimine ters düşecektir.

Diğer bir anlatımla İş Kanunu kapsamına giren, bütün işçi haklarından yararlanan ve borç ve ödevlerle yükümlü tutulan çıraklık evresindeki işçilerin de diğer işçiler gibi bütün sigorta haklarından tam olarak yararlanmaları Anayasaya ve yasalararası uyum ilkesine uygun düşecektir.

Hiç kuşkusuz, işyerlerinde çırak adı altında işçi gibi çalıştırılan küçüklerin, bir işçi olarak bütün sosyal güvenlik dallarından yararlanmaları yasa gereğidir.

III — SONUÇ

Açıkça söylemek yerinde olur ki, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılan küçük çırakların hukuksal durumlarının ve sorunlarının özellikle sanayi kesiminde Borçlar Kanunundaki hükümler bugün yetersiz kaldığından; Anayasa'nın buyruğuna uygun biçimde ve ülkenin sosyal ve ekonomik gerçeklerine en iyi bir yaklaşım-

la ele alınarak ve diğer Sanayileşmiş ülkelerdeki benzeri kurumlar da gözönünde bulundurulmak suretile düzenlenmesi; ve durumlarının aydınlığa kavuşturulması gecikmiş bir yasal ödevin yerine getirilmesinin de ötesinde iş hayatında mevcut büyük bir boşluğun tamamlanması anlamını taşıyacaktır.

ORGAN VE DOKU NAKLİ İLE İLGİLİ HUKUKİ GELİŞMELER

SALİM ÖZDEMİR (*)

P L Â N

G İ R İ Ő

A — YAŞAYANLARDAN BİOLOJİK MADDE ALINMASI

1. Kendisini yenileyebilen biolojik maddeler
2. Kendisini yenileyemeyen biolojik maddeler
 - a) Danimarka Yasası
 - b) İtalyan Yasası
 - c) Norveç Yasası
 - d) Belçika Yasa Tasarısı
 - e) İsveç Yasa Tasarısı

B — ÖLÜLERDEN BİOLOJİK MADDE ALINMASI

1. Ölümlerin tesbiti
2. Ölüden biolojik madde alınması ile ilgili yasalar

C — TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

1. Ceza Hukuku Açısından
2. Özel Hukuk Açısından

S O N U Ç

G İ R İ Ő :

Tıp alanında ve özellikle organ ve doku nakli konusundaki hızlı gelişmeler, yeni bir takım hukukî sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Sorunun klâsik hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmesinin zorluğunu anlamış bulunan birçok ülkeler yeni hukukî düzenlemelere gitmişlerdir. Birçok ülkeler de bu yoldaki yoğun çalışmalarını sürdürmektedirler. Hatta sorun, ulusal boyutları aşmış bulunduğundan uluslararası düzeyde ele alınıp incelenmeye başlanmıştır.

Nitekim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 236. toplantısında, organ ve doku nakli konusunu incelemekle görevli bir Hazırlık Komitesinin (Ad Hoc) kurulması ve bu komitede her üye Dev-

(*) Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi.

letin bir hukukçu ve bir hekim uzmanla temsil edilmesi kararlaştırılmış olup, sözü edilen Uzmanlar Komitesinin ilk toplantısı 17 - 19 Mart 1975 tarihleri arasında Strasbourg'da yapılmıştır.

Bizim de, ülkemizi temsilen katıldığımız bu toplantıda, üye Devletlerin organ ve doku nakli ile ilgili mevzuatları hakkında görüş teatisinde bulunulmuş ve komitenin bundan sonraki çalışma konuları saptanmış bulunmaktadır. Hazırlık Komitesi toplantısında ayrıca «Organ ve doku» deyimi yerine daha geniş kapsamlı olan «İnsani kökenli biyolojik madde» deyiminin kullanılması kararlaştırılmıştır. (1)

İnsani kökenli biyolojik madde alınması ve nakli konusunu yaşayanlar ve ölümler bakımından iki ana başlık altında incelemek ve daha sonra da, Türk Hukukundaki durumunu tartışmak yararlı olacaktır.

A — YAŞAYANLARDAN BİYOLOJİK MADDE ALINMASI :

Bu konuyu da, kendisini yenileyebilen ve yenileyemeyen biyolojik maddeler olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

1. Kendisini yenileyebilen biyolojik maddeler :

Kan, ilik ve deri gibi kendisini yenileyebilen biyolojik maddelerin alınması ve nakli, hukukî yönden okadar büyük sorun yaratmamaktadır. Bununla beraber, Avusturya, Belçika, Fransa, İrlanda, Hollanda ve Danimarka'da kan transfüzyonu ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Diğer ülkelerde bu konu, Ceza ve Özel Hukuk'un genel prensipleri ve deontoloji kuralları çerçevesinde çözümlenmektedir.

2. Kendisini yenileyemeyen biyolojik maddeler :

Kalp, böbrek, göz ve buna benzer kendisini yenileyemeyen biyolojik maddelerin alınması ve nakli, çok çetin hukukî problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunları, Ceza ve Özel Hukuk'un genel prensipleri çerçevesinde çözüme kavuşturmak, her zaman için kolay olmamaktadır. Bu nedenle Danimarka, İtalya ve Norveç, organ ve doku alınması ve nakli konularını düzenleyen özel yasalar çıkarmışlar, Belçika ve İsveç de, bu konuya ilişkin olarak hazırladıkları yasa tasarılarını Meclislerine sunmuş bulunmaktadırlar.

(1) Rapport sur la réunion du Comité Ad Hoc, établi par le Secrétariat - Direction des Affaires Juridiques. Ad Hoc Trans. Org. 75 (1) Stresbourg le 23. Avril. 1975.

Getirdikleri yeni ve örnek hükümleri dolayısıyla, anılan Devletlerin yasaları ile, yasa tasarılarının esaslarına kısaca değinmeyi yararlı bulduk.

a) Danimarka Yasası :

9 Haziran 1967 gün ve 246 sayılı Danimarka Yasasına göre, bir kimseden biolojik madde alınabilmesi için :

- aa) Vericinin 21 yaşını doldurmuş olması,
- bb) Yazılı onayının alınmış olması,
- cc) Biolojik madde alınmasının, başka birisinin tedavisi amacıyla yönelik, bulunması,
- dd) Biolojik madde alınmasının doğuracağı muhtemel tehlikeler hakkında, vericinin önceden aydınlatılmış olması,
- ee) Vericinin sağlık durumunun elverişli bulunması, Gerekmemektedir.

Yasada yer alan başka bir hükme göre, durum zorunlu kılıyorsa, 21 yaşını doldurmamış olanlardan da, biolojik madde alınabilir. Ancak bu durumda, vericinin ana ve babasının veya vasisinin onayına gerek vardır. Ayrıca yasada yer almamakla beraber, vericilere işgörmelik tazminatı olarak ödenmek üzere her sene Devlet Bütçesine belli bir ödenek konulmaktadır. Bu ödeneğin harcama yetkisi de, İçişleri Bakanlığına verilmiştir.

b) İtalyan Yasası :

26 Haziran 1967 tarihli ve 458 sayılı İtalyan Yasası, organ ve doku alınması ve nakli konusunu, böbreklere inhisar ettirmiştir. Bu yasaya göre bir kimsenin verici olabilmesi, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.

- aa) Verici reşit olmalıdır.
- bb) Verici, alıcının akrabası olacaktır. (Akrabalık derecesi, baba, ana, çocuk, öz kardeş ve üvey kardeş ile sınırlıdır.)
- cc) Verici, yapılacak operasyonun muhtemel sonuçlarının bilincinde olmalıdır.
- dd) Onayını yazılı olarak bildirmelidir.
- ee) Transplantasyon için, vericinin yazılı onayı ve transplantasyona gerek olduğuna dair doktor raporunun hakime

sunulması ve hakim in de bu konuda olumlu karar vermiş olması gerekir.

İtalyan Yasası, transplantasyon yapılacak yerleri de belirtmiştir. Buna göre transplantasyon, Organ Transplantasyon Merkezleri, Üniversite Hastaneleri ve bilimsel araştırma yapacak niteliğe sahip hastanelerin dışında, başka bir yerde yapılamaz. Diğer taraftan aynı yasanın 5. maddesi, vericilerin hastanede kaldıkları süre içerisinde hastalık tazminatı isteyebileceklerini ve her türlü tehlikeye karşı sigorta yaptırabileceklerini de hükme bağlamıştır.

c) Norveç Yasası :

9 Şubat 1973 tarihli Norveç Yasasına göre ise, vericinin 18 yaşını doldurmuş olması, sağlık durumunun elverişli bulunması, organ ve doku verme konusunda yazılı onayının alınması gerekmektedir. İtalyan ve Danimarka Yasalarından farklı olarak Norveç Yasasına göre, küçüklerle akıl hastalarından da organ alınması mümkündür. Ancak bu durumlarda, Sağlık Bakanlığının onayının alınması gerekmektedir. Yasanın bir başka hükmüne göre de, organ alınması ve nakli, Hükümetçe saptanacak hastanelerde mümkün olabilmektedir.

Tazminat konusunda yasada özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Norveç'teki sosyal sigorta sistemine göre vericiye hastanede kaldığı süre ve nekahet devresi için tazminat ödenebilmektedir.

d) Belçika Yasa Tasarısı :

İnsani Kökenli Maddelerin Alınması, Transplantasyonu, Aşılması ve Otopsi Yapılmasına Dair Yasa Tasarısında getirilen hükümler de, Danimarka, İtalya ve Norveç Yasalarında yer alan hükümlere benzemektedir. Tasarıya göre, bir kimsenin verici olabilmesi için, 18 yaşını doldurmuş, yazılı onayının alınmış, yapılacak operasyonun doğurabileceği muhtemel tehlikelerden vericinin ve yakınlarının önceden haberdar edilmiş olmaları gerekmektedir. Tasarıda ayrıca, 18 yaşını doldurmamış olanlardan organ ve doku alınması kesinlikle yasaklandığı gibi, organ ve doku alma işleminin, belli hastanelerde yapılması da şart koşulmuştur.

e) İsveç Yasa Tasarısı :

İsveç Yasa Tasarısına göre de bir kimsenin verici olabilmesi için, 18 yaşını doldurmuş, yazılı onayının alınmış, operasyonun

muhtemel sonuçlarından haberdar edilmiş olması ve akıl hastası olmaması gerekmektedir.

B — ÖLÜLERDEN BİYOLOJİK MADDE ALINMASI :

Bu konudaki en büyük güçlük, ölüm anının tayin ve tesbitidir. Ölüm anının tayin ve tesbiti, tıbbî bakımdan olduğu kadar, hukukî bakımdan da büyük önem taşır. Bu konuda bilim alanında da henüz görüş birliği sağlanamamıştır. Biz, bilim alanında ileri sürülen değişik görüşlerin tartışmasını bir yana bırakarak, ölüm anının tayin ve tesbiti konusunda bazı prensipler saptamış olan İtalyan Yasasını örnek olarak ele alıp incelemeyi yararlı bulduk.

1. Ölüm anının tesbiti :

İtalyan Yasasının 3. maddesine göre, bir kimsenin ölmüş olduğunun söylenebilmesi için, kalbinin durmuş, bütün serebral faaliyetlerinin sona ermiş ve bu durumların, birisi kalp ve birisi de elektroansefalografi uzmanından oluşan üç kişilik bir sağlık kurulu tarafından saptanmış olması gerekir.

Kalbin durmuş olduğunun saptanabilmesi için :

- Enaz yirmi dakika süre ile elektrokardiogram uygulanması,
- Yapay solunuma ara verilmesinden sonra iki dakika içersinde spontane solunumun meydana gelip gelmediğinin kontrol edilmesi,

Gerekmektedir.

Serebral faaliyetlerin sona erdiğinin anlaşılabilmesi için de aşağıdaki semptomların görülmesi gerekir.

- Müsküler atoni halinde derin koma.
- Sinir reflekslerinin kaybolması,
- Vejetatif reflekslerin sona ermesi,
- Yapay solunum işleminin kesilmesinden iki dakika sonra spontane solunumun görülmemesi.
- Her türlü elektroansefalografik sinyallerin kaybolması.

2. Ölüden biolojik madde alınması ile ilgili yasalar :

Ölüden biolojik madde alınması konusunda Danimarka, Norveç, İsveç ve İngiltere özel yasalar çıkarmışlardır.

a) 9 Haziran 1967 tarihli Danimarka Yasasının 2. maddesine göre, 21 yaşını doldurmuş olan herkes sağlığında, bilimsel ve terapötik amaçlar için cesedinden biyolojik madde alınmasını kararlaştırabilir. Hatta ölü, sağlığında cesedinden biyolojik madde alınmasına karşı olduğunu beyan etmemişse, cesetten biyolojik madde alınması mümkün olabilmektedir.

b) 9 Şubat 1973 tarihli Norveç Yasasında da durum aynıdır.

Uygulamada, cesetten biyolojik madde alınması konusunda, ölünün yakınlarından herhangi bir onay alınması zorunlu değildir. Sadece, ölüden biyolojik madde alınacağıının, ölünün yakınlarına bildirilmesiyle yetinilmektedir. Eğer, ölünün yakınları biyolojik madde alınmasına açıkça karşı koymamışlarsa, biyolojik madde alınabilmektedir.

c) 14 Mart 1958 tarihli İsveç Yasasında, ölüden biyolojik madde alınması konusunda herhangi bir şart öngörülmemiştir. Hastanelerde ölenlerden veya öldükten sonra hastanelere getirilen cesetlerden, bilimsel ve terapötik amaçlar için biyolojik madde alınması mümkündür.

d) 27 Temmuz 1961 tarihli «Humen Tissue Act» isimli İngiliz Yasasına göre, bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya bazı organ ve dokularını terapötik ve bilimsel amaçlar için bıraktığını yazılı olarak belirtmemiş veya bu yoldaki isteğini son hastalığı sırasında en az iki tanık huzurunda açıklamamış ise, ölüden biyolojik madde alınması mümkün değildir.

C — TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM :

Yurdumuzda, organ ve doku alınması ve nakli konusunda henüz özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bununla beraber sorunu, yürürlükteki mevzuatımız çerçevesinde ele alıp incelemek mümkündür.

1. Ceza Hukuku Açısından :

Gerek Türk Ceza Kanununda, gerekse ceza hükümlerini taşıyan özel yasalarda, yaşayanlardan veya ölülerden terapötik ve bilimsel amaçlarla, organ ve doku alınmasını açıkça yasaklayan herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Yaşayanlardan rızaları dışında organ ve doku alınması halinde, eylemin T.C.K. nunun 456. maddesinde öngörülen «müessir fiil»

suçunu teşkil edeceği kolaylıkla söylenebilir. Fakat, vericinin rızası ile ondan organ ve doku alan hekimin eyleminin, suç teşkil etmesi düşünülemez. Çünkü hekimin eyleminde, T.C.K. nunun 456. maddesinde öngörülen suçun manevi unsuru (kasıt unsuru) oluşmamıştır.

Ancak, organ alma işlemini yapan hekim «tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve san'atta acemilik veya nizamata ve evamire ve talimatlara riayetsizlik» sonucu, vericiye «cismen eza verecek veya sıhhatini ihlâl edecek bir zarar iras ederse», eylemi T.C.K. nunun 459. maddesindeki suçu teşkil eder.

Diğer taraftan, çok kısa bir süre içerisinde ölmesinin muhakkak olduğu tıbben anlaşılan bir kimsenin organının, bu organın sağlanması halinde yaşaması mümkün olan bir hastaya takılmak üzere alınması halinde, ızdırar halinin söz konusu olabileceği, böyle bir eylemin T.C.K. nunun 49/3. maddesi hükmü karşısında cezalandırılmayacağı da iddia edilmiştir (2).

Ceset üzerinden terapötik ve bilimsel amaçlar için organ ve doku alınması eyleminin, suç teşkil edip etmeyeceği hususu tartışmaya değer bir konudur. Nitekim T.C.K. nunun İkinci Kitabının İkinci Babının Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler başlıklı 178. maddesinde «Bir kimse bir ölünün naaş ve kemikleri hakkında hakaret yapar yahut tahkir maksadıyla veya sair gayri meşru bir maksada mebni tamamen veya kısmen birinin naaşını yahut kemiklerini alırsa, iki aydan iki seneye kadar hapsolünür ve otuz liradan iki yüz liraya kadar ağır para cezası alınır.

Bunlar haricinde olarak, bir kimse bir ölünün naaşını tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın bir naaşı mezarından çıkarır yahut kemiklerini alırsa, bir aydan iki aya kadar hapsolünür ve elli liraya kadar ağır para cezası alınır.» hükmü yer almaktadır.

Ancak Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2.6.1975 gün ve 2433/3150 sayılı kararında, tıbbî amaçlar için cesetten organ alınmasının, 178. maddede öngörülen suçu teşkil edemeyeceği ve Yasa koyucunun bir an önce bu konuda özel bir düzenlemeye gitmesi gerektiğine büyük bir isabetle ve açıklıkla işaret edilmiştir.

(2) Avukat A. Arif Bilgin - Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler Ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme, - İstanbul Barosu Mecmuası - Eylül - Ekim - 1968 Ek - 1.

2. Özel Hukuk Açısından :

Yaşayanlar arasında ve bir ücret veya ödüllendirme karşılığında organ ve doku alınıp verilmesine ilişkin sözleşmeler, kanımızca Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddeleri hükmü karşısında geçersizdir. Taraflardan hiç birisi, böyle bir sözleşmeye dayanarak, sözleşmeye uymayan diğer tarafı, sözleşme hükümlerine uymaya hukuken zorlayamaz. Ancak, ister bir ücret karşılığında olsun, isterse ücretsiz olsun, bir kimse herhangi bir organını bir başkasına vermişse, buna ne ceza ne de özel hukuk yönünden müdahale söz konusu olamaz. Ancak vericiden organ alacak olan hekimin, 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesine göre, (organ alınması büyük ameliye-i cerrahiye) sayılacağından, vericinin yazılı onayını alması gerekecektir.

1219 sayılı yasanın 70. maddesindeki «... hasta küçük veya tahı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatı alınır» hükmünden, küçüklerle hacir altında bulunanlardan da, veli veya vasislerinin muvafakatlari halinde, organ alınabileceği sonucu çıkarılabilir mi ?

Kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek olanaksızdır. Çünkü, 70. maddedeki bu hüküm, sadece ilgili hastanın tedavisini sağlamak amacıyla düzenlenmiş bir hüküm olup, bunun organ alınması operasyonunu da kapsadığının, 1928 yılında yapılan yasanın hazırlandığı sırada Yasa koyucu tarafından düşünülmüş olduğunun kabulü, çok uzak bir olasılıktır.

Ceset üzerinden organ alınması konusu da, ceza hukuku alanında olduğu kadar, özel hukuk alanında da tartışmaya değer bir konudur. Kanımızca, ceset ve onun parçaları « e s e x t r a c o m m e r c i u m » sayıldığından, bunun herhangi bir sözleşmeye konu teşkil etmesi düşünülemeyeceği gibi, mirasçılarının da herhangi bir maddî veya manevî tazminat talebinde bulunmaları da düşünülemez. Ancak, 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıha Kanununun 225/2. maddesindeki ,bir kimsenin ölmeden önce cesedinin yakılmasını vasiyet edebileceği hükmünün geniş yorumlanması ile, herhangi bir kimsenin, ölmeden önce karşılıksız olarak, terapötik ve bilimsel amaçlar için cesedinden organ alınmasını vasiyet edebileceği sonucuna ulaşmak mümkündür.

SONUÇ :

Organ ve doku alınması, aşılması ve nakli konusunun ortaya çıkardığı bir takım hukukî sorunların, yürürlükteki mevzuatı-

mızın klâsik ilkeleri çerçevesinde çözümlenmesi çok zor ve hatta bazı hallerde imkânsızdır. Bu nedenle, Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararında da belirtildiği gibi, bu konuda yeni hukukî düzenlemelere gidilmesi zorunludur. Ancak, yasal bir düzenlemeye gitmeden önce konunun, hekimler, hukukçular ve bilim adamları tarafından ortaklaşa ele alınıp incelenmesi ve yasal düzenlemenin bilimsel esaslara dayandırılması yeride olur.

BAZI SUÇ VE CEZALARIN AFFI HAKKINDAKİ 1803 SAYILI YASANIN 6 NCI MADDESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

CEMİL SAATÇIOĞLU (*)

GİRİŞ :

1803 sayılı yasa bugüne kadar çıkarılan af yasalarında bulunmayan bir hüküm getirmiştir. Yasanın 6. maddesi dolayısıyla uygulamada görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Birinci görüşe göre birden ziyade suç işlemesi halinde verilecek cezanın 36 yılı, ikinci görüşe göre 30 yılı, üçüncü görüşe göre 24 yılı geçmemesi gerekir. Madde yazılışı itibariyle iltibasa mahal verecek niteliktedir. 24 yılın üstünde olması gerektiğini ileri sürenler müteaddit suçların işlenmesi halinde 24 yıl verilmesinin adil olmayacağını suçluya pirim verildiğini belirtmektedirler. Madde ve gerekçesi bu konuda ışıktutacak nitelikte değildir. Duruma bir çözüm bulabilmek için maddenin Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği zaman parlamenterlerin ileri sürdükleri görüş üzerinde durmak gerekir. Adil olmasa bile çıkarılmış olan hiç bir af yasasında bulunmayan bu hüküm dolayısıyla kanun koyucu özel bir amaç gütmüştür. Bu itibarla Milletvekillerinin konuşmalarına göre maddeye uygulamada bir yön vermek gerekir. Ancak verilecek cezanın 24 yılı geçmemesi halinde haklı olarak ileri sürülen eleştirilerin giderilebilmesi için yasanın Anayasaya aykırılığı üzerinde durulabilir. Biz önce Yargıtayın bu konudaki görüşünü bilahare maddenin kabulü dolayısıyla Büyük Millet Meclisindeki müzakereleri belirtmeye çalışacağız.

YARGITAYIN GÖRÜŞÜ :

Yukarıda belirttiğimiz gibi Yargıtayın bu konuda üyelerinin görüşleri arasında farklılık bulunmaktadır. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi yazılı emir üzerine 25.2.1975 tarihli çoğunlukla verdiği kararda İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 9.12.1974 tarihli kararıyla TCY. nun 77. maddesi uyarınca içtima sonucu verilen cezaların affın uygulanması halinde 36 yıl olacağına dair kararını Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin itiraz yolu ile 30 yıl olması şeklindeki 21.1.1975 tarihli kararını (TCY. nun 77 inci maddesine göre toplanmış olan

(*) Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi.

aynı neviden muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaların 36 yılı geçemeyeceği gözetilmeden karar verilmesini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu karara bir üye af uygulanarak 1/D maddesi uyarınca 30 yıl olması gerektiğini belirterek Manisa Ağır Ceza Mahkemesi kararını uygun bulunduğunu belirtmiştir. (1)

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi 5.3.1975 tarihli kararı ile Muğla Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 19.6.1974 tarihli karar ile TCK. nun 64, 450/4, 62 1803 sayılı af yasası 1/B, 1/C uyarınca toplam olarak 31 yıl 4 ay olarak verilen ceza için «idam cezası ile muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaların içtimai mümkün olmadığından içmanın çözümlenmesi de bahis konusu olamayacağından 1803 sayılı af yasasının 1/D maddesi idam cezasını 30 sene ağır hapis cezasına çevirdiğinden tekrar içtimada içtimanın çözülmesi de söz konusu olmadığından 31 sene 4 ay ağır hapis cezalarının netice olarak 30 sene ağır hapis cezasına indirilmesi suretiyle usulün 385. maddesine göre oy çokluğuyla karar vermiştir. Bu karara iki üye tarafından (idam cezası Af Kanununun 1/D maddesi ile 30 yıl ağır hapse çevrilmiştir. İçtima sonucu da olsa bu müddet aynı kanunun 6/3 maddesindeki 24 senelik tavana indirilemez o halde içtima hükümlerinde söz konusu maddedeki 24 senelik tavana indirilmez, bu halde 30 sene ile 1 sene 4 ayın içtimai halinde tayin olunan 31 sene 4 aylık süreden 12 senesinin indirilmesi takdirinde neticeten 19 sene 4 ay kalacak ki bu ise sanığa ikinci suçu işlemiş olması nedeniyle pirim vermek anlamına gelir. Tavan olan 24 senenin tayini takdirinde dahi aynı çelişkili durum mevcuttur. O halde 6. maddenin 3 fıkrasının gönderide bulunduğu TCK. nun 77. maddesindeki ağır hapis cezalarında öngörülen 3 6senelik tavanın esas alınarak içtima sonucu verilecek cezalarada bu miktar aşılmamak kaydıyla 12 seneye kadar indirme yapılması gerekmektedir... 6/3 maddesiyle içtima halinde 36 seneyi geçemeyeceğinden 31 sene 4 ay olması görüşü belirtilmiştir. Aynı karara 2 üye ise TCK. nun 77. maddesi gereğince birleştirme sonucu meydana gelen ceza miktarından 1803 sayılı af yasasının 6. maddesi uyarınca ayrıca 12 yılın indirileceği öngörüldüğünden af yasasının 1/C uyarınca 12 şer yıl indirilip 30 yıl 8 ay kaldıktan sonra yeniden toplamı olan 38 yılın TCK. nun 77. maddesi uyarınca tavan kabul ettiği, 36 yılın üstünde kaldığından af yasasının 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 38 yıldan da 12 yıl indirilmek suretiyle 26 yıl kalması görüşü) ileri sürülmüştür. (2)

(1) Yargıtay 1. Ceza Dairesi 25.2.1975 gün, 1975/625 esas, 1975/758 K. sayılı.

(2) Yargıtay 1. Ceza Dairesi 5.3.1975 tarih, 1974/3390 E. 1975/881 sayılı ilamı.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 28.4.1975 tarihli ilamiyle sanık mak-tulleri öldürmekten ve Bayramı öldürmeğe tam derecede teşebbüsten tayin olunan cezalardan 1803 sayılı af yasasının 1. maddesi uyarınca indirme ve çevrilme yapıldıktan sonra aynı yasanın 6. maddesi uyarınca muvakkat cezaların birleştirilmesi sonucu uygulanacak cezadan 12 yılın indirilmesi ve indirme sonucu 24 yılın aşağı düş-memek üzere ceza tayin edilmesi gerekeceği düşünülmeden 24 yıl ağır hapis verilmesini yerinde bulmyarak verilen hükmü bozmuş-tur. Bu karara da 2 üye sanık hakkında tayin olunan müebbed ağır hapis cezası 1803 sayılı kanunun 1/D maddesine göre 24 sene ağır hapis cezasına çevrilmesi ve diğer suçlarından tayin olunan ağır hapis cezalarına, sözü geçen af yasasının 1/C maddesi ile 12 şer yı-lı indirilerek bu suçtan 8 yıl ve diğer suçtan da 1 yıl 4 ay ağır hapis cezası kalmış olup bunların 6. madde uyarınca toplanıp yeniden tek-rar indirmeye tabi tutulması ve neticeten 24 yıl ağır hapis cezasına indirilmesi kanun vazınının maksadına ve kanun ruhuna aykırı düş-tüğü görüşü ileri sürülmüştür. (3)

Yargıtay 1 Ceza Dairesi 25.3.1975 tarihli ilâmı ile 1803 sayılı af yasasının uygulanması sonucu TCK. nun 450/5 ve 59 uncu mad-deleri uyarınca müebbed ağır hapis cezasının af yasasının 1/D mad-desi ile 24 seneye çevrilmesi ayrıca TCK. nun 450/4 - 5, 51/1, 59 un-cu maddeleri ile 30 yıl ağır hapis cezasından af yasasının 1/C mad-desi ile 12 yılının indirilmesinden sonra kalan 18 yıl ağır hapis ce-zasının muvakkat ceza olması nedeni ile sözü edilen yasasının 6/2 maddesi uyarınca birleştirilmeleri ile baliğ olduğu 42 yılın 12 yı-lının indirilme suretiyle uygulama yapılması gerekli iken buna uyulmadığından içtimaen tayin olunan 36 yıl ağır hapis cezasının 30 yıl ağır hapis cezasına düzeltilmesi suretiyle usulün 385. mad-desi uyarınca çoğunlukla karar vermiştir. Bu karara cezanın 36 yıl olması görüşü ile tavanın 24 yıl olması tarzında ayrı ayrı muha-lefet şerhi verilmiştir. (4)

Yukarıda belirttiğimiz Yargıtay'ın görüşüne göre çoğunluk ka-rarı ile içtima halinde af uygulama sonucu 30 yıl olarak kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Nedeni ise 36 yıl olması gereken gö-rüş ile 30 yıl olması gereken görüş dolayısıyla oylar dağılmıştır. Ce-za Yargılama Usulü Yasasının 385. maddesine göre reyler dağılır-sa maznunun en ziyade aleyhine olan rey ekseriyet hasıl oluncaya kadar kendisine daha yakın olan reye ilâve olunur. 36 yıl görüşü

(3) Yargıtay 1. Ceza Dairesi 28.4.1975 tarih, 1975/13 E. 1975/1660 sayılı.

(4) Yargıtay 1. Ceza Dairesi 25.3.1975 tarih, 74/4053 E. Karar 1975/1217 sayılı ilâmı.

ile 30 yıl görüşünün yaklaşması halinde 30 yıl olarak kabulü öngörülmüştür.

YASA MADDESİ İLE MADDENİN GEREKÇE VE BÜYÜK MİLLET MECLİSİNDEKİ GÖRÜŞÜLMESİ :

Cumhuriyetin 50. yılı nedeniyle bazı suç ve cezaların affı hakkındaki 1803 sayılı yasanın 6. maddesi bu kanunun uygulanmasında içtima hükümleri dikkate alınmaz. Ancak bu kanundan yararlanmış olmakla beraber TCK. nun 77. maddesi gereğince aynı neviden şahsı hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların birleştirilmesi sonucu tatbik edilecek cezadan 12 yıl indirilir, bu kanun hükümlerinden yararlandıkları halde mahkûmiyetlerinin toplamı TCK. nun 77. maddesinde belli edilen miktarlara ulaşmaması sebebiyle 2. fıkrada öngörülen indirimlerden yararlanamayanların bakiye şahsı hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezalarının birleştirilmesi sonucu tatbik olunacak cezalar aynı neviden ağır hapis cezaları için 24 yılı, hapis cezaları için 13 yılı ve başka neviden cezalar için 18 yılı geçemez hükmünü getirmiştir.

Maddenin gerekçesine gelince «Affın kapsamına giren suçların ayrı ayrı ve tesbit edilen ölçüler içerisinde aftan yararlanacağı tabii olmakla beraber, uygulamaya açıklık getirmek üzere maddenin birinci fıkrası sevk edilmiştir. İçtima tabii mahkûmiyetlerde içtima çözülecek her suçun affın kapsamına hangi ölçülerde girdiği dikkate alınarak bu indirim uygulanacaktır.

Haklarında TCK. nun 77. maddesi uygulanmak suretiyle, tatbik edilecek cezaların 36, 30 ve 25 yıl olarak tesbit edilen hükümlerin içtimaın çözülmesi halinde ve aflu yapılacak indirimde rağmen binnetice 77. madde uygulanarak tatbik edilecek cezalarında bir eksiklik olmadığı ahvalde tatbik olunacak cezanın mecmuu üzerinden seyyanen 12 yıllık bir indirim yapılması öngörülmüştür.

Maddenin son fıkrası yapılan uygulama onu ve TCK. nun 77. maddesinde belli edilen miktara ulaşmamak sebebiyle 12 yıllık indirimden yararlanmamış bulunanlar hakkında tatbik edilecek bakiye hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların aynı neviden şahsı hürriyeti bağlayıcı cezaların birleştirilmesi halinde ağır hapiste 13 ve başka neviden şahsı hürriyeti bağlayıcı cezaların birleştirilmesinde de 18 yılı geçemeyeceği tesbit edilmektedir. Bu hükme bir örnek vermek gerekirse TCK. nun 77. maddesinin uygulanmasını gerektirmiş mahkûmiyetlerde evveleminde içtima çözülecek mahkûmi-

yetler ayrı ayrı bu kanun muvacehesinde mütalâa edilip affın gerektirdiği ölçüler içerisindeki indirimler yapılacaktır. Neticede indirime rağmen bakiye hürriyeti bağlayıcı cezaların 77. maddede öngörülen miktarlara ulaşmaması halinde bu miktarlardan 12 yıl ayrıca indirilecektir. Ancak içtimanın çözülmesi halinde diğer bir deyimle içtima çözülmesinden sonra afla indirme yapılmasına rağmen bakiye hürriyeti bağlayıcı cezaların yekûnu 77. maddede belli edilen 36, 30 ve 25 yıl üzerinden afla öngörülen 12 yılın indirilmesiyle herhalde 24, 18 ve 13 yılı geçmemiş olması sağlanmaktadır. (5)

Şimdide bu maddenin Millet Meclisindeki görüşülmesi sırasında Milletvekillerinin konuşmaları üzerinde duralım. Bu hususta fazla bir tartışma olmamıştır. Bir partinin gurubu adına konuşan bir milletvekili «Müzakeresi yapılmakta olan Af Kanununun teklifinin 6. maddesi geçmiş yıllarda çıkarılmış olan Af Kanunlarında bulunmayan bir hüküm mahiyetinde ve TCK. nun içmaa taallük eden 77. maddesinin tatbik edilemeyeceğine dairdir. TCK. nun 77 inci maddesi aynı neviden veya farklı neviden cezaların nasıl içtima yapıldığına dair hüküm vazetmiştir.

Maddenin birinci bendinde «Aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların birleştirilmesi halinde tatbik edilen ceza ağır hapiste 36, hapiste 25, hafif hapiste 10 seneyi geçmez» denmektedir. 77. ci madde başka neviden suçlarında içtima şeklini hükme bağlamıştır. İkinci bentte başka neviden hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların mecmuu 30 seneyi geçmez demiştir. Esasen bu madde müteaddit cezaların toplamının büyük ölçülere varmaması makul bir hadde tutulması esasını öngörmektedir. 6. cı madde ile getirilen hüküm ile teklifte adeta müteaddit cezaları müteaddit suçların affı için çok sayıda suç işleyenler için bir prim verilmekte onlar için bir mükâfat haline getirilmektedir. TCK. nun zaten böyle bir imkânı tahdit etmek daha fazla miktarlara baliğ olmamak üzere hudut tayin etmiştir. Af Yasaları da belli miktar cezaların indirilmesine dair hükümler vaaz etmesine rağmen burada özel bir hüküm getirilmekte bu özel hükümle bir çok suçların aynı indirime tabi tutulduğunu görmekteyiz, tatbikattan gelenler bilirler. 77. ci madde geniş ve çok sayıda tabik edilmez. Asıl örfi idare mahkemelerinin sanıkları için bu madde devamlı olarak tatbik edilmiştir. Ve maddenin getirilmesindeki özel maksatta ortadadır. Devlet ve devlet güvenliği millî birlik ve millî barış için tehdit ve tehlike teşkil eden ve bu tehlikesi devam eden silahlı eylemcilerin, anarşist

(5) Millet Meclisi Tutanak Dergisi 58. birleşim.

lerin ve komünistlerin salıverilmesi için hukuk tekniği alabildiğine zorlanmıştır. Hiç bir Af Kanununda getirilmemiş ve görülmeyen hükümler getirilmek istenmektedir. Gözönünde tutulması gereken genellik, eşitlik esası ortadan kaldırılmıştır. Ceza içtima edilip 36 yılı bulmuşsa içtima çözülecek her suç için ayrı ayrı 12 sene indikten sonra bu kerre yeniden içtima edilecek ve tekrar 12 sene indirilmiş olacaktır ki bu özel bir hükümdür. Eşitlik ve adalet ilkesine aykırıdır. Özel bir maksat taşımaktadır.

Diğer bir milletvekili ise «3. cü fıkrası yine 77. ci maddede tavanı aşan değil tavana yaklaşmış olan bir içtimanın ne şekilde çözülmek suretiyle uygulanacağını düzenlemiştir. Bu yerindedir, burada bilhassa 2. ci madde 12 yıllık bir indirim öngörmüştür. Halbuki getirilen Af Kanununun 1. ci maddesinde aftan yararlanma 12 yıl zannediyorum 4. cü madde de 18 yıldır, bunun düzeltilmesi gerekir.» görüşünü ileri sürmüştür.

Başka bir Milletvekili TCK. nun 71. ci maddesine göre aynı neviden muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezalar içtima olunur... Onun için bu maddedeki veya başka ibaresinin çıkarılması gerekir bir şahıs aynı anda değişik kasıtlar altında üç kişiyi öldürmüş ise ayrı ayrı verilen ceza miktarı çok olmasına rağmen içtima sonucu 36 seneyi geçemeyeceği görüşünü ileri sürmüştür. Bu görüşmelerin aydınlığa kavuşması için söz alan Komisyon sözcüsü «Burada 77. ci madde içtima hükümlerine metadairdir bundan Komisyonun maksadı şudur. İçtima hükümleri çözülmek suretiyle genel indirim her tavan için, her hüküm için ayrı ayrı uygulanır buna rağmen 77. ci maddenin tatbiki gerekirse bakiye cezaları miktarı ağır hapiste 36, hapiste 25, muhtelif hapis cezalarından da 30 yılı bulmuşsa bunlardan da ayrı ayrı 12 şer yıl indirilir demek istiyoruz yanlış tatbikata mahal vermesin diye tescilini istirham ediyoruz, dedikten sonra veya başka ibaresi maddeden çıkarılmak suretiyle madde kabul edilmiştir. (6)

Maddenin Cumhuriyet Senatosundaki görüşülmesi sırasında bir tek Üye söz almıştır. Oda af bir atıftır... Şahsın yeni bir suç daha işlemesine meydan vermeme gibi bir kilit noktasını da metne isabetle koymasında zaruret var... İçtima hükümlerinde bahsediliyor ama bu maddenin 3. cü fıkrası olarak ileride vatandaşın yeni bir fiil işlemesine mani olacak bir fıkra eklenmesinden isabet kaydedileceği görüşünderiz. (7)

(6) Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönem 4, cilt 2, toplantı 1, 62. ci birleşim.

(7) Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, 5. birleşim, cilt 14, toplantı 13.

SONUÇ :

1803 sayılı Yasanın uygulanması bakımından Yargıtay görüşünü maddenin gerekçesini Büyük Millet Meclisinde yapılan görüşmeleri yukarıda belirtmiş bulunuyoruz. Maddenin anlamına bilhassa Millet Meclisinde yapılan görüşmede Komisyon sözcüsünün verdiği izahata göre bir şahıs birden ziyade suç işlemesi halinde içtima çözülecek ayrı ayrı aftan yararlandırılmak suretiyle indirim yapılacak bilahare tekrar birleştirilip mükerrir indirim yapılacaktır. Tavan olarak ceza 24 yılı geçemeyecektir, her ne kadar özel olan bu hüküm genellik, eşitlik ve Adalet kurallarına akırı isede yasanın kabul ettiği bir hüküm dolayısıyla bu aykırılığa rağmen uygulanması gerekir. Burada tek bir suç işlenip idam cezası verilerek 1803 sayılı yasanın 4. cü maddesi uyarınca 30 yıla indirilme bahis konusu olmasına rağmen birden ziyade suçların işlenmesi halinde 24 yıl verilmesi çelişki doğuracağı Adalete ve eşitliğe aykırı olduğu ve suçluya prim verildiği ileri sürülmekte isede konulan özel hüküm karşısında başka türlü hareket etmeye imkân yoktur. Ancak maddenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmek suretiyle iptali üzerinde durulabilir.

DİL DEVRİMİMİZ, FRANSA'DA YASAL GÜÇ KAZANAN ÖZLEŞME AKIMI VE YASALARIMIZIN DİLİ

SAMİ SELÇUK (*)

I — GİRİŞ :

Toplumbilimcilere göre dil, ulusu ulus yapan öğelerden biridir. Ulusçuluğu tek öğeye indirgeyenlerin bir kesimine bakılırsa, ulusu oluşturan öğelerden biri, hatta başlıcası değil; bunların da ötesinde, ulus olabilmenin tek koşuludur, dil. Fichte'ye göre, «Ulus demek, dil demektir.» Albert Camus, «Benim yurdum, Fransızcadır.», Atatürk, «Türk ulusunun ulusal dili ve benliği, bütün hayatında ulusal ve esas kalacaktır.» derlerken, bir yerde aynı görüşü paylaşmışlardır.

Dilbilimcilere göre, dille düşünce arasında derin ve kaynaşık bir ilişki vardır. Akıl çağını başlatan Descartes'ın, «Hayvanlar, konuşmadıkları için düşünmezler; düşünmedikleri için konuşmazlar.» özdeyişi, dilin salt bir sesler yığını olmadığını vurgular. İnsan düşünürken bile kendi kendine anadilinde konuşur, düşünebilmek için konuşmak zorundadır. Bu önemli olgu, sözcüklerin tartışılmaz gücünü açıklar bize. Çünkü sözcükle düşünce birbirlerine yapışkırlar. Kişi, sözcük yönünden ne denli zenginse, düşünce ve duygu yönünden de o denli zengin demektir. Eski Hintbilimcilerinden günümüze değin dilbilimciler bu gerçeğe değinmişlerdir. Sözcüklerin böylesine güçlü bir serüvenleri ve öyküleri olduğunu sağgörüsüyle sezinleyen Atatürk, «Ulusal duygu ile dil arasındaki bağ, çok güçlüdür. Dilin ulusal ve zengin olması, ulusal duygunun gelişmesinde başlıca etkendir.»; bu nedenle «Başka dillerdeki her sözcük için bir karşılık bulmalısınız»; «Onları ortaya atmak gerekir, ulusal zevkimiz hangisinden hoşlanır ve onu kullanırsa, o zaman sözlüğümüze koyarız.» (1) diye buyurmuştur. Çünkü düşünceyi dile getirmek için başvuracağımız araçlar, o düşünceyi ilk aşamada çağrışım yoluyla uyandıran anadildeki — bu *anadil* sözcüğünün altını çizerek söylemeliyiz — evet anadildeki sözcüklerdir.

(*) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Yardımcısı.

(1) A. İnan, Atatürk hakkında hatıralar ve belgeler, 1959, s. : 213.

Çünkü, insan anadiliyle düşünür. Anadilin köklerinden türeyen veya türetilen her sözcük, insanda çağrışım yapar, düşündürür kişiyi. Düşünceyi berraklaştırır. Sözelimi, bir Türk çocuğu, « i s t i k r a » sözcüğünü düşünmeden mekanik bir biçimde ezberlemek zorundadır. Ama, «tümevarım» denilince, öğrencide hemen bir çağrışım uyanacak; düşünce kımıldanıp yalınlaşacak, berraklaşıp uyanacaktır. «Uyuyan güzel» uyanmıştır artık. Anadilde konuşup düşünmenin vurucu gücüdür, bu. O nedenle, kuşakların; ezberleyerek öğrenme kısır döngü evresinden düşünerek bilinçlenme ve kavrama yaratıcı evresine geçebilmeleri, bilimi sadece «hâfızlamaya» çabalamakla zaman öldürmemeleri için, çağımızdaki başdöndürücü gelişim doğrultusunda, anadilde çağrışım yapan bilimsel terim ve sözcüklerin bulunmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Görülüyor ki, dil sorunu ve devrimi, kimilerinin sandıkları gibi salt «Arapçanın yurt dışına sürülmesi» (2) değil; tam tersine, uygarca ve çağcıl düşünebilme yeteneğini kazandıran tek yoldur.

Bu nedenle, önceleri koyu bir Osmanlıca yazan ve konuşan Atatürk, özellikle 1930'lardan sonra, ölümüne değin, geceli gündüzlü bir çabayla dil devrimine eğilmiştir. Ona göre, hem uygarlaşmalıydık, kültürce zenginleşmeliydik; hem de ulusallaşmalıydık. Ne var ki, Alain'in de dediği gibi, «Kültür aktarılamazdı, kültürlü olmak, kaynağa çıkmak ve başkasından ödünç alınan kupa içinde değil, tam tersine kendi avucuyle içmekti.» Kaynağa çıkmanın yolu ise, kendi anadilinde, yani Türkçe konuşmak, düşünmek, duymak ve yazmakla olurdu. Dil, ulusal duygu ve düşüncenin hem kalıbı, hem de özü olmalıydı. O nedenle, Ata, tüm gücüyle dile eğildi. Birçok yeni sözcük ve bu arada matematik terimlerini kendisi buldu. Kimilerini de buldurdu. «İdare-i maslâhatçıların devrim yapamayacaklarını» belirten büyük öndere karşı koyanlar oldu. Ama zaman, ondan yana çıktı, düşüncelerini ancak bir sınıra değin geliştirebilenlerden yana değil. Nitekim, yıllarca sonra F. R. Atay, bunu itiraf etmek zorunluğunu duymuş ve bir düşünce namusu örneği vermiştir: «İşin içindeyken ben bile isyan ederdim. Aradan uzun yıllar geçtikten sonra, o çapta bir inkılâpçı ile bizim çapta ıslahatçılar arasındaki farkı ne kadar iyi görüyorum!» (3)

Dil devrimi, dilde şovenizm de değildir. Çünkü, birçok ulusların uyanışları, anadillerini dirilterek olmuştur. İsraililer, İbrani-

(2) J. C. Risler, *İslam Moderne*, Paris, 1963, s. : 22.

(3) Çankaya, c. : II, s. : 600.

ceye; Finler Finceye, Çekler Çekçeye dönmüşler, her sözcüğün ana dillerindeki karşılığını bulmuşlardır. Örneğin, soyca Çek olan ve çoğu Çek aydını gibi 20 yaşına dek Almanca konuşan ünlü Çek bahadırı Tomek, başlangıçta, Çek ulusçularını «bağnaz dilciler» diye kınamasına karşın, sonradan bu dilciliğin arkasındaki derin amaç ve düşünceyi görmüş, hemen ulusal dile sarılanlara katılmıştır. (4)

Dildeki özleşmeciliğin bu halkçı, ulusçu, kültürel ve bilimsel gerekçelerini daha önceleri geniş bir biçimde değişik açılardan incelediğimizden, burada derinlemesine değinmeyeceğiz. (5) Ancak son yıllarda Fransa'da bu konuda görülen gelişmeler ve yasal güç kazanan akım üzerinde biraz ayrıntılarıyla durmak istiyoruz.

II — FRANSA'DA ÖZLEŞME AKIMI, FRANSIZ DİLİ KULLANIMINA İLİŞKİN YASA :

«Benim yurdum Fransızcadır» diyen Camus'nün ülkesine doğru yola çıkmadan önce, Türk Dil Kurumunun Genel Yazmanı Sayın Aksoy'dan aldığım «Fransız Dil Yüksek Kurulunun» 2 Şubat 1972 günlü yazısını çantama koymuştum. Bu yazıda, dil siyaseti bakımından, kurucusunun itici gücüyle Türkiye'nin özel bir yeri olduğu belirtiliyor; T.D. Kurumundan, kurumun kuruluşu, yönetimi, örgütlenişi, kararlarının hukuksal değeri, etkinliği, yeni dil oluşturma ve yaygınlaştırma konusunda izlenen bilimsel yöntem hakkında bilgi isteniyor; başkaca salık verilecek noktaların ne olduğu soruluyordu. Bu önemli bir olaydı sanırım. Atatürk'ün «Ulusal kültürümüzü, çağdaş uygarlık düzeyinin üstün çıkarma» ülküsü, devrimin başlıca odaklarından biri yapmıştı, dil atılımını. Değerli Genel Yazmanca ayrıntılarıyla yanıtlanan bu yazıdan üç yıl sonra, kurul yetkililerinden sayın Fantapié ile yaptığımız görüşmeler, elde ettiğimiz belgeler bizi ilginç ve düşündürücü sonuçlara götürmüştür.

Aslında Fransızların bu tür çalışmaları Onaltıncı Yüzyıla değin inmektedir. Gerçekten, 1539 yılında, Kral I. François, Latince, İtalyanca ve İspanyolcanın tüze dilinden kovulmalarını istemiş; onyedinci Yüzyılda Malherbe ve Vaugelas'ın yarattığı akımla, ünlü Fransız Akademisi kurulmuştur. Bir görevi de, Fransız dilini geliştirmek olan Akademi, 1694 yılından sonra bir «Akademi sözlüğü» çıkarmaya başlamıştır.

(4) Geniş bilgi : S. M. Aarsal, Milliyet Duygusunun Sosyolojik Esasları, 1955, fasıl : 12, 13.

(5) S. Selçuk, Tüze ve Yasa Dilimiz, Akşam, 12.5.1971; Yasalarımızın Dili ve Özleşme, Milliyet, 3.6.1974; Türkçede Özleşme ve Hukuk Dili, Ankara Baro Dergisi, 1974, Sayı : 3, S. : 420 - 431.

Onsekizinci Yüzyılda Fransızca hemen tüm Avrupa'nın konuşma dilidir. Öyle ki, 1782 yılında, Berlin Akademisinde yaptığı bir konuşmada, Rivarol, Fransız dilinin evrenselliğini şöyle belirtmiştir: «Açık olmayan şey Fransızca değildir.»

Ondokuzuncu Yüzyılda, layık ve genel eğitimin geliştirilmesi, Fransızcanın sürekliliğini sağlarken; yine bu dönemde beliren anglosakson etkisi, onu gölgelemeye başlamıştır, bile.

Toplumsal yaşamın tüm değerleri, hiç kuşkusuz, bir başına dile indirgenemez; (6) ama, o bu türden olguların en bağımsızı, en dirençlisidir; (7) konuşanlar ve düşünenlerle birlikte yaşar, bireysel bilincin derinliklerinde kök salmıştır. (8) Aynı kökenden türeyen sözcükler, dilin yapısal örgüsündeki tutarlılığı oluşturur. Bu tutarlılık içinde bir anlam kazanabilir sözcükler. Her sözcüğün bile kendine özgü bir serüveni vardır. Sözcük, araçtan çok amaçtır, duygudur, düşüncedir, sonuçtur ve çözümdür.

Yıllardır bu temi işleyen, Fransızca'yı «yabancı diller boyunduruğundan» özellikle Etienneble'in «franglais» dediği İngilizce kırması Fransızcadan, bir başka deyişle frangilizceden kurtarmak için savaştan Fransız dilcileri ve yazarları, 31 Mart 1966 tarihinde (Pompidou'nun kurduğu kurulla amaçlarını somutlaştırmışlardır. (Yasa gücündeki 66 - 203 sayılı tüzük). Dilin zenginleştirilmesi için izlenen yöntem ise Fransız Akademisi ile kurula danışıldıktan sonra çıkarılan 72 - 19 sayılı ve 7.1.1972 günlü tüzükle düzenlenmiştir. (9) Yasa gücündeki bu tüzüğe göre, Bakanlıklarda kurulan ve bakanlık uzmanlarıyla özel ve kamusal kuruluşların yetkili dilcilerinden oluşan «terim yarkurulları» (komisyonları) dildeki boşlukları saptayarak, yeni gereksinimleri veya yabancı sözcükleri karşılamak amacıyla bulunan terim ve sözcükleri önermekle görevlendirilmişlerdir. İlgili bakan, yarkurul başkanlarının önerileri üzerine benimsenip onanmış terim ve sözcüklerin listesini bir yönetmelikle saptar ve Eğitim Bakanının imzasıyla birlikte yayımlar. Listeler iki kesime ayrılmaktadır. İlk kesimlerinde kullanılanları zorunlu, ikinci kesimlerinde salık verilen terim ve sözcükler yer almaktadır. (md. 5) Listelerin özellikle birinci bölümleri üzerinde durulmak gerekir. Bir süre için denemeye bırakılan öneri niteliğindeki ikinci bölüm sözcük ve terimlerine karşılık; birinci ke-

(6) Lefebvre, Le langage et la société, Paris, 1970, S. : 316.

(7) Sapir, Le langage, Paris, 1970, s. : 202.

(8) Vendryes, Le langage, Paris, 1968, s. : 388.

(9) Journal officiel (9.1.1972).

simde öngörülen sözcük ve terimlerin, yönetmelik metninin yayımından veya yönetmelikle saptanılan tarihten başlayarak; 1. tüzükler, yönetmelikler, genelgeler ve buyrultularda; 2. niteliği ne olursa olsun, kamusal yönetim ve kurumları ilgilendiren yazışmalarda, belgelerde ve bu kurumlara başvurmalarında; 3. Devlet veya ona bağlı kuruluşların yan (taraf) oldukları sözleşmelerde; 4. Devlete bağlı veya onun denetimindeki veya ne adla olursa olsun onun akçalı yardımından yararlanan kuruluşlarca yapılan araştırma ve öğrenimle ilgili yayınlarda kullanılmaları zorunlu kılınmıştır. (md. 6) Uygulamada süre, genellikle birinci sıradakiler için üç ay, diğerleri için altı aydır.

İşte bu tüzük uyarınca, Bayındırlık, Ulaştırma, Bilim ve Endüstri, Maliye ve Ekonomi, Sağlık Bakanlıkları bir dizi yönetmelik çıkarmışlardır. (10) Bunlar arasında, bugünün Cumhurbaşkanı V. Giscard d'Estaing'in Maliye Bakanı iken çıkardığı yönetmeliğe eklediği genelgeyle Adalet Bakanının genelgesi dikkati çekmektedir. İlki, yabancı sözcük kullanma özentilerine, uluslararası bir dil olan Fransızcanın gelişimine değiniyor, bulunan sözcüklerin hemen kullanılmalarını ve uzun dönemde de bir ekonomi dili yaratılmasını istiyor. İkincisi ise, yalın bir hukuk dili yaratılmasının başlıca kaygı olduğunu belirtiyor.

Çoğu yeni yaratılmış, kullanılmaları zorunlu kılınan bu sözcük ve terimlerden rastgele seçilmiş birkaç örnek vermek sanırız ilginç olacaktır. Sözelimi, Dumper, tombereau; cameraman, cadreur; photofluorography, radiophotographie; open ticket, billet ouvert; fog dispersel device, dénébulateur; self - service, libre service; starter, inducteur; stripper, tireveine; digital, numérique ile karşılanmıştır. Daha yüzlerce örnek vardır.

Bu gelişim, önünde sonunda bir yasanın çıkarılmasıyla noktalanacaktır, noktalandı da. Fransızcaya ilişkin bir yasanın, Yasa organınca incelenmesi ilkesi, Fransız Dili Yüksek Kurulunun isteğiyle, ilkin 1972'de benimsenmiş; saylav Le Douarec'in yasa önerisi, 10.11.1972 günü Bakanlar Kurulunca görüşülmüştür. Bu arada, 7.2.1975 günü Başbakan Chirac, dil konusundaki hükümet siyasetini aşağıdaki konuşmayla açıklamıştır : «Düşünceler, dilimizin dehasına saygı içinde gelişmelidirler. Yönetilen, tüketici, vergi yükümlüsü, tacir, herkes tarafından anlaşılabilir, açık ve yalın bir dil istemektedir. Uzmanlaşmış sözcükler iddia ve karmaşasına, ço-

(10) Journaux officiels (18.1.1973, 12.1.1974, 30.1.1974, 11.5.1974, 16.1.1975).

ğu kez anlaşılmaz yabancı sözcükler kullanma özentisine (snopluluğuna, züppeliğine) karşı savaşmakla; gerçekte daha kolay ve doğal, daha insancıl ve sonuç olarak da daha barışçıl toplumsal ilişkilere katkıda bulunulur. Bu alanda, birkaç yıldan beri kamusal güçler, gerek hukuk dilinin yaygınlaştırılması, gerekse her bakanlıkta «terim yarkurulları» kurulması söz konusu olsun, (...) girişimlerde bulunmaktadır. Bu eylem izlenecek ve özellikle genişletilecektir. Çünkü hepimizin çıkarıdır. Dilin nitelikli ve zengin olması — ki onu görmek ve anlamak dönemi gelmiştir — yaşam düzeyinin nitelikli olmasıyla eşdeğerdedir. (11)

10.5.1973'te, Saylav Pierre Bas ikinci bir yasa önerisi sunmuştur. Fransız dilini savunmaya ilişkin 306 sayılı 12 maddelik bu yasa önerisinin gerekçesinde; ekonomik ve jeopolitik açıdan güçlü Devletlerin kullandıkları sözcüklerin, bunlardan türetilenlerin Fransızcaya girdiği, yazı ve konuşma dili olarak Fransızcanın giderek yozlaştığı, o nedenle de bir yasanın işe karışmasının doğal ve kaçınılmaz duruma geldiği belirtiliyor; hem bu kötü kullanımlara son vermek, hem de yurttaşları yabancı sözcüklerin kapalı anlamlarının yarattığı zararlardan korumak gereğine değiniliyor ve bunu sağlamak amacıyla caydırıcı yaptırımlar (müeyyideler) öneriliyordu.

Bas'nın yasa önerisini eleştiren raporunda saylav Lauriol, dilin zenginleştirilmesine ilişkin yukarıda değindiğimiz tüzük denemesinin bir yasayla desteklenmesi gerektiğini, dışalım sonucu satıcı ülkenin malla birlikte alıcı ülkeye dilini de soktuğunu, sözleşmelerde ve tecimsel ilişkilerde tüketicinin çıkarını zedeleyen anlaşılmaz sözcükler kullanıldığını, o bakımdan ulusal bir hazine olan Fransızcanın varlık ve bütünlüğünü yitirmekte bulunduğu belirtiliyordu. Yeni sözcükler türetilerek dil, arılaştırılmalı, Fransız düşünce yapısına ters düşen sözcüklerle yabancılaştırılmamalıydı. Önerinin yasalaşmasıyla yasama organları buna katkıda bulunacaklar, Fransızca sözcüklerin de hukuksal tanımları yapılmış olacaktı. «Özel girişimlerde dilin Fransızcaştırılmasına ilişkin 22 sayılı yasayla» bu konuda ilk başarılı denemeyi Québec vermemiş miydi? Gerçekten orada kurulan Fransız Dili Kurumu, üzerine aldığı üç görevi, İngilizce sözcüklere Fransızca karşılıklar bulmak (binlerce), eski yasaların terimleri yerine Fransızcalarını koymak için tümünü eleme ve incelemek, girişimlerde Fransızca sözcükler kullanmak ve bunları sağlamak amacıyla akçalı cezalar öngörmek görevlerini başarıyla yürütmemiş miydi? Lauriol'a göre, yasa önerisi televizyo-

(11) La France devant les questions linguistiques, Paris, 1975, s.: 11.

na dek uzanan dil yozlaşmasını önleyecek, Fransızcanın zenginlik ve güzelliğini ortaya koyacak, Fransızlara kişiliklerini duyuracak bir çağrıdır. Ancak o, ne bir sözcük ne de bir sözdizimi antlaşmasıdır. Çünkü dil alanında Horace'tan beri bilinen gerçek, önünde sonunda kullanımın egemen olduğudur. Nitekim bu gerekçeyle, bir kesim saylav ve senatörlerin kınamalarına karşın, yasa, savunma değil, kullanım yasası adı altında Parlamentodan geçmiştir.

Senatoda yarkurul sözcüsü, senatör Lamousse, siyasal bir topluluğun dil ve yasa demek olduğunu; yasadışı siyasal, ortak dilsiz de kültürel bir toplumun çözüleceğini, o nedenle ulusal toplumun savunucusu ve sorumlusu olarak yasa koyucusunun bu alana el atmasının doğal bulunduğunu belirtmiş; senatör Habert, yeterince sözcük bulunmayan alanlarda yenilerinin türetilmelerinin dile açıklık kazandıracığından zorunluluğuna; ünlü senatör Schumann ise dili savunma savaşının yaşamla eşdeğerliliğine değinmişlerdir. Hükümet adına Meclis ve Senatoda konuşan Ticaret Bakanı Ansquer, Fransızca'yı arılaştırmakla, aslında yalnız ulusal varlığın bir parçası olan dili değil, Fransızların da çıkarları savunulduğundan, hükümetin yasa önerisini desteklediğini ve benimsediğini açıklamıştır.

Yasa koyucusuna egemen olan düşünceyi böylece özetledikten sonra, 4.1.1976 günlü Resmî Gazete'de yayımlanan 31.12.1975 gün ve 1349 sayılı yasanın ilginç maddelerine geçebiliriz.

Birinci maddeye göre; yazılı ve sözlü duyurulardan fatura ve alındılara dek Fransızcanın kullanılması zorunludur. Bu ilk tümce, Meclisten «yabancı dil kullanımı yasaktır.» biçiminde geçmesine karşın, Fransızca dışındaki tüm dillerin yasaklandığı anlamı çıkarılabilir kaygısıyla, Senatoda değiştirilmiştir. Gerçekten amaç, Fransızcanın kullanılmasının zorunluluğudur; ancak, bunun yanında başka dil çevirilerinin kullanımı yasaklanmamaktadır.

Birinci maddenin ilk fıkrasının ikinci tümcesi, yukarıda değindiğimiz 7.1.1972 günlü dilin zenginleştirilmesine ilişkin tüzükle öngörülen koşullarda onaylanmış bir terim veya sözcük bulunduğu anda, yabancı terim ve sözcüklere başvurmayı yasaklamakta, ancak Fransızca metnin, bir ve daha çok yabancı dil çevirileriyle tamamlanabileceğini öngörmektedir. Bu çok ilginç tümce, Meclis ve Senatodan olduğu gibi geçmiştir.

Birinci maddenin ikinci fıkrası, radyo ve televizyon yayınlarında, tüm haber ve sunularda, birinci fıkradaki kuralın uygulanacağını belirtmektedir; yeter ki, yayın açıkça yabancılara ayrılmış ol-

masın. Metne Senatoda sokulan bu fıkraya son tümce, hükümet temsilcisi tarafından eklenmiştir. Kısacası, radyo ve televizyon yayınlarında, Fransızca kullanılması zorunlu ve yukarıda anılan tüzük uyarınca önerilip türetilmiş sözcük ve terimler varsa, yabancılarının kullanılmaları kesinkes yasaktır. Fıkranın görüşülmesi sırasında, bu yayınlarda kullanılan çoğunluğun anlayamadığı yabancı sözcüklerden örnekler verilmiş, her bildirin bir öznesi, bir de muhatabı bulunduğu, muhatap halk ise, yasa koyucusunun işe karışmasının yerindeliği belirtilmiş, bunu sağlamak için de yaptırımın kaçınılmazlığına değinilmiştir.

Özel bir yasaya değinen son fıkra ile ayrıık hükmü içeren 2. maddeden sonra, yasa koyucusu, yaptırımla arı dil kullanımını güvence altına almıştır. Gerçekten yasanın 3. maddesine göre; birinci madde hükümlerine karşı işlenen suçlar, 2.7.1963 günlü yasanın 8. maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, 1.8.1905 günlü yasanın dolanlı (hileli) durumlara ilişkin hükümleri uyarınca kovuşturulacak, bu yasanın 13. maddesinde öngörülen cezalarla cezalandırılacaklardır. Meclis ve Senatodan tartışmasız geçen bu hükme göre, ilk kez suç işleyenler «kabahat suçlusu», ikinci kez suç işleyenler «mükerrir kabahat suçlusu», belli süre içinde üçüncü kez ve daha sonra da suç işleyenler «cürüm suçlusu» olarak yargılanacaklar ve 31 franktan 5400 franka değin giden cezalarla cezalandırılacaklardır. (12)

Yasanın 4. ve 5. maddeleri, İş Yasasının kimi hükümlerine aynı anlayış doğrultusunda yeni eklentiler getirerek sözleşmelerde; 6. maddesi, türlü kamu kuruluşlarına değgin malların yazımlarında; uzun tartışmalara konu olan 8. maddesi, kamu kuruluşlarının düzenledikleri sözleşmelerde Fransızcanın kullanımı zorunluluğuna değinmekte; tüm bu maddelerin uygulanmasında 7.1.1972 günlü tüzük uyarınca getirilmiş terim ve sözcükler varsa, yabancılarına yer verilmemesini kesinlikle öngörmektedirler.

İşte, TRT'nin 7 Ocak 1976 günü sabah haberlerinde verdiği Fransa'daki dil yasasının serüveni budur. Bizde elli yıldır gündemde olan sorun, orada birkaç yıl içinde Parlatentonun işe el atmasıyla ilginç ve en doğru çözüme ulaşmıştır.

III — DİLDE ÖZLEŞMENİN HUKUKSAL GEREKÇESİ VE YASALARIMIZIN DİLİ :

Yukarıda değindiğimiz gibi, arı ve duru dil sorununun salt toplumsal ve kültürel değil, hukuksal gerekçeleri de vardır :

(12) Rousselet - Arpaillange - Patin, Droit penal spécial, 1972, Paris, s. : 821 ve devamı.

a) İlkin bu bir Anayasa gereğidir : Halkoyu ile kabul edilen Anayasamız, «Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı» kuralından giderek, yasaların Anayasaya aykırı olamayacağını hükme bağlamış; yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını ve kişileri bağlayan hukuk kurallarının tümünü Anayasa hükümleri olarak tanımlamıştır. (md. 8) Bu bağlayıcı kurallardan biri de hiç kuşkusuz «Resmî dil Türkçedir.» hükmüdür. (md. 3) Buradaki Türkçe ise ulusal olmak zorundadır. (md. 2) Ulusal dili yaratmak ve yaşatmak ise Devletin başlıca görevlerindedir. (md. 21) İşte burada amaçlanan ulusal dil, Türk halkının kendi öz dili olan Türkçedir. Yoksa, günümüz aydınının bile anlayamadığı, halktan uzaklığı nedeniyle bir imparatorluğun bütünlüğünü yıkan «Osmanlıca» değil. Osmanlıca'yı savunanlar, Atatürk'ün ortaya attığı ilkelere ve iptal edilmezlikleri Anayasaca öngörülen 430 sayılı «Tevhid-i tedrisat Kanunu» ve 1353 sayılı «Türk harflerinin kabulü hakkında kanun»ların özüne ters düşmektedirler. (md. 153) Bu nedenlerle, sözüyle ve özüyle uygulanması gereken Anayasal kurallara uygun olarak Türk yurttaşları Türkçe konuşup yazışmakla yükümlüdürler.

b) Yasa gereğidir : T. Ceza Yasasının 44. maddesinde öngörülen «Yasayı bilmemek özür sayılmaz» kuralı doğrultusunda herkesin yürürlükteki yasaları bildiği varsayılır. Oysa, değme hukukçuların bile ancak sözlüklere başvurarak anladıkları yasaları, sokaktaki adamın bildiğini varsaymak haksızlıktır. Yurttaşların yasaları bilmeleri görevleri ise, yasa koyucusunun da, Fransa örneğinde olduğu gibi, bunları anlaşılabilir dille kaleme alması bunun da ötesinde, bir yükümlülüktür. Yasaların genelliği ilkesinin zorunlu bir sonucudur bu. Neden ki, hukuk devletinde yasaları okuyup anlamak tekeli aydınlara tanınmış bir ayrıcalık değildir. Tersine hukuk devleti kavramıyla çelişir. Üstelik yasa önünde herkes eşittir. (Anayasa, md. 2, 12) Ayrıca Millî Eğitim Temel Yasasının 10. maddesi şu hükmü getirmiştir : «Millî birlik ve bütünlüğün temel unsurlarından biri olarak Türk dilinin, eğitimin her kademesinde, özellikleri bozulmadan ve aşırılığa kaçılmadan, öğretilmesine önem verilir; çağdaş eğitim ve bilim dili hâlinde zenginleşmesine çalışılır ve bu maksatla M. Eğitim Bakanlığınca gereken tedbirler alınır.» Dileğimiz, buradaki «aşırılığa kaçmadan» sözlerinin aşırılığa kaçılmaksızın ve Ata'nın amaçları doğrultusunda yorumlanmasıdır. Kaldı ki, bu konuda bir başka yasa da, 10.4.1926 tarih ve 805 sayılı «İktisadî kuruluşlarda zorunlu olarak Türkçe kullanılması hakkındaki yasadır.»

Üstelik, yasaların anlaşılır dille yazılmamaları uyumsuzlukları çoğaltıp mahkemelerin yükünü ağırlaştırmaktadır. «Kanunların halkın bilmediği eski, ölü dille yazılması çok mahzurludur. Kanunların metni, akaid kitapları gibi bütün milletçe anlaşılacak derecede sade bir üslûpla yazılmış olmadıkça onlara münasebetsizce takılan ulûhiyyet vasfını muhafaza eyledikçe; vatandaşlar kendi fiillerinin gerek canları, gerek hürriyetleri üzerindeki avakibini idrak edemeyecekler ve böylece kanunları ellerinde tutan veya onları tefsir eden bir kısım insanların esiri kalmakta devam edeceklerdir. Kanunların ulvî metinleri kitlece ne kadar çok okunur ve ne kadar çok anlaşılırsa, cürümlerin işlenişi de o nisbette azalacaktır (...) Filhakika, hiç şüphe yoktur ki, tasmim ettiği suça kanunun biçtiği cezayı bilmeyen yahut da hatalı bilen kimsenin bu cehaleti ve hatası ihtiraslarını körükleyecektir. (13)

c) Dilde özleşme, plan ve strateji gereğidir : Gerçekten 3. beş yıllık kalkınma planında, planlı dönemde, «Türk dili ve edebiyatı alanında özendirici çabaların yetersiz kaldığı» belirtilerek, «Türk dili, (...) üzerinde araştırmalar yapacak bilimsel bir kurumun kurulması için incelemeler yapılacağı» öngörülmektedir. (14) Öte yandan, Millî Eğitim Reformu stratejisinde, «Millî Eğitimde Türk dili öğretimine önem verilecek, dilimizin yapısı ve güzelliği korunacak, çağdaş eğitim, bilim ve sanat dillerinden biri hâlinde gelişmesi yönünden çalışmalara devam edilecektir.» denilmektedir. (15)

ç) Dilde özleşme yasa dilindeki disiplini sağlamanın ve karışıklığı önlemenin de vazgeçilmez koşuludur :

Bu aslında, düşünce disiplini ve tutarlılığın doğal sonucudur. Oysa, yasalarımızda dil yönünden böylesine bir tutarlılık ve disiplinin varlığını ileri sürmek güçtür. Bu konuda son yasalara şöyle bir göz atmak yeter. Sözelimi; istem, başvurmak (1757 sayılı yasa, md. 30, 31, 32, 40, 44, 47, 17, 33, 39), talep, müracaat etmek (1696 sayılı yasa ile değişik 1412 sayılı yasanın 26, 27, 29. md. leri); çağdaş, inceleme, uluslararası (1750 sayılı yasa, md. 3), modern, tetkik, milletlerarası (1757 sayılı yasa, md. 7, 40, 1695 sayılı yasa, md. 3, 12); neden, belge, ulusal, öneri, saptama (1757 sayılı yasa, md. 33, 15, 2, 7, 11, 26, 8, 23, 36, 38, 40), sebep, vesika, millî teklif, tespit (647 sayılı yasanın değişik md. 6, 1412 sayılı yasanın değişik md. 29, 173, 46; 1750 sayılı yasa md. 3, 1773 sayılı yasa md. 2) gibi.

(13) Beccaria, (M. Göklü), Suçlar ve Cezalar, 1964, s. : 129.

(14) Paragraf : 1674 ve 1683/21.

(15) Resmî Gazete, (13.10.1972).

Bırakınız ayrı ayrı yasaları, bu dil disiplinsizliğine, aynı yasa da bile rastlamak olanaklıdır. 237 maddelik 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Yasasının ilk 48 maddelik bölümünde eş anlamlı Türkçe ve yabancı sözcüklerin dökümü şöyledir : biçim (md. 5), şekil (md. 1, 12, 14,25); sürekli (md. 3) daimî (md. 35); ulus (md. 2), millet (md. 40); sağlamak (md. 2, 25), temin etmek (md. 8); gerek (md. 2, 9, 31, 33, 37, 40), lüzum (md. 8, 25); doğal (md. 5, 8), tabii (md. 17); olanak (md. 36), imkân (md. 5); araç (md. 13), vasıta (md. 7); saptamak (md. 8, 23, 26, 36, 38, 40, 45), tespit etmek (md. 7, 12, 24, 27, 20, 28, 29, 36, 40, 42, 47); duyuru (md. 13, 17), ilan (md. 14, 36, 38); yetki (md. 14, 46), salâhiyet (md. 40); durum (md. 23), hâl (md. 14, 23, 31, 33, 35), uyuşmazlık (md. 17, 33), ihtilâf (md. 14); paydaş (md. 30, 39), hissedar (md. 14); bildirmek (md. 30, 39), tebliğ etmek (md. 17, 47); başvurmak (md. 17, 30, 33, 39), müracaat etmek (md. 21); bırakmak (md. 19, 23, 26, 32), terk etmek (md. 19); kurum (md. 26), müessese (md. 22); yararlanmak (md. 23), faydalanmak (md. 40); topluluk (md. 27), grup (md. 23); istem (md. 30, 31, 40, 44, 47), talep (md. 31), neden (md. 33), sebep (md. 35, 36); geriye kalan (md. 40), bakiye (md. 40) vb. gibi. 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Yasasında da durum aynıdır. Üstelik bu yasa da, 15 yıl önce yürürlüğe giren Anayasada «Atatürk devrimleri» (md. 153) denilmesine karşın, «Atatürk inkılâpları» denilmiş olması son derece üzücüdür. (md. 10) Ayrıca yukarıdaki dökümden de anlaşılacağı üzere, aynı maddelerde kullanılan eş anlamlı Türkçe ve yabancı sözcüklerin çokluğu. Bu tutarsızlık bilimsel bir yanlışlığı olduğu denli, yazma sanatındaki beceriksizliğin de vurgulanmasıdır. Sözü edilen disiplinsizlik, 1757 sayılı yasa da arka arkaya «bildirimlerin şekil ve muhtevası», «bildirimlerin biçim ve kapsamı», «kütüklerin biçim ve kapsamı» diye başlayan maddelerde daha da göze çarpmaktadır. (md. 14, 15, 16) 40. madde ise tam anlamıyla yazma kurallarına aykırıdır : «Tarımsal âlet ve makinelerin işletme büyüklük ve tiplerine göre nitelik ve standartlarının tespiti, faydalanabilir nitelikte olup olmadıklarının saptanması...» diye başlayan maddedeki «saptama» karşılığı kullanılan «tespit» sözcüğünün fazlalığı ve yasa yapma ve yazma anlayışıyla bağdaşmadığı açıktır.

d) Dilde sözleşme yasalarındaki yanlışlıkları önlemenin de vazgeçilmez koşuludur : Çünkü yasalar, en az yanlış yapılması değil, hiç yapılmaması gereken metinlerdir. Bırakınız sözcükleri, virgülün veya bir harfin bile önemi vardır yasalarda. Oysa, 1696 sayılı yasanın ek 8. maddesinde «mahkeme masrafları» denilmiştir. Burada amaç-

lanan «muhakeme masrafları», doğru deyişle «yargılama giderleridir.» Türkçesi kullanılsaydı, kuşkusuz bu yanlışlığa düşülmeyecekti. Ama yasayı, amacı doğrultusunda değil de, sözüyle yorumlayanların bunu, mahkemelerin çalışmaları için gereken yakacak, masa, sandalye, kâğıt vb. gibi harcamaları olarak anlamamaları için bir neden yoktur. Aşınmış bir sözcük olan ve «iftiralar» anlamına gelen «azviyyat», T. Ceza Yasasının çoğu baskılarında «vaziyet» olarak yazılmıştır. (md. 484) Bu dil yanlışlıklarının, resmî ilânlarda gördüğümüz «talipli», konuşma ve yazışmalarda rastladığımız «bilâharcırahsız», «bâbı âli kapısı», «ay mehtabı» gibi gülünçlüklerden farkı olmasa gerek. Bunları önlemenin biricik yolu, Türkçe konuşup yazmaktır.

SONUÇ :

Arı dil, Türk devriminin başlıca odaklarından. Fransızların bugün yaptıklarını, 1932 yılında Atatürk Meclisi açarken, «Türk dilinin kendi benliğine, aslındaki güzellik ve zenginliğine kavuşması için bütün devlet örgütlerimizin dikkatli ve özenli olmalarını isteriz.» buyruğuyla özetlemiştir. Akıl çağını açan büyük önderin bu dileğini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay, kıvanç verici bir biçimde yerine getirmektedirler. Atatürk'ün «Cumhuriyetin yapıcısı ve kollayıcısı» (16) olarak gördüğü Türk hukukçusunun olağan görevidir bu. Ancak gönül ister ki, aynı davaya daha sıkı sarılsın ve Yasama organlarımız da, Fransız yasama organlarının duyarlılığını gösterebilirler.

(16) Atatürk'ün 5.11.1925 günü Ankara Hukuk Fakültesini açarken yaptığı konuşmadan, Atatürk'ün Söylevleri, Ankara, 1968, TDK. s. 162.

ORMANLARA AİT UYUŞMAZLIKLARDA HUSUMET

H. AVNİ USLUOĞLU

Devlet ormanlarının korunması, işletilmesi, imar edilmesi, yenden orman yetiştirilmesi ve verimlerinin çoğaltılması görevlerinin ifası için 3204 sayılı Kanunla Ziraat Vekâletine bağlı Orman Umum Müdürlüğü kurulmuştur. Katma bütçelidir ve tüzel kişiliğe sahiptir.

3904 sayılı «Orman Umum Müdürlüğü Teşkilât Kanununa Ek Kanun» ile bu Genel Müdürlük bünyesinde bir Hukuk Müşavirliği kurulmuş, bu Kanunun 1. maddesinin (B) bendi ile «Merkez ve Vi lâyetlerde Umum Müdürlüğe bağlı daire, müessese ve teşekküllere ait bütün dava işlerini her derecede takip, intaç ve icra ettirmek» görevi verilmiştir.

Devlet ormanları Devlete (Hazineye) ait olduğundan, mülkiyete ilişkin ihtilâflarda davaları Hazine avukatlarının mı, Orman Genel Müdürlüğü avukatlarının mı takiple görevli olduğu konusu ortaya çıkmış ve 7/1/1948 gün ve 19/16 sayılı içtihadı birleştirme kararı sadır olmuştur. Bu karara göre, bu görev Orman Genel Müdürlüğü avukatlarıdır. Daha sonra (8/9/1956 tarihinde) yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Kanununun 6. maddesi «Devlet ormanlarına ait her çeşit işler Tarım Bakanlığı'na bağlı Orman Umum Müdürlüğü tarafından yapılır» hükmünü getirmekle bu husumet konusunu da açıklığa kavuşturmuştur. Böylece, Devlet ormanlarına ilişkin her türlü uyumsuzlıklarda husumet Orman Genel Müdürlüğü kamu tüzel kişiliğine dönüktür ve bu Genel Müdürlüğün avukatlarınca takip edilir hususu kesinliğe kavuşmuştur.

7/8/1969 tarihinde 4951 sayılı Bakanlıkların Kuruluşu Hakkında Kanuna dayanılarak Orman Bakanlığı kurulmuş ve aynı Kanuna istinaden Orman Genel Müdürlüğü Tarım Bakanlığından alınıp Orman Bakanlığı'na bağlanmıştır. Hukukî statüsünde değişiklik olmadığı için bu bağlanma tüzel kişiliğini, katma bütçeli olmasını ve husumet ehliyetini etkilememiştir.

16/6/1972 tarihinde 1595 sayılı Kuruluş Kanunu ile Orman Bakanlığı kanunî kuruluşu kavuşmuş ve bünyesindeki birimler be-

lirmiştir. Anayasa'nın 112. maddesi «İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir» der. Kanunla düzenlenen bu kuruluş ve görev bütünlüğü içinde sadece Orman Köy İlişkileri Genel Müdürlüğü yer almış, o tarihte mevcut Orman Genel Müdürlüğü ile, *Bakanlık oluru ile kurulmuş* ve Orman Genel Müdürlüğü kamu tüzel kişisinin 3204 sayılı Yasa'da belirtilen ve (6831 sayılı Orman Kanununda) görevlerinden bir kısmını, Orman Genel Müdürlüğü katma ve döner sermaye bütçesinden yürüten, Orman Ürünleri Sanayii Genel Müdürlüğü ve Ağaçlandırma ve Erozyonu Kontrol Genel Müdürlüğü, bu Bakanlık kuruluş ve görev bütünlüğünün dışında bırakılmıştır. 1595 sayılı bu Kanunun 4. maddesinde bu Genel Müdürlükler de sayılsa idi, Orman Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğini kaybeder ve Bakanlığın organı olurdu. 1595 sayılı Kanun 13. ve Geçici 2. maddelerinde getirdiği hükümlerle 3204 ve 3904 sayılı Kanunların ve Orman Genel Müdürlüğünün yaşadığına değinmek ihtiyacını da özellikle hissetmiştir.

Ayrıca, Orman Kanununa 1744 sayılı Kanunla eklenen Ek 3. maddeye tekrar 1906 sayılı Kanunla eklenen (J) fıkrası hükmü, hem Orman Genel Müdürlüğünün husumet ehliyetini teyit etmiş, hem de Orman Bakanlığı emrinde teşekkül eden FON'a ait dava ve icra takiplerinin de 4353 sayılı Kanuna göre Hazine avukatlarınca değil, Orman Genel Müdürlüğünce takip olunmasını istemiştir.

Orman Bakanlığının kurulması, daha sonra da Kuruluş ve Görev Kanununun yürürlüğe konulması Orman Genel Müdürlüğünün hukukî statüsünde, vesayet denetimine tabi Bakanlığın Tarım Bakanlığı iken Orman Bakanlığı olmasından başka hiçbir değişiklik getirmemiştir.

Orman Genel Müdürlüğünün yasal görevlerinden bir kısmının, *Bakanlık oluru ile kurulmuş* Orman Ürünleri Sanayii Genel Müdürlüğüne ve Ağaçlandırma ve Erozyonu Kontrol Genel Müdürlüğüne, Orman Genel Müdürlüğü bütçesinden harcamalarla gördürülmesi, bu maksatla bu iki Genel Müdürlüğün olurla kurulmuş olması Orman Genel Müdürlüğünün yasal statüsünde hiçbir değişiklik meydana getirmemiştir. Bu iki Genel Müdürlük Orman Genel Müdürlüğünün yasal görevlerini ifa etmektedir, Orman Genel Müdürü Muhasebei Umumiye Kanunundan aldığı âmiri italık görevini ve atamalardaki yetkisini bu genel müdürlüklerin Genel Müdürlerine protokolla devrettiğinden kendilerine bırakılan Orman Genel Müdürlüğü görevlerini yürütmektedirler. Tüzel kişilik olarak yine 3204 sayılı Kanun sebebiyle Orman Genel Müdürlüğü içindedirler. Bu se-

bepile husumet Orman Genel Müdürlüğüne yönelmektedir. Faaliyetleri ve tasarrufları Orman Genel Müdürlüğü kamu tüzel kişiliği adıdır.

Çok kısa bir süre evvel kurulmuş olan Millî Parklar ve Yaban Hayatı Genel Müdürlüğü de 1595 sayılı Orman Bakanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 12. maddesine göre değil yine yukarıda değinilen Genel Müdürlükler gibi kurulmuştur. Eğer 12. maddeye dayanılarak kurulsaydı umumî muvazene içinde ve Bakanlığa doğrudan bağlı Orman Köy İlişkileri Genel Müdürlüğü gibi) bir Genel Müdürlük olacaktı. Yine tüzel kişiliği bulunmayacaktı. Bu şekliyle de tüzel kişiliğe sahip değildir' Orman Genel Müdürlüğü tüzel kişiliği içindedir ve Orman Genel Müdürlüğünün yasal görevlerinden bir kısmını yürütecektir. Harcamalarını Orman Genel Müdürlüğü adına ve Orman Genel Müdürlüğü bütçesinden yapacaktır. O.G.M. kamu tüzel kişiliği ancak kanunla bölünebilir.

Değindiğimiz bu üç Genel Müdürlüğün yasal görünümünde bir başka kuruluşun mevcut olduğunu sanmıyoruz. Hizmetin en iyi şekilde görülebilmesi için, ihtiyaçların zorlamasıyla bu kuruluş yoluna gidilmiş olmalıdır. Her üçünün de kuruluş kanunları T. B. M. Meclisindedir. Bakanlığın organı değil, kamu tüzel kişiliğini haiz genel müdürlükler şeklinde kurulması arzu edilmektedir, tasarıları bu yoldadır. Bir an evvel kanunlaşmasında sayısız yararlar vardır. Anayasa'nın 112. maddesi de bunu âmirdir.

Yasalardaki «Orman İdaresi» deyimini de Orman Genel Müdürlüğünün halen bir başka ifadesidir. Orman Bakanlığını kapsamaz. 6831 sayılı Orman Kanununun 6. maddesinin hükmü karşısında diğer maddelerinde geçen bu deyim başka anlam verilemez.

Gerek 1595 sayılı Orman Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda, gerekse 6831 sayılı Orman Kanununda (veya ormana dönük hizmet ve görev getiren — Kara Avcılığı Kanunu gibi — sair kanunlarda Tarım Bakanına veya Bakanlığına verilmiş olan görev ve yetkiler 1595 sayılı Kanunun 13. maddesiyle Orman Bakanına veya Bakanlığına geçmiştir), bu yasalarda Orman Bakanına veya Bakanlığına tanınan, özellikle belirtilmiş görev ve yetkiler hariç «Ormanlara ait her çeşit işler Orman Genel Müdürlüğü tarafından yapılır». Bu, yasa hükmüdür. 1595 sayılı yasa bütün bu işleri Bakanlıkta toplamamıştır. Orman Bakanlığı, Bakanlığa vesayet denetimi yoluyla bağlı Orman Genel Müdürlüğünün hizmet politikasını saptar, hizmetin yasalara uygun şekilde görülmesini temin eder ve denetler, hizmet sebebiyle yasal yetkilerini kullanır.

Orman Bakanlığının ve bağlı kuruluşlarının yasal görünümüne böylece değindikten sonra Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin çok önemli gördüğüm bir kararını eleştireceğim.

Sözü edilen Daire'nin 18/2/1976 günlü ve E. : 1975/1804, K. : 976/2321 sayılı ilâmında aynen şu hüküm vardır : «Ormanlara ait uyumsuzluklarda husumet Orman Bakanlığına tevaccüh eder. Orman Genel Müdürlüğü Orman Bakanlığına bağlı bir ünitedir. Bu ünitenin tüzel kişiliğe haiz olması husumetin Bakanlığa tevcihinde etkili olamaz. O halde bu durumda davaya bakılarak işin esası hakkında bir karar verilmek gerekli iken davanın husumet yönünden reddi cihetine gidilmesi isabetsiz ve mümeyyiz tarafın temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün bozulmasına...».

Dava, tapulama tespitine itirazdır. Yer orman olarak tespit edilmiş ve mülkümdür iddiasında olan davacı taraf bu davayı açmıştır. Ancak dava ORMAN BAKANLIĞI ALEYHİNE açılmıştır.

Yukarıdan beri açıkladığımız nedenlerle bu davanın Orman Genel Müdürlüğü aleyhine açılması gerekirdi. Kara Yolları ile ilgili, Devlet Su İşleriyle ilgili veya Devlet Üretme Çiftlikleriyle ilgili konularda nasıl bu Genel Müdürlüklerin Bakanlıklarına husumet yönelmezse Orman Genel Müdürlüğünde de durum farklı değildir.

7/1/1948 günlü 19/16 sayılı içtihadı birleştirme kararı, ayrıca 6831 sayılı Orman Kanununun yukarıda değinilen 6. maddesi hükmü, Orman Genel Müdürlüğü'nün Orman Bakanlığından ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunması, Bakanlığın bir organı, ünitesi, birimi şeklinde genel idare içinde olmaması bu davanın Orman Genel Müdürlüğü aleyhinde açılması için yeter yasal sebeplerdir.

Orman Bakanlığı Devlet Tüzel kişiliğinin içindedir. Orman Genel Müdürlüğü ise ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir.

Davacı, eleştirisini yaptığımız bu Yargıtay kararındaki görüş paralelinde bir düşünüşle ve Orman Genel Müdürlüğü Orman Bakanlığının bir ünitesidir diyerek (ki değildir, yasal açıdan ayrı tüzel kişidir, sadece idarî vesayet denetimiyle bağlıdır), Orman Bakanlığı kurulmakla Orman Genel Müdürlüğü hukuken erimiştir zannederek, içtihadı birleştirme kararının yürürlüğünü bilmeyerek, Orman Kanununun 6. maddesinden habersiz olarak bu davayı Orman Bakanlığı aleyhine açmışsa yargılama nasıl bir seyir takip edecektir ?

Orman Bakanlığı kurulalı neredeyse 7 seneye yaklaşılmıştır. Bu konu Yargıtayımızca çözüme kavuşturulmuştur.

Aslında, davacı taraf kanunen hasım olması gereken kamu tüzel kişiliğini dava etmemiştir, davanın husumet yönünden reddi gerekir. Ancak Yargıtayımız, Orman Bakanlığı, Orman Genel Müdürlüğü deyimleri arasındaki benzerlik ve bunun yanıltıcı yönü bakımından konuyu ele almış, Orman Bakanlığına organ olarak doğrudan bağlı zannedilebileceğini düşünmüş, davanın husumet yönünden reddinin ağır sonuçları ile karşılaşmayı doğru bulmamış, yasa uygunluğuna inanmadığımız fakat bir yumuşatılmış hâl yolu olarak katıldığımız bir görüşü benimsemiştir.

Bu görüşe göre, davacı hasmı değil, temsilciyi tayinde hataya düşmüştür; Orman Genel Müdürlüğünü davalı olarak göstereceken zuhulen Orman Bakanlığını dava etmiştir, davanın husumet yönünden reddinin ağır sonuçlarıyla karşı karşıya bırakılmamalı, Orman Genel Müdürlüğünün huzuruyla yargılamaya devam olunmalıdır.

Dava Orman Bakanlığı aleyhine açıldığına göre, davalı yerinde Orman Bakanlığı bulunacaktır. Orman Bakanlığını ise 4353 sayılı Kanun gereği olarak Hazine avukatı temsil eder. Orman Genel Müdürlüğü ayrı bir kamu tüzel kişisi olarak ve umumî muvazene dışında bulunduğu cihetle Hazine avukatının bulunmadığı yerlerde dahi Orman Bakanlığını temsil yetkisine sahip değildir. Öyleyse, davaya davalı olarak çağırılan Orman Bakanlığını temsilen Hazine avukatı gelecektir. Hazine avukatı dava konusu ihtilâf ile Bakanlığın ilgisi bulunmadığını, gerçek hasım Orman Genel Müdürlüğünün çağırılması gerektiğini söyleyecektir. Davacı taraf Orman Genel Müdürlüğüne dava arzuhalini tebliğ ettirecek, yargılamaya devam olunacaktır.

Mahkeme bu yola gitmez de, Yargıtay'ın eleştirdiğimiz ilâmındaki görüşe uyarak «Ormanlara ait uyuşmazlıklarda husumet Orman Bakanlığına teveccüh eder» derse ve Hazine avukatının husumet itirazını reddederek yargılamaya devam ederse verilecek hüküm Orman Genel Müdürlüğü aleyhinde değildir ve herşeyden önce ihtilâf halledilmemiş olur. Kendi tüzel kişiliği aleyhine sadır olmamış bir ilâm Orman Genel Müdürlüğü için bağlayıcı değildir. İlâm, asıl malik olan Hazine aleyhine sadır olmuştur da denilemez. Bu takdirde Orman Genel Müdürlüğüne bu yasal görevi vermenin, sözü edilen içtihadı birleştirme kararının ve Orman Kanununun

6. maddesi hükmünün anlamı kalmaz. Ormana ilişkin uyuşmazlıklarda Orman Genel Müdürlüğünü saf dışı bırakma sonucuna götürecektir. Kaldığı, dava asıl malik Devlet (Hazine) aleyhine değil, Orman Bakanlığı aleyhine açılmıştır. Hazine yönünden dahi muhkem kazıye sayılmaması gerekir. Hazine avukatı Devlet (Hazine) adına değil, yasa gereği olarak Orman Bakanlığını temsilen bu davayı takip etmiştir.

Orman Genel Müdürlüğü taraf olmadığı bir davada hazır bulunamayacağına göre yapılacak iş taraf olmasını teminden ibarettir. Bu yapılmayıp husumet Orman Bakanlığına tevccüh eder diye Bakanlık aleyhinde yargılamaya devam olunursa bunun hiçbir yasal dayanağı yoktur.

Kitap İncelemeleri :

BİR KONU , İKİ KİTAP

Ö. FARUK KARACABEY (*)

Çağımızdaki bilimsel ve teknolojik gelişme, bir konunun yalnızca tek bir disiplinin uğraşı alanı içinde kalmasını önlemiş, o konuyu bir kaç disiplinin uğraşı alanına sokmuştur. Bunun en tipik örneklerinden biri *Evlilik ve Boşanma kurumudur*. Esasında evlilik ve boşanma, tarihsel gelişimi içinde de birkaç sosyal dalın ilgilendiği ve düzenlediği konu olmuştur. Din, hukuk ve ahlâk kurallarının büyük bir bölümünün evlilik ve boşanma kurumunu düzenlediği görülmektedir. Çağımızda, fizyoloji ve tıp gibi fen bilimlerinin de inceleme konusu olmuştur. Bu yazıda, kuru hukuk normlarının düzenlemeleri yanında, çeşitli sosyal ve fen bilimlerinin de bu kurumlara ışık tuttuğu iki eseri tanıtmak amaçlanmıştır.

Tanıtmada uygulanan yöntem şudur :

— Eserin kimliği belirtilmiştir.

Eser hakkındaki genel bilgi, kimlikten sonraki paragrafta verilmiştir.

— Mümkün olduğu kadar yazarın sistematığıne uyularak, bölüm veya kısım başlıkları alınmış, o bölüm veya kısımda incelenen konunun ne olduğu, yorum yapmadan birkaç cümle ile açıklanmıştır.

K İ M L İ K :

HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU : Ailenin Çilesi, Boşanma, Çağdaş Yayınları (Tarih, anı, gezi, olay dizisi), No : 7, Hilâl Mat., İstanbul - 1976, 372 Sh., 25 TL.

Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun « **Ailenin Çilesi Boşanma** » adlı eser yazarın çeşitli tarihlerde, çeşitli

(*) Ö. Faruk Karacabay, Yargıtay Tetkik Hâkimidir. Fiilen Genel Sekreter Yardımcılığı ve Yayın Müdürlüğü görevlerini yürütmektedir.

yayın organlarında konuyla ilgili yazılarından, konferans metinlerinden ve kendisi tarafından hazırlanan Adalet Bakanlığınca 1971 yılında yayımlanan Medeni Kanunun Öntasarısındaki Boşanmayla ilgili kurallardan oluşmaktadır. Kitapta iki ana bölüm vardır. «*Aile Çilesi Boşanma*» başlıklı girişten sonra birinci bölüm «*Aile ve Kadınlarımız*», ikinci bölüm «*Boşanma*» başlığını taşımaktadır. Eser, 40-50 yıllık bir döneme dağılmış yazılardan oluşmasına karşın, konuların yakın ilgileri gözetilerek mantıkî ve uyumlu bir sıralamayla sergilenmiştir.

Ailenin Çilesi Boşanma : Giriş veya önsöz diye nitelendirebileceğimiz bu kısımda, kadın - erkek eşitsizliği ve son elli yılda bu eşitsizliğin kaldırılması yolunda yapılan atılımlar özet olarak verilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM : AİLE VE KADINLARIMIZ

1 — **Türk Aile Hukuk Politikası** : Türk Aile Hukukunun kısa bir tarihi gelişimi ve karşılaştırılması yapılmakta, Medeni Kanunla getirilen düzenlemenin sosyal, ahlâkı ve devrimci niteliği belirtilmektedir.

2 — **Evlernenin Hukuksal Sonuçları** : Medeni Kanuna göre, kocaya sağlanan haklar ve yüklenen görevler, kadına sağlanan haklar ve yüklenen görevler, her ikisine yüklenen sorumluluk ve ödevler, herkesçe anlaşılabilir bir dille açıklanmıştır.

3 — **Türk Kadınının Tarihte ve Yeni Türk Hukukundaki Durumu** : Kamu Hukuku ile özel hukuk açısından, tarihi gelişim içinde, İslâmiyetden önceki ve sonraki dönemler gözönünde bulundularak, kadının durumu değerlendirilmektedir.

4 — **Türk Kadınının Hukukta ve Gerçek Yaşamdaki Durumu** :

5 — **Bugünkü Toplumda Türk Kadınının Önemi** : Kadın - erkek eşitsizliği hukuksal düzenlemelere yansımıştır. Cumhuriyet öncesi düzenlemeler, bunu açık şekilde ortaya koymaktadır. Cumhuriyetten sonra, birçok yasal düzenlemeler, kadın - erkek eşitsizliğini ortadan kaldırmaya çalışmışlardır; ancak gerçek hayatta, kadının, eşitsizliği ve geri kalmışlığı sürmektedir. Yasal düzenlemeler, ekonomik ve sosyal koşullar gerçekleştirilemediği için tek başına kadın özgürlüğü ve eşitliğini sağlayamamıştır.

6 — Atatürk'ün Kişiliği, İlkeleri ve Türk Kadınlığının Çilesi :

Atatürk'ün düşüncelerinin açıklandığı bu kısımda, Atatürk'ün sadece bir eylem adamı olmadığı, aynı zamanda bir düşünce adamı da olduğu belirtilerek, «Atatürk hiçbir konuda ödün vermeyen bir düşünce ve eylem adamı ve büyük bir devrimciydi.» tümcesi ile bu fikir vurgulanmaktadır. Yine bu konuda Atatürk'ün «Ulusçuluk» düşüncelerine ve Türk Milletine onuru kazandırma devrimciliğine yer verilmiştir. Bu açıklamalar, birçok örneklerle birlikte daha somut olarak belirtilmektedir. Devrimin bir unsuru ve parçası olarak Atatürk'ün toplumda kadına verdiği değer ve sonuçta kadının özgürlüğü ve eşitliği için yapılan hukuksal düzenlemeler sergilenmektedir. Atatürk'ten sonra bu ilerlemenin durduğu, gerçek hayatta bu ilerlemenin ve devrimin gerçekleştirilemediği anlatılmaktadır. Bu yönler yazarın somut gözlemleri ile yansıtılmakta ve desteklenmektedir. Bilhassa köylü kadınlarının köle durumu gözönüne serilmekte, bu uğurda savaşı verecek ve başlatacak okumuş - yazmış kentli kadınların bu davaya sahip çıkmadığı açıklanmaktadır. Toplumsal ve ekonomik görünümüne göre kadınlar, a) Aile süs kadınları, b) Kasaba sosyetesini, c) Köylü kadınlar, ç) Çalışan kadınlar, d) Serbest meslek kadınları guruplarına ayrılmışlardır.

İKİNCİ BÖLÜM : BOŞANMA

7 — **Boşanma nedenlerinin tarihsel gelişimi :** Boşanma hukukundaki çözümler nelerdir ? Dünyada, belli başlı boşanma hukukuna yön veren sistemler nelerdir ? Türk ve İsviçre Hukukundaki boşanma sistem ve ilkeleri ile diğer sistemlerin uygulandığı ülkelerin, sistem ve ilkelerinin karşılaştırılmasından, nasıl bir sonuç çıkarabiliriz ? Boşanma neden kolaylaştırılmalıdır ? Boşanma neden güçleştirilmelidir ? Anlaşarak boşanmanın leyh ve aleyhindeki düşünceler nelerdir ? Bu kesimde, belirtilen sorulara verilen yanıtlar yer almaktadır.

8 — **Evlenme ve Boşanma hukukumuzda ne gibi değişikliklere gereksinme vardır ?**

Yazarın, 1943 yılında verdiği bir konferans metninden ve bu konferans üzerinde yapılan tartışmalardan oluşan bu yazı, bugünün konusu olduğu gibi içeriği itibariyle de güncelliğini ve canlılığını halen korumaktadır. Bu yönde, ortaya atılan sorunlar halen tartışma konusu olmakta ve bu sorunlara henüz bir çözüm yolu getirilmemektedir. Nişandan başlayarak evlenme ve boşanma kurum-

ları, sırayla incelenmekte ve değerlendirilmektedir. Uygulama ve sosyal gerçekteki durum ile yasal durumun bir karşılaştırılması yapılarak, yasal düzenlemelerden yerleşmiş ve yerleşmemiş noktaların neler olduğu saptanmaktadır. Medeni Kanundaki boşanma nedenleri dışındaki, diğer boşanma nedenleri üzerinde durularak bunların değerlendirilmesi yapılmakta, boşanma yöntemiyle ilgili düşünceler de sergilenmektedir.

9 — **Geçimsizlik nedeniyle boşanmada kusur sorunu** : Konunun başlığından da anlaşılacağı üzere boşanmanın genel nedeni olan, *geçimsizlik nedeniyle boşanma ve kusur sorunu* işlenmiştir. İsviçre Medeni Kanununun 142 inci maddesi ile Türk Medeni Kanununun 134 üncü maddesinin unsur ve koşulları değerlendirilmiştir. Tam bir hukuksal açıklama yapılmıştır.

10 — **Yurttaşlar yasası ve boşanma** : Bu bahiste yazarın kendisi tarafından hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca 1971 yılında yayımlanan Medeni Kanun Öntasarısındaki boşanmayla ilişkili gerekçe sergilenmektedir.

11 — **İtalyan Usulü Boşanma** : Yazarın anılarının da yer aldığı bu kısım dinin etkisi ve İtalya'da bunun sonucu olarak ortaya çıkan boşanma yasağıyla ilgili uğraşılardan söz edilmektedir.

12 — **Şeriat Usulü Boşanma** : İslâm hukukundaki boşanma kuralları açıklanmıştır.

13 — **Boşanmada Erkek ve Kadın** : Boşanma konusunda kadının ve erkeğin değişiklik gösteren düşünceleri yansıtılmıştır.

14 — **Boşanmalar niçin artıyor ?** Dünyada ve Türkiye'de boşanma sayısındaki artış nedenleri ve bu artışa ait kısa sayısal bilgiler özet olarak verilmektedir.

15 — **Boşanmada Türü İlkeler** : Türk Medeni Hukukundaki boşanma nedenlerinin temelde dayandığı ilkelerin neler olduğu kısaca olarak belirtilmiştir. Soyut kuralların somut olaya uygulanmasında en önemli dayanak olan bu ilkelerin bilinmesinde büyük yarar vardır.

16 — **Bizde kusur ilkesine dayanan boşanma nedenleri.**

17 — **Kusur ilkesine dayanmayan boşanma nedenleri.**

18 — **Boşanmada yargılama yöntemi ve karar.**

19 — **Boşanmada yargıçlar, taraflar ve tedbirler.**

20 — **Boşanmanın sonuçları.**

21 — **Dağılan yuvanın çocukları.**

Bu alt alta sıralanan başlıklar, kısımların içeriğini açık olarak yansıtmaktadırlar. Bu konular, sırasıyla, boşanma nedenleri, boşanmada yöntem, Yargıç'ın boşanmada fonksiyonu, taraflar, çocuklar ve boşanmanın sonuçlarıdır. Konular tamamen pozitif hukukun incelenmesi niteliğindedir. Bu kısa ve özlü açıklamalar, esere tüm hukukçuların boşanma konusunda başvurabilecekleri ve izleyebilecekleri bir nitelik kazandırmıştır.

22 — **Karşılıklı anlaşma ile boşanma** : Üzerinde en çok tartışılan ve herkesçe, kamu oyuna maledilmiş yönler incelenmektedir. Boşanma, yalnızca kişiler arasındaki bir bağittir mi ? Yoksa toplumsal açıdan sakıncalar bulunduğu için Devletçe korunması gerekli bir sosyal gurup mudur ? gibi sorular tartışılmakta, bunlara dayalı ilkelerin benimsendiği ve benimsenmediği ülkelerden örnekler verilmektedir. Anlaşarak boşanmanın sakınca ve yararları da kısa olarak açıklanmıştır.

23 — **Boşanmada yakınılan noktalar ve Çözüm yolları** : Yukarıda da boşanma konusunda söylendiği gibi henüz bir çözüme ulaştırılamamış sorunlar ve tartışmalar özet olarak sergilenmektedir.

24 — **Öntasarının Boşanma Hukukunda öngördüğü yenilikler** : Başlıkta da ifade edildiği gibi Medeni Kanun Öntasarı boşanma hukuku alanında ne gibi yenilikler getirilmiştir. Getirilen bu yeniliklerin temelinde yatan ilke nedir ? Bu ilkeler bir yasa kuralı olarak nasıl yansıtılmıştır ? Bu soruların cevapları verilmektedir.

Eser bir önsöz ile bitirilmiştir.

«Ailenin Çilesi, Boşanma» adlı kitap, herkesin anlayabileceği bir dil ve üslup ile yazılmış, sorunlara açıklık getirmiş, yalnızca hukukçular için değil herkesin yararlanabileceği nitelik ve özellik taşımaktadır.

Boşanma ve aile konularına bakış açısı hukuksal olduğu kadar, sosyal ve ekonomiktir. Diğer ülkelerdeki durumun da yansıtılması eserin değer ve niteliğini daha da artırmaktadır.

J. DOMİNAN (Çev. Mehmet HARMANCI), Cinsel, Psikolojik ve Toplumsal Açıdan Boşanma,

Koza Yayınları (Güncel Kitaplar), No : 10, Özyayın Matbaası, İstanbul 1974, 208 Sh., 15 TL.

Birinci Bölüm : **ÇAĞDAŞ EVLİLİK** : Evlilik kurumu, yalnızca hukukun değil Psikoloji ve Sosyoloji bilimlerinin de en önemli uğraşı alanı olmuştur. Bölümde bu yön açıklandıktan sonra evliliğin

geçirdiği tarihi evreler belirtilmiştir. Çağdaş evliliğin, karı - kocanın ortak gereksinmelerinin doyurulması ve giderilmesi amacına yönelik bir ilişki niteliğine büründüğü yansıtılmaktadır.

İkinci Bölüm : EVLİLİKTE SONA ERME VE ZAMANI : Evlilik yalnızca boşanma ile sona ermemektedir. Her ne kadar görünüşte evliliğin sona ermesi boşanma ile gerçekleşmektedir denilebilirse de, fiilen sona erdiği halde dışarıya bu ayrılığın yansımadağı evlilikler vardır. Bu yön, bu bölümde işlenmekte ayrıca sona erme ve zamanı hakkında çeşitli ülkelerdeki araştırmalardan özet bilgiler verilmektedir.

Üçüncü, Dördüncü, Beşinci Bölüm : EŞ SEÇME : (Toplumsal ve Dinsel Etkenler, Zekâ, Ana - Baba benzerliği ve kişilik ihtiyaçları).

Bu bölümler de, eş seçmede etkin olan faktörler incelenmektedir. İlk grupta toplumsal ve psikolojik faktörlerin eş seçmedeki etkilerine yer verilmiştir. Toplumsal faktörler şunlardır :

- Erkek - kız ilişkilerindeki geleneklerde değişiklik olmuştur.
- Teknolojik gelişmenin sonucu bir çevre genişlemesi olmuştur. Buna dayalı olarak ilişkilerde de bir değişim ve gelişim meydana gelmiştir.
- Yerleşme yerleri ve yerleşme yakınlığı eş seçmede etkili bir faktör olarak yerini korumaktadır.
- Toplumsal sınıflar etkili bir rol oynarlar.
- Irk ve soy etkilidir.
- Din önemli bir faktör olma durumunu korumaktadır.

İkinci guruptaki faktörler zekâ, eğitim ve zihinsel güçtür. Bunların, eş seçmedeki rollerini ve etkilerini ortaya koyan araştırmalardan özetler verilmiştir.

Eş seçmeye etki eden üçüncü gurup faktörlerde ağırlık, psikolojik ve cinsel nitelikli faktörlerdedir. Freud psikolojisinin, Oedipus kompleksinin, bir diğer deyişle karşı cinsten anne ve babaya yönelik eş seçimiyle ilgili etkileri, örnekler verilerek sergilenmiş, ayrıca duygusal yapının rolüde belirtilmiştir.

Altıncı Bölüm : BAĞIMLI OLMAK : Evlilik öncesi ana - babaya ve aileye duygusal yoldan olan bağımlılığın, evlendikten sonrada sürdürülmesi ve evlilik için gerekli olan asgari ölçüde bir duygusal bağımsızlığın elde edilememesinin evlilikte yaratacağı sonuçlar ve sorunlar, erkek ve kadın açısından ayrı ayrı değerlendirilerek, bağımlılığın evliliğe yaptığı ters etkiler açıklanmıştır.

Yedinci Bölüm : YOKSUNLUK : Altıncı bölümde kadın ve erkeğin ana, baba ve aileye duygusal bağımlılığını sürdürmesinin ters etkileri incelenmiş, bu bölümde ise bunun tam karşıtı denilebilecek ana - baba ve aile sevgisinden, ilgisinden yoksunluğun, güven duygusunun olmayışının evlendikten sonra devam etmesi ve sürmesini evlilik kurumuna yaptığı ters ve olumsuz etkiler incelenmiştir.

Sekizinci Bölüm : KENDİNE GÜVEN DUYMA : Eksiklik duyma, kıskançlık, güvensizlik, küçüklük, kendini sevememe gibi duyguların varlığının evlilik üzerine etkileri incelenmiştir.

Dokuzuncu Bölüm : PSİKOPATLIK - Onüçüncü Bölüm : RUH HASTALIKLARI VE HEKİMİN ROLÜ - Ondördüncü Bölüm : NEVROZLAR - Onbeşinci Bölüm : PSİKOZLAR :

Bu dört bölümün işlediği konular aynıdır. Ruh hastalıklarının dengeli bir evliliği engellediği, tam bir aile ilişki ve düzeninin kurulmasını zorlaştırdığı, bu yöndeki araştırmaların sonuçları belirtilerek ve çeşitli kişilerle yapılan konuşmalardan örnekler verilerek sergilenmiştir.

Onuncu Bölüm - Onbirinci Bölüm : CİNSEL ZORLUKLAR :

Evlilik cinsel gereksinmenin giderilmesinin doğal ve başlıca aracıdır. Cinsel uyumsuzluk nedir? Cinsel uyumsuzluğu yaratan veya neden olan faktörler nelerdir? Cinsel uyumsuzluğun evlilik üzerine etkileri nelerdir? Cinsel hastalıklar ve terslikler nelerdir ve bunların evliliğe etkileri nelerdir? Belirtilen soruların incelendiği, sonuçlarının tartışıldığı bölümdür.

Onikinci Bölüm : DOĞUM KONTROLÜ VE AİLE : Çocuk, ekonomik, toplumsal ve psikolojik sorunlarla birlikte doğar. Sorunlar çocukların yaşlarına, bağımlılık durumlarına, aile ile birlikte yaşayıp yaşamadıklarına, sayılarına göre değişik boyutlar ve çeşitlilik gösterirler. Doğum kontrolünün ve hamile kalma korkusunun, çocuk olmamasının (kısırlığın) evlilik üzerindeki etkileri incelenmiştir.

Onaltıncı Bölüm : BOŞANMANIN ÇOCUK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ : Çocuk anne ve babanın ayrılması ile sevgi kaynaklarından yoksun kalmaktadır. En azından birinden yoksun kalmakta ve diğerini seçmek zorundadır. Bu sorunun içeriği, çocuğun boşanma tedbirleri karar altına alınırken boşanma öncesi aile içindeki durumunun ve boşanma anında bulunduğu yaşın rolünün değerlendirilmesi, ayrılığın kişilik bozukluklarına, ruhsal hastalıklara, suçluluğa etkisi incelenmektedir.

Onyedinci Bölüm : EVLİLİKTE YIKILMANIN ÖNLENMESİ :

Aile toplumsal yapının temelidir. Onun içindirki, Devletçe korunmaktadır. Bu korunma evliliğin yıkılmasını önleme, evlilikte doğan anlaşmazlığın uzlaştırma yoluyla ortadan kaldırılması, eğer yıkılma önlenememişse ve uzlaşma da sağlanamamışsa, aile ve topluma en az zarar verecek şekilde evliliğe etkili bir son verme gerçekleştirilmelidir. Önemli yönlerden biride, sakat doğacak evliliklerin yaratılmasına engel olmak gerekmektedir.

Onsekizinci Bölüm : UZLAŞMA :

Uzlaşma veya uzlaştırma, birkaç safhadan oluşur. İlk safha, evliliği sona erdirecek anlaşmazlık nedeninin saptanmasıdır. Sonra bu nedenler değerlendirilecek ve ortadan kaldırılmasına çalışılacaktır. Bu uzlaşmayı, iki kişinin (karı - kocanın) kendi aralarında gerçekleştirilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Bu iki kişinin dışında üçüncü bir kişi ve kurumun, bu önemli sorunun halliyle görevlendirilmesi gerekmektedir. Çeşitli kuruluşlara, eğitim ve sağlık kurumlarına, sosyal ve dini müesseselere, bir takım ülkelerde de salt bu işle görevlendirilmiş kuruluşlara bu görev verilmiştir.

Ondokuzuncu Bölüm : YASALAR : Bu bölüm, İngiltere'deki boşanma hukukunu düzenleyen kuralların çok genel bir şekilde değerlendirilmesini kapsamaktadır.

Yirminci Bölüm : ÇÖZÜLME VE GELECEK : Bu son bölüm, boşanma hakkında genel düşünce ve değerlendirmelerin yer aldığı bölümdür.

Bu tanıtılan eser, daha çok ağırlığı, başlığında taşıdığı bakış açılarından psikolojik unsura vermiştir. İncelenen aile tipi, sanayileşmiş, gelişmiş toplumlardaki ailedir. Bu nedenle sergilenen sorunlar Türk ailesinin sorunları değildir denilebilir.

Ancak, toplumumuz sanayileşme sürecine girmiş, buna paralel olarak aile yapısı da değişmeye başlamış bu sorunlar da bir süre sonra karşımıza çıkacaktır.

Her bölümde işlenen konular, tek başına bir eserin konusu olabilecek genişlik ve derinliktedir. Bu nitelikteki konuların tek bir esere sığdırılması çabası, incelemenin yüzeyde kalmasını yaratmıştır. Fakat konuya bakış açısı bakımından getirdiği yenilik, eserin üzerinde durulmasını gerekli kılan önemli özelliğidir. Türkiye'de de evlilik ve aile kurumunun sorunlarına sağlıklı bir çözüm yolu bulunması, bu eserde sözü edilen inceleme ve araştırmaların ülkemizde de yapılması ile mümkün olacaktır.