

YARGITAY DERGİSİ

Devlet Nüshası

KURULUŞ : OCAK 1958 Nisan 1978

Cilt : 4

Ocak - Nisan

Sayı : 1-2

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

Sahibi : **Yargıtay Adına Birinci Başkan Cevdet MENTEŞ**

Genel Yönetmen : **Yargıtay Tetkik Hâkimi Ö. Faruk KARACABEY**

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

- Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşlerini yansıtır.
- Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir. Aksi halde telif ücreti ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek iktibas edilebilir.
- Gönderilen yazılar yayımlansın veya yayımlanmasın geri verilmez, yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

Derginin sayısı 30.— TL., abone bedeli 120.— TL. dir.

Abone işleri için Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'ne başvurulmalıdır.

Tel : 17 15 36

25 63 50/265

Yayın Kurulu :

Başkan : A. Nusret OZANALP (7 nci Hukuk Dairesi Başkanı)

Üye : Muammer YAZAR (8 nci Hukuk Dairesi Üyesi)

Üye : Ali ARCAK (5 nci Hukuk Dairesi Üyesi)

Üye : Ali Rıza ÖNDER (9 uncu Ceza Dairesi Üyesi)

Üye : Şemsettin İYİOL (11 nci Hukuk Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
I — GENEL KONULAR :	
a) Sabahattin ERYURT	İngiliz Mahkemeler Kanunu (Courts Act 1971 5 - 23
II — ANAYASA HUKUKU :	
a) Tahsin TÜRKÇAPAR	Anayasa Mahkemesi'nin «Anayasada Yapılan Değişiklikleri» Denetleme Yetkisi 25 - 39
III — DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU:	
a) Özgen SEZER	Savaşta İşgal (Occupatio Bellica) 41 - 60
IV — CEZA HUKUKU :	
a) Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL	Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Yaptırımının Değerlendirilmesi ve Çağdaş Yaklaşımlar 61 - 74
b) M. Turgut OKYAR	Türk Ceza Yasası Değiştirilirken 75 - 80
c) Dr. Necdet YALKUT	Çeşitli Yönleriyle Kan Gütme 81 - 92
c) Yılmaz BİÇER	Haksızca Tutuklanana Devlet Ödencesi 93 - 113
V — MEDENİ HUKUK :	
a) Şakir KALELİ	Nafaka Davaları 115 - 131
b) Dr. Nisim İ. Franko	Medeni Kanununun 444/1 Madde Ve Fıkrasına Göre İntifain Seçilmiş Olmasının Tereke Borçları Ve Mirasa Müteallik Haklarının İstimali Bakımından Tesirleri 133 - 145

VI — BORÇLAR HUKUKU :

- a) Tankut CENTEL İsviçre Federal Mahkemesi
Kararı 147 - 152

VII — TİCARET HUKUKU :

- a) İsmail DOĞANAY Müşterek (Büyük) Avarya ve
Dispeç 153 - 168
- b) Erbay TAYLAN Banka Çeki İle Ödeme 169 - 174
- c) Gönen ERİŞ Açık Emre Yazılı Senet (Bo-
no) Ve Bazı Sorunlar (I) ... 175 - 189

VIII — HUKUK YARGILAMA USULÜ :

- a) Mustafa AYKONU Avukatlık Asgari Ücret Tarife-
lerinin Zaman İtibariyle Uygula-
nmasına İlişkin Yargıtay İç-
tihadı Birleştirme Kararının
Düşündürdükleri 191 - 196
- b) Nihat YAVUZ Hukuk Davalarında Feragat
Ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'-
nin En Son Bir Kararı Üzerine
Düşünceler 197 - 204
- c) Cahit NALBANTOĞLU Kesinleşme Yazısı 205 - 215

IX — İŞ HUKUKU :

- a) Rafet ÖZDEMİR Fransız İş Mahkemeleri
(Conseilles De Prud 'Hom-
mes) 217 - 231

X — KİTAP TANITMA :

- a) Dr. İsmet OCAKCIOĞLU Mustafa Çenberci'nin Yeni
Eseri "Sosyal Sigortalar Ka-
nunu Şerhi" (I) 233 - 234

XI — BİBLİYOGRAFYA :

- a) İbrahim KARAER Basında Hukuk 235 - 236

XII — YARGITAY YAYINLARI :

GENEL KONULAR

İNGİLİZ MAHKEMELER KANUNU

(Courts Act 1971)

Sabahattin ERYURT*

ÖNSÖZ

Bundan önce İngiliz Adalet Sistemi (The English Legal system) üzerinde yapmış olduğum tetkikat sonunda hazırladığım 18 sayfalık raporumu 14.7.1973 tarihinde Adalet Bakanlığı ile Yüksek yargı kuruluşlarına takdim etmiştim.

Sözü geçen bu raporda, İngiliz hukukunun kaynakları, kanun neveleri, adalet mahkemeleri (Hukuk mahkemeleri, bölge mahkemeleri üst mahkemeler, temyiz mahkemesi, Lordlar kamarası, devlet adalet komisyonu, ceza mahkemeleri, krallık ceza mahkemeleri, ceza itiraz mahkemesi) kuruluşları ile özel mahkemeler, adli personel, hâkimler, hâkimlerin terfileri, maaşları, emeklilik yaşları, mahkemelerin iş durumu, baş hâkim, baş savcı, İçişleri Bakanı ve Adalet güvenliği konularında açıklamalarda bulunmuş ve son kısmında da mahkemelerin yeni kuruluş sisteminde bazı değişiklikler yapılmasını öngören ve kraliyet komisyonunca uzun çalışmalar sonunda meydana getirilen (1966-1969) seneleri arasında kanun taslağından (rapor) bahsetmiş bulunuyordum.

Bu değişiklik önerilerini kapsayan rapor da;

Mer'i sistemin iyi tarafları muhafaza edilmekle beraber aksayan yönlerinin ortadan kaldırılması ve köklü değişiklikler getirilmesi tavsiye edilmekte idi.

Bu cümleden olarak;

Mahkemeler yapısının sadeleştirilmesi, hâkimlerin yetkilerinin mümkün olan bir elâstikiyetle geliştirilmesi, mahkemeler kurulurken halkın gidip gelmesini kolaylaştırma ilkesine bağlı kalınması, mahkeme binalarının kurulması, muhafazası ve idame edilmesi konularında ekonomik ve faydalı kurallara uyulması, yüksek mahkemelerde ceza ve hukuk işlerinin tamamen ayrılması münhasıran ceza davalarına

(*) Yüksek Hâkimler Kurulu Üyesi.

hem İngiltere hem de (Wales) bölgelerinde bakmakla görevli (Kraliyet mahkemesi) kurulması, hukuk mahkemelerinde üst mahkeme ile asliye mahkemeleri arasında görev dağılımının yeniden gözden geçirilmesi görüşleri benimsenmiş, bu meyanda; bütün mahkemelerin yönetiminden de bir bakanın sorumlu olması ve yüksek mahkemelerin baş hâkim (Lord Chancellor) tarafından yönetilmesi mütalâa edilmişti.

Mezkûr rapordaki görüş ve tavsiyeler esas alınmak suretiyle;

1977 yılında yeni (mahkemeler kanunu - Courts act 1971) çıkarılmıştır.

İşbu mahkemeler kanunu şöyle tasnif edilmiş bulunmaktadır.

Değerli meslektaşlarımın incelemelerine faydalı katkı sağlayabileceği ve üst mahkemelerin kuruluşları ile ilgili mevzuat çalışmalarında yararlı olabileceği ümidi ve temennisi ile İngiliz Mahkemeler Kanunu (Courts act 1971) nin esas bölümlerini, niteliğini ve içerdiği konuların başlıklarını Genel çizgileri ile bu yazımın ilk kısmında belirttikten sonra; (bu kısım rapor halinde evvelce Kurulumuz Başkanlığına ve Adalet Bakanlığına takdim edilmiştir).

Sözü geçen kanunun İkinci Bölümünde yazılı olup, mesleğimizle ilgili bulunması dolayısıyla daha ziyade önemli gördüğüm HÂKİMLER (Judges) ve Birinci Bölümdeki Yüksek Mahkemeye (The supreme Court) ait kısımlarını aynen yayınlamak imkânını bulabildim. Aynı kanunun İkinci Bölümünde KRALİYET MAHKEMELERİ (The Crown Court) Dördüncü Bölümünde Memurlar ve aynı yardımlar (Officers and Accommodation), Beşinci Bölümünde JÜRİLER (Jurries), Altıncı Bölümünde Kaynaklar, Aile hukukuna ilişkin kaza işleri ve temyiz hakkı ile masraflar, kaza işlerinin görülmesinde yönetimle ilgili esaslar, konularını ileride kısım kısım hazırlıyarak yayınlamaya çalışacağım.

Bu küçük çalışma ürünümü değerli meslektaşlarımın tetkiklerine sunmaktan kıvanç duyuyorum.

1. BÖLÜM (Part. I)

1 — Yüksek Mahkeme (The Supreme Court)

2 — Yüksek Mahkemenin oturum yeri ve uğraşısı (Location of sittings and business of High Court)

3 — Eski bölgesel mahkemelerin lağvı (Abolition of courts of quarter sessions)

2. BÖLÜM (Part. II)

KRALİYET MAHKEMELERİ (THE CROWN COURT)

4 — Kraliyet mahkemelerinin teşkili (Establishment of the Crown Court)

5 — Kraliyet mahkemelerinde yargıçların icrayı adalet etmeleri (Justices as judges of the Crown Court)

DURUŞMA VE MUHAKEME (Trial on indictment)

6 — Münhasır (özel) kaza yetkisi (Exclusive Jurisdiction in trial on indictment)

7 — Muhakemenin icrası (committal for trial on indictment)

DIĞER KAZA MERCİLERİ (Other Jurisdiction)

8 — Lağv edilen bölgesel mahkemelerdeki işlerin kraliyet mahkemelerine devri (transfer to Crown Court of quarter sessions jurisdiction)

9 — Kraliyet mahkemelerine müracaat (Appeals to Crown Court)

10 — Kraliyet mahkemelerinin üst mahkeme olarak icrai kaza etmesi (High Court Jurisdiction in Crown Court proceedings)

Yargılama, ittihamname ve diğerk kaza yetkisi.

11 — Kraliyet mahkemelerinin nihai hükümleri ve diğerk kararları (Sentences imposed and other decisions made by Crown Court)

12 — Dinlenmeyi (istima olunma) talep hakkı (Right of audience)

13— Kraliyet Mahkemelerinin önüne davet usulü(Process to compel appearance before Crown Court)

14 — Kural koyma yetkisi, dava ikamesi ve usûl (Practice and procedure : powder to make rules)

15 — Kraliyet mahkemelerine ilişkin kuralların konması (Crown Court rules)

3. BÖLÜM (Part. III)

HÂKİMLER (Judges)

16 — Kaza Mahkemelerindeki hâkimlerin tayini (Appointment of Circuit Judges)

17 — Hâkimlerin görevden ayrılması, yer değiştirmesi ve azli
(Retirement, removal and disqualifications of Circuit Judges)

18 — Kaza Hâkimlerinin maaşları ve ödenekleri (Salaries and allowances of Circuit Judges)

19 — Emekliye sevk edilmeleri (Pensions of Circuit Judges)

20 — Bölge mahkemeleri hâkimleri (Judges of county courts)

21 — Mahkeme mukayyitlerinin tayini (Appointment of recorders)

22 — Hâkimlerin ve mukayyitlerin yeminleri (Oaths to be taken by Circuit Judges and Recorders)

23 — Kaza Hâkimleri ile mukayyitlerin üst mahkeme Hâkimi sıfatı ile görev yapmaları (Circuit Judge or recorder sitting as High Court Judge)

24 — Üst mahkeme ve kaza mahkemesi hâkimi yardımcıları (Deputy High Court and Circuit Judges)

25 — Resmi Hâkemlerin görevleri (Official referees business)

4. BÖLÜM (Part. IV)

MEMURLAR VE AYNİ YARDIMLAR (Officers and Accommodation)

26 — (Lord Chancellor) tarafından tayin edilecek memurlar (Masters and registrars to be appointed by Lord Chancellor)

27 — Yöneticiler ve diğer mahkeme görevlileri (Administrative and other court staff)

28 — Yardım provizyonu (Provision of accommodation)

29 — Londra şehrindeki memurlara ayni yardımlar (Accommodation in City of London)

30 — Danışma komiteleri (Advisory Committees)

5. BÖLÜM (Part. V)

JÜRİLER (Juries)

31 — Jüri üyelerinin görevlendirilmeleri ve davet edilmeleri. (Summoning of Jurors)

32 — Toplanmaları (Panels of Jurors)

33 — Olağanüstü hallerde davet (Summoning in exceptional circumstances)

34 — Çekinme (iltizar) (Attendance and service, and excusals)

35 — Yemin (The ballot, and swearing of Jurors)

36 — Jüri hizmeti için ödemeler (Payments in respect of Jury service)

37 — Muafiyet (Exemption for previous jury service)

38 — Suçlar (Offences)

39 — Madeni işlerde usulü muhakeme çoğunluk kararları (civil proceedings : majority verdicts)

40 — Özel jürilerin lağvı ve bütünleyici önlemler (Abolition of special juries and supplemental provisions)

6. BÖLÜM (Part. VI)

KAYNAKLAR

BAZI MAHKEMELERİN VEYA BÜROLARIN BİRLEŞMESİ VEYA LAĞVI (MISCELLANEOUS AND SUPPLEMENTAL)

Merger or abolition of certain courts and offices

41 — Medeni hukuk mahkemeleri ile üst mahkemenin birleşmesi (Merger of Palatine Courts with High Court)

42 — Londra şehri yerel mahkemesi (Local court for City of London)

43 — Lağv edilen diğer bazı yerel mahkemeler (Abolition of certain other local courts)

44 — Bazı adli büroların ilgasi (Abolition of certain offices)

AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN KAZA İŞLERİ VE TEMYİZ HAKKI

(Matrimonial Jurisdiction and patent appeals)

45 — Aile hukukuna ilişkin kaza işleri (Matrimonial Jurisdiction)

46 — Temyiz hakkı (Patent appeals)

MASRAFLAR (COSTS)

47 — Yargılama giderleri, krallık mahkemesi tarafından tamamen merkez formdan hüküm altına alınır. (Costs awarded by Crown Court out of central funds)

48 — Yargılama giderleri, krallık mahkemesince tarafların ödemelerine hükmolunur. (Costs awarded by Crown Court as between parties)

49 — Yargılama giderleri, bölgesel mahkeme veya Lordlar kamarasındaki Yüksek mahkemece merkez fondan hüküm altına alınır. (Costs awarded Divisional Court or House of Lords of central funds)

50 — Kraliyet mahkemesi yargılama giderlerine ilişkin hükümler verir (Crown Court rules relating to costs)

51 — Yorum ve önemli karar düzeltmeleri (Constructuon and consequential amendments)

52 — Şikayet veya davanın aynı zamanda açılmamış olması halinde giderlere ilişkin hüküm (Award of costs where information or complaint is not proceded with.)

KAZA İŞLERİNİN GÖRÜLMESİNDE YÖNETİMLE İLGİLİ ESASLAR**(Administrative functions of justices)**

53 — Adalet işlerinin yönetimi (Administrative functions of justices)

54 — (55 ilâ 59.ncu maddeler) : Müteakip malî işler ücretsiz memuriyetler.

BÖLÜM — (PART I)**GİRİŞ****(INTRODUCTORY)****YÜKSEK MAHKEME (THE SUPREME COURT)****I —****Yüksek Mahkeme
(The Supreme Court)**

- (1) Yüksek Mahkeme; Yargıtay, Üst mahkeme ve bu kanunla kurulan Kraliyet mahkemesinden teşekkül edecektir.
- (2) Bu kanunla bütün muvakkat mahkemeler kaldırılmıştır. Normal ya da özel olsun bundan böyle muvakkat mahkemelerin toplanması için emir yayınlanmayacaktır.

II —**Üst Mahkemenin işi ve oturum yerleri.****(Logation of sittings and business of High Court)**

- (1) Yüksek Mahkeme toplantıları ile Yüksek Mahkeme, muhakemeleri İngiltere veya Wales'in herhangi bir yerinde yapılabilir.
- (2) Mahkeme kurallarına bağlı olarak;
 - (a) Yüksek Mahkemenin Kraliyet Adalet Mahkemeleri dışında toplanacakları yerler, ve
 - (b) Yüksek Mahkemenin, Kraliyet Adalet Mahkemeleri dışında toplanacağı gün ve toplantı sayıları Baş Hâkim (Lord Chancellor) veya onun namına verilecek talimatlara uygun olarak tesbit edilecektir.

III —**Yerel (bölgesel Mahkemelerde üç aylık sürelerin lağvı.****(Abolition of courts of Quarter sessions)**

Bu nedenle üç ayda bir yapılan yerei mahkeme toplantıları kaldırılmış olup, hukuksal sorununu çözümlleyen sulh komisyonları bu tarihte veya bu tarihten sonra bu bölümün gereksinimleri hesaba alınarak düzenlenecektir.

BÖLÜM — (PART) II

Bu bölüm Kraliyet mahkemeleriyle (The Crown Court) ile ilgili olup, ayrıca yayınlanacaktır. (Madde 4-15)

BÖLÜM — (PART) III**HÂKİMLER (JUDGES)**

16 —

Kaza Hâkimlerinin atanması (tayini)

(Appointment of Circuit Judges)

- (1) Kraliçe; zaman zaman Kraliyet Mahkemelerinde ve kaza mahkemelerinde, bu kanun veya diğer herhangi bir kanunun kendilerine tahmil ettiği adli hizmetleri görmek üzere, Baş Hâkimin (Lord Chancellor) önereceği kalifiye elemanlar arasında kaza hâkimleri tayin edebilir.
- (2) Kaza hâkimlerinin azami sayısı zaman zaman Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından tesbit edilerek Adalet Bakanı tarafından onaylandığı gibi olacaktır.
- (3) On yıllık fiili avukatlık veya beş yıl süre ile Hâkimlik yapılmadıkça kaza hâkimliğine atanma vasfı kazanılamaz.
- (4) Baş Hâkim (Lord Chancellor), Kraliçeye kaza hâkimliğine tayin edilmek üzere herhangi bir kimseyi önerirken bu kimsenin sağlığının yerinde olduğunu tesbit edecektir.
- (5) Bu kanunun (Kısım I Bölüm 2 si) kaza hâkimlerinin tayininde geçerli ve Kısım II nin bu bölümnüdeki ek hükümler etkili olacaktır.

17 —

Kaza hâkimlerinin emekliliği, görevden alınması veya vasfını kayması

(Retirement, removal and disqualifications of Circuit Judges)

- (1) Aşağıdaki (2) ve (4) tali bölümlerine bağlı olarak, her kaza hâkimi görevinden yet-

miş iki yaşına bastığı yıl sonunda, görevini tamamladığında, ayrılacaktır.

- (2) Baş Hâkim (Lord Chancellor); emeklilik süresini doldurmuş olan bir kaza hâkiminin kamu çıkarları bakımından yararlı olduğu kanısında olduğu zaman, bu hâkimin görevine azami yetmişbeş yaşına basıncaya kadar devam etmesine, uygun gördüğü şekilde yetki verebilir.
- (3) Yukarıda bölüm (1) açısından Paragraf 1 Bölüm 2 ye uygun olarak kaza hâkimliğine tayin edilen bir kimse hâkimliğe tayin edildiği mahkemede bir yıllık süresini ikmal edince, bir yıllık kaza hâkimi olarak kabul edilecektir.
- (4) Baş Hâkim (Lord Chancellor); gerekli gördüğü takdirde bir kaza hâkimini ehliyet-sizlik veya kötü davranış nedenleri ile görevinden alabilir.
- (5) Avam Kamarası Ehliyetsizlik (1957 tarihli) Kanununun Kısım I Bölüm 1'nde (Avam kamarası, senato ve Kuzey İrlanda Avam Kamarası üyelikleri için ehliyetsiz olan kaza mercilerinin listesi verilmektedir) Skocya Şerifleri ile ilgili bölümüne "Kaza Hâkimi" kelimeleri eklenecektir.
- (6) Bu görevi devam ettikçe hiçbir kaza hâkimi avukatlık yapamayacak veya arabulucu, hâkem veya noterlik hizmetleri ile ilgili direkt ya da dolaylı hizmetlerde bulunmayacak ve kendisine herhangi bir maddi kazanç sağlayamayacaktır.

13—

Kaza Hâkimlerinin maaş ve ödenekleri

(Salaries and allowances of Circuit Judges)

- (1) Bu kanunun Kısım II Bölüm 2'sine bağlı olarak her kaza hâkimine Baş Hâkimin, (Lord Chancellor) tesbit edeceği ve Adalet Bakanının onaylayacağı bir maaş bağlanır.

- (2) Bu bölüme uygun olarak ödenecek her maaş;
- (a) Konsolide Fondan ödenecektir.
 - (b) Atama tarihinden başlayacak ve günü gününe tahakkuk edecektir.
 - (c) Hazinesinin tesbit edeceği üç aydan uzun olmayan fasıllarla ödenecektir.
 - (d) Bu bölüm tahtında alınacak bir kararla maaş artabilecek fakat indirilmeyecektir.
- (3) Tali Bölüm (4) e bağlı ve Bölüm (1) e uygun olarak tesbit edilen maaş, bu görev ve atanmadan önce başka hizmetlerden emekli olmuş ve bir emekli maaşı alınıyorsa bu miktar tenzil olunduktan sonra ödenecektir.
- (4) Yukarıdaki tali bölüm (3) aşağıdaki durumlara şamil değildir.
- (a) Paragraf 1 Bölüm 2'de belirtilen görevlerden birinde bulunduktan sonra Kaza hâkimliğine atananlar,
 - (b) Bu görevde 10 Mayıs 1967 den önce bulunanlar (yani 1967 ücretler kanunu çıkarılmadan önce).
- (5) Kaza hâkimlerine Baş Hâkimin (Lord Chancellor); tesbit edeceği ve Adalet Bakanı tarafından onaylanacak tahsisat (Ödenekler) Parliamentonun sağlayacağı paradan ödenecektir.

19 —

**Kaza Hâkimlerinin
Emekliliği**

(Pensions of Circuit
Judges)

- (1) Bu kanunun Kısım II Bölüm 2'sine bağlı olarak Baş Hâkim (Lord Chancellor) herhangi bir kaza hâkimine Adalet Bakanının onaylayacağı bir emeklilik miktarını aşağıdaki tali bölüm (2) ye göre tavsiye edebilir.
- (a) Görevinden Madde 17'ye uygun olarak ayrılmışsa, veya

- (b) Şayet bir tıbbi belge sonucu Baş Hâkim (Lord Chancellor) bir kaza hâkiminin bedenen veya aklen hastalanıp iktidardan düştüğünü ve bu durumun devamlı olacağını kabul ederse, veya
- (c) Şayet 15 yıllık bir hizmetten sonra emekliliğe sevk edilmiş ve bu tarihte atmışbeş yaşını doldurmuşsa,
- (2) Bu bölüme uygun olarak bir kaza hâkimine ödenebilecek yıllık emeklilik ücreti hâkimin son yılki maaşının aşağıdaki tabloda gösterilen ve yıllık hizmetlerine göre hesaplanmış oranlar tutarında olacaktır :

TABLO

İkmal edilmiş hizmet Yılları	Son yıllık maaşın kesiri
5 Yıldan az	Kırkda/altısı
5 Yıl	Kırkda/onu
6 Yıl	Kırkda/onbiri
8 Yıl	Kırkda/onüçü
9 Yıl	Kırkda/ondördü
10 Yıl	Kırkda/onbeşi
11 Yıl	Kırkda/onaltısı
12 Yıl	Kırkda/onyedisi
13 Yıl	Kırkda/onsekizi
14 Yıl	Kırkda/ondokuzu
15 Yıl veya	
15 Yıldan fazla	Kırkda/yirmisi

- (3) Bu bölüme uygun olarak kendisine emeklilik bağlanan ve 72 yaşını bitirmeden emekliliğe ayrılan bir kimse yukarıdaki tali bölüm (1) (b)'de belirtilen mazeretler ortadan kalktıktan sonra tekrar görevine başlayacak olursa kendisine bağlanan emeklilik maaşının ödenmesi duracak, ancak ikinci görev süresi sona erince,

emeklilik aylığı tekrar başlayacak ve yukarıdaki tali bölüm (2) belirtildiği şekilde ikinci hizmet süresi de eklenerek ödenecektir.

- (4) 1950 tarihli Adli İdarecilik (Emekliler) kanununun 2. ilâ 9. ve 15. ilâ 17. bölümleri (toptan ödemeler, dullar ve emeklilerin bakmakla bağımlı oldukları kimseler) kaza hâkimlerine de teşkil edilecektir ve bu kanunun Ek 1'inde belirtilen hizmetlere uygulandığı şekilde uygulanacaktır.
- (5) Bir kaza hâkiminin yıllık maaşının yukarıdaki Bölüm 18 (3)'e uygun olarak görevi nedeniyle veya diğer yan menfaatler kendisine ödenmekte olan emekliliğin hesaplanması nedeniyle, 1950 tarihli Adli İdarecilik (emekliler) kanunu ile yapılan kesintiler ne olursa olsun, bu yıllık maaşın miktarı yukarıdaki Bölüm (18) (1) belirtildiği şekilde tesbit edilecektir.
- (6) Bu bölüme uygun olarak verilecek herhangi bir emeklilik maaşı konsolide fonlardan ve üç aydan uzun olmamak şartı ile hazinenin tesbit edeceği fasıllarla ödenecektir.
- (7) Aşağıdaki durumlardan birinin ortaya çıkması halinde Adalet Bakanlığının kararı nihaî olacaktır.
 - (a) Bu bölüm hükümlerinden herhangi birinin ilgili kimseye uygulanması,
 - (b) Bu bölüme uygun olarak verilecek herhangi bir emeklilik miktarı, veya
 - (c) Herhangi bir hizmetin emekliliğin hesaplanmasına esas alınması,

20 —

Mahalli (bölge) mahkemeleri hâkimleri
(Judges of County courts)

- (1) Her kaza hâkimi, görevinin kendisine tanıdığı yetki ile İngiltere ve (Wales) dahi-

lindeki bölge mahkemelerine başkanlık edebilecektir. Baş Hâkim (Lord Chancellor) her bölgeye bir veya birden fazla kaza hâkimi atayabilecek ve zaman zaman atama bölgelerinde değişiklikler yapabilecektir.

- (2) Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından veya adına verilmiş herhangi bir talimata bağlı ve yukarıdaki tali paragraf (1)'e uygun olarak, bölgelerden herhangi birine, birden fazla Kaza Hâkimi atanması halinde (1959) bölge Mahkemeler Kanununun tahmil ettiği bütün görevler geçici olarak buraya atanmış Kaza Hâkimleri tarafından yerine getirilecektir.
- (3) Her temyiz mahkemesi hâkimi, her üst mahkeme hâkimi ve her yerel hâkim, görevlerinin verdiği yetkiye uygun olarak, İngiltere ve (Wales)'in herhangi bir bölge mahkemesinde hâkimlik yapabilecektir, ve baş hâkim (Lord Chancellor) uygun bulunduğu takdirde, gerekli gördüğü zaman ve durumlarda bu şekilde görevlendirebilecektir.
- (4) Belirli bir bölgede kaza hâkimi olarak görevli bulunup bulunmadığına bakmadan bir kaza hâkimi;
 - (a) Gerekli zaman ve durumlarda baş hâkimin (Lord Chancellor) talimatı üzerine herhangi bir bölge mahkemesine başkanlık edecektir.
 - (b) Sözü geçen bölge mahkemeleri hâkimleri veya hâkiminin mahkemede hazır bulunamayacaklarını ve eldeki davalara bakılamıyacağını anladığı takdirde bu mahkemelerdeki celselere kendisi katılacaktır.
- (5) 1959 Bölge mahkemeleri Kanununun (Duchy of Lancaster) bölgesi içindeki böl-

ge mahkeemleri ile ilgili hükümleri (Kısım I) yürürlükten kaldırılmıştır.

- (6) Atama tarihinde; bölge mahkemelerinin geçici ve yardımcı atamaları sona erecek ve 1959 Bölge Mahkemeleri Kanunu hükümlerinin bu geçici hâkim veya hâkim yardımcısı ile ilgili maddeleri yürürlükten kalkacaktır.
- (7) Bu kanunun hiçbir hükmü; bu kanunun bölüm 16 (5)'inin meriyete giriş tarihinde emeklilik ve diğer haklardan faydalanmakta olan görevi son bulmuş mahalli mahkeme hâkimlerine yapılmakta olan uygulamaları etkilemeyecektir.

21 —

Yerel hâkimlerin atanması

(Appointment of Recorders)

- (1) Kraliçe zaman zaman yetenekli kimseleri (part-time) hâkimi olarak görev yapmak üzere Kraliyet Mahkemesinde yerel hâkim olarak görevlendirebilir. Bunlar bu veya başka kanunların kendilerine tahmil edeceği diğer adli görevleri yaparlar.
- (2) Yerel hâkim olarak yapılacak her atama Baş Hâkimin (Lord Chancellor) önereceği bir kimse veya kimseler arasından seçilecekve hiçbir kimse en az on yıllık bir süre ile avukatlık veya hukuk müşavirliği yapmadan bu göreve atanmayacaktır.
- (3) Bir kimse yerel hâkim olarak atanırken, atama süresi ve bu süre içinde görevlerini hangi aralıklarla ve ne gibi vesilelerle yapması gerekeceği belirtilecektir.
- (4) Aşağıdaki tali bölüme (5)'e bağlı olarak Baş Hâkim (Lord Chancellor) ilgili yerel hâkimin kabulü ile, bu gibi süreleri zaman zaman kendi uygun göreceği şekilde uzatabilir.

- (5) Ne yerel Hâkimin atandığı ilk süre, ne de bu sürenin sonunda yapılan uzatmalar son hizmet yılını bitirdiği yılın sonunda, yetmiş iki yaşına basacak şekilde olmayacaktır.
- (6) Baş Hâkim (Lord Chancellor) uygun gördüğü takdirde bir yerel hâkimin görevine; yeteneksizlik veya kötü davranış, ya da yukarıda tali bölüm (3) de atanma şartları ile ilgili görevlerini yerine getirmemiş olma nedeniyle son verebilir.
- (7) Parlamentoca sağlanacak paradan Yerel Hâkimlere Adalet Bakanı tarafından onaylanacak ve Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından tesbit edilecek maaşlar ve tahsisatlar ödenecektir.

22 —

Kaza mahkemeleri Hâkimleri ve yerel Hâkimlere yaptırılacak yeminler.

(Oaths to be taken By Circuit Judges and Records)

- (1) Aşağıdaki hükümlere bağlı olarak, her kaza hâkimi ile yerel hâkim sadakat yemini ile adalet yemininde bulunacaktır. 1868 Taahhüt Yeminleri Kanunu, bu kanunun Kısım II'sinde adı geçen görevlilere Kaza Hâkimleri de dahilmiş gibi uygulanacaktır.
- (2) 1871 Taahhüt Yeminleri Kanunundaki herhangi bir hükme rağmen, bir Kaza Hâkimi yukarıdaki tali paragraf (1) de belirtilen yemini Baş Hâkim (Lord Chancellor) huzurunda yapacaktır. Yerel Hâkim ise aynı yemini, ya bir Temyiz Mahkemesi, ya da üst Mahkeme veya bir kaza Hâkimi huzurunda yapacaktır.
- (3) 1871 Yasasının bu bölümünde, bir kaza hâkiminin Kısım I Bölüm 2'ye uygun olarak and içmesini gerektiren bir hüküm yoktur.

23 —

Kaza hâkimi veya yerel hâkimin bir üst mahkeme hâkimi gibi görev yapması.

(Circuit Judges or Recorder sitting as Hing Court Judge)

- (1) Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından veya onun namına talep edilmesi halinde bir kaza hâkimi veya yerel hâkim Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından veya onun namına belirtilecek yer ve zamanlarda üst Mahkemelerin celselerine katılacaklardır.
- (2) Bu bölüme uygun olarak yapılacak bir talep üzerine bir üst mahkemenin duruşmasına katılacak bir Kaza Hâkimi veya yerel hâkim, tali bölüm (3)'e bağlı olarak bütün amaçlar için buna göre yetkilenecek ve bir üst mahkemenin ikinci hâkimin tüm fonksiyonlarını yerine getirecektir.
- (3) Bu bölüme uygun olarak yapılacak bir talep sonucu bir üst mahkeme hâkimi gibi görev yapan bir kaza hâkimi veya yerel hâkim aşağıdaki hususlarla ilgili hallerde üst mahkeme hâkimi gibi kabul edilmeyecektir.
 - (a) Üst mahkeme hâkimlerinin atanması, emekliliğe sevki, görevden alınması veya yeteneksiz ilân edilmesi,
 - (b) Bu gibi hâkimler tarafından yapılacak yeminler veya bunların görev süresi, veya
 - (c) Bu gibi hâkimlerin maaş, tahsisat veya emeklilik maaşları.
- (4) Bir kaza hâkimi veya Yerel hâkimin bir üst mahkeme hâkimi gibi duruşmalara belirli bir süre için katılması istendiği takdirde; bu sürenin hitamına bakılmadan, kendisinden önce başlayan ve üst mahkeme hâkimi olarak görev yaptığı süre içinde devam eden bir duruşmanın veya bununla ilgili hususların sonuçlandırılması amacı ile üst mahkeme duruşmalarına ka-

tılmaya devam edebilir. Bu amaç için ve bunu takip edecek duruşmalar için bir üst mahkeme hâkimi olarak kabul edilecektir.

24 —

Üst mahkeme ve Kaza
hâkimi yardımcısı

(Deputy High Court) and
Circuit Judges

- (1) Baş Hâkim (Lord Chancellor) in kanaatine göre geçici bir tedbir olarak ve bu tali bölüme uygun surette üst Mahkeme veya Kraliyet Mahkemesi görevlerini yürütmek veya kolaylaştırmak amacı ile 1925 Hâkimler Kanununun Bölüm 9'una göre yetenekli sayılan bir hâkimin Temyiz Mahkemesi veya üst mahkeme hâkimliğine vekil (yetkili) hâkim olarak atanması uygun görülmüşse, bu atama Baş Hâkimin (Lord Chancellor) tesbit edeceği belli dönem ve durumlarda yapılır.
- (2) Baş Hâkim (Lord Chancellor) kanaatine göre Kraliyet Mahkemesinin veya kaza mahkemesinin görevlerini yürütmek ve işlerini kolaylaştırmak için bir yardımcı hâkim tayini gerekiyorsa bu tayin Baş Hâkimin (Lord Chancellor) uygun göreceği zaman ve süreler için yapılabilir. Bu görevlere atanacak kimseler :
 - (a) Yukarıdaki Bölüm 16'ya uygun olarak kaza hâkimliğine atanma yeteneği olan herhangi bir kimse,
 - (b) Bir Temyiz Mahkemesi, Kraliyet Mahkemesi veya Kaza Mahkemesi Hâkimi olarak görev yapmış herhangi bir kimse, veya
 - (c) Yukarıdaki bölüm 20'de belirtilen göreve atanmadan önce resmi bir hakem veya bölge mahkemesi hâkimi olarak görev yapmış herhangi bir kimse,

- (3) Aşağıdaki tali bölüm (4) de belirtilen dışında, bir yardımcı hâkimin bu bölüme uygun olarak atandığı, zaman ve süre sırasında bütün amaçlar için bir üst Mahkeme veya Kaza Mahkemesi, duruma göre, ikinci hâkimi olarak kabul edilecek ve bu görevin bütün fonksiyonlarını yerine getirecektir.
- (4) Bu bölüme uygun olarak atanan bir yardımcı hâkim, her hangi bir hüküm veya kanuna göre ve aşağıdaki görevler için bir üst mahkeme veya kaza mahkemesi hâkimi olarak kabul edilmeyecektir.
- (a) Üst mahkeme veya Kaza Hâkimlerinin atanması, emekliliğe sevki, görevlerinden alınması veya yeteneksiz kabul edilmesi.
- (b) Üst mahkeme ve Kaza Mahkemeleri hâkimlerinin görev süreleri ve yapacağı yeminler, veya,
- (c) Üst Mahkeme Hâkimleri ve Kaza Hâkimlerinin maaş ve tahsisatları ile emeklilik maaşları.
- (5) Bir yardımcı Hâkimin; Üst mahkeme veya Kaza Hâkimi, Kaza Yardımcı Hâkimi olarak belirli bir süre için duruşmalara katılması istendiği takdirde, bu sürenin hitamına bakılmadan, kendisinden önce başlayan ve üst Mahkeme veya Kaza Mahkemesi yardımcı hâkimi olarak görev yaptığı süre içinde devam eden bir duruşmanın veya bununla ilgili hususların sonuçlandırılması amacı ile üst mahkeme veya Kaza Mahkemeleri duruşmalarına bir yardımcı hâkim olarak katılmaya devam edecektir.

Bu amaç için ve bunu takip edecek duruşmalar için bir üst mahkeme veya Kaza

Mahkemesi yardımcı hâkimi olarak kabul edilecektir.

- (6) Üst Mahkeme veya Kaza Mahkemeleri yardımcı hâkimlerine Parlatentonun sağlayacağı paradan, Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından tesbit edilerek Adalet Bakanlığı tarafından onaylanacak bir maaş ve ödenek ödenecektir.

25 —

Resmi hâhemlerin Görevleri

(Official referees')
business

- (1) Bu kanunun uygulamaya girişi tarihinden sonra hiçbir şahıs resmi hakemlik görevine atanmayacaktır ve bu tarihi takiben Yüksek Mahkeme Kanunları ve hükümleri gereğince resmi hakemlere, tahmil edilen görevler bu bölümün hükümlerine uygun olarak yerine getirilecektir.
- (2) Baş Hâkimin (Lord Chancellor) zaman, zaman uygun göreceği Kaza Hâkimleri, resmi hâkemlerin görevlerini yerine getirecektir.
- (3) Bir üst Mahkemenin veya bir üst Mahkeme Hâkiminin görevlerinin, yetkilerinin bir resmi hâkem tarafından ve Adli İdare Kanunu 1956'ın Bölüm 15'ine uygun olarak görülmesi gerektiği hallerde, bu durum "Resmi hâkemlerin görevi" olarak bilinecek ve, madde kavramı aksini belirtmedikçe, bu görevi yapacak olan resmi hakemden bir Kaza Hâkiminin görevlerini yapan bir kimse olarak bahsedilecektir.
- (4) Mahkeme kanunlarına bağlı olarak, "Resmi hakem görevlerinin" dağılım ve bu bölüme uygun olarak yerine getirilmesi kuralları Baş Hâkim (Lord Chancellor) tarafından veya onun adına tesbit ve tayin edilecektir.

ANAYASA HUKUKU

ANAYASA MAHKEMESİNİN "ANAYASADA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİ" DENETLEME YETKİSİ

Tahsin TÜRKÇAPAR*

KONU :

Bu inceleme yazısında; Anayasa Mahkememizin, son zamanlarda, yaygın bir biçimde, uygulanmakta olduğu bir YÖNTEM, olanaklarımız ölçüsünde ortaya serilecek ve konu ile ilgilenmek isteyen Hukukçuların görüşlerine sunulacaktır.

Ereğimiz Yüksek Mahkemenin uyguladığı YÖNTEM'in kendi kararları ve Anayasamızın şu andaki kuralları ile bağdaşıp, bağdaşmadığını ortaya koymaktır.

Yanılgımız elbette olabilir.

Hukukla ilgisi bulunanların yakından izledikleri gibi Yüksek Mahkeme, son zamanlarda verdiği birçok kararlarla, ANAYASADA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİ Anayasamızın 9. Maddesindeki "DEĞİŞMEZLİK VE TEKLİF EDİLMEZLİK" -YASAK- kuralının, Anayasamızın 1. nci maddesinden ayrı olarak 2. nci maddesini ve 2. nci maddenin göndermede bulunduğu "BAŞLANGIÇ" bölümünü de kapsadığı varsayımından hareket ederek inceleme konusu yapmakta, bu yoldan ŞEKİL (BİÇİM) yönünden bazı değişiklikleri İPTAL etmektedir.

Uygulanan bu yöntemin, Anayasamızın bugünkü kuralları ve özellikle 147. nci maddede 1488 sayılı Kanunla yapılan son değişiklikten sonra, olanak dahilinde bulunup bulunmadığını ve uygulanan YÖNTEM'in "HUKUKSAL YÖNDEN" savunulmasının yapılabilir yapılamıyacağını incelemek istiyoruz.

I) SORUNUN KÖKENİ :

1) İLK DURUM :

Sorunu açıklığa kavuşturabilmek için, kökenine inmek zorunluğu vardır. Bilindiği gibi, 1961 Anayasamızın 147. nci maddesi Anayasa

(*) Hatay Hâkimi

Mahkemesinin yetkilerini düzenlerken, birinci fıkrasında; Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç tüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler" hükmünü koymuş idi.

Bu hüküm uygulamada değişik yorumlara yol açmıştır. KANUNLAR sözcüğünün içine, Anayasada yapılacak değişikliklerle ilgili kanunların da dahil olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışma, Yüksek Mahkemenin verdiği bir kararla sonuca bağlanmış, KANUNLAR sözcüğünün, "Anayasa değişikliklerine" ilişkin KANUNLARI da kapsadığı bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bu tip kanunları da, Gerek ESAS gerekse ŞEKİL (BİÇİM) yönünden "Anayasaya uygunluk" denetiminden geçirme yetkisinin bulunduğu kararlaştırılmıştır. (1)

2) İKİNCİ AŞAMA (Bugünkü Durum) :

Yüksek Mahkemenin bu kararından sonra, Anayasa Koyucu, sorunu açıklığa çıkarmak düşüncesi ile sözü edilen, Anayasamızın 147 nci maddesini 20.9.1971 gün ve 1488 sayılı Kanunla değiştirmiştir. Değiştirilen yeni maddenin I. nci fıkrası "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DE ANAYASADA GÖSTERİLEN ŞEKİL ŞARTLARINA UYGUNLUĞUNU DENETLER" biçimine sokmuştur.

Değişikliğin amacı bellidir. Anayasa Koyucusu, Anayasa Mahkemesinin, Anayasada yapılacak değişiklikleri (Bu değişiklikleri salt anlamda "KANUN" değil "ANAYASA" olarak nitelendirerek) ESAS yönünden "YARGI DENETİMİ"nin dışında bırakmak istemiştir.

Burada bir inceliğin gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. İncelik şuradadır. Yeni fıkra düzenlenirken, Anayasa Mahkemesinin salt kanunlar ile Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin ANAYASAYA uygunluğunun DENETLEME konusu yapılacağı, belirlenmiş, ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ise sadece, ANAYASADA GÖSTERİLEN ŞEKİL ŞARTLARINA uygunluğunun DENETLEME konusu yapılacağı açıklıkla belirtilmiştir.

Şunu hemen belirtmeyi yararlı görüyoruz. Bu inceleme yazımızdan, anayasa koyucusu tarafından yapılan bu değişikliği ONAYLADI-

1) Yüksek Anayasa Mahkemesi Türkiye İşçi Partisinin başvurusu üzerine verdiği 16.6.1970 Gün ve 1970/1 - 1970/31 Sayılı bu kararında; sonuç olarak; 6.11.1969 Gün ve 1188 Sayılı Kanunun Millet Meclisindeki birinci görüşülmesi sırasında yer alan madde oylamalarında üçte iki çoğunluk aranmamasının KANUNUN ŞEKİL (BİÇİM) yönünden İPTALİNİ gerektirdiğine karar vermiştir.

Resmî Gazete : 7 Haziran 1971 Gün ve 13858 sayılı nüsha Sah : 1-6.

ĞİMİZ sonucu asla çıkarılmamalıdır. Değişikliğin Anayasamızın genel yapısına ve "Hukuk Devleti" ilkelerine ters düştüğünü söylemeyi gerekli sayıyoruz. Görüşümüz kesinlikle böyle olmakla birlikte, Yüksek Mahkemenin bugünkü uygulama YÖNTEMİNİ hukuksal bulmadığımızı kanıtlamak istiyoruz.

3) YÜKSEK MAHKEMENİN SON YÖNTEMİ :

Yüksek Anayasa Mahkememiz son zamanlardaki bazı kararlarında; (2) 147. nci Maddede Anayasa Koyucusu tarafından yapılan değişiklikten sonra, yeni bir YÖNTEM'le, Anayasada yapılan Değişiklikleri "ESASIN ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELENMESİ" gibi anlaşılması hakikaten zor bir YÖNTEMLE inceleme konusu yapmakta, bu yoldan bazı değişiklikleri İPTAL etmektedir.

YÖNTEM, Yüksek Mahkemece şöyle uygulanmaktadır. "Anayasanın 9. ncu maddesi Devlet Şeklinin (Cumhuriyet) olduğu hakkındaki Anayasa hükmü DEĞİŞTİRİLEMEZ ve DEĞİŞTİRİLMESİ TEKLİF EDİLEMEZ, kuralını koymuştur. Maddede geçen DEVLET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OLDUĞU deyiminden sadece Anayasanın 1. nci maddesinin ve o maddede yer alan (CUMHURİYET) sözcüğünün amaçlandığı düşünülemez. Çünkü değişmezlik ilkesinin tek bir (CUMHURİYET) sözcüğüne bağlanması halinde, Anayasanın 1. nci maddesine hiç dokunulmadan (BAŞLANGIÇ BÖLÜMÜNDE) ve 2. nci maddede yapılacak değişikliklerle rejimin kökünden yozlaştırılması yolu açılmış olur. Dünya yüzeyine yayılmış ülkelere göz atılacak olursa, adları (CUMHURİYET) olduğu halde, uyguladıkları rejim bakımından Anayasamızdaki sisteme taban tabana zıt düşen pek çok devletlerin bulunduğu görülmektedir.

Oysa Anayasamızın kurduğu ve korumak istediği devlet şekli (BAŞLANGIÇ BÖLÜMÜNDE) ve ikinci maddede nitelikleri belirlenmiş bir CUMHURİYETTİR VE 9. ncu madde ile konulan DEĞİŞMEZLİK İLKESİ de (CUMHURİYET) sözcüğü ile birlikte onun bu niteliklerini koruma ve değiştirilmesini ÖNLEME EREĞİNİ gütmektedir."

Yüksek Mahkeme bu "YORUM"u benimsedikten sonra, şöyle bir sonuca varmaktadır.

2) Anayasa Mahkemesinin 15.4.1975 Gün ve 1973/19 - 1975/85 Sayılı Kararı. Resmî Gazete : 26 Şubat 1976 Gün Sayı : 15511)
Anayasa Mahkemesinin 23.3.1976 Gün ve 1975/167 - 1976/19 S. Kararı (Resmî Gazete : 12 Ağustos- 1976 Gün-Sayı : 15675)

"Yukarıda açıklandığı üzere, 9. ncu maddede yer alan "YASAK KURALI" da BİR ŞEKİL ŞARTI OLDUĞUNDAN diğer ŞEKİL şartları arasında, bu YASAK açısından da ANAYASAYA UYGUNLUK DENE-TİMİ YAPMAK" görevimiz vardır. Diyor. (3)

II) BU GÖRÜŞÜN "HUKUKSAL" DAYANAĞI VAR MI?

Sorunu bu biçimde ortaya koyduktan sonra, Yüksek Mahkeme-nin uygulamakta bulunduğu bu YÖNTEM'in ve bu kabulünün "Hukuk-sal" dayanağının bulunup bulunmadığını değerlendirmek istiyoruz.

1) YÜKSEK MAHKEMENİN "YORUM YETKİSİ" VAR MI?

Yukarıdaki gerekçeden açıklıkla anlaşılacağı gibi, Yüksek Mah-keme "YORUM YOLU İLE" bir sonuca varmakta ve 9. ncu maddede-ki YASAK KURALI'nın 2. nci maddeyi ve Anayasamızın "BAŞLANGIÇ" kısmını da içerdiğini TARTIŞMASIZ kabul etmektedir.

1961 Anayasamızın yapımcısı olan KURUCU MECLİS GÖRÜŞME TUTANAKLARI incelendiğinde, Yüksek Mahkemeye bu Anayasa ya-pımcısı tarafından "YORUM YAPMA" yetkisinin VERİLMEDİĞİNİ açıklıkla görmekteyiz. Nitekim Anayasamızın (1961 Anayasası) 147. nci maddesinin yapımı sırasında, konuşmacılar tarafından ileri atılan bu sorunla ilgili olarak Anayasa Komisyonu Başkanı tarafından yapılan açıklamada aynen : "... Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın koru-yucusu olarak, bahis konusu kanun Anayasaya aykırı mıdır, değil midir, diye bir tefsir yapacaktır. Ama bu tefsir o hale münhasır bir tefsir yapacaktır. Ama bu tefsir o hale münhasır bir tefsir olacaktır. YOKSA ANAYASA MAHKEMESİ "ANAYASANIN BU MADDESİ ŞU MANAYA GELİR" DİYE BİR KAİDE VAZ'EDECEK DEĞİLDİR." demektedir. Başkanın bu açıklamasından sonra, yüksek Mahkemeye YO-RUM yapma görevinin de verilmesini isteyen görüş, Kurucu Meclis tarafından kabul edilmemiş ve bu nedenle Anayasaya da böyle bir hüküm konulmamıştır. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin, 9. ncu mad-dedeki YASAK KURALI'nın, 2. nci madde ile 2. nci maddenin gönder-medede bulunduğu "BAŞLANGIÇ" kısmını da içerdiğini "YORUM YO-LU" ile kabul etmesinin "HUKUKSAL DAYANAĞI" nın bulunmadığını söylemek zorundayız. Zira; Yüksek Mahkemenin "YORUM YAPMA

4) Av. Kâzım Öztürk - İzahlı, gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere göre tasnifli Bütün tutanakları ile TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI Cilt : 3 Sayfa : 3759

YETKİSİ"nin bulunmadığı, az önce belirttiğimiz "Kurucu Meclis Tutanaklarındaki" görüşlerden kesinlikle anlaşılmaktadır. (4)

2) BU "YORUM" HUKUKSAL YORUM KURALLARINA UYGUN MU?

Yorum, hukuksal anlamda, herhangi bir kanun hükmünün, hangi anlama geldiğini açıklığa kavuşturmak, bu hükümle "Kanun koyucu" nun neyi söylemek istediğini kesinlikle belirlemektir. Yorum yapılırken, kanun koyucunun, kuralı koyarken, bu kuralı hangi AMAÇLA koyduğunu saptamak zorunludur. Yani yapılacak ilk iş, o kuralın "GEREKÇESİNE" bakmaktır. Eğer "GEREKÇEDEN" kesin sonuca varılamaz ise, o zaman, kuralın konması sırasındaki "GÖRÜŞME TUTANAKLARI"nın incelenmesi gerekir. Bu nedenle 9.ncu maddenin önce "GEREKÇESİNİ", sonra "Kurucu Meclisteki görüşülme tutanakları"nı incelemek istiyoruz.

A) DOKUZUNCU MADDENİN GEREKÇESİ :

Gerekçe aynen şöyledir : "Eski Anayasanın ilgili maddesi genel esaslar arasına alınmak suretile, değişmezliğin temel mahiyeti belirtilmek istenmiştir" (5).

Görüldüğü gibi "GEREKÇE"den sonuca varmak olanağı yoktur. Bu nedenle maddenin görüşülme tutanaklarının incelenmesi zorunludur.

B) KURUCU MECLİS GÖRÜŞME TUTANAKLARI :

Anayasamızın 9. ncu maddesine ilişkin "Kurucu Meclis" görüşme tutanakları ve burada ileri sürülen görüşler incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin bu YORUM biçiminin dayanıksız olduğu sonucuna kesinlikle varılmaktadır.

Nitekim Yüksek Mahkemenin yukarıda değindiğimiz 16.6.1970 gün ve 1970/1 - 1971/31 sayılı kararına muhalif kalan sayın üyelerden ikisinin (6) de, "Karşı görüşlerinde" açıklıkla belirttikleri gibi, 9. ncu maddedeki "Yasak Kuralı"nın, 2. nci madde ve bu maddenin göndermede bulunduğu "Başlangıç" kısmını da kapsadığı biçimindeki görü-

5) Aynı Eser : Cilt : 2 Sahife : 1207.

6) Resmi Gazete : 7 Haziran 1971 Gün 13858 Sayı'da yayınlanan Karar. Anayasa Mahkemesi Sn. Üyelerinden, Celalettin Kurelman ve Halit ZARBUN'un MUHALEFET AÇIKLAMALARI. Sahife : 7

şe katılma olanağı yoktur. Maddenin görüşülmesi sırasında, Sayın üyelerden (7) birisi;

"... Kanaatimce, sadece "Devlet şeklinin Cumhuriyet" olduğu hakkındaki hükmün değişmezliğinin ifade edilmesi yeterli değildir. Çünkü bugün dünyanın en sağcısından en solcusuna kadar, bütün diktatörlükleri, rejimlerinin Cumhuriyet olduğunu ifade ve ilân etmektedirler. Binaanaleyh, sadece rejimin Cumhuriyet olduğunu ve bunun değişmezliğini iddia, ifade etmenin, sağcı olsun, solcu olsun, hangisinden olursa olsun, bizi diktatörlükten kurtarmaya yeter olmadığı kanaatindeyim. Onun için ben şahsen, SADECE CUMHURİYETİN DEĞİL, CUMHURİYETİMİZİN VASIFLARINDAN OLAN DEMOKRATİK VE LAİK OLDUĞU ŞEKLİNDEKİ PRENSİBİN DE DEĞİŞMEZLİĞİ ŞEKLİNDE BİR HÜKMÜN KONMASININ DAHA UYGUN OLACAĞI kanaatindeyim. Bu suretle hakiki demokrasi muhafaza edilmiş olur. Aksi takdirde, sağcı veya solcu diktatörlüğe gitmek mümkün olabilir. Bu konuda bir takrir verdik, kabulünü rica ederim." diyor.

Anayasa Komisyonu sözcüsünün (8) bu görüşe yanıtı aynen şöyle olmuştur :

"... Yalnız Cumhuriyet şeklinin değil, "Demokratik bir Cumhuriyet" oluşun da, değiştirilemez bir hüküm olarak ifade edilmesi lazım gelir, diyorlar. Biz de bu görüşe gönülden katılırız. Fakat; Anayasaya bunu da koymak, MİLLETİN HAKİMİYET SAHASINI BİRAZ DAHA DARALTMAK DEMEK OLUR. Eski Anayasamızda yer alan istisnayı, Fransa'da da olduğu gibi devam ettiriyoruz. NE KADAR FAYDALI OLURSA OLSUN, BUNA YENİLERİNİ EKLEMİYİ DOĞRU BULMUYORUZ. Aksi halde, "Demokratikten" başka "Laikliğe" de, "Sosyalliğe" de teşmil edelim mi, sormak, kaçınılmaz mukadder adımlar teşkil edecektir. Yani YASAKLAR halkası artık namütenahi genişliyebilir. Demokrasinin korunmasını başka yollardan temin etmeliyiz. Yoksa Anayasanın bir hükmü daha değiştirilemez demek suretile değil, KOMİSYONUMUZ BU FİKRE, BU KARARA KATİYEN KATILMAMAKTADIR. Komisyonumuzda bu konu enine boyuna münakaşa müzakere edilmiş, bu SONUCA VARILMIŞTIR."

Bu konuşmalardan sonra, Sayın üyeler tarafından verilen ve 3. ncu maddenin kapsamını değiştirip, 2. nci maddeyi de kapsamına

7) Kurucu Meclis Üyesi Sn : Prof. Dr. Necip BİLGE'nin Konuşması (Dip Not 4'de sözünü ettiğimiz Av. K. Öztürk'ün eseri Sahife : 1208)

8) Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu Sözcüsü Sn : Prof. Dr. Muammer AKSOY'un cevabı (Aynı eser. Sahife : 1209-1210).

alacak biçimdeki teklifler, Kurucu Meclisçe KABUL EDİLMEMİŞTİR. (9)

Görüldüğü gibi, konu, Anayasamızın yapılması sırasında, Anayasa yapıcısının gözünden kaçmış değildir, 9. ncu maddenin kapsamının ne olduğu enine boyuna tartışılmış, maddedeki "YASAK KURALI"nın sadece 1. nci maddedeki "CUMHURİYET" sözcüğüne İLİŞKİN BULUNDUĞU KABUL EDİLMİŞTİR. Bu nedenle, Yüksek Mahkemenin YORUM biçimini "Hukuksal" yönden savunma olanağı kesinlikle yoktur.

C) DİĞER KANITLAR :

Görüşümüzün hukuksallığını kanıtlamak yönünden, 1960 yılında "Milli Birlik Komitesi" tarafından görevlendirilen "İlim Komisyonu" ve "Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî Bilimler Akademisi" tarafında hazırlanan "Anayasa Taslakları"nda, konuya ilişkin olarak konulan maddelerden de kısaca söz etmek istiyoruz.

"İlim Komisyonu" tasarısının "YASAK KURALINA" ilişkin 191. nci maddenin son fıkrası şöyledir :

"TÜRKİYE DEVLETİNİN LAİK BİR CUMHURİYET OLDUĞUNU VE BÜTÜNLÜĞÜNÜ GÖSTEREN HÜKÜMLER DEĞİŞTİRİLEMEZ VE DEĞİŞTİRİLMESİ TEKLİF BİLE EDİLEMEZ." (10)

"Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Akademisi" tarafından hazırlanan, Anayasa Tasarısının söz konusu "YASAK KURALI"na ilişkin 107. nci maddesinin 3. ncü fıkrası ise şöyledir :

"ANAYASANIN 1 ve 4. ncü MADDELERİNDE YAZILI CUMHURİYET VE MİLLİ EGEMENLİK PRENSİPLERİNİN TADİLİ DAHİ TEKLİF EDİLEMEZ." (11)

Bilindiği gibi, sözünü ettiğimiz her iki tasarı da, o tarihte "Kurucu Meclis"e verilmiş, 1961 Anayasası yapılırken, bu tasarılardaki hükümler de göz önünde bulundurulmuştur. Eğer Anayasa yapıcısı, Yüksek Mahkemenin "YORUM"unda belirttiği gibi, 9. ncu maddedeki "YASAK KURALI"nın kapsamını birinci maddenin dışına çıkarmak istese idi, o takdirde, örneklerini gösterdiğimiz hükümler gibi açık hükümler koymaktan kaçınmazdı.

9) Kurucu Meclis Üyesi Sn : Esat Çağa'nın Teklifi. (Aynı eser Sahife : 1212)

10) Aynı Eser : Cilt : 1 Sahife : 80

11) Aynı Eser : Cilt : 1 Sahife : 383

III) 9 NCU MADDEDEKİ "YASAK KURALI" ESAS (Öz) Mİ? ŞEKİL (Biçim) Mİ?

9. ncu maddedeki "Yasak Kuralı"nın ESAS (Öz) mi, yoksa ŞEKİL (Biçim) mi olduğu sorununu, Yüksek Mahkemenin kendi kararları ve maddenin değiştirilmesine ilişkin, "Gerekçe" ve "Görüşme tutanakları"ndan incelemek istiyoruz.

1 — YÜKSEK MAHKEMENİN KONUYA İLİŞKİN KARARI :

Yukarda kısaca değindiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme son zamanlardaki kararlarında, 9. ncu maddedeki "YASAK KURALI"nın "ŞEKİL" Biçim ŞARTI" olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkemenin son olarak benimsediği bu görüşün, daha önceki (Anayasamızın 147. Md. nin değiştirilmesinden önceki) kararlarındaki görüşü ile ÇELİŞTİĞİNİ belirtmek istiyoruz.

Anayasamızın 147. nci maddesi değiştirilmezden önce, Anayasa'nın bazı maddelerinin değiştirilmesi nedeniyle, bir başvuru üzerine, Yüksek Mahkeme 16.6.1970 Günlü kararında "Anayasada yapılan değişikliklerin de" diğer kanunlar gibi, Gerek ESAS (Öz), gerekse ŞEKİL (Biçim) yönlerinden "Anayasaya uygunluk" denetiminden geçirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkemenin, Resmi Gazetenin 7.6.1971 Günlü sayısında yayınlanan bu kararının incelenmesinden, kendisinin, ESAS (Öz) dan ve ŞEKİL (Biçim) den, neyi anladığı kesinlikle ortaya çıkmaktadır. Bu karardan anladığımız kadarı ile, Yüksek Mahkeme, "ŞEKİL YÖNÜNDEN" başlığı altında diğer kanunlardan ayrı olarak, Anayasada yapılacak değişikliklerin Anayasamızın 155. nci maddesindeki ŞEKİL ŞARTLARI'nı anlamıştır. Nitekim, söz konusu kararda; "Şu halde Anayasa değişikliğini öngören kanunlarda, Teklif ve Kabullerde 155. nci maddedeki usul ve şartlara uyulmuş bulunup bulunulmadığı açısından, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması zorunludur" demektedir. Bu suretle Yüksek Mahkeme kendi kararı ile ŞEKİL (Biçim) ŞARTI'nın Anayasamızın 155. nci maddesindeki ŞART'lar olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. (12)

Aynı kararın "ESAS YÖNÜNDEN BAŞLIĞI" altında ise, aynen şöyle denilmektedir.

"1961 Anayasası 9. ncu maddesi ile bir "DEĞİŞMEZLİK İLKESİ" koymuştur. Bu maddeye göre "DEVLET ŞEKLİNİN CUMHURİYET OL-

12) Daha fazla bilgi için Bakınız. R. Gazete 7.6.1971 Günlü sayıdaki Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Günlü Kararı.

DUĞU HAKKINDAKİ ANAYASA HÜKMÜ DEĞİŞTİRİLMEZ VE DEĞİŞTİRİLMESİ TEKLİF EDİLEMEZ.” Buradaki “DEĞİŞMEZLİK İLKESİ”nin sadece “CUMHURİYET” sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece Cumhuriyet sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira, 9. ncu maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasanın 1 - 2. nci maddelerindeki ve 2. nci maddenin gönderme yaptığı “Başlangıç Bölümünde” yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş “Cumhuriyet” sözcüğü ile ifade edilen “DEVLET SİSTEMİDİR”.

Görülüyorki; Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. nci maddesi gereğince, ANAYASA MAHKEMESİNE ESAS YÖNÜNDEN DENETİM YAPMA GÖREVİ DÜŞTÜĞÜ MEYDANDADIR.”

Kararın açıklığı karşısında uzun boylu söz etmenin gereği yoktur. Yüksek Mahkeme bu kararı ile ŞEKİL ve ESAS sözcüklerinden neyi anladığını kesinlikle belirtmiştir. Nitekim, sözünü ettiğimiz bu kararlar Anayasada, 6.11.1969 gün ve 1188 sayılı kanunla yapılan değişikliği ŞEKİL YÖNÜNDEN (Sadece Anayasanın 155. nci maddesinde sözü edilen şekil) IPTAL etmiş, ESAS yönünden bir inceleme yapmayı (Kanunun şekil yönünden iptali sonucuna varıldığından dolayı) gereksiz görmüştür.

Gene Yüksek Mahkemenin 13.4.1971 Gün ve 1970/41 - 1971/37 Sayılı kararında, ESAS ve ŞEKİL yukarıdaki kararda belirttiğimiz biçimde anlaşılmıştır. (13)

Varılan sonuç özetle şudur. Yüksek Mahkeme, Anayasamızın 147. nci maddesi 1971 yılında değiştirilmezden önce ESAS dediği ve bunu kararları ile belirttiği bir kurala, değişiklikten sonra ŞEKİL (BİÇİM) demektedir. Çelişki Yüksek Mahkemenin kendi kararları ile ortadadır. Bunun nedenini araştırmak yazı konumuzun dışında kalmaktadır. Biz sadece çelişkiyi ortaya koyuyoruz. Zira; bu yolda girilecek tartışma, “EGEMENLİK HAKKI”nın kim tarafından kullanılacağı, sorununu ortaya çıkarır. Daha başka bir deyimle, “ÇOĞULCU DEMOKRASİ”, “TEKELCİ DEMOKRASİ” tartışması, ortaya çıkar ki, biz bu tartışmaya girmeyi gereksiz saymaktayız. Son günlerde bu tartışma bazı kuruluşlar tarafından yapılmaktadır. (14)

13) Anayasa Mahkemesi Kararı, Resmi Gazete : 17.3.1972 Gün, Sayı : 14131 Sahife : 1-9.

14) Türkiye Barolar Birliğinin 28.5.1977 Gün ve 480/1-d Sayılı kararı Uyarınca tüm üyelerine gönderilen ve Kamu Oyuna açıklanan Görüş

2) 147. NCI MADDENİN YENİ HÜKMÜ.

1971 Yılında yapılan değişikliğin "Amaç" bellidir. Bu "Amaç" Yüksek Mahkemenin "Anayasada yapılacak değişiklikler yönünden" yapacağı "YARGISAL DENETİMİN" sınırlandırılmasıdır. Konuyu aşağıda daha fazla işliyeceğiz.

Burada Türkiye Büyük Millet Meclisinin yapısından çok kısa söz etmek istiyoruz.

1961 Anayasası Türkiye Büyük Millet Meclisini, sadece "Kanun Koyucu" değil, aynı zamanda "ANAYASA KOYUCU" olarak da görevlendirmiştir. Bu husus tartışma konusu değildir. Yüksek Anayasa Mahkemesi de, kuruluşundan bu yana verdiği kararlarında bu hususu aynen kabul etmiş bulunmaktadır. Bu kısa hatırlatmadan sonra, şimdi değişikliğin AMACI'nı biraz daha açmak istiyoruz. Bu amaç gerekçede çok açık olarak belirlenmiştir. Ancak, gerekçeye geçmeden önce, 147. nci maddenin eski ve yeni birinci fıkralarını buraya yazmayı, açıklığın sağlanması yönünden gerekli saymaktayız.

Anayasa Madde : 147 Fıkra : 1 Eski : "Anayasa Mahkemesi, KANUNLARIN VE TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İÇTÜZÜKLERİNİN Anayasaya uygunluğunu denetler.

Yeni metin : (20.9.1971 Gün ve 1488 Sayılı K. değişik) Madde : 147 Fıkra I : Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DE Anayasada gösteren ŞEKİL ŞARTLARINA uygunluğunu denetler."

Eski ve yeni hükümler arasındaki farkı, her okuyan kişi açıklıkla anlıyacaktır.

3 — GEREKÇE :

Konunun temelli açıklık kazanması için 1488 Sayılı Kanunla değiştirilen Anayasamızın 147. nci maddesinin I. Fıkrasına ilişkin "Gerekçe"yi aynen alıyoruz.

"Anayasa, Türkiye Büyük Millet Meclisini hem kanun VAZII, hem de Anayasa VAZII olarak yetkili kılmıştır. Kanun vazısı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinin tasarrufları, Anayasada belirtilen istisnalar dışında ve Anayasada gösterilen şekil, usül ve esaslara göre Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi, yasama meclislerinin iç tüzüklerini Anayasaya uygunluğunda denetlemeğe yetkilidir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vazısı olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini

denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim, Anayasamız, 4. cü maddenin 3. cü fıkrasında (hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz) hükmü yer almıştır. Şu halde Anayasanın sadece kanunlara ve iç tüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir. Ancak, hemen gözönüne almak gerekir ki; Anayasa değişikliği, Anayasanın 155. nci maddesinde görüldüğü üzere, gerek TEKLİF, gerekse MÜZAKERE, ve KABUL bakımından kanunlardan farklı şekil şartlarına bağlanmıştır. Anayasa değişikliği bu şartlar dışında kanunların tabi olduğu müzakere usullerine tabi olmakla beraber bir KANUN DEĞİL, bir ANAYASADIR. Geçmiş yıllar tatbikatında, Anayasa değişiklikleri kanun şeklinde kabul ve ilân edildiği ve bu değişikliklerden bazıları aleyhine iptal davaları açıldığı için, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yetkisi bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandırma ihtiyacı belirmiştir. Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece TEKLİF, MÜZAKERE ve KABUL edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, ESASA TEŞMİL EDİLEMEYECEĞİ VE BU ESASIN ANAYASA MAHKEMESİNE YER VEREN BÜTÜN DEMOKRASİLERDE DE AYNI TARZDA KABUL EDİLDİĞİ tesbit olunmuştur. ANAYASANIN 147. nci MADDESİNDEKİ DEĞİŞİKLİK, BU ANLAM DIŞINDAKİ YORUM VE UYGULAMAYA YER BIRAKMAYACAKTIR.” (15)

Gerekçeden çıkan sonuçları şöylece özetlemek gerekir.

1) Anayasa Türkiye Büyük Millet Meclisini hem KANUN KOYUCU ve hemde ANAYASA YAPIMCISI OLARAK GÖREVLENDİRMİŞTİR.

2) Anayasada yapılacak değişikliklerin ESAS YÖNÜNDEN, Anayasa Mahkemesi tarafından yargı denetiminden geçirilmesine olanak yoktur.

3) Anayasa Mahkemesi, Anayasada yapılacak değişiklikleri, Anayasanın 155. nci maddesinde belirlenen biçimde TEKLİF, MÜZAKERE ve KABUL bakımından denetleyebilir.

4) Anayasa değişikliği bir kanun değil ANAYASADIR.

5) Maddedeki değişiklik başka türlü yorumlanamaz.

Gerekçenin bu açıklığı karşısında “ESASIN BİÇİM YÖNÜNDEN İNCELENMESİ” gibi anlamı kapalı bir gerekçe ileri sürülerek, Ana-

yasa değişikliklerinin esasının yüksek mahkemece yargısal denetimden geçirilmesi Anayasamızın 4. ncü maddesinde belirlenen temel ilke ile bağdaşmamaktadır.

4) MADDENİN GÖRÜŞME TUTANAKLARI

Yukarıda belirlediğimiz gerekçe çok açık olarak yüksek mahkemenin yönteminin hukuksal olmadığını kanıtlamağa yetiyorsa da; burada görüşme tutanaklarındaki görüş ve düşüncelerden de söz etmeyi gerekli saymaktayız.

1488 sayılı kanunla Anayasamızın 35 adet maddesi değiştirilmiş ve Anayasamıza 9 adet geçici madde eklenmiştir. Bu nedenle yapılan değişiklik köklü bir değişikliktir. Bu değişiklikleri içeren tüm (Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu) görüşme tutanaklarının incelenmesinden, Anayasa koyucusunun en çok üzerinde durduğu maddenin bu madde olduğunu görüyoruz. Yüksek mahkemenin son yönteminin hukuksal olmadığı görüşme tutanaklarındaki görüşlerin incelenmesinden de açıklıkla anlaşılmaktadır.

Nitekim; Millet Meclisinde bu madde görüşülürken söz alan bir sayın üye; (16)

"... 147. nci maddede yapılan bir değişiklikle Anayasa Mahkemesinin yetkileri kısıtlanmak isteniyor. Hatırlanacağı gibi Anayasa Mahkememiz 16.6.1970 tarihli bir kararında; Anayasa değişikliklerinin özü ve şekli bakımından da Anayasaya uygunluklarını denetleyebileceği hususunda bir karar almış idi. Anayasa Mahkememizin kararının bu bölümünü önemini gözönünde bulundurarak okuyacağım. (daha önce değindiğimiz bu kararı aynen okuyor ve devam ediyor)... Şimdi getirilen değişiklik Anayasa Mahkemesinin bu yetkisini elinden almak istemektedir.

Bu itibarla değişiklik teklifi Anayasaya aykırıdır. Anayasa Mahkemesi önüne gittiği takdirde Anayasa Mahkemesinden dönecektir, kanaatindeyim. Verdiğim önerge ile, 1. nci fıkra olarak Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerinin esasına ve şekline bakma yetkisini tanıyan bir fıkra ilâvesi teklif ediyorum. Buna iltifat edilmesini dilerim."

16) Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönem 3, Cilt : 17, Toplantı 2, Sahife : 736 İstanbul Milletvekili Sayın Mehmet Ali Aybar'ın konuşması

Bu sayın üye tarafından getirilen teklif bir lehteki oya karşılık açık oylamaya katılan diğer üyelerin tamamının karşı oyu ile red olunmuştur. (17)

Buradan edindiğimiz bilgide, baştan beri ortaya attığımız görüşü doğrulamaktadır.

Burada kısaca bir noktayı açıklamayı gerekli saymaktayız. 147. nci maddenin birinci fıkrasının bugünkü biçimini bir yurttaş ve kanun uygulayıcısı olarak asla ONAYLAMİYORUZ. Bugünkü biçimiyle madde, yüce mahkemenin "HUKUK DEVLETİ" tarifine ters düşmektedir. Bu tersliğin tartışmasını yapmayı gereksiz saymaktayız. Ancak; bu tersliğin yüksek mahkemenin uyguladığı yöntemle giderilmeğe çalışılmasını da ONAYLIYAMİYORUZ. Terslik ortadadır yapılacak iş, Anayasa koyucusu olan Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu tersliği hukuk devleti ilkelerine uygun biçimde zaman geçirmeksizin ortadan kaldırmasını dilemektir.

IV) YÖNTEMİN SAKINCALARI

İnceleme yazımızın başında belirlediğimiz gibi amacımız Yüksek Mahkemenin yönteminin faydalı veya zararlı olduğunu tartışmak olmadığı gibi bu yöntemin uygulanmasından dolayı yüksek mahkemeye eleştiri yöneltmeyi de amaçlamıyoruz. Amacımız, hukuksal yönden sorunu ortaya sermektir. Zira, bu sorun; yöntem bu biçimde uygulanmağa devam ettiği sürece yüksek mahkemenin yücelik ve saygınlığını giderek azaltan bir etken olacaktır. Nitekim bu yöntemde iptal edilen Anayasamızın 138. nci maddesi nedeniyle basın organlarında (DÜZENE UYGUN HUKUKSAL BİR KARAR GİBİ) yüksek mahkemeyi çok incitecek biçimde eleştirileri içeren yazılar yayınlanmıştır.

Anayasamızda, iptal davası açma yetkisi bulunan kişi ve kuruluşların 1483 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri hakkında yüksek mahkemede özellikle 147. nci madde için iptal davası açılmamış bulunması sorunun kesin sonuca bağlanamaması sonucunu doğurmuştur. Kanımıza göre bu, yüksek mahkeme yönünden bir kadersizlik olmuştur.

Yüksek Mahkemenin son yöntemi, kendi kararları yönünden de birtakım sakıncaları ve sıkıntıları doğurmuştur. Bu arada kısaca iki karardan söz etmeyi gerekli sayıyoruz.

17) Aynı Tutanak Dergisi : Sahife : 904. Oylamaya 450 kişilik M. Meclisinin 372 üyesi katılmış. Bir Lehteki, oya karşı 371 oyla önerge REDDOLUNMUŞTUR.

Yüksek Mahkeme 23.3.1976 günlü kararında (18) "9.7.1961 günlü, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20.9.1971 günlü, 1488 sayılı yasa ile değişik 38. nci maddesinin 2. ci ve 3. ncü fıkralarının, Anayasanın 9. ncu maddesinde yer alan (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğine ve değiştirilmesi teklif edilemeyeceğine) ilişkin biçim kuralına AYKIRI BULUNMADIGINA..." karar vermiştir.

Aynı yüksek mahkeme 20.10.1976 günlü kararında (19) "9.7.1961 günlü, 334 sayılı T.C. Anayasasının 20.9.1971 günlü, 1488 sayılı yasa ile değişik 38. nci maddesinin 2. ci ve 3. ncü fıkralarının, Anayasanın 9. ncu maddesinde yer alan (devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez) yolundaki BİÇİM KURALINA AYKIRI OLDUĞUNA VE SÖZÜ GEÇEN FIKRALARIN BU YÖNDEN İPTALİNE..." karar vermiştir.

Bu kararlar sanıyoruz, yüksek mahkemeyi hayli incitmiştir.

"HUKUK DEVLETİNİ; insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve BU DÜZENİ SÜRDÜRMEKLE KENDİNİ YÜKÜMLÜ SAYAN, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir" diye çok anlamlı olarak tanımlayan yüksek mahkemenin incinmesine, bu tanıma candan katılan tüm kişileri üzeceğini sanıyoruz. Hukuk düzeninden yapılacak ayrılmaların sonucunun nerelere varacağını önceden kestirmeğe olanak yoktur, bu nedenle Türk hukuk düzenin ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının koruyucularının başında gelen yüksek mahkemenin bu yöntemi en kısa zamanda bırakmasında gerek kendi saygınlığı ve yüceliği gerekse Türk hukuk ve Anayasa düzeni yönünden sayısız faydalar olduğunu belirtmek istiyoruz.

SONUÇ :

Vardığımız sonuçları şöyle özetleyebiliriz.

1) Anayasamızın 147. nci maddesinin 1. nci fıkrasının 1488 sayılı kanunla değiştirilen yeni biçimi "HUKUK DEVLETİ İLKELERİ" İLE bağdaşmamaktadır. Dileğimiz bu kısıtlamanın Anayasa koyucusu tarafından zaman geçirilmeden kaldırılmasıdır.

18) Anayasa Mahkemesinin kararı : Resmi Gazete 12 Ağustos 1976 gün, sayı : 15675
Elazığ 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin başvurusu üzerine.

19) Anayasa Mahkemesi kararı : Resmi Gazete 20 Ocak 1977 gün, sayı : 15825
Antalya 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin başvurusu üzerine verilen karar.

2) Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasamız tarafından hem kanun koyucu hem de Anayasa koyucusu olarak görevlendirilmiştir.

3) Anayasamızın 9. ncu maddesindeki "YASAK KURALI" sadece 1. nci maddeyi kapsamına alan bir kuraldır. Bu kuralın 2. nci maddesi ile 2. ci maddenin gönderme yaptığı "BAŞLANGIÇ KISMINI"da içerdiği biçimindeki görüşün hukuksal dayanağı yoktur.

4) Anayasamızın 1488 sayılı kanunla değişik 147. nci maddesinin 1. nci fıkrasında sözü edilen ŞEKİL sözcüğü, 155. nci maddedeki, TEKLİF, KABUL ve GÖRÜŞME kurallarını belirten bir sözcüktür.

5) Anayasamızın 147. nci maddesinin değişik 1. nci fıkrasındaki hüküm karşısında, yüksek Anayasa Mahkemesinin, Anayasada yapılmış ve yapılacak değişiklikleri ŞEKİL (Biçim) yönünden denetim yetkisi vardır. ESAS yönünden böyle bir denetim yetkisi yoktur.

6) Yüksek Anayasa Mahkemesinin kararları ile, Anayasamızın 9. ncu maddesindeki YASAK KURALI'nın ŞEKİL (biçim) kuralı değil, ESAS (öz) kuralı olduğu kesinlikle saptanmıştır.

7) Yüksek Anayasa Mahkememizin uygulamakta bulunduğu ve ve inceleme konusu yaptığımız son yöntemin hukuksal dayanağı yoktur.

8) Anayasa Mahkemesinin yorum yapma yetkisi yoktur.

9) 1961 Anayasası ile hukuk düzenimizin koruyucusu olarak görevlendirilmiş ve donatılmış bulunan yüksek Anayasa Mahkemesinin saygınlığını ve yüceliğini tartışma konusu yapmağa neden olacak bu yöntemi hukuksal olmadığından dolayı bırakması gerekmektedir.

Daha önce de tekrarladığımız gibi, dileğimiz, 147. maddenin 1. nci fıkrasına 1488 sayılı kanunla getirilen kısıtlamanın en kısa zamanda kaldırılmasıdır.

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU

SAVAŞTA İŞGAL (Occupatio Bellica)

Özgen SEZER

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM : DEVLETİN UNSURLARI

I. ÜLKE UNSURU

A. ÜLKENİN KISIMLARI

1. KARA SAHASI "Kara Ülkesi"
2. SU SAHASI "Su Ülkesi"
3. HAVA SAHASI "Hava Ülkesi"

B. DEVLET ve ÜLKE ARASINDAKİ HUKUKİ MÜNASEBETİN MAHİYETİ

1. MÜLKİYET (Aynî Hak) GÖRÜŞÜ
2. DEVLET KUDURETİNİN YÜRÜRLÜK SAHASI GÖRÜŞÜ
3. ORGAN GÖRÜŞÜ

II. DEVLETİN YETKİLERİ

A. ÇEŞİTLERİ

1. DEVLETİN ŞAHISLAR ÜZERİNDEKİ YETKİSİ
2. DEVLETİN KAMU HİZMETLERİNİ İLGİLENDİREN YETKİSİ
3. DEVLETİN KARA ÜLKESİ ÜZERİNDEKİ YETKİSİ

B. DEVLETİN KARA ÜLKESİ ÜZERİNDEKİ YETKİSİ

1. ŞÜMULU
2. ŞEKİLLERİ

III. ÜLKE İKTİSABI ve KAYBI

İKİNCİ BÖLÜM : İŞGAL

I. ASKERİ İŞGAL

II. SAVAŞTA İŞGAL

- A. MAHİYETİ
- B. İTAATIN KAYNAĞI

- C. OTORİTENİN ÇEŞİDİ
- D. OTORİTENİN SINIRLARI

III. İŞGALCI ve AHALİ ARASINDAKİ HUKUKİ MÜNASEBET

- A. İŞGAL EDENİN VAZİFELERİ
- B. AHALİNİN VAZİFELERİ

IV. TOPRAKLAR NE ZAMAN ELE GEÇİRİLMİŞ SAYILIR?

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM : İŞGALİN HÜKMÜ

- I. İŞGAL EDİLEN ÜLKENİN HUKUKİ DURUMU
- II. İŞGAL ALTINDA ÜLKEDE HUKUKİ DURUM
- III. SİVİLLERİN DURUMU
- IV. MÜLKİYET DURUMU
 - A. ÖZEL MÜLKİYET
 - B. ÂMME MÜLKİYETİ
- V. ÂMME HİZMETLERİ

GİRİŞ :

İnsan denen varlığa özgü niteliklerden biri de, toplum içinde bir arada yaşama isteğidir. (Appetitus Societatis)

Tabiat bu isteği karşılamak üzere, insana özgü bir de araç vermiştir; lisan. İşte insanın toplum içinde hayatını akla uygun biçimde sürdürmek hususundaki azim ve özeni, "gerçek adıyla hukukun da kaynağıdır.." (1)

Bunun tabii bir sonucu olarak, neticesinin ne olacağı belli olmayan akıntılara ve ihtiraslara kapılmak insan tabiatına ve dolayısıyla doğal hukuka da aykırı düşer.

Bununla beraber, bir arada yaşayan insanların toplum içinde birbirine zıt gelen menfaatleri sonucu çatışmalar olması ne kadar tabii ise, aynı şekilde toplumlararası menfaat çatışmalarının zuhuru da o

(1) Grotius, H. Savaş ve Barış Hukuku, (De İure Belli ac Pacis) Çev : Seha L. Meray. Ankara, 1967, s. 7.

derece tabiidir. Bu zıt menfaatlerin telifi ve uzlaştırılması hukuk kaideleri ile mümkündür.

Barışçı yollarla halli imkânı kalmayan alanlarda, kaba kuvvete müracaat zarureti savaşın kaynağı olmaktadır. Kaba kuvvete müracaatı hak olarak gören müelliflere de rastlandığına ve bir noktada zaruret haline gelebileceği de kabul edildiğinde, savaşın dahi kaidelere bağlanması tabii ve gereklidir.

Savaşın ne yoldan olursa olsun, hukukla bağdaşamıyacağı görüşünde olanlar yalnız bu işlerden anlamıyan halk kalabalığı değildir; akıllı ve uyanık kişilerden de böyle yanlış düşünceleri besleyen sözler işitilmektedir. Gerçekten, bir yana silâhların, karşısında da hukukun konulduğu sık sık görülmektedir. (2)

“Silâhların gürültüsü arasında yasaların işitilmemesini kabul ederim. Şu var ki, burada söz konusu olan, yalnız barış zamanında yürürlükte olan milli yasalardır; başka bir deyimle, bir devletin kendi mahkemelerinin uyguladığı yasalar söz konusudur; yoksa, süresiz olarak konmuş, her çağa uygun olan, sona ermez yasalar değil, Düşmanlar arasında, her devletin kendi yasalarına benzer, ortaklaşa benimsedikleri yazılı bir hukuk gerçekten yoktur; (şimdi var denebilir) oysa, yazılı olmayan hukuk kuralları yürürlükte; başka bir deyimle, doğanın buyurduğu ya da ulusların üzerinde anlaştıkları hukuk kuralları vardır.” (3)

Konumuz, kendisince haklı bir isteğini, düşmanına zorla kabul ettirmek için, savaşa müracaat eden ve düşmanın ülkesini işgal eden devletle, işgal edilen devlet ve ahali arasındaki münasebetleri içeren, **SAVAŞTA İŞGAL** (occupatio bellica) dir.

BİRİNCİ BÖLÜM DEVLETİN UNSURLARI

Devlet, belirli bir ÜLKE, teşkilâtlanmış İNSAN TOPLULUĞU ve ÜSTÜN İKTİDAR (Devlet Kudreti) olmak üzere başlıca 3 unsurdan tereküp eder.

I. ÜLKE UNSURU (4)

Ülke, bir insan topluluğunun üzerinde yerleşmiş bulunduğu belirli üç boyutlu (buutlu) maddi çevredir. Devletin maddi unsurunu teş-

(2) Grotius, H. op. cit. s. 5.

(3) Grotius, H. op. cit. s. 10.

(4) Akipek, Ö. İlhan, Devletler Hukuku, 2. Kitap (Devletler Hukuku Şahıslarından) Devlet, Ank., 1964, s. 13 vd.

kil eden ülke, 3 boyutlu olması itibariyle sadece bir satıhtan ibaret olmayıp, yatay ve düşey sınırlara da sahiptir.

A. ÜLKENİN KISIMLARI

Ülke, kara sahası, su sahası, ve hava sahası olmak üzere 3 kısımdan terekküp eder.

1. KARA SAHASI (Kara Ülkesi)

Ülkenin sabit kısmını teşkil eden kara sahası, toprak ve toprak-altından ibarettir. Sınırlar vasıtası ile belirtilir.

2. SU SAHASI (Su Ülkesi)

Kara ülkesi gibi genellikle sınırlarla belirtilen fakat kara ülkesi kadar kesin karakterli olmayan su sahası deniz boğaz, kanal, akarsu, ve göl gibi çeşitli unsurları kapsar. Mutlak karakterli olmayışını, her devletin mutlaka deniz sahasına sahip olamayacağı veya olamayabileceği ile izah kabildir.

3. HAVA SAHASI (Hava Ülkesi) (5)

Su ve kara ülkesi sınırlarının üzerinde bulunan ve içinde atmosferin dahil olduğu 3 boyutlu sahadır.

B. DEVLET VE ÜLKE ARASINDAKİ HUKUKİ MÜNASEBETİN MAHİYETİ (6)

Bu mevzuda 3 görüş yer almaktadır.

- Mülkiyet (aynî Hak) görüşü
- Devlet kudretinin yürürlük sahası görüşü
- Organ görüşü

Kısaca temas edilecek olan bu görüşler sırasıyla :

1. Mülkiyet (Aynî Hak) Görüşü

Bu görüşe nazaran, devletin ülke üzerindeki aynî hakkı, mülkiyet hakkıdır. (Dominium) Bu itibarla devlet, ülkesi üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu görüşe taraftar olanlardan bazıları, bu hakkın

(5) Hava sahası hk. da bkz. Ömer İ. Akipek, Hava Sahasının Devletler Hukuku bakımından Durumu. Ank., 1959, s. 146.

(6) Akipek, Ö. İlhan. dipnot 4 de age. s. 80 vd. na bkz.

hususî hukuktakinden farklı olmadığını iddia ederlerken diğeri bir kısım müellifler ise, bu hakkın bir ÜSTÜN AYNÎ HAK olduğunu savunurlar. ÜSTÜN AYNÎ HAK, toprağın kimin mülkiyetinde veya zilyetliğinde bulunursa bulunsun, devletin bütün ülkede üstün bir mülkiyet hakkının mevcut olduğu manasındadır. Bu görüşün temsilcileri, P. Laband ve Albert de Lapradelle'dir.

2. Devletin kudretinin yürürlük sahası görüşü

Bu görüşe nazaran; ülke, devlet kudretinin, "eğer devlet egemen ise münhasıran, aksi takdirde o devletin tabî olduğu egemen devletle birlikte tatbik edildiği çevresidir." (7)

Léon Michoud, Léon Duguit, Hans Kelsen gibi bazı müellifler de buna benzer izahlarda bulunmuşlardır.

3. Organ Görüşü

Bu görüş, ülkeyi, devletin bir organı olarak kabul eder. Ülke, devletin SINE QUA NON bir unsurudur. Bir görüşün başlıca temsilcileri Jellinek, Carré de Malberg'dir.

Sonuç olarak; ülkenin devletin zaruri maddi bir unsuru olduğunu, ülkesiz devletin bir tasavvur olarak, zihnî bir tecritten ibaret bulunduğunu, devletin varlığı müşahede edilen bir DEVLET HÜKMÎ ŞAHSI olduğunu, devletin ülkede, istisnai hallerde ülke dışına taşan, kaideten inhisarî yetkilere sahip olduğunu ve bazan da iki devlet kudretinin tek bir ülkede carî olabileceğini söyleyebiliriz.

II. DEVLETİN YETKİLERİ

A. ÇEŞİTLERİ

Devletler Hukuku, devletlere üç nev'i yetki tanımaktadır.

- Devletin şahıslar üzerindeki yetkisi
- Devletin kamu hizmetlerini ilgilendiren yetkisi
- Devletin kara ülkesi üzerindeki yetkisi

I. DEVLETİN ŞAHISLAR ÜZERİNDEKİ YETKİSİ

Devletin bazı şahıslar üzerinde bazı yetkileri vardır. Bu yetkiler şahısların o devlet ülkesinde bulunmalarından ve bir kamu hizmetinin ifasına iştirak etmelerinden müstakil olarak vardır.

(7) Muvaffak Akbay, Umumi Amme Hukuku Dersleri, Ankara 1948, s. 254. (A.Ü.H.F. yay) bkz : Akipek age, s. 81. dipnot : 202 ve 203.

Devletin şahıslar üzerindeki yetkisi herşeyden önce kendi tebaasına karşı dermeyan edilir. Özellikle vatandaşlığın kazanılmasına ve kaybedilmesine ilişkin hukuk kuralları, devletler hukuku sahası içinde mütalaa edilmekle birlikte, bu mevzudaki yetki tesisi münhasıran egemen devletçe tayin edilir.

Bu kaidenin deniz ve hava gemileri için de muteber olduğu kaydedilmek gerekir.

Ancak devletin kara ülkesi üzerindeki yetkisi ile şahıslar üzerindeki yetkisi bazı hallerde birbirini bertaraf edebilir veya birlikte icra edilebilir.

II. DEVLETİN KAMU HİZMETLERİNİ İLGİLENDİREN YETKİSİ

Devlet bir manası ile kamu hizmetleri topluluğu demektir. Devlet bu yönden üç nev'i yetkiye haizdir. a) Devletin, kamu hizmetleri teşkilâtını düzenlemeğe, tesbit etmeğe hakkı vardır. b) Kamu hizmetlerini düzenlemesi ve emir verilmesi bakımından da yetkisi vardır. (Silâhlı kuvvetler ve milli ülke dışındaki harp gemileri de dahildir.) c) Devletin kamu hizmetlerinin müdafasını sağlamak bakımından da yetkisi vardır. Bu yetkinin en aşırı tezahürü olan harp etme hakkı çağımızda bir takım tahditlere tâbi kılınmıştır.

III. DEVLETİN KARA ÜLKESİ ÜZERİNDEKİ YETKİSİ

Devletin kara ülkesi üzerindeki yetkisinden onun ülkesi üzerinde yaşayan insanlar, ülke üzerindeki eşya ve vukubulan hadiseler bakımından haiz olduğu yetkiler anlaşılır. Bu yetki azamî bir had ile (ülke üzerindeki egemenlik) asgari bir had arasında değişir. (tahdit edilmiş yetkiler)

B. DEVLETİN KARA ÜLKESİ ÜZERİNDEKİ YETKİSİ

I. ŞÜMULU

Kara ülkesi üzerinde münhasıran icra edilen mülkî egemenlik, ülkenin yatay ve dikey devamında da câridir. İki vehçesi vardır.

a) Müspet Yön : Ülke egemenliği hukukî bir kuvvet ve fonksiyonel bir kavram olarak belirir. Hukukî kudret devletin iktidarlarını icra etmesi yani hukukî bir tesir vucûda getirmeğe matuf tasarrufları ifa edebilmesidir. Egemenlik diğer yandan fonksiyonel bir kavramdır. Umumun menfaati için mevcut, müsbet bir görev şeklinde belirir.

b) Menfi Yön : Egemenliğin menfi yönü münhasır olmasıdır. Yani devletin ülkesi üzerinde başka bir devletin yetki tesisini bertaraf etmeğe hakkı vardır.

2. Şekilleri.

Kara ülkesi üzerindeki tam egemenliğin yanibaşında mahdut bir takım yetkiler daha mevcuttur. Protektorolar-himayeler, manda sistemi, condominium, consessions, (imtiyazlı bölgeler) v.s. gibi. Bunlardan birisi de askeri işgaldir.

III. ÜLKE İKTİSABI ve KAYBI

Sahipsiz bir ülkenin veya bir devlet ülkesine dahil bir ülke parçasının bir diğer devlet ülkesine dahil olmasına ülke iktisabı denir. (8)

Tarıftan de istihraç edilebileceği gibi iktisabın iki nev'i vardır. Sahipsiz bir ülkenin iktisabı aslî, sahipli bir ülkenin (bir devletin egemen olduğu ülke) iktisabı ise ferî iktisaptır. Aslî iktisap nev'ilerinden olan işgal ile konumuzu teşkil eden işgal arasında farklar mevcuttur.

Sahipsiz ülkelerin işgalinde bir devlet "diğer bir devletin hakimiyeti altında bulunmayan bir arazi parçasını, orada yerleşmek maksadı ile iktisap eder." (9) Bu şekilde bir işgalde, işgal edilen arazi üzerinde hâkimiyetin bir devletten diğerine devri bahis mevzuu değildir. Sahipsiz ülkelerin (territorium nullius) işgalini, bir devlet ülkesinin harpte bir devletin askeri birlikleri tarafından işgali, fetih veya barış zamanındaki askerî işgal ile karıştırmamak lâzımdır.

İKİNCİ BÖLÜM : İŞGAL

I. ASKERİ İŞGAL

Yabancı bir bölgenin muayyen bir veya birkaç devlet tarafından işgal edilmesi işgal eden otoritenin yararına mahdut yetkilerin icrasını gerektirir.

İki nev'i işgal vardır. 1) Harp zamanında askeri işgal 2) Barış zamanında askeri işgal.

Ahdi harp işgali, harp zamanında hazırlanan bir hukukî vesika gereğince vukubulur. Bunda düşman ülkesi mütareke devresinde işgal edilir. (Ren arazisinin Müttefikler tarafından 11 Kasım 1918 den

(8) Akipek, age, s. 100 vd.

(9) Lütem, age, s. 297 vd.

28 Haziran 1919 a kadar; Fransa ülkesinin Alman Ordusu tarafından 25 Haziran 1940 ve 11 Kasım 1942 ye yani serbest bölge mütareke sözleşmesi çiğnenerek Almanya tarafından istilâsına kadar işgali) harp zamanında barışçı işgale çağımızda rastlanır. Bazen müttefik bir devletin ordusu yerleşir. (Meselâ : Fransa'nın kuzeyi 1914 ile 1918 yılları arasında bir İngiliz ordusu tarafından işgal edilmiştir. Amerikan Ordusu 8.11.1942 den 1945 yılı başına kadar Kuzey Afrika'ya yerleşmiştir.) Bazan da tarafsız bir ülke garanti makamında olmak üzere muhasım bir ordu tarafından işgal edilir. (Selânik'in 1 Ekim 1915 ile 29 Haziran 1917 tarihleri arasında Fransız İngiliz Kuvvetleri tarafından işgali; İran'ın 25 Ağustos 1941 ile 9 Mayıs 1946 tarihleri arasında İngiliz-Rus kuvvetleri tarafından ve İzlanda'nın 10 Mayıs 1940-1945 yazı arasındaki devrede Anglo-Amerikan kuvvetleri tarafından işgali) (10)

Bir devlet, diğeri ile akdettiği andlaşmanın icrasını temin etmek üzere, diğerrinin topraklarının bazı yerlerini işgale selâhiyet alır. Bu, bir nev'i rehine almaktır. Devletler arasında barış işgallerini vücade getirir.

Teminat işgali, yahut rehine olarak işgal adını alan bu işgal, mahiyeti itibariyle harp işgalinden ayrılır. Bu işgallerde işgal edilen yerlerde hâkimiyet selâhiyetlerini icra, alacaklı devlete değil, toprak sahibi devletin memurlarına aittir. İşgal masrafının toprak sahibi devlet tarafından verilmesi lâzım geleceği ekseriya muahdedede tasrih olunur. Bununla beraber, kesin bir kaide değildir.

Zamanımızda bu usule başlıca harp tazminatının ödenmesi için müracaat olunur. Nitekim Fransa'nın vereceği 5 Milyar tazminatın ödenmesi için teminat olarak 1871 andlaşması mucibince Fransız Eyaletleri Alman işgali altında bırakıldı. Fransızlar, o zamana kadar görülmemiş bu büyük parayı vererek, memleketlerini düşman işgalinden kurtardılar. Yunanistan'ın Osmanlı İmparatorluğuna vereceği 4 Milyon tazminat için Teselya'nın işgali 1897 de kararlaştırılmıştı, Devletler, bunun verilmesine kefil olarak, işgal ettiğimiz yerlerin Yunanistan'a verilmesini temin ettiler.

Toprak işgali, sade tazminat için olmaz. Andlaşmanın muayyen bir hükmünün veya bazı maddelerinin icrasını temin için de bu usule müracaat olunur.

Versay muahdesinde de bu teminata müracaat olunmuştur. Ren nehrinin sol kıyısının ve sağ başta köprü başlarının muayyen müd-

(10) Lütem, Devletler Umumi Hukuku, c. 2., İst., 1958 s. 297 vd.

detle işğali bu kabildendir. Ren mukavelesi denilen bu mukavele bu işğalin şartlarını tayin eder. Müttelikler Yüce Komisyonu adı ile bir de organ ihdas edilmiştir ki, Fransa, İngiltere, Amerika, Belçika'nın birer azasından mürekkepti. Yine Versay Andlaşması Almanya'nın tairata ait bütün andlaşma hükümlerini yerine getirmemesi halinde (madde 43) işğal mıntikalarının yeniden işğal edilebileceğini tasrih etmişti. Poincaré 1923 de bu suretle Rhur'u işğal ettirmişti. (11)

Devlet, borcunu vermediği, halde işğal edilen yerlerin hâkimiyetinde, bir değişiklik olamaz; meğerki andlaşmada sarahat bulunsun. Bundan dolayı, fertler arasında olduğu gibi, rehnin satılması ile alacağın istifası yoluna gidilemez. Toprakların işğaline devam etmek gerekir.

İşğalin bir şeklide, bir devletin uğradığı zararın tazminini sağlamak için zorlayıcı tedbir mahiyetinde yapılan ve hiç bir anlaşma ile derpiş edilmemiş işğaldır. 1923 de İtalya, Arnavutluk hudutlarının tahdidi komisyonunda bulunan İtalyan azanın Yunanistan'da katledilmeleri üzerine Korfu adasını bombarduman ederek işğal etmişti. İtalya bunu bir harp fiili işlemek değil istenilen tazminatın verilmesini sağlamak için bir rehin almak olduğunu iddia etti. (12)

II. SAVAŞTA İŞĞAL (Occupatio Bellica)

Askeri işğalin en eski şekli olup, muhtelif vehçeler arzeder. An'anevi şekli occupatio bellica'dır. Bunda düşman ülkesi karşı taraf ordusu tarafından işğal edilir. (13)

A. MAHIYETİ

La Haya yönetmeliğinin 42 nci maddesi hükmüne göre, "düşmanın fiilen silâhlı otoritesi altına geçmiş bulunan bir ülke, işğal edilmiş ülke sayılır." (14) Böylece, işğal edilen devletin yetkilerinin yerini muhasım devletin yetkileri alır. Bir başka tabirle, muhasım devlet yetkilerinin FİİLEN tesisidir.

Savaşta işğal kaideleri çok yavaş bir gelişme sonucu bu günkü duruma gelmiştir. Eskiden işğal eden devlet dilediği şekilde hareket etmek yetkisine sahipti.

(11) Bilsel Cemil, Devletler Arası Andlaşmalar, s. 152.

(12) Z.M. ALSAN., Devletler Hukuku, s. 428.

(13) Lütem, Devletler Hukuku, c. 2., İst. 1958., s. 297.

(14) bkz. Sicilli Kavanin, cilt. XI. s. 587.

La Haye yönetmeliğinin 42-56 nci maddelerinde işgal edilmiş ülkede askerî otoritenin yetkileri bakımından birçok kaideler kabul edilmiştir. Ancak, II. Dünya savaşı bu kaidelerin de yetersiz olduğunu göstermiştir. Cenevrede 12 Ağustos 1949 da kabul edilen Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına dair Sözleşme ile, La Haye kaideleri geliştirilmiştir. (15)

Savaşta işgal ile, klâsik devletler hukuku bakımından ülke devletin hâkimiyeti sona ermemektedir. Yalnız, ülke devleti savaşta işgal yüzünden, hâkimiyetini icra imkânlarından mahrum kaldığı için, işgal makamları, onun yerine hâkimiyet selâhiyetlerini kullanmaktadır. Ülke devleti yetkilerini eskisi gibi kullanabilecek duruma gelinceye kadar, veya işgal edilen ülke savaş sonunda ve barış andlaşması ile muhasım tarafça ilhak olununcaya kadar, işgal eden Devlet bu yetkileri GEÇİÇİ OLARAK kullanılmaktadır.

Onun için barış andlaşmasından önce yapılan ilhak ilânı ile fiili vaziyeti hukukileştirmek teşebbüsü meşru bir hareket sayılmaz. İşgal, ahali tarafından sadece maddi itaat mecburiyetini tazammun eder. İşgal eden, ahalden SADAKAT veya VEFA isteyemez. (16).

Böylece, işgal makamlarının uyguladığı hukuk kaidelerinin bir kısmı da teamülî veya ahdi şekilde beliren Devletler Hukuku düzeninden gelmektedir. Ülke üzerinde yetkileri meşru olarak kullanabilecek olan devleti silâh kuvvetiyle bundan mahrum bıraktığı için, işgal eden devlet onun yerine bu yetkileri kullanmaktadır. Böyle olunca, işgal makamlarının işgal edilmiş ülke üzerinde sadece hakları değil, aynı zamanda bu ülke ile ilgili vazifeleri ve vecibeleri de olduğu anlaşılmaktadır. (17) (18)

Düşman arazisinin tamamını veya bir kısmını işgali başaran devlet, tahakkuk ettirmiş olur. Böylece işgalci sadece düşmanın hammadde kaynaklarını askeri gayelerle kullanmakla kalmaz, aynı zamanda askeri başarısının bir rehni olarak bir zaman için muhafaza eder ve o suretle düşmanı üzerinde barış için müzakere teklifleri bakımından baskıda icra eder. Devletler hukukunun savaşa ait kaideleri bakımından işgal hususunda, diğer bölümleri daha ziyade inkişaf göstermiştir. Eskiden, işgal edilen ülke, işgalcinin her bakımdan onun devlet mülkü olarak düşünülür ve istediği herşeyi icra etme hakkı kabul

(15) bkz. Distur, tentip III, c. 34., s. 587.

(16) ALSAN, age, s. 425.

(17) Meray, S. Devletler Umumi Hukuku, Ank. 970, s. 439 vd.

(18) Morgenstern, BYİL, 951, c. 28, s. 291.

edilirdi. Ülkeyi harabeye çevirebilir, halkı öldürebilir, sürgün edebilir, veya sadakat yemini ettirebilirdi. (19)

B. İTAATIN KAYNAĞI

Halkın işgalciye olan itaatının zorunluluğu kesinlikle onların kendi iç hukukuna istinat etmez. Zira iç hukuk sadece, meşru egemenliğe itaatı talep eder ve işgalci hiçbir surette meşru egemen değildir. Hatta; işgalin bitimini takiben, meşru hükümetin, işgalcinin, işgal anında ika eylediği (gerek savaş hukukuna gerekse dahili hukuka göre) muamelelerini tanımak zorunda olmasına rağmen askeri otorite iç hukuka göre meşru farzedilemez. İşgalci, cebren ülkeye girer ve meşru hükümeti bertaraf eder, bu suretle halk işgalcinin askeri otoritesi altına girer. Milli hukuk halktan, işgalciye itaat talep etmediği içindir ki, işgalci, itaat talebinde bulunabilir. (20)

Diğer taraftan işgalciye itaatın Milletlerarası Hukuka göre, mevcut olduğu iddia edilmiştir. Zira, işgal, savaşın meşru gayesidir? Bu sebeptendir ki, işgalci, işgal ettiği ülkede, gayrikanuni olarak muamele yapmaz. Bundan başka, Devletler Hukuku, ülke üzerinde otoritenin DE FACTO işgalcinin eline geçtiğini kabul eder. Bu itibarla, işgalci, halk ve ülke üzerinde idare ve sevk hakkına sahiptir.

Karşılıklı hak ve vecibeleri vardır. Şayet işgalcinin ülkeyi ve halkı yönetmek hakkı varsa, halkın da bu hakka rıza göstermek vecibesi vardır.

Şayet, işgalcinin halka karşı vecibelerinden bahsetmek mümkünse, haklarının da olması gerekir. Ve bu haklarından birisi de; halktan itaat etmeyi talep hakkıdır. (21)

İşgalciye itaatı doğuran ne işgal edilen ülkenin iç hukuku ve ne de Milletler arası Hukuk'tur. Bu itaatı temin eden şey işgalcinin Martial Lawu'dur denebilir. Çünkü, itaat edilmezse, işgalcinin askeri otoritesi, itaat etmeyenleri itaata mecbur eder. İtaat etmek gerekir, aksi halde, halk buna icbar edilir.

C. OTORİTENİN ÇEŞİDİ

İşgalcinin sahip olduğu otoritenin nev'i hakkında Hall ve diğerleri, doğru olarak, onu, askerî otorite şeklinde tarif etmektedirler.

(19) Oppenheim, L. International Law, 1952, sh. 432.

(20) Bkz. Bordwell, The Law of War between belligerents, Chicago, 1908, p. 300.

(21) Oppenheim, Law Quarterly, 1951, sh. 367 de tenkit ediliyor.

Onlara nazaran işgal, terk veya ferağ ile haklı mahiyete veya fetih, ile itaata dönüşmedikçe kısa veya uzun bir süre devam eden, askerî operasyonlar içinde muayyen belirli bir safhayı teşkil eder. İşgal edenin otoritesinde hâkimiyet atomu yoktur. İşgal otoritesinin sırf askerî karakteri örfi idarede ifadesini bulur? Ülke ve halk IPSO FACTO işgal otoritesine tâbi olurlar.

D. OTORİTENİN TAHDİDİ

Savaş hukuku kaidelerine göre, işgalci, yasama yetkisine ve kontrolü altındaki ülkede diğer bir takım faaliyetlerde bulunma yetkisine sahiptir. İşgal edilen ülke kendi kaderini kendisinin tayin etmesi imkânına sahip değildir. Ancak bu hususun mutlak olduğu sanılmamalıdır. Öte yandan işgalcinin iktidarı da tahdid edilmiştir. (22) (23)

Örfi idarede tecelli eden askerî otoritenin, tahdid edilebileceği, eskiye nazaran bugün düşünülmektedir. Eski zamanlarda muharip devletin ülke ve halk üzerinde bugün olduğundan çok daha geniş bir iktidarı vardı. Bu hal özellikle, Haque Regulations'ın 3 ncü section 42-56 maddelerinde işgal edilmiş ülke üzerindeki hakkın şümulünün tayin edilmesine kadar devam etmiştir.

Binaenaleyh, işgalci (occupant), kuma düzeni ve emniyetini temin için gerekli bütün tedbirleri almalıdır. Mahallî kanunları, ihtiyara göre değiştirmemelidir. Askerî bakımdan sakınca olmadıkça onlara dokunmamalı ve yürürlükte bırakmalıdır. Aile şeref ve hakkına, ferdlerin hayatlarına, özel mülkiyete, din ve ibadet serbestisine hürmet etmeli ve tanınmalıdır.

Şayet vergileri toplarsa, meşru hükümetin sorumlu olduğu nispette, idarenin masraflarını tediye yükümlülüğü altındadır.

Muharip devlet, a) mahallî idarenin talepleri b) askerî ihtiyaç sebebiyle vergi dışında contributions (düşman memleketi ahalisine verdirilen para ve erzak ve tekâlif v.s.) talep edebilir.

Haque Convention'ın Preamble'ında özellikle zikredilmiş olan tahditler yanında, işgalcinin asgeri gücüne (iktidarına) 1. Medeni Milletler camiasında teessüs etmiş örf ve teamüller 2. İnsan Hakları 3. Toplum vicdanının icapları ile had tayin edilmiştir. (24)

(22) (23) Mich L. R. vol. 65 no: 5-8 1967 s. 935 pg: 2.

(24) Oppenheim, age, s. 364.

III. İŞGALCI ve AHALİ ARASINDAKİ HUKUKİ MÜNASEBETLER.

La Haye Sözleşmesinin muharip işgalciye ilişkin kaideleri, birçok devletin iç hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte, bu sözleşmenin yasakladığı fiil ve muamelelerin (gerek işgal sırasında, gerekse işgal sonrası) vukubulması mümkündür. Mezkur fiil ve muamelelerin işgal edilen ülke mahkemeleri tarafından tatbikleri reddedilebilir. Ayrıca şu husus da kaydedilmelidir ki, bu mahkemeler işgalcinin organı veya onun bir uzvu değildir. Binaenaleyh, ister istemez onun icrası ile de bağlı olmayacaklardır.

İşgal eden (occupant) ve sâkinler-ahali (inhabitants) arasındaki münasebet tamamen belirli ve bilinen bir mevzuu değildir. Literatürde, çeşitli yankılara sebep olan fakat aşağı-yukarı yazarların büyük bir ekseriyetince aynı lisanla ifade edilen hal; işgal eden gücün, işgal edilen arazinin egemenliğini eline geçireceğidir.

Bluntschli, meşru hükümetin hâkimiyetinin veya idare selâhiyetinin (Staats Gewalt) işgalci askerî kuvvet tarafından azledildiğini ve halkın işgal kuvvetine (Staatlichen Gehorsam)ı vermek zorunda olduğunu söylüyor.

Despagnet'e göre, işgal öncesi hükümet yetkilerinin DE FACTO işgal kuvvetine geçişi, halka, işgal kuvvetine karşı bir takım mükellefiyetler yükler. Doktrinde hâkim telâkki olan; egemenliğin el değiştirme veya kullanma hakkı için tevkil teorisinin tesirinin üzerlerinde az görüldüğü yazarlar da vardır.

Diğer taraftan üzerinde ittifak mevcut bulunan üç husus vardır. 1. Halk ve ülke üzerindeki otorite veya egemenlik hakkı, DE FACTO geçici olarak işgal edene aittir. 2. Otoritenin, DE FACTO işgalciye aidiyetini müteakip, işgalcinin ülke üzerinde idare etme hakkı vardır. Aksi halde, meşru hükümetin, (işgalin sona ermesinden sonra) işgal otoritesinin, savaş hukukuna ve mahallî hukuka göre icra ettiği işgal zamanı muamelelerini tanıma yükümlülüğünden sözedilemez. 3. İşgal devam ettiği sürece, halkın işgal kuvvetine mutlak itaat vazifesi vardır. (25)

A. İŞGAL EDENİN VAZİFELERİ

Muharip devlet, Milletlerarası Hukuk kaidelerine göre, şahıslara nazik ve mülâyimlikle muamele eder. Kişilerin, silâhlı kuvvetlerin

(25) Oppenheim, age, s. 363-364.

mensuplarının imtiyazlı hallerini beğenmemeğe başladıkları andan itibaren, düşmanca bir hareket sebebi ile onları cezalandırabilir.

Milletlerarası Hukuk müeyyide bakımından yetersizliği sebebiyle, kişilerin düşmana silâhla mukavemetini yasaklayamaz: Gayrî kanunî savaş muamelelerine karşı fertlerin, düşmana, husumet ve düşmanca muamele yapmak hakkını verir. Muharip devlet, kişilerin, kendisine karşı husumetten imtina etmeleri şartı ile hürriyet ve hayat haklarına saygı vazifesi ile yükümlüdür. Ahali, işgalle birlikte, occupant'ın askerî otoritesi altına girerler. Muharip devlet, kendi kuvvetlerinin emniyetini temin için emirlerine rıza gösterilmesini talep edebilir. Kişilerin durumu, ordu komutanı tarafından tebliğ ile kendilerine bildirilir.

Milletlerarası Hukuk kaidelerine göre, sorumlu bir otorite tarafından yürütülen, organize olmamış topluluk hareketleri, kanunî ve meşru mukavemet olarak kabul edilmediği içindir ki, suçlular, muharip devlet tarafından Milletlerarası Hukuk'a uygun olarak cezalandırılabilir.

B. AHALİNİN VAZİFELERİ

ALLEGİANCE-sadakət 18. yüzyılın ikinci yarısı ve 19. yüzyıl başında savaşta işgalin ilk belli kaidesine göre, silâhlı kuvvetler tarafından işgal edilen devletin arazisi, derhal işgal eden devletin ülkesinin bir parçası haline gelirdi.

İşgalcinin şarta bağlı olmayan itaat talebi ve işgalci ile halkın münasebetleri, tamamen iç hukuka bırakılırdı.

1692 de XIV. Louis Namur'u aldığı zaman ertesi gün şehrin ileri gelenleri, ona, tebaa olarak, sadakat yemini ettiler. (26)

İşgale karşı muhalif hareketler devam ettiği sürece, egemenliğin işgal eden devlet geçmiyeceği 19. yüzyılda Vattel, Heffter, Klüber tarafından iddia edilmiştir.

İşgal edilen ülkenin, derhal işgal eden devletin ülkesinin bir parçası olacağı yolundaki teori yavaş yavaş zayıflamağa başladı.

1814 de bir İngiliz Mahkemesi, fethedilmiş bir ülkenin Kralın dominyonlarının bir parçası haline geleceği hususu kadar Kamu Hukuku Mahkemelerinde yazılı bir şekilde pekleştirilmiş başkaca bir nokta yoktur, diyordu.

(26) B.Y.İ.L. 1950 s. 236 vd.

Temporary allegiance -Anglo- Amerikan hukukunda, Kara Avrupa hukukundan farklı olarak, 19. yüzyılın büyük bir kesiminde, işgalci ve halk ilişkisi (temporary allegiance) terimi ile ifade edildi.

1907 tarihli La Haye Sözleşmesinin 45. maddesinde; halkın düşman kuvvete sadakat yeminine zorlanmasının yasaklanması, teorisinin kuvvetini zayıflatmış ve güç müdafa edilir bir hale getirmiştir. 45. maddedeki hükme benzer bir hüküm 1874 Brussels Konferansında kalemeye alınmış ve 1880 de Milletlerarası Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan Oxford Manual de de tekrar edilmiştir.

A duty of obedience created by International Law İtaat vazifesi «Law of Nations'a istinat ettiriliyor. Çeşitli müellifler arasında Bordwell, Oppenheim tarafından kritik ediliyor.

A duty of obedience based on the power of the occupant

Halkın işgalciye karşı olan itaat vazifesi itibara şayan bir desteğe istinat ettirilmiş olmasına rağmen, geçen asırda ve zamanımızda üniversal bir kabule mazhar olmamıştır. Zamanımızdaki kuvvetli temayül, itaatın temelini işgal gücünün kendi meşruluğunu gerektiğinde zorla kabul ettirebilmesi gerçeğini, hukukun yaratmadığı noktasında toplanmaktadır. (27)

Düşman arazisinin, işgalci tarafından işgal edilmesi halinde halkın, işgalcinin emniyetini ihlâl edecek veya tehlikeye düşürecek hareketlerden kaçınmaları vazifesinden bahsedilir. Böyle bir vazife altındadırlar. Bu itaat vazifesinin ihlâli, sık sık «war treason» ve «war rebellion» terimleri ile tavsif edilir. Bununla beraber, itaat görevinin kanuni dayanağının, milletlerarası hukukta mı yoksa iç hukukta mı veya sadece işgalcinin üstün kaba kuvvetinde araştırılacağı ve ihlâl şıkanamayacağı meselesinde doktrinde fikir birliği yoktur.

1907 La Haye kaidelerinin tatbikinden kazanılan tecrübe eseri olan 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Geneva İttifakı'na rağmen, işgalci ve halk arasındaki ilişkiler, savaş hukukunun en önemli bir problemi olmakta devam etmektedir.

İşgal edilen ülkedeki sivillerin korunması hususu hâlâ savaşçı işgalcinin hukukuna uygun bir tarzda yürütülmektedir.

(27) B.Y.İ.L. age, Major Richard R. Baxter, B.A. LLB. s. 243

Değişen savaş temayülleri içinde önemli olan, düşmanca hareketlerle en ziyade kabili telif edilmesi gereken şeyin, muharip olmayan sivillerin hayat, mal ve bağıllık haklarıdır. İşgal altındaki ülke halkının işgal altında bulunmaktan hoşnut olmamaları kaçınılmaz sonuçtur.

IV. TOPRAKLAR NE ZAMAN ELE GEÇİRİLMİŞ SAYILIR?

Topraklar, (işgal edilmiş olduğu) an, düşmandan alınmış da sayılmaz. Her ne kadar, büyük düşman birliklerinin girmiş olduğu ülke parçası -bu birlikler orada kaldıkları sürece- geçici olarak düşmanın elinde bulunsa bile, böyle bir elde tutma, sözü edilen sonucu yaratmağa yeterli değildir; böyle bir sonucun ortaya çıkması için, sürekli olarak ve güvenlik içinde bir elde bulundurma gereklidir.

Bir toprak parçasının düşmandan alınmış sayılması için, bu ülke parçasının sürekli savunma düzenleri ile çevrilmiş olması da gereklidir; öyle ki, önce bu savunma düzenleri ele geçirilmeksizin, bu ülke parçasına girme yolu da bulunamasın. (28)

ÜÇ ÜNCÜ BÖLÜM

İŞGALİN HÜKMÜ

1. İŞGAL EDİLEN ÜLKENİN HUKUKİ DURUMU

İşgalle ülkenin idaresi geçici olarak işgal eden devlete geçmektedir. Savaş süresince işgal altındaki ülke, savaşçı devlet tarafından ilhak edilemez. İşgal eden devlet kendi güvenliği için her türlü tedbiri almakta haklı olmakla beraber, ülkenin rejimini, kanunlarını değiştiremez. İkinci Dünya savaşında, işgal eden devletin organı olarak iş gören kukla-hükümetler (Quisling'ler) görülmüştür. Bu hükümetler, organ durumunda olmaları itibariyle, işgal makamlarına tanınan yetkilerden daha fazlasını, Devletler Hukukuna uygun olarak kullanamazlar. (29) Bu kabil hükümetlerle, diğer ülkeler DE FACTO hükümet olarak temas kurabilirler.

II. İŞGAL ALTINDAKİ ÜLKEDE HUKUKİ DURUM

Ülke devletinin kanunları mutlak zaruret olmadıkça, yürürlükte kalır. La Haye yönetmeliğinin 43 ncü maddesi bu hususu düzenlemektedir. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinin 64 üncü

(28) Hugo, De Iure Belli Ac acis, s. 208.

(29) Seha Meray age s. 442.

maddesine göre, işgal edilmiş ülkenin Ceza Kanunu, yürürlükte kalacaktır. Ancak, bu kaideye şu istisna getirilmektedir. İşgal eden devletin güvenliğine tehlike teşkil etmesi veya Sözleşmenin uygulanmasına engel olduğu ölçüde ilga veya tâlik edildiği haller.

64 üncü madde 2 nci fıkraya göre de, işgal eden devlet, işgal edilen ülkenin muntazam bir şekilde idaresi ile birlikte işgal eden devletin, gerek işgal kuvvetleri veya idaresi mensuplarının ve bu devlet tarafından kullanılan müesseselerin ve ulaştırma yollarının güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri alabilecektir.

65 nci madde de ise, işgal eden devlet tarafından konulan cezai hükümlerin yürürlüğe girmesi ile ilgili bulunmaktadır. Bu hükme göre, isdar olunan tedbirler, halkın dilinde yayınlandıktan sonra yürürlüğe girebilecek ve bu hükümler makabline şâmil olmayacaktır.

Ülke-devletinin mahkemeleri vazifelerine devam ederler. Ancak bu hal işgal eden devlet tarafından kendi güvenliği için askeri mahkemeler ihdasına mani değildir. Sözleşmenin 66 ncı maddesi bu hususu hükme bağlamaktadır. Bu mahkemeler, suçun işlenmesinden önceki hukuku uygulayacaklardır. (md. 67) İşgal eden devlet, hâkimleri azledilebilir. Hâkimlerde, işgal eden Devlet adına vazife görmeği reddedebilirler. (30)

İkinci Dünya Savaşında Almanya, işgal ettiği ülkelerde kaza sistemine müdahalelerde bulunmuş, kuruluş ve işleyişlerinde önemli değişiklikler yapmıştır. Savunma hakkı tanınmadığı ve cezaların makale şâmil olarak uygulandığı da görülmüştür. (31)

İşgal eden devlet ülke-Devletince görevlendirilmiş bütün memurları işten çıkarabilir. Buna karşılık hiçbir memur, zorla işgalci devlet adına vazife görmeğe zorlanamaz. Sözleşmenin 54 üncü maddesine göre, işgal eden Devlet, işgal altındaki topraklar da, «vicdanî mülâhazalarla vazife ifasından imtina ettikleri için memurların veya hâkimlerin statüsünü değiştirmesi veya bunlar hakkında zecrî herhangi terhibî bir tedbir alması yasaktır.» Ancak. Sözleşmenin 51 inci maddesine göre, işgal eden Devlet, 18 yaşından büyük şahısları çalışmaya zorlayabilir.

III. SİVİLLERİN DURUMU

Siviller işgal eden devlete itaata mecburdurlar. İşgalcinin sivil halk üzerindeki yetkileri sınırsız değildir. Sivil Ahalinin Korunması

(30) bkz. E Wolff, «Municipal Courts of Justice in Occupied territory Groutius Society, 943, c. 29 s. 99

(31) Meray, s. 443.

hakkında 1949 Cenevre Sözleşmesine göre, (md. 48, 35, 36) yabancılar, yani tarafsızlar, bu ülkeyi terketme hakkına sahiptirler.

1907 La Haye Yönetmeliğinin 4 üncü maddesi uyarınca, ülke halkı, ordusu ve savunma vasıtaları hakkında bilgi vermeğe zorlanamaz. Halkın sadakat yemini etmeğe zorlanması da yasaktır. (md. 45)

46 ncı madde ise, «aile şerefine ve haklarına, fertlerin hayatına, hususi mülkiyetine, dinî kanaatlarına ve âyinlerin icrasına riayet olunacaktır.» hükmünü ihtiva etmektedir.

Yönetmeliğin 52 inci maddesi, işgal ordusunun bazı ihtiyaçlarının karşılanması için, sivil ahalden bazı hizmetlerin istenebileceğini hükme bağlamaktadır. Cenevre Sözleşmesinde de bu husus tasrih edilmiştir. Sözleşmenin 51 inci maddesi «ancak işgal kuvvetlerinin ihtiyacına ve âmme hizmetlerine, işgal altındaki memleket halkının iâşesine, ibatesine, giyimine, münakâlatına ve sıhhatine lüzumlu işler mevzu bahis olabilir.» demektedir. Aynı madde uyarınca, sivil ahali «düşmanın bizzat kendi silâh veya yardımcı kuvvetlerinde hizmet etmeye mecbur tutulamaz.» La Haye Yönetmeliğinin 23 üncü maddesi de buna benzer hüküm koymaktadır.

Cenevre Sözleşmesinin 49 uncu maddesi, sivil halkın iş yaptırılmak üzere buldukları yerden başka bir mahalle, ferden veya kitlerle halinde götürülemeyeceğini kabul etmiştir. (32)

La Haye Yönetmeliğinin 48 inci maddesi işgalcinin vergi toplayabileceği ancak bu vergilerin, imkân nispetinde, ülke-Devletinin koymuş olduğu esaslar içinde toplanmasını ve ülkenin masraflarına işgal eden ülke tarafından iştirak edilmesi zaruretini belirtmektedir.

Cenevre Sözleşmesinin 34 üncü maddesi sivil halktan rehine alınmasını yasaklamaktadır. (33)

IV. MÜLKİYETİN DURUMU

A. ÖZEL MÜLKİYET

Gayrimenkul özel mülkiyetin hukukî rejimi değiştirilemez. Yönetmeliğin 46 inci maddesi 2. fıkrasında özel mülkiyetin müsadere edilemeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, işgal eden Devlet,

(32) bkz. J.H.E. Freeman, «Transfer of Civilian Manpower from occupied Territory» AJIL 946, c. 40, s. 312-324.

(33) bkz. E. Hammer ve M. Salvin, AJIL 944, c. 38. s. 20-23.

özel mülkiyetin konusu gayrimenkulleri hastane, baraka, ahır inşa-
sında kullanılabilir.

Özel mülkiyette olsa bile, işgal eden, her türlü harp malzeme-
sine, giyim eşyasına, haber yayma ve ulaştırma vasıtalarına, taşıt-
lara el koyabilir.

Yönetmeliğin 47 inci maddesi yağmayı, 56 inci madde ise, san'at
ve ilim eserlerini müsadere ve tahrip etmeyi yasaklamaktadır.

Ganimet hakkı sadece silâhlara, atlara, askeri vasıtalara ve ve-
sikalara uygulanmaktadır. Para, kıymetli eşya emniyet sebebi ile
muhafaza için alınabilir. Bu husus yönetmeliğin 4 ve 14. Sözleşme-
nin 18. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Yönetmeliğin 52 inci maddesi harp yüklenmelerine cevaz ver-
mektedir. Aynî olarak verilecek levazım için para veya makbuz veri-
lecektir. Yönetmeliğin 49 ve 51 nci maddelerine göre, işgal eden
devlet makbuz karşılığı halktan para da toplayabilir.

Ceza olarak da, suç işleyenlerden para alınması meşrudur. Fa-
kat müşterek para cezası mükellefiyeti bu mahiyette değildir. Yönet-
meliğin 50 inci maddesi bunu yasaklamaktadır. Bununla beraber,
anılan bütün bu kaidelerin, İkinci Dünya Savaşında tam manası ile
tatbik edilmediği de görülmüştür. (34)

B. ÂMME MÜLKİYETİ

La Haye Yönetmeliğinin 53 üncü maddesinde, işgal kuvvetleri-
nin menkul kıymetleri, Devlet hazinesini ve bankalardaki Devlet mül-
kiyetindeki paraları, kıymetli evrakı, silâh depolarını, taşıtları, haber-
leşme vasıtalarını ve harp hareketine yarayacak bütün menkul mal-
ları müsadere edebileceğini belirtmektedir.

Yönetmeliğin 56 inci maddesinde ise belediyelerin, din, hayır,
eğitim, san'at ve ilim müesseselerinin mallarının müsadere edilemi-
yeceği belirtilmiştir. İkinci Dünya Savaşında geniş bir surette ihlâl
edilen bu hüküm, menkul mallara inhisar etmektedir.

Âmme gayrimenkulleri işgal edenin mülkiyetine geçmez. Yönet-
meliğin 55 inci maddesinde, işgal eden devletin, âmme binalarının,
âmme gayri menkullerinin, ormanların ve tarım işletmelerinin idare-
cisi olduğu ve bunlar üzerinde intifa hakkını haiz olduğu belirtilmiş-
tir. Bu sebeple, işgal makamları, Devlet çiftliklerinin mahsullerini sa-

(34) Alsan, Z.M. age, s. 426.

tabilir, madenleri işletebilir, kereste istihsal edebilir, binaları kiraya verebilir. Mutlak zaruret olmadıkça tarlaları ve madenleri tahrip edemez, binaları yıkamaz, ormanları tamamen kesemez. (35) (36)

V. ÂMME HİZMETLERİ BAKIMINDAN

İşgal altındaki ülkede MİLLİ kanunların yürürlükte kalacağı kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, adlî ve idarî âmme hizmetleri eskisi gibi devam eder. Mahkemeler, mahalli devlet adına hizmet görmeğe devam ederler. Ancak, işgal eden devletin ordusu aleyhine işlenmiş suçlara bu devletin askerî mahkemelerinde bakılır. Bu mahkemelerin kuruluş ve işleyişleri bu devletin takdirine bağlıdır.

Siyasi karakteri haiz memurlar dışında mahalli âmme hizmetlerini ifa eden belediye reisi, polis memurları, maliye memurları gibi memurlar vazifelerine devam ederler. (37)

(35) Meray, S. age, s. 447.

(36) Alsan, Z.M. age, s. 427.

(37) Alsan, Z.M. age. s. 425.

CEZA HUKUKU

HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA YAPTIRIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÇAĞDAŞ YAKLAŞIMLAR

Dr. Jur. Mustafa T. YÜCEL*

GENEL DEĞERLENDİRME

Cezaevi kurumunda bulunanların tabi olacağı tretman süreci ve hürriyetten yoksunluğun nasıl değerlendirilebileceği kararlaştırılmadan önce, daha geniş nitelikte bir çerçeve göz önüne alınmalıdır. Kuşkusuz, suçluluğu önleme uğraşları rehabilitasyona (iyileştirmeye) yeğ tutulur ve strateji olarak da daha etkilidir. Suçlulara eğilme sürecinde kullanılan yöntem ne olursa olsun, genel suçluluk derecesi üzerindeki etkisinin büyük olması olasılık içerisinde değildir; cezanın şiddetindeki marjinal değişimlerin hukuka daha uyarlı davranışa yöneltici olduğunu belgeleyen çok az kanıt olduğu gibi tretman programları da, genel olarak, mükerrerliği azaltmamaktadır. Ayrıca, viktimoloji (suçtan zarar görenler) üzerinde yapılan araştırmalar yanında günlük yaşantılarımızda, ceza adaleti sistemince etiketlenen suçluların buz dağının yalnızca uç noktası olduğunu belgelenmekte; rapor edilmeyen ve çözümlenmemiş suç niceliği yoğun ölçüde olmaktadır. Açıkça, ceza adaleti sürecinden geçen ufak bir azınlığın davranışını değiştirmeye yönelik siyasetler algılanmalı ve bu bilgi ışığında sistem gözden geçirilmelidir. Yalnız, ceza adaleti sürecinde, adil ve insancıl bir sistemin nasıl sağlanabileceğinin önemli bir öge olduğu göz önünden uzak tutulmamalıdır.

Yaptırımlar sistemin de yer alan hürriyeti bağlayıcı cezaya gelecekte de başvurulacağından, bu kişilerin rehabilite edilir veya edilmezliği bir yana, bunlarla nasıl uğraşılması gerektiği konusunda karar verilmelidir. Bu kararın statik bir nitelikte olmaklık yerine zaman akışı ve toplum dinamizmine uyarlılık içerisinde gözden geçirilmesine gereksinme duyulmalıdır.

(*) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürü.

Hürriyetten yoksunluğu değerlendirmek için bazı belirli kişilerin neden bu yaptırım türüne mahkum edildikleri ve hürriyetten yoksunluğun tabiat ve içeriğinin ne olması sorularının sorulması gerekmektedir. Bu soruların farklı yönleri, kuşkusuz, birbirine dayalı olup; çeşitli biçimlerde ve çeşitli soyutlama düzeylerinde yanıtlandırılması olanaklıdır. Bu sorulardan «neden hürriyeti bağlayıcı ceza?» sorusu belkide en zorlu olanıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın, cezasal normların ihlal edilmesi sonucu uygulanan yaptırım olarak belirtilmesi söz konusu olabilirse de, bu türden kısmı bir yanıt yeterli değildir. Cezayı haklı gösterme kadar gerekli açıklamayada yer verilmelidir. Ceza bilimcileri (penologlar) hürriyeti bağlayıcı cezanın yapabileceği bazı etkileri (önleme, sosyal savunuyu, rehabilitasyon ve diğerleri) kuramlaştırmışlardır. Yalnız, ampirik çalışmalar, ceza siyasetinin temeli olan kuramları çürütme doğrultusunda sonuç vermiştir. Örneğin, rehabilitasyon amacına yönelik tretman programlarının genellikle etkisiz olduğu ve sosyal savunuyu kuramının da «tehlikeliliği» kesinlikle teşhis edememek nedeniyle canlılık kazanmadığı saptanmıştır. Genel önleme kuramı da çeşitli sorunları içermekte; suç türü, saik, algılanan yakalanma olasılığı ile algılanan cezanın şiddeti gibi etmenlerin birleşik biçimlerde ilişkileri olduğu görülmektedir. Ek olarak, farklı cezasal amaçların farklı tipteki suçlulara uygulandığında değişik önem taşıyabileceği gerçeği karşısında, bu çeşitli amaçların meşruluğu da komplike olmaktadır. Bu amaçların gerçekleştirilmesindeki saklı bulunan zorluklar, adil bir muhakeme süreci ve cezalandırma ile birlikte hürriyetten yoksunluk halinde suçlunun hangi haklarından yoksun olduğunun kesinlikle belirlenmesine daha fazla önem verilmesine dayalı sade bir model için gerekçe olarak gösterilmektedir.

Daha tecrübi bir düzeyde, hükümlülerin kişisel ve çevresel niteliklerinin incelenmesi, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının belirli bazı suçlular için uygun olup olmadığı konusundaki tartışma için yeterli bilgileri verebilecektir. Örneğin, araştırma, mahkemeye hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olabilecek yaptırımlar sağlandığında bundan daha fazla yarar sağlayabilecek çeşitli gurupları belirleyebilir. Nitekim, Cezaların Infazı Hakkındaki 647 sayılı Yasa ile sağlanan seçenek yaptırımların cezaevlerine girenler sayısındaki etkisi hiçte küçümsenmeyecek ölçüde olmuştur. Yargıtay'ın seçenek yaptırımların uygulanmasının veya erteleme isteminin reddi halinde yasal gerekçe göstermek gereğini vurgulayan içtihatları ile belirli ölçüt ve gurupların belirlenmesi yakın bir gelecekte gerçekleştirilecektir. Bu yoldaki uğraşların bilimsel araştırma bulguları test edilmesi ve objektif uygulamaya yaklaşılmasına gereksinme duyulmaktadır.

CEZASAL TRETMAN

Yukarıda belirtildiği üzere, cezasal tretman konusundaki araştırmaların büyük bir çoğunluğu olumsuz veya kesin olmayan sonuçlar ortaya koymuştur. Çeşitli memleketlerde 1945-1967 yılları arasında yapılan 231 araştırmanın incelenmesi sonucu, çok az sayıdaki istisnalar dışında, şimdiye değin rapor edilen rehabilitasyon yöntemlerinin mükerrirlik üzerinde gözle görülür bir etkisi olmadığı vurgulanmıştır.

Cezasal tretmanın yeniden değerlendirilmesi sürecinde bazı varsayımların tartışılmasına gereksinme vardır. Değerlendirme çalışmalarının ekserisi, yeniden mahkumiyet oranını tretman başarısının bir ölçütü olarak ele almışlardır. Yalnız, bu amaçla kullanılan bu ölçütün sınırlılığı olduğu unutulmamalıdır. Bu ölçüt, tretmanın etkilerinin tretman dışındaki etmenlerin etkisinden ayırt etmeğede elverişli değildir. Ek olarak, iyice bilinmekte olan suçluların yakalanması oranındaki düşüklük sorunu göz önüne alındığında, «başarısız guruptaki» kadar «başarılı gurup» taki başarısızlar sayısı yoğun ölçüde olacaktır. Bu nedenle, değerlendirme çalışmaları yönünden seçenekli bir ölçütün bulunmasına gereksinme duyulmaktadır.

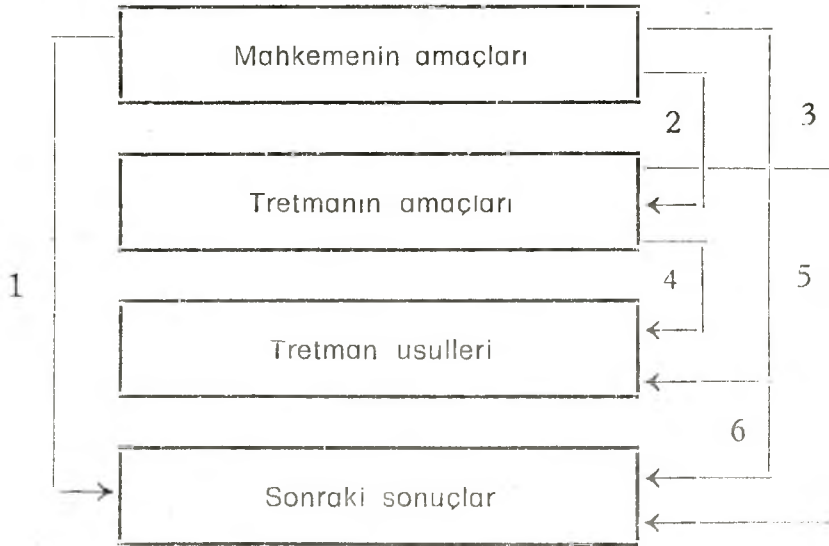
Bu konuya değgin töresel scrularda vardır. Özel bir tretman yönteminin işlev görmediği saptandığında, uygulanmasına devam edilmesi haklı görülebilir mi? Kişinin istememesine karşın tretmana tabi tutulmalı mıdır? Birey gereksinmesi olmamasına karşın tretmana tabi tutulmalı mıdır? Suçlu kişiler, benzer gereksinmeleri olan suçlu olmayan kişilere oranla «daha iyi» tretman görmeli midir? Bu yaklaşım, «kötü» davranışın mükafatlandırılması biçiminde ele alınabilir mi? Bazıları daha ileri giderek, toplum tarafından suçlu davranışa sürüklenen kişiler yerine toplumun değişime gereksinmesi olduğundan bireysel tretmanın yersiz olduğunu belirtmektedirler.

Tretman hakkındaki sorunun bir kısmıda bu deyimle verilen anlamın farklı biçimde olması veya açık olmamasından ileri gelmektedir. Bu deyim, bazen, kişinin veya davranışın değiştirilmesi için düşünülen bir terapi biçimi olarak tıbbi veya tıbbi anlam benzeri kullanılmaktadır. Yeniden mahkumiyet oranları göz önüne alınarak tretmanın etkilerini belirlemek için yapılan çalışmalarda bu model kullanılmıştır. Yalnız, «cezasal tretman» deyimini terapötik bir niyet güdülmüş olsun veya olmasın kişilerle uğraşı yollarına yollama yapmak için de kullanılmaktadır. Kuşkusuz, kullanılan deyim anlamı konusunda açıklık getirmek önemli ve bazı amaçlar için deyim, özel terapötik anlam yerine geniş anlamda kullanmanın yararları vardır.

Cezasal tretman geniş anlamda ele alındığında, değerlendirme kavramında genişletilmesine gereksinme vardır. Yeniden mahkumiyet oranı veya terapötik modele dayalı diğer ölçütler uygun olmayıp; rehabilitasyon yerine **amaçlar** (cezalandırma, kontrol altına alma, önleme ve diğerleri) göz önüne alınmalıdır. Yalnız, bu amaçlardan birine verilecek nisbi ağırlık kişisel düşünce olup; halkın suça olan tepkisinin karmaşık tabiatı göz önüne alınarak, bu amaçlardan birini diğerlerini bir kenara iterek vurgulamak gerçekçilikle bağdaşmayacaktır. Bunlar göz önünde tutularak, yukarıda değinildiği üzere, merkezi ilginin adaletin yerine getirildiğini sağlamak olduğu önerilebilir. Bu önerme, cezanın suça uyarlı olması anlamında ise, suçlu hakettiği cezayı görmelidir: İnsancıl düşünceler ve suçlunun hakları ile çatışacağından hakettiğinden fazla olmayacak; galeyana gelen halkın adliyeye olan güvenini sarsmamak içinde hakettiğinden az ceza olmayacaktır. Ceza adaleti sürecindeki usullerin bu yanlar üzerindeki etkisi göz önüne alınarak araştırma konusu edilmesi yerinde olacaktır.

Simdiye değin belirtilen noktalara açıklık getirmek için aşağıda yer alan diyagrama yollama yapmak uygun görülmüştür.

Cezasal Tretman Değerlendirilmesi



Geçmişte yapılan değerlendirme araştırmalarının çoğu mahkeme amaçları ile yeniden mahkumiyet oranı arasındaki ilişkide (1. çizgi) yoğunlaştırılmıştır. Bu yaklaşım ise sınırlı bir yöntemdir. Tretmanın içeriği, suçluya ne yapıldığını ve onun tepkisi araştırılmaksı-

zın bırakıldığı için karanlık bir kutu olarak kalmıştır. Sonuç olarak, olumlu sonuçlar elde edilse bile, bunu neyin doğurduğu bilinmemektedir. Cezasal tretmanın daha geniş anlam çerçevesinde değerlendirilmesi için diyagramda belirlenen çizgilerin göz önüne alınması gerekmektedir. Bu çizgiler, mahkemenin amaçları ile tretman örgütünün amaçları (2. çizgi); mahkeme amaçları ile tretman usulleri (3. çizgi); tretman amaçları ile tretman usulleri (4. çizgi); tretman amaçları ile sonuçları (5. çizgi); ve tretman usulleri ile sonuçları (6. çizgi) arasındaki uyumluluk derecesidir.

Cezasal tretman sürecinde yer alan bu aşamaların ayrıntılı bir biçimde incelenmesi ile mahkemenin asli niyetinin yerine getirilmiş olduğu ve adaletin gerçekleştirildiği gösterilebilir.

Burada sadelik sağlamak amacıyla bazı basamaklara değinilmemiştir: kuşkusuz, çeşitli amaçlar ve usullerin ceza siyaseti ile uyum içerisinde olup olmadığı konusunda bir seri soru yanında sonraki tretman sürecinde etkisi olan muhakeme usulleri vardır.

Yukarıdaki diyagramda tretmanın sonraki etkilerine yer verilmek suretiyle rehabilitasyon modelinin tamamen red edilmediğine de tanık olunmaktadır.

Suçluların tretmanda ön görülecek yaklaşımın sağlıklı olması bakımından da hükümlülerin istek ve gereksinmelerine dayalı olması ön görülmelidir. Daha önce yapılan araştırmalar hükümlü görüşüne fazla yer vermemiştir. Kuşkusuz, hükümlüyü desteklemek veya değiştirmek için yapılan tüm uğraşlar hükümlünün nedenlerini ve amacını anlaması ile başarı gösterebilecektir. İşte bu amaçla cezaevlerinde bulunan hükümlülerin gereksinme kategorileri ile gereksinme derecelerini belirleyen bir taslak tabloya aşağıda yer verilmiştir. Bu tabloda belirlenen gereksinme kategorilerine giren hükümlüler üzerine ve özellikle gereksinme derecesi yoğun olanlara eğilmek suretiyle ussal ve sağlıklı bir yaklaşım söz konusu olabilir.

GEREKSİNME KATEGORİLERİ

Minimum

GEREKSİNME DERESESİ

Çalışma	Sanat Eğitimi	Öğrenimi	Fizik Sağlığı	Akıl Sağlığı	Suçluluk Özgeçmişi	Uyuşturucu İlaç	İkametgah
İşsiz. Çalışma umudu yok	Mesleksiz	Okur yazar değil	Sakat, sağlık hizmetine gereksinmesi var	Dengesiz saldırgan veya içine kapanık	İtiyadı ve mesleki suçlu	Alkolik - tedaviye gereksinmesi var	Belirli bir ikametgahı yok
Dengesiz bir çalışma yaşamı var; tesadüfi çalışma.	Kalifiye olmayan işçi	Okur yazar	Kronik hasta; tıbbi bakıma gereksinmesi var	Geri zekalı	Mükerrir	Uyuşturucu ilaç kullanılmakta	Sık sık ikametgah değiştirmekte
Mevsimlik iş; gelecekte devamlı bir iş tutabilme umudu çok az	İşçi, askari yetenekli	İlk okul Orta okul, meslek okulu, lise	Zaman zaman hastalanmakta	Şaşkın, endişeli ve/veya aşağılık duygusuna kapılmış	İlk defa suçlu		
Devamlı bir iş sahibi	Kalifiye işçi	Yüksek okul	Sağlıklı, ender olarak hastalanmakta	Aklı başında ise de, zaman zaman şaşkınlık içerisinde			

Maksimum

Yukarıdaki tabloda yer alan kategoriler kurumsal tretman kadar infaz sonrası yardım ve rehberlik içinde temel olarak ele alınabilir.

Hiç kuşkusuz, hürriyetten yoksunluğun içeriği (hükümlünün sosyal ve fiziksel çevresi, cezaevi rejimini karakterize eden usuller ve olgular) üzerinde de araştırma yapılması gerekmektedir. Bazı ceza bilimcileri (penologlar) cezaevinin rehabilite edici olması ve rejimlerin ona göre oluşturulmasını ileri sürerken, diğerleri, geleneksel tekniklerin belirli hükümlü tipleri için uygun olmadığını ve ayrıca bu tekniklerin etkili olmadığını yanıtlamaktadırlar. Bir gözlemci ise, cezaevindeki tretmanın ana amacının «kişilerin daha kötüye gitmesinin» önlenmesi suretiyle hükümlülerin salıverildiklerinde kuruma girdiklerinden daha kötü olmasının giderilmesi gerektiğini önermektedir.

Eldeki bilgiler ışığında, bugün için, cezaların insancıl bir içerikte infaz edilmesini amaçlıyabiliriz. Bu çerçevede, rehabilitasyon programlarına katılmanın hükümlünün isteğine dayalı olması düşünülebilir. Nitekim, infaz sistemimizde, bu türden bir olanağa yer verilmiş; hükümlünün sınıflandırılacağı kurumu belirlemek bakımından hükümlünün isteğine, olanakların elverdiği ölçüde, olumlu yanıt verilmekte olduğu saptanmıştır. Bu türden uygulama ile önerilen duruma doğru yaklaşım içerisinde olduğumuz belirtilebilir.

Cezaların infazı bakımından önemli olan, kurumlardaki var olan koşulların aydınlığa kavuşturulmasıdır. Bu nedenle, hükümlülerin diğerleri ile olan ilişkileri, cezaevi görevlileri ile olan ilişkileri, çalışma, öğretim, boş zamanları değerlendirme, günlük yaşam düzenlemeleri, uzman kişilere başvuru, dış dünya ile iletişim, disiplin ve şikayetlere değgin usuller, salıverme öncesi hazırlık ve diğer öğeler hakkında inceleme yapılmalıdır. Bu öğelerin her biri hükümlü kadar personelin gereksinimleri ve eğilimlerine yollama yapılarak araştırılmalıdır.

Hürriyetten yoksunluğu değerlendirmek için deneysel ve kuramsal düzeyde sistematik araştırma gerekli olup; bu suretle, sorunlar daha iyi anlaşılabilir, gelişme için öneriler formüle ve test edilebilir. Kuşkusuz, gerçekçi olmaklık yönünden, bu önerilerin parasal kısıtlılıklar ile kalabalık nüfuslu eski cezaevi binalarının neden olduğu zorluklarda göz önünde bulundurulması zorunludur.

Şimdiye kadar vurgulanan araştırma gereksinmesi ve bunun karşılanması için önerilen yaklaşım konuya bilimsellik kazandırmak bakımından önemli görülmektedir.

Kuşkusuz, tüm araştırmaların amaçladığı, ceza adaletinde etkili bir adalet sisteminin oluşturulması; insan onuruna yaraşır bir tret-

manın kurumlarda gerçekleştirilmesidir. Bu açıdan gereksinme duyulan bazı konuları vurgulamakta yarar görülmüştür. Bunlar arasında hükümlülerin kurumdan saliverilmesi öncesi bir hazırlama programına tabi tutulması; hükümlü (ve tutuklu) ailelerine hizmet götürülmesi ve kurumlarda insan haklarının korunması yer almaktadır.

SALIVERME ÖNCESİ HAZIRLIK PROGRAMI

Cezaevlerinden saliverilen hükümlüler toplumda ani çözüm bekleyen çeşitli sorunlarla karşılaşmakta ve bir ölçüde gerçek ceza, saliverme sonrası kendisini hissettirmektedir. Karşılaşılan sorunlar arasında barınılacak bir yer, çalışılacak bir iş, cep harçlığı; eşleri, çocukları ve diğerleri ile başlatılacak ilişkiler belirmektedir. Bazı hükümlülerin baş etmek zorunda oldukları özel sorunları vardır: alkol veya uyuşturucu ilaç kullanımı, kumar; suçlu arkadaşlar, kolluk görevlileri gibi resmi kişilere karşı duyulan küskünlük gibi. Hükümlülerin topluma uyumları yolundaki resmi uğraşlar, kendilerinin «düşman» saydıkları kişilere dayalı kalmaları konusundaki isteksizlikleri nedeniyle oldukça zorlu olmaktadır. Cezaevlerinde bulunanların büyük bir kısmının mükerrer suçlu olmaları bunların önceki yaşamlarındaki başarısızlıklarını kanıtlamaktadır.

Cezaların infazı sırasında tüm gereksinimleri kurum idaresince karşılanan, çocuk yaşamına indirgenmiş bir yaşam sürdürmüş bulunan hükümlünün dış dünyaya uyum sağlamalarını kolaylaştırmak amacı ile saliverme öncesi bir hazırlık devresinden geçirilmeleri zorunlu bir önlem niteliğindedir. Bu dönemde sağlanacak kurslarla geliştirilecek çalışma yeteneği, kendi ayakları üzerinde durulabilme ve sosyal yetenekler ile hükümlülerin problem kaynağı olmaktan uzaklaştırılmasında etkili olunabilir.

Bu türden kursların düzenlenmesinde ön görülecek varsayımlar aşağıda gösterilmiştir :

- 1) Kurslara katılmanın isteğe dayalı olması;
- 2) Ekseri kişilerin öğrenme ve değişmeye yetenekli olmasına karşın bunun normal olarak olanaklı olduğunu düşünmemesi;
- 3) Kurslar sırasındaki tüm faaliyetlerin açık amaçları olması ve öğretmen ile katılan kişi yönünden kabul edilir yöntemlerin kullanılması.

Kuşkusuz, saliverilecek her hükümlünün anılan kurslardan geçirilmesine gerek olmayıp; gereksinimleri açısından maksimum de-

recede yoğunluk gösteren kişilere öncelik vererek, olanakların elverdiği ölçüde diğerlerininide kapsama almak yerinde olacaktır.

Salıverme öncesi hazırlık programı infaz sonrası yardımın bir ögesi olup, anılan kurumsal düzenleme içerisinde belirlenmesi gerektiğinden, Cezaların İnfazı sırasında ve Sonrası Hükümlülere Yardım hakkındaki Yasa taslağında yer verilmesi oldukça isabetli olmuştur.

Bu yaklaşım münasebetiyle rehabilitasyon yöntemi konusunda geliştirilen «sosyal yetenekleri geliştirme eğitime» değinmek uygun görülmüştür.

Geleneksel kişisel davranışları değiştirme yöntemlerinde kişilerin «kafasında bazı şeylerin» yanlış olduğundan hareketle, kişisel çalışma, gurup danışması (**grup counseling**) nı içeren rehabilitasyon sürecinde bir uyanış tahrik edilerek kişilerin doğru yola sokulması amaçlanmakta idi. Yakın bir geçmişte geliştirilen **davranışçı kuram** da ise, kişiliğin varlığını hemen hemen hiçe sayan koşullandırıcı bir yöntemle davranışın değiştirilmesi yolları ortaya konulmuştur. «Sosyal yeteneklerin geliştirilmesi eğitimi» bir taraftan tüm kişilik kabul edilirken, diğer taraftan durumlarla baş edebilmek için (sorunları çözme, çalışma yerinde, evde ve toplumdaki diğer kişilerle ilişkilerde bulunma) yeni ve daha iyi yolların öğrenilebileceği kabul edilmektedir.

AİLELERE HİZMET GÖTÜRME

Geleneksel olarak, cezaevlerinde bulunanların ailelerine hizmet götüren resmi ve gönüllü kuruluş yok denecek ölçüdedir. Bu durum, cezaların şahsiliği ilkesine ters düşen bir sonuç yaratmakta; bazen, kuruma alınan kişilerden çok yakınmaları cezalandırılmaktadır. Bu önermenin anlamı, geniş aile tipinden çekirdek aileye dönüşümün yoğunlaştığı günümüzde daha belirgin olmuştur. Kuşkusuz, bu tür ailelerin kuruma alınan üyesi hakkında bilgi edinme, danışma ile koruyucu ve destekleyici nitelikte sosyal yardım hizmetlerinden yararlanmasına gereksinme duyulmaktadır. Bu nedenle, ceza adaleti sürecinde işlem gören ve kurumlarda bulunanların ailelerini, özel sorunları olan bir sosyal hizmet alıcısı olarak ayrı bir gurup halinde düşünmek ve bu sorunlara eğilme sorumluluğunu taşıyacak bir örgütü patronaj kurumu çerçevesinde oluşturmak gerekmektedir.

Ceza adaleti sistemine giren kişinin ailesi için özellik gösteren krizler belirmektedir. Bunlar, tutuklanma, muhakeme, mahkumiyet ile cezanın infaz edileceği kurumdur. Anılan krizlerin incelenmesi

sonucu, ceza adaleti sisteminden etkilenen ailelerin karşılanması gereken gereksinimleri, bir taraftan, aile üyesine ne yapıldığı ve onunla nasıl ilişki kurulabileceği; diğer taraftan, aile birliğinin varlığını sürdürebilmesi için danışma gereği ile aile reisinin kurumda bulunması nedeniyle doğan tüm sorunlara eğilmek gereksinmesi olarak özetlenebilir.

Tutuklanma halinde, ailenin bundan haberdar edilmesi, tutuğun konulduğu kurumun adresi ile ziyaret gün ve saatlerinin bildirilmesi önemli görülmektedir. **T.C. Anayasa'sı** 30/4. maddesinde «... Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir.» normu konulmakla konunun önemi vurgulanmış bulunmaktadır. Nitekim, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun** 107. maddesinde «Tutuklamanın gayesini ihlal etmemek şartı ile tutuklanan sanığın yakınlarına ve esaslı bir alakası olan diğer kimselere tutulmasını bildirmesine müsaade olunur. Tutuklanan isterse bunlara resmen dahi haber verilir.

Tutuklanan sanık hakim önüne çıkarılınca, durum yakınlarına bu hakim tarafından verilen bir kararla hemen bildirilir.» hükmüne yer verilerek anılan krizin hafifletilmesi için sağlıklı bir yaklaşım ön görülmüştür. Aynı nitelikteki sorumluluk **Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün** 94/2. maddesinde «... tutukluların... tevkif evlerine alınmalarında, başka kurumlara nakillerinde... bunların istekleri üzerine ailelerine veya gösterdikleri başka şahıslara... durumdan bilgi verilir.» biçimindeki düzenleme ile tutukevi idaresine de verilmiş bulunmaktadır.

Muhakeme sürecinde ise, duruşmada, ne olduğunun, gelecek duruşmanın ne zaman yapılacağı, muhakemenin ortalama olarak ne kadar süreceğinin, yoksul bireyler yönünden adli yardımdan yararlanma olanağının varlığı hakkında bilgi verilmesi ön görülmektedir.

Mahkumiyet halinde ise, bakiye cezası üç yıldan fazla olanların müşahadeye tabi tutulacağı; bu amaçla hükümlünün gönderileceği müşahade merkezinin; üç yıldan az olanların ise istedikleri ilçe cezaevine gönderilebileceğinin ve buna ilişkin harcamanın hükümlü tarafından yapılması gerektiğinin; iyi halli olmak koşulu ile hükümlünün şartla salıverilebileceği tarihin aileye ulaştırılması yerinde olacaktır.

Cezaevlerinde bulunanların kuruma uyumları sırasında karşılaştıkları bireysel sorunların zaman zaman ailesi içinde endişe ve

üzüntü kaynağı olduğu göz önüne alınarak, abartılmış sorunların mektupların özenle yapılacak kontrolü ile aileye ulaşmasının engellenmesi; ailenin karşılaşmakta olduğu sorunlarında hükümlüye ulaşmakta olduğu sorunlarında hükümlüye ulaşmasına meydan verilmesi üzerinde önemle durulmalıdır.

Cezaların infazı ve tutululuk halinde bir kurumdan diğerine nakil söz konusu olduğunda aileye haber verilmesi gereği anılan Tüzük'ün 94/2. maddesinde hükme bağlanmıştır. İnfaz sistem ve uygulamasında yerleşmiş bulunan ilke gereği, müşahade ve sınıflandırma süreci ve diğer hallerde (bakiye cezaları üç yıldan az olanlar) ailenin gereksinimleri göz önünde bulundurularak, hükümlünün ailesine yakın bir yer cezaevine gönderilmesine, olanakların elverdiği ölçüde, çalışılmakta; ailelerden gelen bu tür talepler kabul edilmektedir.

En son krize, hükümünün ailesine dönüşünde tanık olunmaktadır. Aile, cezanın infazı sırasında dengeli bir varlık sürdürmekte olabilir. Diğer yandan, hükümlüde cezaevi toplumuna uyumlu bir yaşam sürdürmüştür.

Bu krizin atlatılması amacı ile yukarıda değinilen salıverme öncesi hazırlık programı önem kazanmaktadır. Hükümlünün bu program çerçevesinde toplumda ve ailesinde karşılaşabileceği sorunlar hakkında aydınlatılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, hükümlü ailelerini, özel sorunlarına özel çözümler gerektiren bir gurup olarak ele almak; ailenin hükümlünün salıverilme sonrası davranışındaki kuvvetli etkisi olabileceği göz önüne alınarak cezaların infazı sırasında aile birliğinin korunması için gereken destek ve rehberlikten yoksun bırakmamak; hükümlüyü kabullenmek için hazırlıklı hale getirmek için oluşturulması önerilen örgüt çerçevesinde çaba gösterilmelidir.

CEZAEVINDEKİ KONUKLARIN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI

Cezaevlerinde bulunanlar, fiziksel hürriyetten yoksunlukları nedeniyle diğer bireylerin insan haklarına yapılan saldırılara oranla Devlet karşısında daha zayıf kalmaktadırlar. Bu durum, hürriyetten yoksun bırakılan bireyler için en etkili korumanın güvence altına alınmasını gereksindirmektedir.

Ölüm cezasının ardından gelen fiziksel davranış hürriyetinden yoksunluk, **self-determination** gibi temel insan haklarının yitirilmesi veya kısıtlandırılması sonuçlandırdığından insan haklarını tehdit eden en ağır yaptırımlardan biridir. Çağdaş yaklaşım, bu türden yaptırıma

ancak toplumun yüksek çıkarları gerektirdiğinde ve yalnız Devlet'in cezalandırma hakkının gerçekleştirilmesinde, elde aynı derecede etkili ve fakat daha az yoksunluğu içeren önlemler olmadığında başvurulmasını ön görmektedir.

Cezalandırma sürecinde değinilen çıkarların değerlendirilmesi ile hürriyetten yoksunluk yaptırımının zorunluluğu konusundaki karar yalnızca Devlet tarafından alındığından, olanakların elverdiği ölçüde, araştırma bölümünde belirtildiği üzere, bu türden müdahalenin ön yargılarını kesinlikle belirlemek gereklidir. Cezaevi idaresinin kendi başına buyruk tutum ve davranışı ile yetkilerinin kötüye kullanımı yalnızca ayrıntılı kavramlar ve yasaklamalarla giderilebilecek veya en azından kontrol altına alınabilecektir.

Birey, fiziksel hürriyetten yoksunluk sonucu yakınlarından ve toplumdaki geniş ölçüde veya tamamen uzaklaştırılmış olduğundan, bu konuda yer alan legal güvencelerin etkinliğini araştırmak zorunlu görülmektedir. Hükümlü olan birey kendisini Devlet'in hemen hemen sınırsız buyruğuna terk etmekte; bu statüdeki birey kendisini sınırlı ölçüde savunabilmektedir. Bu sınırlılık bireyi bazen bir Devlet görevlisinin (gardiyanın) kendi başına buyruk tutumuna geniş ölçüde bırakmaktadır. Bu nedenle, bireyin kendisini işkence veya insani olmayan tedaviye karşı etkili bir biçimde savunabilmesi daha da önem kazanmaktadır.

Hükümlüler, özel bir grubun temsilcileri veya üyeleri olmadıkça, toplumun bir kesimi olmaklık yerine yalnızca birey olarak işlem görmektedir; ve basının sansür edilmesi örneğinde olduğu gibi geniş guruplara değgin insan haklarının kısıtlanmasında beliren siyasal tepki ve kamu oyu oluşturulmasından yoksun kalmaktadırlar.

Ek olarak, kendilerinin kurum yaşamında ihlal edilen insan haklarını vurgulamaları ve bu durumu kanıtladıkları da oldukça zordur. Bu durum, yalnızca, geçici bir etki gösteren ve kaide olarak tanıklık etmeye istekli kişilerin yokluğunda yer alan, insani olmayan veya küçültücü nitelikteki tedavi için geçerli değildir. İnsan haklarının yoğun nitelikte ihlali olan işkence örneğinde de, geliştirilmiş ve bazen doktorlarında katkısını gerektiren işkence yöntemlerinin varlığı ile devamlı izleri kanıtlamak gittikçe zorlaşmaktadır.

İşte bu nedenlerle hürriyetten yoksun bırakılanların temel hak ve hürriyetlerinin daha fazla güvence altına alınması Anayasal bir gereksinimdir. Bu grupta bulunanlar arasında tutuklu bireylerin korunması daha da önem taşımaktadır.

T.C. Anayasa'sı, 14. maddesinde «... Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.» nor-

munu hürriyetten yoksun kişilerin tretmanı için rehber bir ilke ortaya koymuştur. Kuşkusuz, cezalandırılmış bulunan hükümlüye cezaevi kurumunda ayrıca ceza çektirmek için tabiatına ters düşmektedir. Kurumsal güvenlik ve düzeni korumak amacı ile ön görülen disiplin yaptırımlarının da insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir. Önemli sorunda, bireysel hükümlü (ve tutuklu) hakları ile kurum idaresinin davranışları kontrol etme sorumluluğu arasındaki dengeyi korumakta düğümlenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ki «Hiç kimse işkenceye, gayri insanı yahut haysiyet kırıcı ceza veya muamele-ye tabi tutulamaz.» normu ile Anayasa'mızdaki düzenlemenin Avrupa Konseyi'ne üye memleketlerdeki geçerliği güvence altına almıştır. Bu madde hükmünün ihlal edildiğine değgin şikayetler konusunda verilen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Divanı ve Bakanlar Kurulu Komitesi'nin kararlarından alınan bazı örneklere aşağıda yer verilmiştir :

«Dilekçe sahibine ek olarak verilen 'tahtada yatırma' cezası, müracaatçının bu cezayı ne gibi koşullar altında sürmekte olduğu göz önünde tutulmak kaydı ile, Sözleşme'nin 3. maddesine göre, ne gayri insanı ve ne de haysiyet kırıcı olarak görülebilir.»

«Dilekçe sahibinin on ay süre ile ve günde yirmi saat 'hücre de' tutulması durumu, Sözleşme'nin ve özellikle 3. maddesinin ihlalini gerektirmez.»

«Kornmann'ın direnmiş olduğu ve bu nedenle kendisinin hücreye götürülmesi çok şiddetli bir sahne ortaya koymuş olduğu görünmektedir. Yalnız, Komisyon, Kornmann'ın gösterdiği diyenmeyi yenmek ve onu hücreye götürmek için gereğinden fazla kuvvet kullanıldığı fikrinde değildir. Kornmann'ın 1. Bloka nakli sırasında, kendisinin inciltilecek biçimde tutulduğu ve ayrıca zor kullanıldığı anlaşılmaktadır. Yalnız, tanık ve diğer kanıtlara göre kendisinin bu nakil sırasında döğüldüğü veya tekmelendiği doğru değildir.

Ancak, Kornmann'ın elbiseleri çıkarılırken ve değıştırilirken ya da 'suçlu gömleği' giydirilirken, kendisine şiddetli ve sert işlem yapıldığına değgin belirtiler vardır.

Koşulları ve özellikle Kornmann'ın davranış biçimini inceleyen Komisyon, kendisinin gereğinden fazla zorlanmış olduğu fikrinde değildir. Bu arada 'suçlu gömleği'nin Kornmann'ın yalnız kalma hücre-sine getirilmesinden hemen sonra değil de, kendisinin şiddeti içeren davranışları nedeniyle daha sonra kullanıldığıının, belirtilmesi uygun olur.

Sonuç olarak, Komisyon 1'e karşı 12 oyla, bu koşullar altında Kornmann'ın tabi tutulduğu işlemin, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında 'gayri insanı veya haysiyet kırıcı' olmadığına ve böylece bu müracaatta bu maddenin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir.»

Hükümlü ve tutukluların ayırıcı işleme tabi olmaksızın, insanlık onuruna yaraşır maddi ve manevi koşullar içerisinde trette edilmesi infaz sistemimizin temel kuralı olup; cezaların infazının Cumhuriyet Savcısı tarafından takip olunacağı normu ile de güvence altına alınmış bulunmaktadır. Yalnız infazın, genel anlamda, kesin karar verme durumunda savcılıkta toplanması ve yargıcın müdahalesine olanak vermemesi nedeniyle «infazın kanuniliği» ilkesine ters düşen bir uygulamaya sebebiyet verildiği zaman zaman eleştiri konusu edilmektedir. Yukarıda değinildiği üzere, infazın kanuniliğini sağlamak için hükümlü (ve tutukluların) hak ve çıkarlarının korunmasına olanak verecek bir güvenceye gereksinme var ise de, bu güvencenin normlaştırma biçimi konusunda evrensel nitelikte bir kuruma tanık olunulamamıştır. Nitekim, infaz yargıçlığı kurumu, Suçluluğun Önlenmesi ve Suçluların Tretmanı konulu IV. Birleşmiş Milletler Kongresi'nde ele alınmış ve fakat belirli bir kurumun **Hükümlü ve Tutukluların tretmanı Hakkındaki Standart Minimum Kurallar'a** sokulması kararlaştırılmıştır. Konunun önemi çeşitli sistemlerce vurgulanmış ve çeşitli yaklaşımlar ön görülmüştür. Örneğin, İngiltere ve Galler'de «ziyaretçi yargıçlar», Fransa, İtalya, Polonya, Portekiz ve Brezilya'da «infaz yargıçlığı» ve Hollanda'da yargıçların katıldığı «yerel konsey» bulunmaktadır. Her memleket ulusal gelenekleri çerçevesinde bir çözümlenmeye gitmekte olup; önemli olan, hükümlü ve tutuklulara haklarının korunduğu yolunda güven duygusunun sağlanmasıdır. Uygulamada odak noktası olarak beliren de gözetim servisinde (başgardiyen ve gardiyen) görev alan kişilerdir. Bu görevlilerin hükümlü ve tutuklularla olan ilişkilerinde ayırıcı işlemden uzak, tarafsız, İnfaz Tüzük ve Yönetmeliklerinde belirlenen kurallar doğrultusunda davranmaları; müdür ve yardımcı personel tarafından kontrol edilmeleri; C. Savcısının ağırlığı algılamaları; hükümlü ve tutukluların haklı şikayetlerini çekinmeden dile getirebilmeleri önemli olduğu kadar zorunlu görülmektedir.

İnfaz sisteminde insancıl ve hakça bir düzenin gerçekleştirilmesi oldukça zorlu bir görev olup; bu yoldaki uğraşların sağlıklı bir odağa doğru yönelimi için herşeyden önce ceza adaleti sistemindeki suç ve ceza enflasyonunun önüne geçilmesi gerekmektedir. Periyodik aflar, patolojik bir nitelik gösteren cezaevleri nüfusunu geçici olarak azaltmanın ötesinde bir işlev görmemektedir.

TÜRK CEZA YASASI DEĞİŞTİRİLİRKEN

M. Turgut OKYAR *

A) Giriş :

Problemlerin çözümünde, öncelikle yasada mevcut boşlukların, aksaklıkların ve bilhassa çelişkili hükümlerin saptanması gerekir. Adaletin tecellisi ve süratlendirilmesi, halkta adalete olan güven duygusunun pekiştirilmesi ve hukukun üstünlüğünü sağlamak için gerek ceza yasamızın, gerekse ceza hükümlerini taşıyan özel yasaların zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek biçimde değiştirilmesi zorunludur.

Halen Adalet Bakanlığı'nca Ceza Yasası değişikliği için hazırlık çalışmalarının sürdürülmesi nedeniyle, biz bu yazımızda, uygulamada gördüğümüz bazı önemli çelişkiler ve boşlukları yeniden dile getirmekte fayda görüyoruz.

Hiç şüphe yok ki, ülkenin güvenliğini sağlamak ve demokratik rejimin korunması için bu tür çalışmaların hızlandırılması gereklidir. Bu konuda çalışmalar yapacak kişilerin çok dikkatli ve titizlikle çalışmalarını sürdürmelerinde ve uygulayıcıların da görüşlerinden yararlanmalarında sayısız faydalar vardır.

Bilindiği gibi Ceza Yasamız 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasından alınmış, bu güne dek çeşitli zamanlarda bir çok hükümleri değiştirilmiştir. Bu değişiklikler yapılırken, aynı yasanın diğer hükümleri ile gerekli karşılaştırmalar yapılmadığı için bir çok çelişkilerin doğmasına sebebiyet verilmiştir. Böylece bizzat yasa içerisinde daha ağır nitelikte bir suç işleyen, çeşitli durumlarda daha hafif, daha hafif nitelikte suç işleyen ise, daha ağır bir şekilde cezalandırılmasına sebebiyet verecek çelişkiler yaratılmıştır. Bunları bu yazımızda kısaca en önemlilerinden örnekler vererek izaha çalışacağız.

B) Para Cezalarının Yetersizliği :

Türk Ceza Yasasındaki para cezalarının asgari ve azami hadları en kısa zamanda değiştirilmelidir. Ceza Yasamızın 19 ncu maddesin-

(*) Osmaniye Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi

de ağır para cezası tarif edilmiş ve asgari haddi 10 lira, azami haddi de 25 bin lira olarak saptanmıştır. Kezâ 24 ncü maddede ise, hafif para cezasının asgari haddi 3 lira, azami haddi de 1000 lira olarak saptanmış, sonradan çıkan 5435 Sayılı Yasa ile arttırılmışsa da bu günün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Paranın satın alma gücü, aşırı değer kaybı, ve yaşam koşulları göz önünde tutularak en kısa zamanda para cezalarının azami ve asgari hadlerinin yükseltilmesi cihetine gidilmelidir.

C) Çelişkili Ve Eşitsizlik Yaratan Hükümler :

1 — Türk Ceza Kanununun 65 nci maddesi suça fer'i fail olarak iştirak edenlerin cezalarının, fiile verilecek ceza ölüm cezası veya müebbed ağır hapis ise on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılacağını, sair hallerde ise yasaca tayin edilen cezanın yarısının indirileceğini ön görmektedir. Bu hüküm tek başına incelendiğinde gayet mantıklı gözükmemektedir. Oysa uygulamada Türk Ceza Kanununun 448 nci maddesi, 450 ve 449 ncu maddeleri ile birlikte uygulanmaları halinde eşitsizlik ve haksızlıklara sebebiyet veren sonuçlar doğurmaktadır.

Örneğin, sanık Türk Ceza Kanununun 448 nci maddesine uygun adam öldürme suçuna fer'i fail olarak iştirak ettiğinde, sanığa Türk Ceza Kanununun 448 nci maddesi ile 24 sene ağır hapis cezası verilecek Türk Ceza Kanununun 65 nci maddesi ile yarıya indirilerek sonuçta 12 sene ağır hapis cezasına çarptırılacaktır. Oysa bu sanık daha ağır nitelikte bir suça fer'i fail olarak iştirak etse karısını veya babasını öldürürse yani Türk Ceza Kanununun 449 veya 450 nci maddelerinden birine girer nitelikte bir suç işlerse, örneğin Türk Ceza Yasasının 450 nci maddesi ile idam cezası verilecek ve T.C.K. nun 65 nci maddesi ile cezası 10 seneye indirilecek böylece daha hafif nitelikte suç işleyenler 2 sene daha az cezalandırılmış olacaktır.

II — T.C.K. nun 62 nci maddesinin aynı yasanın 449 ncu maddesi ile birlikte uygulanmasında da; 62 nci madde ile 448 nci maddenin birlikte uygulanmasından farklı sonuçlar doğmakta ve yine hafif nitelikteki adam öldürmeye tam teşebbüsün cezası, daha ağır niteliktekinden örneğin temel cezası müebbed ağır hapis olan suçtan daha ağır olmaktadır. Bunu bir örnekle izah edersek : Sanık T.C.K. nun 448 nci maddesine girer nitelikte teşebbüs eden adam öldürmeye tam teşebbüste bulunsa, önce T.C.K. nun 448 nci maddesi ile sanığa 24 sene ağır hapis cezası verilecek, cezası 62 nci madde ile 1/3 oranında

da indirilecek ve sonuç olarak 16 sene ağır hapis cezasına mahkûm olacaktır.

Oysa sanık T.C.K. nun 449 ncu maddesine girer nitelikte bir suç işlese, karı-koca veya kardeşini öldürmeye tam teşebbüs etse, T.C.K. nun 449 ncu maddesi ile verilecek müebbed ağır hapis cezası T.C.K. nun 62 nci maddesi ile 15 seneye indirilecek ve hafif nitelikteki suç işleyene göre bir sene daha az ceza olacaktır. Uygulamada doğacak eşitsizlik ve haksızlık açıkça görülmektedir.

III — Aynı şekilde T.C.K. nun 463 ncü maddesinin 448 nci maddesi ile birlikte uygulamasında da sanığa daha çok, 450 ve 449 ncu maddeler ile 463 ncü maddenin birlikte uygulanmasında ise daha az bir ceza verilmesi sonucu doğmaktadır. Oysa durumun aksi olması gerekirdi.

IV — T.C.K. nun haksız tahrik hükümlerinde, diğer değişik yasa maddeleri ile uygulamasında dahi bu tür haksızlıklar doğmaktadır. Örneğin T.C.K. nun 450 nci maddesinin, 51/1 ve 47/2 maddeleri ile birlikte uygulamasında tahrik hafif nitelikte olduğu halde, sonuçta sanığa daha az ceza verilmekte, aynı maddeler ağır tahrik hükmü ile yani Ceza Yasasının 51/2 nci maddesi ile birlikte uygulandığında, 51/1'e göre daha az ceza verilmesi gerekirken, sanığa daha çok ceza verilmekte ve 2 senelik bir fark doğmaktadır. (1)

V — Aynı durum 15 ile 18 yaş arasında bulunan sanıkların adî tahrik altında teammüden veya usul fûrûğun öldürülmesinde, (450 nci maddeye giren suçlarda) sonuçta verilen ceza, aynı nitelikte ve fakat ağır tahrik altında işlenen suça verilen cezadan daha hafif kalmaktadır. Oysa ağır tahrik altında suç işleyeninin cezasının diğerine göre sonuçta daha az olması gerekirdi.

VI — Kezâ 15 ile 18 yaş arasında bulunanların T.C.K. nun 450 nci maddesine giren bir suçu, Ceza Kanununun 51/1 maddesine girer nitelikte adî tahrik altında işlenmesi halinde, sonuçta verilecek ceza; T.C.K. nun 449 ncu maddesine girer nitelikte işlenen suça verilecek cezadan daha az olmaktadır. Oysa aksi olmak gerekirdi.

Örneğin suç tarihinde 15 ile 18 yaş arasındaki sanık babasını öldürse, T.C.K. nun 450/1. maddesi ile idam cezası verilecek, suçu T.C.K. nun 51/1. maddesine girer nitelikte adî tahrik altında işlese

(1) Fahrettin Kıyak : T.C.K.nun ve C.Y.U.K. nun tadilini lüzumlu gördüğümüz hükümleri, Adaleť Dergisi, 953 Sayı 1

cezası müebbed ağır hapis cezasına çevrilecek, yaşı nedeniyle de T.C.K. nun 55/2. maddesi ile 15 sene ağır hapis cezası verilecektir.

Aynı sanık T.C.K. nun 449 ncu maddesine girer nitelikte daha hafif bir suç işlese T.C.K. nun 449 ncu maddesi ile müebbed ağır hapis verilecek 51/1 nci madde ile 24 seneye inecek 55/3 ncü madde ile de cezasının 1/3'ü indirilecek ve sonuç olarak 16 seneye mahkûm edilecek, böylece diğerine göre 1 sene fazla ceza almış olacaktır.

VII — Bu tür bir örnek de duruşmada Hâkim veya Savcıya hakaret suçunda görülmektedir. Yasa Hâkime duruşmada hakaret suçuna özel bir hüküm getirmiş (Madde 268) ve daha ağır şekilde cezalandırmış oysa Cumhuriyet Savcısını bu madde kapsamına almakla, Savcıya hakaret suçuna daha az ceza verilmesi sonucunu doğuracak bir boşluk yaratılmıştır. Bunun da nedenini izah etmek mümkün değildir. (2)

T.C.K. nun çeşitli fasıllarında bu tür daha bir çok örnekler göstermek mümkündür. Ancak, bunların hepsini burada dile getirmek zaman alacağından işin önemide göz önünde tutularak bir kaç örnek vermekle yetinilmiştir.

Bu tür boşlukların doldurulması, haksızlıkların giderilmesi yorum suretiyle sağlanamaz. Yalnız bu çelişkileri gidermek gerekçesiyle ceza verilirken asgari haddi uzaklaşmayı mümkün görmemekteyiz. Çünkü ceza hukukunda bu tür yasa boşlukları uygulamada yorum suretiyle doldurulamaz. Bu tür hareket ceza hukukumuzun temel prensipleriyle bağdaşamayacağı gibi, Anayasamızın mahkeme kararlarının gerekçeli olacağı yolundaki hükümleri ile de bağdaşamaz. Ayrıca uygulamada bu konuda bir birlik sağlamak da mümkün değildir.

D) Bu tür çelişkili hükümler bazı ceza hükümlerini taşıyan özel kanunlarımızda da mevcuttur.

Örneğin, 6829 Sayılı Kanunla değişik, 1918 Sayılı Kaçakçılık Kanununun 25/1 nci maddesi, tüketim kaçakçılığında, gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin birer misli hafif para cezası ile cezalandırılacağını, 25/2 nci fıkrası ise ayrıca para cezasının miktarı 50 lirayı geçtiği takdirde, 50 lirayı geçen miktar için her 3 lira ve küsuru bir gün hesabı ile ayrıca hafif hapis cezası da hükmedileceğini öngörmektedir.

(2) Abdullah Üner : T.C.K nu üzerinde eleştirmeler

(3) Fahrettin Kıyak : (Ceza Hukukumuzun ve Adaletin sorunları-tebliğ)

Diyelim ki sanık gümrüklenmiş değeri 900 lira olan ve sıf kıymeti 1000 liranın altında bulunan bir radyoyu kullanmak maksadı ile naklederken yakalansın. Sanığa 1918 Sayılı Kanununun 25/1. ve ikinci fıkrası uyarınca 900 lira hafif para cezası ve 9 ay 14 gün hafif hapis cezası verilecek, verilen ceza süresi altı ayı aştığı için, 647 Sayılı Yasanın 4 ncü maddesi ile bu hürriyeti bağlayıcı cezayı paraya çevirme imkânında olmayacaktır.

Oysa bu sanık aynı nitelikte ki bu kaçakçılık suçunu daha ağır nitelikte olan ticaret maksadı ile yapsa, hakkında Kaçakçılık Kanununun 25/3. maddesi uygulanacak 1 sene hapis cezası verilecek ve sıf değeri 1000 liradan aşağı olduğu için aynı Yasanın 25/son fıkrası uyarınca cezası yarıya indirilecek ve altı ay hapis cezası verilecek, böylece miktar altı ay ve daha aşağıya düşeceği için bu sanığın hürriyeti bağlayıcı cezasının 647 Sayılı Yasanın 4 ncü maddesi ile ağır para cezasına çevrilmeside mümkün olacaktır. Görüldüğü gibi, sonuçta bu sanık hem 647 Sayılı Yasanın 4 ncü maddesi hükmünden yararlanma olanağını bulacak, hemde tüketim maksadı ile kaçakçılık yapandan daha az miktarda hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılmış olacaktır. Uygulamada hapis cezası ile hafif hapsin infazı arasında da pek fark olmadığı için, hafif nitelikte suç işleyen sanık son derecede mağdur edilmiş olacaktır.

E) Ceza Yasamızda bu çelişkiler yanında, şüphesiz bazı boşluklar olduğu gibi açıklık getirilmemiş bir çok hükümlerde mevcuttur.

Örneğin 15 ile 18 yaş arasındaki küçüklerin rızaları ile ırz ve namuslarına tasaddi de bulunulmasının ceza yasamızda herhangi bir müeyyidesi yoktur. Oysa yasa 15 ile 18 yaş arasındaki kişilerin rızaları ile ırzlarına geçilmesini veya buna teşebbüs edilmesini müeyyide altına almıştır. Kanımızca tasaddi de bu durumun müeyyide altına alınmaması, kanımızca son derece de mahzurlu, süratle doldurulması gereken bir boşluktur. Tasaddi durumunda fiilin müeyyidesiz bırakılmasına bir anlam vermek mümkün değildir.

F) Sonuç :

Bu denli çelişkilerle dolu, zamanın gereksinmelerine cevap vermiyen bir Ceza Yasasının halen yürürlükte bulunması, gerek uygulayıcıları, gerekse toplumumuzu son derecede rahatsız etmektedir. Türk Ceza Yasası en kısa zamanda yeni baştan yazılmalı, kamu vicdanını

huzursuz eden bu tür çelişkiler ve bizzat yasa içerisinde mevcut hak-sızlıklar doğuran hükümler giderilmelidir.

Yasa değişiklikleri yapılırken, düzenlemeler, aynı fasıldaki tüm yaptırımlar, birlikte uygulanma olanakları bulunan maddeler göz önün-de tutularak yapılmalıdır.

Tüm özel ve genel ceza hükümlerini taşıyan yasalar büyük bir titizlikle teker teker ele alınarak bu tür çelişkiler giderilmeli, boşluk-lar doldurulmalı, hükümlere açıklık getirilmelidir.

ÇEŞİTLİ YÖNLERİYLE KAN GÜTME

Dr. Necdet YALKUT*

PLÂN :

- 1) GİRİŞ
- 2) ÖZELLİKLERİ
- 3) NEDENLERİ VE ÇARELERİ
- 4) 3236 SAYILI YASA
- 5) SONUÇ VE GÖRÜŞLERİMİZ

1) GİRİŞ :

Suç, yapısı itibarile çok yönlü toplumsal bir olgudur. Milliyet ve sınır tanımaz. Gayrı meşru olması, yasa tarafından cezalandırılmasını zorunlu kılar. Bu yasa dışı fiili işleyenin adı (SUÇLU) dur. Böylece ceza, suçlunun antisosyal eylemine karşı Devlet otoritesinin bir reaksiyonu olarak ortaya çıkmaktadır. (SUÇ) ve (CEZA) insan ile yaşıttır. Her iki kavram, insanlık tarihi kadar eski bin yıllara uzanır.. Kriminoloji suçluların ruh yapısını, suçların kişisel ve toplumsal nedenlerini inceleyen ve araştıran bilim koludur. BONGER'in deyimi ile, bütün yönleriyle suç olayını inceleyen deneysel bir bilim!. O, özellikle psikoloji, filozofi, biyoloji, sosyoloji, istatistik, tıp, fizik, kimya gibi bilim dallarının ilke ve verilerine dayanır. Kriminolojik açıdan suçu doğuran nedenler : a) Suçun işlendiği zamandaki çevre koşulları, b) Suçun işlendiği andaki failin mânevi yapısı'ndan oluşur. Kriminolojinin günümüzdeki önemi çok büyüktür. O denli ki, onun ışığı olmaksızın ceza hukukunun bugün için uygulanması olanaksızdır. Prof. HUGUENEY'in yerinde anlatışı ile kriminoloji uzun süre ceza hukukunun hizmetkârlığını yaptıktan sonra bugün artık onun efendisi olmak eğilimini göstermektedir. Efendilik sıfatı ister ceza hukukunda, ister kriminolojinin bünyesinde toplansın, kanımızca bugün iyi bir uygulama ancak ve ancak bu iki bilim dalı arasında bir düzen sağlanması ve tam bir ilişki kurulmasıyla gerçekleşebilir..

(*) Bursa C. Savcı Yardımcısı

İşte biz bu yazımızda kan gütme saiki ile adam öldürme cürmünü kriminolojik ve hukuksal açıdan incelemek istiyoruz. Bu müessesenin özelliklerini, nedenlerini, başvurulacak çareleri çeşitli yönlerden ortaya koyduktan ve 3236 sayılı yasaya da kısaca değindikten sonra etüdümüzün (SONUÇ) bölümünde, konuyla ilgili görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

2) ÖZELLİKLERİ :

Ceza Yasamızın cürümlerden bahseden ikinci kitabının, şahıslara karşı işlenen suçları düzenleyen 9. uncu babının (ADAM ÖLDÜRME CÜRÜMLERİ) başlığını taşıyan birinci faslının 450. nci maddesinin 10. uncu bendi : (öldürmek fiili kan gütme saiki ile işlenirse, fail idam cezasına mahkum edilir) demektedir. Bu bend, 9/7/1953 tarihinde 6123 sayılı yasayla, anılan maddenin bünyesine girmiştir.

Bilindiği gibi adam öldürme, bir kimsenin hayatının kasden izâlesidir. Tâmiri kâbil olmayan bir sonuç doğuran bu suçun failinin cezalandırılması en eski çağlardan beri uygulana gelmektedir. Kişiye karşı işlenen cürümler arasında ağırlık yönünden en başta gelenidir. Arzettiği vahâmet itibarile suçlar hiyerarşisinde bir numaralı sırada yer alır. Bireyin hayatını korumak Devlet'in görevidir. Ceza vermek hakkı da O'nun yetkisine girer. Oysa kan gütme saki ile adam öldürme, kişisel ve özel bir misillemeyi oluşturmaktadır. Kan gütme saiki, adam öldürme suçunun cezasını artıran yasal bir şiddet sebebidir.

Batı cezacılarının Fransızcada (MOTİF, RAISON, MOBİLE), İngilizce'de (MOTIVE, REASON), İtalyanca'da (MOTİVO), Almanca'da (GRUND), lâtince'de (MOBİLİS) deyimlerle adlandırdıkları saik, faili suç işlemeğe yönelten duygu veya menfattır. Özelliği itibarile suçların psikolojik unsuru olan ve failin, yasanın cezalandırdığı fiili, sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesinden ibaret bulunan KASIT (DOLO)'dan tamamen ayrı bir kavramdır. Genel çizgilerile suçun saiki ister iyi, ister kötü olsun yasa açısından fark yaratmaz. İyi saik ancak sanık lehine takdiri indirici bir durum sağlar. Bundan başka yasa, iyi saikle işlenmiş suçlardan bazıları hakkında da cezanın azaltılmasını öngörmektedir. Örneğin şeref ve haysiyeti kurtarmak saikiyle işlenen çocuk düşürme fiillerinde olduğu gibi. (T.C.K. 472). Ceza doktrininde, pozitivist ekolün etkisiyle bütün suçlarda saike önem verilmesi tezi savunulmaktadır. Bu akıma göre bir fiilin antisosyal sayılması, onun işlenmesine neden olan saikin kötülüğüne bağlıdır. İşte inceleme konumuzda saik, kötü bir duygunun tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi o, kan gütmede ceza-

yı ağırlatıcı bir özellik taşımakta ve cürmün vasfına etken bulunmaktadır. O halde yazı konumuz madde bendinin yerinde uygulanabilmesi için saikin doğru olarak saptanması gerekmektedir. Her yasa dışı fiilde değişik karakter taşıyan saikin etüdümüzdeki özelliği, öldürülenin kanının behemehal alınması hakkındaki kötü geleneğe dayanmaktadır. Burada öldüren ile öldürülen arasında sübjektif hiçbir ilişki bulunmamaktadır. Başka bir söyleyişle, ilk öldürmenin husule getirdiği üzüntünün etkisi altında kalınmayarak, sırf bu çağ dışı geleneğe bağlılık sonucu fiilin işlendiği hallerde bend uygulanma yeteneği kazanacaktır. Buna karşın, sonraki öldürme, ilk öldürmenin doğurduğu haklı elemin etkisiyle işlenmişse bend uygulanamayacaktır.

Yasa koyucu bu bende niçin gereksinme duymuştur? Zira kan gütme saikiyle adam öldürme, Devlet otoritesinin henüz gelişmediği ve cezalandırma hakkının klâna, tribüye ve toplumun çekirdeğini oluşturan aile reisine ait olduğu ilk çağlara özgü kişisel öç alma kökenine dayanan ilkel bir gelenektir. Arabistan aşiretlerinde ve ülkemizin bazı yörelerinde süregelen kan davaları, bu kötü geleneğin günümüze dek ulaşan kalıntılarıdır. İşte uygar toplumumuzdan bu çağ dışı geleneği tüm söküp atmak amacıyla bu bend 450. inci maddeye eklenmiştir. Karadeniz, doğu ve güney doğu bölgelerinde ve kısmen güney ve iç anadolu dolaylarında görülen bu sosyal yaranın örneğinin Trabzon, Rize, Artvin, Tunceli, Elazığ, Siirt, Bingöl, Muş, Bitlis, Diyarbakır, Urfa, Mardin, Malatya, Gaziantep, Bolu, Kastamonu topraklarında günümüzde dahi kanaya geldiği bir olgudur.

Sırası gelmişken terminoloji üzerinde konumuzu biraz zenginleştirelim : İtalyancada kan gütme (VENDÉTTA) denilmektedir. (VENDICARE) fiilinden gelen bu hal yabancı sözlükte, iki aile arasında bir tecavüz veya adam öldürmeden doğmuş husumetin kişisel cezalandırılması şeklinde tanımlanmaktadır. Fransızca'da bu konuda aynı terim veya (VENGEANCE) deyimleri kullanılmakta, İngilizcede bu müesseseye (BLOOD FEUD), Almanca'da ise (BLUTRACHE) adı verilmektedir.

6123 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce kan gütme saiki ile adam öldürme hâlinde, yerine göre T.C.K. 450/4 veya 448. inci maddeleri uygulanmakta idi. Bilindiği gibi Ceza Yasamızın 450. inci maddesinin 4. üncü bendinde, adam öldürme suçunun cezasını arttıran sebeplerden biri olan TAAMMÜD (LA PRÉMÉDITATION) kavramı konusunda, doktrin ve uygulamada görüş birliği sağlanamamıştır. Yargıtayımıza göre taammüd, işlenmesi tasavvur olunan fiil hakkında sebat ve ısrarı tazammun eden kesin kararı ifade eder. Yasada

tanımlanmamış olan taammüdün varlığı, olayın özelliklerine göre mahkemece takdir edilir. Uzunca bir zaman fasılası içerisinde soğukkanlılıkla tasarlanmış, hazırlanmış ve tertiplenmiş bir kararın sonucu olup olmadığı araştırılır. a) Geçen süre, b) Suçun saiki, c) Olayın akış tarzı, d) cürmün işlenmesinde kullanılan vasıtalar taammüdün kabul veya reddinde mahkemeyi aydınlatabilir. Taammüd kavramı hakkında verdiğimiz bu kısa izahattan sonra konumuza dönelim : Prof. EREM'e göre, kan gütmeye, taammüdün belirli bir saike bağlı çeşididir. Ve herhangi bir olayda bu saikin varlığını benimsemek için, önce taammüdün kanıtlanması gerekir. Sadece intikam saiki, kan gütmeye sayılamaz. Bu bendin uygulanması için kan davası şeklinde ısrarlı bir intikam zincirinin varlığı aranır. Taammüd kavramı daha geniş bir kavramdır. Kan gütmeyi kapsamına alır. Her kan gütmeye taammüd vardır. Fakat her taammüden işlenmiş adam öldürme fiili, kan gütmeye saiki ile işlenmiştir denemez. Buna karşın Prof. Dönmezer'e göre kan gütmeye saiki, taammüd ile birleşebilir, ama daima ve zaruri olarak birleşmez. Kan gütmeye saikinin varlığını tesbit ile ağırlatıcı sebebin uygulanması için kesinlikle taammüdün kanıtlanması gerekmez.

29/5/1953 tarihli T.B.M.M. Tutanak dergisinde : (T.C.K. 450. nci maddesine ilâve edilen bu bend ile, kan gütmeye saikile işlenen adam öldürme suçlarına ölüm cezası verilmiştir. Filhakika kan gütmeye saiki ile işlenen adam öldürme suçlarının, hemen her daim evvelden tasvim ve tasavvur edilen fiilin icrası için gerekli bütün imkân ve şartların önceden hazırlanmakta olduğu nazarı dikkate alınırsa bu gibi fiillerin T.C.K. 450/4. madde ve bendinin kapsamına girdiğinden şüphe yoksa da tatbikatta taammüd keyfiyeti tesbit edilemediğinden maddeye bu bendin eklenmesine zaruret duyulmuştur denilmektedir. İşte Meclis bu gerekçeye dayanarak 6123 sayılı yasa ile 450. nci maddeye 10. uncu bendi eklemiştir. Hemen söyleyelim ki T.B.M.M.'nin yukarıda belirtilen gerekçesini yerinde bulmuyoruz. Bu gerekçeyi özetlersek, kan gütmeye saiki ile adam öldürmede, kesinlikle taammüd unsuru vardır. Ama uygulamada taammüd saptanamadığından maddeye 10. ncu bend eklenmiştir. Prof. Dönmezer'in haklı olarak işaret ettiği gibi kan gütmeye saiki, taammüd ile birleşebilir, veya yerine göre birleşmiyebilir de.. Kanımızca O, taammüdden (AYRI) bir kavramdır. Ve maddede ayrı bir bend hâlinde yer alması, ayrı bir hüviyete sahip olmasının doğal bir sonucudur.

Bendin uygulanmasında KARABET (HISIMLIK) bir unsur olarak aranmaz. Başka bir deyişle kan gütmeyenin kabulü için fail ile mağdur arasında akrabalığın bulunması şart değildir. Yargıtay Ceza Genel

Kurulu 20/2/1961 tarih ve 1/44 sayılı kararında : (..... kasden adam öldürmenin kan gütme saikine istinat etmesi lâzım ve kâfi olup eğer akrabalık bir unsur olsaydı, kanun vazıınca bunun şekil ve derecesinin madde metnine sarahaten konulmasının lâzım geleceğine... demektedir.

Özetlemek gerekirse leyh ve aleyte toplanacak tüm delillerin, olayın akışına göre değerlendirilmesinin yapılması ve fiilin, kan gütme geleneklerine uyulmak suretile görev bilinci içerisinde işlendiğinin kanıtlanması hâlinde söz konusu 10. uncu bendin uygulanması yoluna gidilmelidir.

3) NEDENLERİ VE ÇARELERİ :

Öldürme fiillerinde kan gütmenin süregelmesinin nedeni tek değildir. Başka bir söyleyişle çok yönlü toplumsal bir sorundur bu. Örneğin toplumun ruhsal baskısı vardır bazen.. Çevrenin isteğini yansıtan şu sözler bunu kanıtlamaktadır : Kan kanla ödenir. Gün geçerkın geçmez. Kısas usulünün (LOI DE TALION) ünlü formülü GÖZE GÖZ, DİŞE DİŞ (oeil pour oeil, DENT POUR DENT). Kısas kıyamete kalmaz... Buna benzer sözlerle körüklenen fail, kan gütmeyi adeta kaçınılmaz bir görevin bilinci ve inancı içerisinde yerine getirir.

Psikososyal açıdan kan gütme, bireyin kendisini değersiz bulmasının, sosyal hayata uyumsuz görmesinin bir reaksiyonudur. İçine gömüldüğü bu emniyetsizlik duygusu, onu, bu tür yasa dışı bir davranışa itmektedir. Bütün bu olumsuz eylemler değer eksikliğinden, yetersizlikten, ruh güvenliği kurma çatışmasından doğa gelmektedir.

Fizik kusurlar bireyde değer eksikliğini şiddetlendiren, ruhsal yapısının normal seyrini bozan bir etken olarak varlığını hissettirecektir. Olumlu yönde çalışma ve eğitim, ruhsal bünyenin onarımında büyük önem taşır.. İyi yönde yürüme cesaretinin yokluğu, bireyi suç işleme eğilimine dönüştürür, kendisine ve çevresine düşman kılar..

Ekonomik şartların elverişsizliği, değer eksikliğini şiddetlendiren diğer bir etkendir. Yoksul, işsiz ve ilkel bir düzeyin bireyinde değer eksikliği zirveye ulaşır..

Maddi ve manevi sorunlarla dolu bir aile kadrosunun karşılıklı kötümser ve karamsar davranışları, çocuğun ruhsal dengesinin bozulmasında bir diğer etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Kin, nefret, intikam hisleriyle yoğurulan, geçmiş kanlı olayların hesabını sorma baskısı altında tutulan genç birey, ekonomik eksikliğinden, sevgi ve anlayış yokluğundan oluşan yetersizliğini kan gütme ortamında gidermeğe çalışacaktır.

Cinsiyet dahi değer eksikliğinde önem taşıyan bir faktördür. Tarihi boyunca türlü nedenlerle erkeğe oranla ikinci plânda kalmış olan kadın, kocasının öldürülmesinden sonra davranışlarını yeni durumuna göre ayarlayacaktır. Örneğin erkek çocuğunu intikam duygusuyla büyütecektir. Böylece, öldürülen kocasından yoksun kalışının ve tarihsel değer eksikliğinin kefareti başkalarına ödetmiş olacaktır. Erkek çocuk ise hayatı boyunca babayı kendisine örnek olarak aldığına göre, babasının bir başkası tarafından öldürülmüş olması ve yıllar yılı anası eliyle bu konuda işlenmiş bulunması, onu, kolaylıkla misilleme eylemlerine yöneltecektir.

Özet olarak demek isteriz ki, değer eksikliği duygusunun etkisi altında kalan kişi, antisosyal bir hüviyeti (kimliği) oluşturmaktadır. Kan gütmeye bu ruhsal bozukluğu simgeleyen fail, yasa dışı eyleme geçmektedir. Bireyde sosyal duygunun gelişmesini sağlamak ve değersizlik önyargısının giderilmesine çalışmakla psikososyal yönden olumlu bir sonuca varmak mümkün olabilecektir.

Siyasal nedenler de konumuz açısından önem taşıyor. Ruhsatsız silâh bulundurmak ve bu silâhla ağanın, şeyhin, aşiret reisinin küçük çıkarları paralelinde ilkel bir azınlığın kan gütmeye zorlandığı görülmektedir. Kız kaçırma eylemleri, kaçırılan tarafla kız ailesi arasında silâhli çatışmalara yol açmakta ve geleceğin kan gütmeye ortamını yaratmaktadır. Bu toplumsal neden o denli etkilidir ki çevre, bu olayı şeref ve namus sorunu olarak nitelendirmekte ve mağdur tarafı öç almaya teşvik eylemektedir. Bu konuda eğitim noksanlığının, cehâletin olumsuz katkısını ayrıca belirtmeğe gerek duymuyoruz. Çoğunlukla ülkemizin az gelişmiş bölgelerinde bu tür davaların kümenmesi bir rastlantı sonucu değildir. Başka bir söyleyişle kan gütmeye suçunun faillerinin büyük oranda câhil kimselerden oluştuğu kriminolojik ve sosyolojik incelemelerle saptanmıştır.

Hukuksal nedenlere gelince, hiç kuşkusuz bunların başında Devlet otoritesinin o bölgedeki yetersizliği gelmektedir. Faillerin zamanında yakalanamamaları, yargı gücünün ağır çalışması, bir kan davasının yıllarca sonuca bağlanamamasını gerektirmekte, bu hal ise mağdur tarafın kamu adaletine olan inancını yitirmektedir. Hele bazı politik düşüncelerle sık sık çıkartılan af yasaları, yeni kan davalarına ortam hazırlamaktadır.

Görülüyor ki çok yönlü toplumsal bir sorun karşısında bulunuyoruz. O halde bu konuda başvurulacak çarelerin de çok yönlü olması doğaldır :

A) Eğitim, bu kanayan yarayı dindirmede etken bir silâh olarak kullanılmalıdır. Örneğin bu bölgelerde yatılı-parasız okulların açılması ve çoğaltılması kaçınılmaz bir zorundur.

B) Güvenlik kuvvetlerinin tarafsız, çabuk ve yeterli elemanlardan oluşturulması şarttır.

C) Din görevlilerinin bu konuda olumlu uyarı ve telkinlerinin yapıcı rolünü burada daha fazla açıklamaya gereksinme duymuyoruz.

D) Kamu hizmetlerinin noksansız sağlanması ve sürdürülmesi, işsizlikle mücadele, sorunun çözümlenmesinde büyük etkindir.

E) Bu bölgelere gönderilecek Yargı temsilcilerinin, özellikle Savcı'ların idealist, yurtsever, davanın bilincine varmış kimseler arasından seçilmesi şarttır. Ruhsatsız silâh bulundurma ve kaçakçılık ile ilgili yasaların titizlikle uygulanması gereklidir. Arazi, mülkiyet ve sınır uyuşmazlıklarına ait hukuk davalarının sür'atle çözülmesi çok önemlidir. Kan davasında perde arkasında yer alan kimselerin de ortaya çıkartılıp, azmettirme veya teşvik yoluyla fiile iştirak durumlarının saptanması elzemdir. Bilindiği gibi azmettirme, suçun işlenmesinde birinci derecede önem taşıdığından teşvik'ten çok daha ağır özellik taşır. Çocuğunu doğurduğu andan itibaren oç alma konusunda işleyen, öldürülen babasının kanlı gömleğini zaman zaman telkin yollu oğluna gösteren bir annenin fiilinde manevi asli iştirakin unsurlarını görmemek imkânsızdır. Bu annenin de asıl faille birlikte şerik sıfatıyla sorumlu tutulması ve acımasız cezalandırılması zaruridir.

F) Af yasalarının pek seyrek ve ancak çok gerekli hallere inhisar ettirilmesi şarttır.

4) 3236 SAYILI YASA :

Konumuzla ilgisi bulunması itibarile bu bölümde 3236 sayılı yasadandan da söz açmak gerekiyor: Kan gütme sebeble işlenen adam öldürme ve buna teşebbüs cürümleri failleriyle hısımları hakkında uygulanacak işleme dair 11 Haziran 1937 tarih ve 3236 sayılı yasa, iki taraf ailelerini çevrenin küçüklüğünden sıyırıp, benzer fiillerin işlenmesini ve süregelmesini ortadan kaldırmak amacile çıkartılmıştır. Anılan yasanın gerekçesinde (... İnsanların henüz muntazam Devlet teşkilâtına mâlik bulunmadığı devirlerde cari şahsi intikam esasına dayanan bu kötü an'annenin tesirinden kendilerini kurtaramamış olan bu aileler arasında mevcut husumetlerin gün geçtikçe daha ziyade kökleşerek... Bu suretle her katli mukabil katiller izlemekte ve süre-

gelmektedir... Kan gütme gibi ilkel zihniyete çağdaş Türkiye'de yer yoktur...) denilmektedir.

Bu yasaya göre haklarında nakil kararı verilenlere uygulanacak güvenlik tedbiri, belirli bir bölgede ikamet yasaklanmasından ibarettir. Bakanlar Kurulu tarafından 23 Kasım 1937 tarihinde kabul edilen 2/7719 numaralı kararname, 11 Haziran 1937 tarihli ve 3236 sayılı yasanın uygulanacağı yerleri belirlemektedir. Bu yerler : Tunceli, Elâzığ, Siirt, Artvin, Bingöl, Muş, Bitlis, Trabzon, Diyarbakır, Mardin, Urfa, Osmaniye, Gaziantep, Malatya, Rize ve Bolu'dan oluşan 16 ayrı bölge olarak sıralanmıştır.

Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine suçun işlendiği yerin bağlı bulunduğu ağır ceza mahkemesince evrak üzerinde yapılacak inceleme sonunda ilgililerin nakli karar altına alınır.

3236 sayılı yasanın önemli maddelerine göz atalım :

Madde 1 : Kan gütme sebeble adam öldüren veya öldürmeğe teşebbüs eden veya başkasını bu cürmü işlemeğe azmettiren veya tahrik eyleyen kimsenin cürüm işlendiği zaman bir dam altında yaşayan usul ve fûruları ve kardeşleri ve karısı veya kocası ikametgâhlarının bulunduğu yerden başka yere nakledilirler.

Madde 2 : Faille bir dam altında yaşamasalar bile cürüm işlendiği zaman failin ikametgâhının bulunduğu köy veya kasaba veya şehir içinde ikamet eden birinci maddede yazılı hısımlardan ve amca, dayı, hala, tezye, yeğen, kaynana ve kaynatasından herhangi birinin de takdir edilecek lüzuma göre nakillerine karar verilebilir.

Madde 6 : Haklarında nakil kararı verilenler ikametgâhlarının bulunduğu yerden 500 Km. den daha az bir mesafe dahilinde ikamet edemezler. Bu mesafe dışında olmak üzere istedikleri yeri kendileri tâyin edebilirler.

Madde metinlerinden anlaşılacağı üzere ikametgâhlarından en az 500 Km. uzaktaki bir yere mecburi veya ihtiyari olarak nakledilen bu kişilerin, genel güvenlik gözetimi altında bulundurulacaklarına dair yasada bir hüküm olmadığından bu nakilden pratik bir yarar sağlanmamakta ve nakil yerini terketme mümkün olabilmekte idi.. Bundan başka bu kimselerin nakilden sonraki durumlarile de ilgilenilmediğinden çok mağdur duruma düşmekte idiler. Bu yasa kanımızca kötü geleneğin ortadan kalkmasına değil, bilâkis kuvvetlenmesine yol açmakta idi.. Nihayet 3236 sayılı yasanın yukarıya aktardığımız bu iki ünlü maddesi, Anayasa Mahkemesinin 11/2/1964 tarih ve

E/963-330, K/15 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Hiç kuşkusuz iptal edilerek ortadan kalkan bu yasa maddeleri muvacehesinde, bu konuda evvelce verilmiş olan bir kararın ilgililer hakkında uygulanmasına devam edilmesi hukuk kurallarına aykırı düşeceğinden başkaca tatbik edilmemesi gerekecektir. Yargıtay I.C.D. 27/10/1965 gün ve E/2028, K/2179 sayılı kararı da bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme ve buna teşebbüs cürümleri hakkındaki 3236 sayılı yasa ile ceza yasamızın 450. nci maddesinin 10. uncu bendi arasında tek ortak yan, Ülkemizdeki kan gütme davalarını önleme noktasında toplanmaktadır. Diğer bir deyişle ikisi arasında (AMAÇ BİRLİĞİ) vardır. Bunun dışında, anılan bendin, bu yasa ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Örneğin 3236 sayılı yasanın öngördüğü bazı emniyet tedbirleri, yukarıda değindiğimiz kararname ile tesbit ve ilân olunan yerlerde uygulanabildiği halde ceza yasamızın 450. inci maddesinin 10. uncu bendi bütün yurttan uygulanmaktadır.

9/7/1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 18. inci maddesinin ikinci fıkrası herkese dilediği yerde yerleşme özgürlüğü tanımaktadır. 3236 sayılı yasa bütün anlamıyla kişinin seyahat ve yerleşme özgürlüğüne aykırı düşmekte idi.. İşte Anayasa mahkemesi, anılan yasanın 1 ve 2. nci maddelerinin (seyahat ve yerleşme özgürlüğüne) ve (emniyet tedbirinin şahsiliği ilkesine) aykırı düşmesi nedenleriyle haklı olarak adı geçen maddeleri iptal etmiştir. Hiç kuşkusuz 3236 sayılı yasa ve bu yasadaki öngörülen tedbirler, diğer emniyet tedbirlerinde olduğu gibi suçlulukla mücadele ve toplum düzeninin korunması için konmuştu. Oysa sosyal yapımız gözönünde tutularak çıkartılan ve uygulamada istenilen sonucu sağlayamayan bu yasa ile sanık yakınları hedef tutulmuş ve yalnızca bunlar hakkında yasal tedbirler getirilmişti.. Öldürülen tarafın yakınları oca alma duygusu ile dolu iken ve her an mukabil bir fiil işlemeleri olasılık taşıırken bunlar üzerinde durulmamış olması, kanımızca izlenen gaye açısından çelişkiye düşmekten başka bir şey değildi.. Ceza hukuku ilkelerine ve Anayasa hükümlerine aykırı bulunması ise, iptalini zorunlu kılmakta idi..

5) SONUÇ VE GÖRÜŞLERİMİZ :

İncelememizi sonuç bölümüne getirmiş bulunuyoruz. Bu bölümde konuyla ilgili bazı düşünce ve dileklerimizi belirtmeğe çalışacağız :

A) Failin cezai sorumluluğunun tamliğini sağlamak ve cezadan kurtulmasını önlemek düşüncesiyle cezai ehliyet yaşında, bu suç açı-

sından yasal bir değişiklik yapılması doğru olur mu? Hiç kuşkusuz çok kez perde arkasında yer alan kişiler tarafından bu fiil, küçük yaş-takilere işlettirilmekte ve bunların cezai ehliyetlerinin bulunmamasın-dan yararlanılmak istenmektedir. Bilindiği gibi, yasanın suç saydığı bir fiilden dolayı bir kimsenin cezalandırılabilmesi için o kimsenin ce-zai sorumluluğunun bulunması gerekir. Cezai sorumluluk, o kimse-nin cezai ehliyeti haiz olması ve suçun kendisine isnat edilebilmesi ile mümkündür. Ceza hukuku bakımından ehliyeti bulunmak demek, failin a) Serbest iradesi, b) Temyiz kudretinin bulunması demektir. Serbest irade o kimsenin bir eylemi yapıp yapmamakta bağımsız ol-masile, hareketlerine istediği yönü verebilmesile varlığını kanıtlar. Temyiz ise, adından da anlaşılacağı üzere iyiyi kötüden ayırabilme yeteneği, daha açık bir söyleyişle bir fiilin suç teşkil edip etmediğini anlayabilme kudretidir. Bir suçun bir kimseye isnat edilebilmesi için, a) o şahsın fiili ile meydana gelen sonuç arasında maddi sebebiyet alâkasının (illiyet rabitasının) bulunması, böylece sonucun, o şahsın fiilinden doğmuş olması, b) Aynı zamanda o kimse ile fiil arasında manevi-sebebiyet alâkasının dahi var olması gerekmektedir. Bütün bu bilimsel verilerin ışığı altında bir küçüğü, yaşça irade serbestisi-ne ve temyiz kudretine sahip kimseler paralelinde tutmak ve bu şe-kilde sun'î yoldan tıbbi esaslara aykırı düşen bir ceza politikası izle-mek, kanımızca özenilecek bir hal çaresi değildir. Kan gütmeye de gaye, yasal ve bilimsel yoldan adaleti sağlamaktır. Yoksa yerleşmiş, kökleşmiş hukuk kurallarını zorlamak değil.. Yeter ki manevi şerik-lerin üzerinde titizlikle durulsun!. Sorunun inceliği fikrimizce burada-dır..

B) Adaletin en kısa zamanda gerçekleşmesi için Savcı, sür'atle toplıyacağı hazırlık soruşturması ile ilgili delilleri dosyalayıp kamu davasını tercihan meşhut suçların muhakeme usulüne müteallik 3005 sayılı yasa hükümlerine göre açmalıdır.

C) Kan gütmeye saikiyle öldürme fiili teşebbüs safhasında kalabi-lir veya tamamlanabilir. Teşebbüs derecesinde kalmışsa hiç kuşku-suz T.C.K. 61 veya 62. nci maddelerile ceza tutarından indirme yapı-lacaktır.

D) Bilindiği gibi manevi asli iştirak hâlini oluşturan ceza yasa-mızın 64. üncü maddesinin ikinci fıkrası, azmettiren hakkında, maddi asli faile verilecek cezanın aynen uygulanacağını öngörmektedir. Bu fıkranın devamında ise, fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir men-faatının bulunduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezasının indirilece-ğine işaret edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/5/1976

tarikh ve esas 976/1-231, Karar 976/252 sayılı ilâmında özetle şöyle denilmektedir : (Öldürme fiilini işleyen asıl failin, suç işlemekte kişisel bir çıkarı olması hâli azmettiren sanık için bir indirme nedenidir. Ancak bu çıkar, azmettirenin sağladığı çıkarlar dışında olmalıdır. Bu, ticari rekabetten kurtulmak gibi maddi, öç almak gibi manevi çıkar niteliğinde olabilir...)

Bir kan gütme saiki ile öldürmeğe tam teşebbüsün ve azmettirme hâlinin yer aldığı bir dava nedeniyle Yargıtay'ımızın, T.C.K. 64/2, 450/10, 62. nci maddeleri muvacehesinde vermiş olduğu bu karar, hukuki görüşümüze tamamen uymaktadır.

E) Madde bendinin uygulanabilmesi için ilk ödürmenin hükmen sabit olması gerekmez. Yeter delil elde edilememesinden dolayı ilk fail beraat etmiş de olabilir. Karşit öldürmeyi işleyende, bu ilk failin öldüren olduğu hakkında kanaat hâsıl olmuşsa bend uygulanacaktır. Karşit öldürmeyi işleyenin, ilk ödürmenin failinde yanılmış olması da önem taşımaz. Onu suçlu olarak benimsemesi ve bu kötü geleneğe ayak uydurarak fiili işlemesi yeter.

F) Önceki cürmün failinin yakalanıp yakalanmaması veya mahkûm edilip edilmemesi bendin uygulanması açısından keza önem taşımaz.

G) Bilindiği gibi tahrik, cezayı azaltan yasal sebeplerden biridir. Bir kimse bir fiili haksız bir tahrikin husule getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlerse cezası hafifletilecektir. Zira bu gibi hallerde failin irade serbestisi zaafa uğramıştır. Yasa koyucu kan gütmeği şiddet sebebi kabul ettiğine göre, yasanın ağırlatıcı sebep saydığı bir hususu, mahkeme, fail lehine yasal indirici sebep olarak benimseyip uygulayamaz. Bununla birlikte kanımızca dosya münderecatına göre, davanın özelliklerinin elverdiği koşullarda sanık lehine TAKDİRİ İNDİRİCİ SEBEB'in uygulanmasına hiçbir engel yoktur.

H) 1947 yılında İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü tarafından yayınlanan bir istatistiğe göre 6386 adam öldürme failinden 106 sı, fiilini kan gütme saikiyle işlemiştir. Görülüyorki yaklaşık her 60 adam öldürme fiilinden biri ülkemizde kan gütme saikine bağlanmaktadır. Bu oran üzerine ciddiyetle eğilelim!

İ) Kan gütmenin ceza yasamızın 450. nci maddesinin bünyesinde tasarlama'dan ayrı bir bend olarak yer almasını olumlu karşılıyoruz. 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın 576. nci maddesinde adam öldürme fiilinin taammüden işlenmesi hâlinde ölüm cezası verileceğine işaret edilmesi (SÌ APPLICA LA PENA DÌ MORTE CON PREMEDI-

TAZIONE...) ve fakat ayrıca kan gütmenin maddede yer almaması, görüşümüzü değiştirmeyecektir. Yasalar, her ülkenin özellikleri göz önünde tutularak yapılır. Bu bend için de durum aynıdır. Kat gütmede izlenen toplumsal düşmanlıkların, çizilen bu kanlı senaryoların tedavisinde kuşkusuz ceza tehdidi tek çare olamaz. Ama öngörülen bu en ağır cezai müeyyide, hiç değilse bu tür faillerden toplumu arındıracak ve diğerleri için de ibret verici örnekler oluşturacaktır. Kanımızca, daha uzun yıllar bu bendin ceza yasamızda yerini saklaması gereklidir. Ta ki bu primitif gelenek, kökünden kazınmış olsun!

J) Ölüm cezasına hükmetmemek için ağır ceza mahkemelerimizden bazıları dosyada zorlama suretile yarattıkları bir ortamda bu bend yerine fiili kasden adam öldürme olarak kabul ederek ceza yasamızın 448. inci maddesini uygulamakla yetinmektedirler. Bu davranışları yanlıştır. Hâkim merhamet değil, Adalet dağıtır. Ceza vermek hakkının dayandığı temellere, Ülkemizin özelliklerine ve toplum çıkarlarına tamamen aykırı düşen bu tür duygusal davranışlardan hüküm makamının kaçınmasını diliyoruz. Bendin uygulanmasında aşırı hoşgörülüğe ve acımaya yer vermeyelim!. Unutmayalım ki yargı organı olarak çok önemli bir ülke sorununu çözmek ve sosyal tedavisini yapmak görevi ile karşı karşıyayız. Bu kutsal görevi gerçek anlamıyla yerine getirmeğe çalıştığımızı topluma kanıtlayalım.

KAYNAKLAR

- 1) Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler 5. inci Bası Prof. Sulhi Dönmezer, İstanbul, 1963.
- 2) Kriminoloji - Prof. Sulhi Dönmezer. İstanbul, 1962.
- 3) Türk Ceza Hukuku - Cilt 2, Hususi Hükümler. Prof. Faruk Erem. Ankara, 1962.
- 4) Türk Ceza Kanunu - Cilt 2. Muhtar Çağlayan. Ankara, 1962.
- 5) Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı. 2. Cilt. Nejat Özütürk. Ankara, 1966.
- 6) Traité Élémentaire de Droit Criminel. Prof. Donnedieu de Vabres. Paris, 1943.
- 7) Cours de Droit Criminel. Prof. M. Hugueney. Paris, 1950.

HAKSIZCA TUTUKLANANLARA DEVLET ÖDENCESİ

Yılmaz BİÇER*

1. GEREKÇE :

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 1488 sayılı Yasa ile değişik 30 ncu maddesi hükmü der ki : "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilmesi aynı şartlara bağlıdır.

Yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir, bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kimselere, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir.

Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, kırksekiz saat ve kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda yedi gün içinde hâkim önüne çıkarılır ve bu süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimse, hâkim önüne çıkarılınca durum hemen yakınlarına bildirilir.

Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, kanuna göre Devletçe ödenir."

Anayasamızın yukarıdaki hükmü, "Hakların korunması ile ilgili hükümler" Bölümünde yer alır ve "Kişi Güvenliği" altbaşlığını taşır.

"Kişi Güvenliği" ise bir HUKUK DEVLETİ'nin en önemli ögesidir.

Nasıl ki Anayasamızın 2 nci maddesinde belirlendiğince : "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel il-

(*) Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı

kelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir”, öyle ise “Kişi Güvenliği” ilkesi de, “Hukuk Devleti” olma niteliğinin vazgeçilmez bir parçası, ayrılmaz bir tamamlayıcısı ve temel dayanağıdır.

Kişi Güvenliğinin Kamu Güvenliğini sağlama-sürdürme çabaları arasında Devletçe zedelenmesi olasıdır. Kişi güvenliği ile kamu güvenliği yer yer çatışabilir. Bu istenmeyen çatışmalar, kişilerin yakalanmasında, tutuklanmasında özellikle ortaya çıkabilir. Kişiler bu yüzden maddî ve manevî zararlara uğrayabilirler. Bu zararların giderilmesi Devletin bir ödevidir. Bu ödev, Devletin “hukuksallık niteliğinden” gelir. Başka bir deyişle: “Kişi Güvenliği” ne haksızca dokunulmanın, bundan uğradığı zararların Devletçe ödenmesi, kişinin çıkarını aşan ve kamunun üstün çıkarlarını ilgilendiren bir konudur. Gerçekte, o tür işlemlerde zarar gören, yalnızca o işlemlerin yapıldığı kimse değil, Türkiye Cumhuriyeti'nin bütün vatandaşlarıdır. Böyle bir sonuç, Devletimizin yalnızca bir “Hukuk Devleti” olmakla kalmayıp, “SOSYAL” bir “Hukuk Devleti” olduğuna da belirten Anayasa'dan kaynaklanır.

T.B.M.M. işte bu nedenle, 7 Mayıs 1964 Gününde kabul ettiği bir yasa ile, haksızca yakalanan ya da tutuklanan kişilerin, bu işlemler yüzünden uğrayacakları zararların Devletçe ödenmesini öngörmüştür. 466 Sayılı bu Yasa, Anayasamızın yukarıya alınan : “Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, kanuna göre Devletçe ödenir.” buyruğunun gereğidir. (Tam adı : Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, olan bu Yasa'dan sözedilirken bundan böyle kısa olsun diye bazen “466 Sayılı Yasa”, bazen de yalnızca “Yasa” denmekle yetinilecektir.)

Son ikisi yürürlük konusuyla ilgili olmak üzere on maddeden oluşan Yasa'nın gerekçesi, daha önce de değinildiğince, “Sosyal bir Hukuk Devleti” nde, kamu görevlilerinin usulsüz ya da haksızca kısıtladıkları kişisel özgürlükler yüzünden yaralanan Kamusal Vicdanı, “Kamusal Adalet Duygusunu” rahatlatarak, bundan doğacak toplumsal huzursuzlukları gidermektedir. Bu yapılırken, haksız işlemde zarar gören bireyin de doyurulmuş olacağı kuşkusuzdur. Fakat Yasa Koyucunun asıl amacı bu değildir. Öyle olsaydı böyle özel bir yasaya gerek olmayabilirdi. Çünkü haksız işlemlerden zarara uğrayanlar, o işlemleri yapanları dava edip, zararlarını onlardan isteyebilirlerdi. Gerçi bu biçim bir uygulama, kamu görevlilerini çekimserliğe ve bunun sonucu olarak ta yasal yetkilerini kullanmamaya itebilirdi. Bu düşün-

ce ile Devlet'in, Hazinesinin sorumluluğunu, bireyin sorumluluğuna yeğlediği öne sürülebilir ve böyle bir yorum ilk bakışta doğru bulunabilir. Fakat bu bakış açısından gerçeğin yarısı görülebilir. 466 Sayılı Yasa ile kamu görevlilerinin sorumlulukları kaldırılmamıştır. Haksız işlemlerden zarar görenler, o işlemlerin haksızlığını bilerek yapan, ya da görevlerini savsaklayarak zarara yol açan kamu görevlilerinden ödence isteyebilirler. Devlet te, vatandaşın zararını ödedikten sonra, o haksız işlemleri yapanlara bazı durumlarda geri dönebilir. Hattâ bu işlemler aynı zamanda suç niteliğinde iseler, o suçları işleyenler cezalandırılır. Demek ki, Devletin sorumluluğu, memurun sorumluluğundan önde tutulmuşsa bu, o memuru korumak için olmayıp, kamu görevlilerinin yasal yetkilerini korkusuzca kullanabilmelerini sağlayarak, kamu hizmetlerinin tüm vatandaşlar yararına işleyişini düzenlemek içindir. Böylece açıkça anlaşılıyor ki Yasa'nın doğrudan doğruya ereği bireyin korunması değildir, toplumsal barışın en önemli ögesini oluşturan "Kişi Güvenliği"ne işlerlik kazandırmaktır. Gözden kaçırılmaması gereken bu ayrımın üzerinde bu denli duruşumuzun nedeni, Yasanın yorumlanışında sağlam, çağdaş gereklere uygun, Anayasanın toplumcu karakteriyle uyumlu bir düşüncenin yol göstericiliğine olan gereği kesinlikle ortaya koyabilmektir.

Yasa'nın gerekçesini böylece belirttikten sonra, önemli bir sorunun incelenmesine geçebiliriz. 466 Sayılı Yasada öngörülen devlet ödencesi hangi durumlarda istenebilir? Ya da bir başka deyişle :

II. BU DEVLET ÖDENCESİNİ KİMLER İSTEYEBİLİR?

Bu soru, Yasanın birinci maddesinde ve yedi bentte şöylece yanıtlanmıştır :

"1. Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilenler;

2. Yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyenler;

3. Yakalanıp veya tutuklanıp ta kanuni süre içinde hâkim önüne çıkarılmayanlar;

4. Hâkim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun kılınanlar;

5. Yakalanıp veya tutuklanıp ta bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyenler;

6. Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra, haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraatlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilenler,

7. Mahkûm olup ta, tutuklu kaldığı süre, hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkûm edilenler.”

İlk beş bentte sayılan durumlara doktrinde “Kesin Ödeme Nedenleri” denilmektedir. Çünkü bu bentlerde gösterilen kişiler, süresi içinde ve biçimine uygun bir başvurma yaptıklarında BAŞKA KOŞUL ARANMAKSIZIN ödence isteyebilirler.

Bu konuyu aydınlatırken bazı noktalara değinmek gerekir :

Maddenin ilk bendi : yakalama, tutuklama yada tutukluluğun sürdürülmesi işlemlerinden ötürü ödence istenebilmesini, bu işlemlerdeki haksızlığı, Anayasa ve diğer yasalarda belirlenen koşullara aykırılıklarla açıklamaktadır. Anayasanın yukarıya alınan 30. maddesi, yakalama ve tutuklamalarda uygulanacak genel kuralı belirlemiştir. Ceza Yargılamaları Usulü Yasası da, (C.Y.U.Y.) bu çerçeve içinde, 104, 105, 112, 131 ve 401 nci maddeleriyle, tutuklama, yakalama, tutukluluğun sürdürülmesi koşullarının ayrıntılarını koymuştur. Gerek bu hükümlere, gerek diğer yasalara uygun olarak yapılan yakalama, tutuklama ve tutukluluğun sürdürülmesi işlemlerinde bir “haksızlık” düşünülemez. O halde bir kimsenin ödence istemine hak kazanabilmesi için, bu kuralların hepsine ya da her hangi birine aykırı biçimde yakalanmış, tutuklanmış ya da tutukluluğu sürdürülmüş olmalıdır.

İkinci bentteki ödence nedeni ise, kaynağını yine Anayasa’dan ve ona dayanarak ta C.U.U.Y.’nin 106, 131, 401 nci maddelerinden almaktadır. Bu maddelerde : Yakalanan veya tutuklanan kimselere, “Tutuklama Müzekkeresi” ya da “Yakalama Müzekkeresi” denen yazılı belgeler verileceği ve bu belgelerde A) Yakalama ya da tutuklamanın nedeni, B) Yüklenen suçların ne olduğunun gösterileceği belirtilmektedir. Bu buyurucu hükümlere aykırılıklar, ikinci bentteki ödence istemlerine hak kazandırır.

Üçüncü bentte sözü edilen yasal süre, Anayasamızın 30 ve C.Y.U.Y. nin 108 ve 128 nci maddelerinde belirlenen süredir. Buna göre : Yakalanan ya da tutuklanan kimseler, en geç kırksekiz saat içinde yetkili yargıç önüne çıkarılırlar. Yolda geçen süre, bundan ayırık tutulur.

Fakat 1488 Sayılı Yasayla Anayasa'da ve 1696 Sayılı Yasayla C.Y.U.Y.'nda yapılan değişikliklerle, ÜÇ YA DA DAHA FAZLA KİŞİNİN KATILMALARIYLA İŞLENEN TOPLU SUÇLARDA bu sürenin, C. Savcısının, Sulh ya da Sorgu Yargıcının YAZILI İZİNLERİYLE bir haftaya değin çıkabileceği unutulmamalıdır. Dördüncü bentte de açıklandığına bu süreler geçtikten sonra ve yargıç kararı olmaksızın özgürlüklerinden yoksun kılınanlar da ödenceye hak kazanırlar.

Yakalananların ya da tutuklananların bu durumlarının, yakınlarına HEMEN duyurulması bir Anayasa buyruğudur. C.Y.U.Y.'nın 107 nci maddesinde de yinelenen bu buyruğu aykırılık, beşinci bent gereğince ödenceye hak kazandırır. Ancak burada unutulmaması gereken bir durum vardır: Bir kimsenin tutuklandığını gizli tutmak, başkalarına duyurmakta hakkıdır. O kimse istemini bu yolda kullanmış ve bu istem de belgelenmişse, artık o kimsenin Yasanın bu bendine dayanarak ödence almasına olanak bulunmadığı açıktır.

"Kesin Ödence Nedenleri" denen bu usulsüz işlemlerde, vatandaşın uğradığı zararı ödeyen Devlet, o işlemleri yapan kamu görevlilerini hukuksal ve cezasal yönlerden kovuşturabilir, ödediğini onlardan geri isteyebilir, bunu yapmalıdır. 466 Sayılı Yasa'da bunu açıkça gösteren bir hüküm olmaması, başka türlü düşünmeye olanak bırakmaz. Çünkü burada memurun sorumluluğu, Yönetim Hukukuna dayanan Anayasal bir sorumluluktur.

Maddenin altıncı ve yedinci bentlerinde sayılan durumlarda ödence hakkı kesin değildir. Bu konu, aşağıdaki bölümde "Hangi Durumlarda Ödence Verilemez" başlığı altında ele alınacaktır. Ama burada hemen açıklanması gerekir ki: altıncı ve yedinci bentlere dayanarak ödence isteyebilmek için, KANUN DAİRESİNDE yakalandıktan ya da tutuklandıktan sonra, o kişi hakkında:

- a) Kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ya da;
- b) Son Soruşturma açılmasına yer olmadığına ya da;
- c) Cezalandırılmasına yer olmadığına karar verilmiş olmak ya da;
- ç) Beraat etmek ya da;
- d) Hüküm giymiş olsa da, tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olmak ya da;
- e) Tutuklandıktan sonra yalnızca para cezasına hükümlendirilmiş bulunmak gerekir.

Yukarıdaki bentlerde gösterilen ödence nedenleri, örnekleyici değil, sayıcı ve sınırlayıcıdır. Durumları bu bentlerin dışında kalanlar ödence isteyemezler. Örneğin; Hüküm giymiş olup ta cezaları ertelenenler, suç ya da cezaları af yasalarıyla düşenler, zamanaşımı yüzünden davaları ya da cezaları ortadan kalkanlar, kovuşturulmaları yakınmaya bağlı suçlarda yakınmaların geri alınmasıyla davaları ya da cezaları düşenler Devlet Ödencesi alamazlar. Çünkü 466 Sayılı Yasa'da "Düşme", "Erteleme", "Ortadan Kalkma", "Tatil" kararlarında da ödence verilebileceğinden söz edilmemiştir. Yasa koyucu, haklarında bu tür kararların verildiği kişilerin de ödence almalarını uygun görseydi, bunların da ödence isteyebileceklerini belirtirdi. Maddenin böyle yorumu Yargıtayın görüşüne uygundur. (Bkz : Y.1.C.D. 22.4.1971, E. 1570, K. 1465)

Doktrinde bu yorumu yanlış bulanlar vardır. Örneğin : Sn. Mehmet Handan Surlu, Adalet Dergisi'nin Ağustos - Eylül 1972, S. 603'te yayımlanan "Uygulamanın Işığında Haksız Tutuklamanın Tazmini" Başlıklı yazılarında bu görüşü eleştirmiştir. Dr. Faruk Erem de aynı kanıdadır. (Bkz : Ceza Usulü-Hukuku, Ankara : 1968, S. 420)

Bize kalırsa, kısıtlayıcı yorumda bir haksızlık yoktur. Çünkü bu Devlet Ödencesi'nin dayanağı da "Haksız Eylem" dir. Hapis cezalarına hükümlendirilmiş olup ta bu cezaları ertelendiği için cezaevine girmeyenlerin bir süre tutuklu kalmış olmalarında ne gibi bir haksızlık düşünülebilir? Bunun gibi, "Düşme", "Ortadan Kaldırma", "Tatil" kararlarından yararlananların, haksızca yakalanmış ya da tutuklanmış oldukları saptanmamıştır. Bu kararlardan yararlanmamış olsalardı onlar da bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlendirilebilirlerdi. O zaman onlara verilen ödencenin gerekçesi ne olacaktı Bu durumlarda, verilmiş ödenceyi geri alma olanağı da bulunmadığına göre, bazı kişilerin kamunun sırtından nedensiz zenginleşmelerine izin vermek gerekecekti. Böyle bir sonucun, kamunun çıkarlarına da ödencenin gerekçesine de ters düşeceği açık değil midir? Özellikle, Yasa'nın amacının, tek tek bireylerin değil, toplumun çıkarını ve kamusal adalet duygusunu korumak olduğu göz önünde bulundurulursa, suçlu mu, suçsuz mu oldukları belirsiz kalmış kimselere, Devlet kesesinden ödeme yapmama yolunun yeğlenmesinde kamusal vicdanı incitecek bir yön olmamak gerekir.

Maddenin altıncı ve yedinci bentlerinde sayılan kişilere, koşulları varsa, bir ödence vermek gerektiği ise kuşkusuzdur.

Bu yüzden : "Davacının, Haklı Savunma halinde adam öldürdüğü kabul edilerek, cezalandırılmasına yer olmadığına karar verildiği da-

vada, tutuklu kaldığı süre için ödence almasına karar vermek gerekirken, bu durumda bir tutuklamanın haksız sayılamayacağı gerekçesiyle isteğin reddini Yasaya aykırı bulan" Yargıtay 1.C.D.'nin 11.9.1973 Gün ve E. 1973/1993, K. 1973/2904 Sayılı Kararı doğrudur. Çünkü burada, cezalandırılmama kararı, beraat kararı hükmündedir.

Bunun gibi; 466 Sayılı Yasa'ya göre ödence alma hakkı, hükmün kesinleşmesiyle doğduğundan, Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce tutuklanmış olan kişinin, yürürlükten sonra beraat etmesi halinde ödence isteme hakkı bulunduğu dair Y.C.G.K.'nun 1967 Gün ve S : 5/157 Sayılı Kararı da yerindedir.

Özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya hükümlendirilip te, tutuklu kaldığı süreler, hükümlülük sürelerinden fazla olanlar da, fazla yattıkları süreler için ödence isteyebilirler. Sonuçta para cezasına hükümlendirilenler için de aynı yargıya varmak gerekir. Yalnız burada dikkat edilecek olan, bu gibilerin tutuklulukta geçmiş sürelerinin, Türk Ceza Yasası'nın 40. maddesine göre hükümlülüklerinden sayışılmasında 647 Sayılı Yasa'nın 1712 Sayılı Yasa ile değişik 4 ncü maddesinin 1 nci bendinde belirlenen miktarlar üzerinden hesaplanacağıdır, bu sayışmadan artan tutuklulukları varsa, artık sürede uğradıkları zararın ödenmesi 466 Sayılı Yasa'da gösterilen koşullara göre olacaktır. (Bkz : Mehmet Handan Surlu'nun anılan eseri, S. 604, 605)

466 Sayılı Yasa'nın konusu olan Devlet Ödencesini kimlerin isteyebileceğini böylece açıkladıktan sonra, bu kişilerin de her zaman ödence alamayacaklarını hemen belirtmek gerekir. Öyle bazı durumlar vardır ki, o durumlarda ortada haksız bir işlem ve ondan doğan bir zarar olsa bile, o zararın giderilmesini Yasa öngörmemiştir. İşte şimdi de Devletten ödence alınmasını engelleyen bu durumlara değinmeli ya da Sn. Cemil Saatçioğlu'nun, Adalet Dergisi'nin Aralık 1973, S : 1046'da yayımlanan yazısına başlık yaptığı soruyu yanıtlamalıyız :

III. KANUN DIŞI YAKALANAN VEYA TUTUKLANAN KİMSELERE HANGİ DURUMLARDA ÖDENCE VERİLEMEZ?

Bu nedenleri iki ana grupta inceleyebiliriz :

1. Ödence istenebilecek kimi durumlarda ödenceden yararlanmaya engel olan nedenler;
2. Ödence istenebilecek bütün durumlarda, ödenceden yararlanmaya kısmen ya da tamamen engel olan nedenler.

Birinci grup nedenler, ödence isteyenlerin özel durum ve davranışlarından kaynaklanan ve Yasa'nın 8. nci bendinde şöylece sıralanan nedenlerdir : "Aynı cins suçtan mahkûm olanlar, itiyadî suçlular, suç işlemeyi meslek veya geçinme vasıtaları haline getirenler."

a) Aynı Cins Suç : Türk Ceza Yasası'nın 86 nci maddesinde, sayım usulüne göre dokuz bent halinde gruplandırılan suçlar olup, bu grupların her birine giren eylemler aynı cinsten sayılır.

b) İtiyadî Suç : İşleyen kişilerde bu yolda bir alışkanlık oluştuğunu gösteren suçtur. Ceza yasalarında bu durumlar açıkça belirtilmektedir. Örneğin : Türk Ceza Yasası'nın 572/2 maddesiyle cezalandırılan "İtiyadî Şarhoşluk Suçu" gibi.

c) Suç işlemeyi meslek ve geçinme aracı yapma : durumunda ise suçluluk teşkil bir olay olmaktan çıkıp, o kişinin yaşama biçimine dönüşmüştür : Türk Ceza Yasası'nın 435 nci maddesinde hükme bağlanan "Başkalarını Fuhşa Kışkırtma Suçu" gibi.

İşte bu kimseler (a, b, c paragraflarında gösterilenler), 466 Sayılı Yasa'nın birinci maddesindeki 6 ve 7 nci bent hükümlerine dayanarak ödence alamazlar. Bunlar, haklarında kovuşturma veya son soruşturmanın açılmasına ya da ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmiş te olsalar, beraat te etseler, hükümlülük süreleri tutukluluk sürelerinden az da olsa ya da yalnızca para cezasına da çarptırılmış bulunsalar, Y.1.C.D.'nin 28.4.1973 Gün ve Esas : 1973/1485, Karar : 1648 Sayılı Kararında da belirtildiği gibi ödenceden yararlanamazlar. Ama Yasa'nın birinci maddesinde yer alan diğer bentlerde gösterilen nedenler varsa, onların birine ya da bir kaçına dayanarak bu gibilerin de ödence alabilecekleri kuşkusuzdur.

Burada çözümlenmesi gereken bir sorun şudur : Aynı cins suçtan mahkûmiyet, bir af yasasının kapsamına girerek ortadan kalkmışsa ne olacak?

Y.1.C.D.'nin 16.3.1977 Gün ve Esas : 1977/1032, K. 1977/898 Sayılı Kararında da açıklanan bir görüşe göre: "Aynı cins suçtan mahkûmiyetin bütün sonuçları af yasaları ile ortadan kaldırılmış olduğundan, bu mahkûmiyetin ödenceye engel olma hali de kalkmıştır" O halde bu durumlarda da ödence verilebilir.

Bu görüş, genel nitelikteki af yasalarının, hükümlülükleri bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırmış olduğu savına dayanmaktadır.

Burada unutulana, genel nitelikte te olsa, bir af yasasının ortadan kaldırdıklarının, hükümlülüğün cezasal sonuçları olduğudur. Hiç bir

af, hükümlülüklerin toplumsal ve hukuksal sonuçlarını da ortadan kaldıramaz. Suçlardan zarar görenlerin, af yasalarından sonra da hukuk mahkemelerinde ödence davaları açabilmeleri bu nedendir. 466 Sayılı Yasa'ya göre açılan davalar da, özel bir yasaya dayanmış bile olsalar, asıl kaynağı Borçlar Hukuku'ndaki "Haksız Eylem" kurumunda bulan hukuksal davalardır. Bu davalarda da, önceki hükümlülüklerin cezasal sonuçlarının ortadan kalkmış olması, hâlâ tüm varlıklarıyla ortada olan hukuksal sonuçları etkilemez. Hukuksal durumların, af yasalarıyla değiştirilmesi genel hukuk ilkelerine aykırıdır. 466 Sayılı Yasa'nın birinci maddesinin altıncı ve yedinci bentlerinde tek tek sayılan ödence nedenleri arasında, suç ya da cezaların af yasası kapsamı içine girmesi halinin alınmaması bu görüşün bir kanıtıdır. Orada af yasasını ödence nedeni saymayan 466 Sayılı Yasa'nın, aynı cins suçtan önceki hükümlülüğün af kapsamına girmesini bir ödence nedeni olarak kabul edebileceğini düşünmek bir tutarsızlıktır.

Bu nedenlerle, "evvelce aynı cins suçtan hükümlendirilenler ödence alamazlar" kuralının, önceki hükümlülük affa girmiş bile olsa geçerliliğini koruduğunu ve ödence alınmasına engel olacağını savunan ikinci görüş, bizce, daha doğrudur. Boyabat Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu yolda verdiği 16.9.1976 Gün ve Esas : 1976/11, Karar : 1976/35 Sayılı Kararı'nın Y.1.C.D.'nin 3.11.1976 Gün ve Esas : 1976/3391, Karar : 1976/3532 Sayılı Kararı'yla onanmış olması, Yargıtay'ımızın bu görüşte de haklılık bulunduğunu kabul ettiğini göstermiştir. Sorunun bir an önce Yargıtay'ca kesin olarak çözümlenmesi her halde gereklidir.

İkinci grup nedenler ise, ödence istenebilecek tüm durumları kapsayan ve ödence almayı kısmen ya da tamamen engelleyen nedenlerdir.

Yasa'nın 4, 6 ve 8 nci maddelerinde hükme bağlanmış olan bu nedenleri de üç altı rupta ele almak uygun olacaktır :

a) Disiplin yönünden yapılan tutuklamalar ve alınan önlemlerden dolayı ödence istenemez. 466 Sayılı Yasa'nın bundan söz eden 6 nci maddesine göre : "Bu kanun hükümleri, disiplin yönünden yapılan tutuklamalar ve alınan tedbirlere uygulanmaz."

b) Türk vatandaşlarına aynı olanakları tanımayan bir devletin uyruğu da 466 Sayılı Yasa'nın öngördüğü Devlet Ödencesini isteyemez, Yasa'nın 8. maddesindeki deyişle : "Yabancı devlet tabiiyetinde bulunan kimseler hakkında bu kanunun uygulanması, o devletin Türk vatandaşlarına aynı esasları uygulamakta bulunmasına bağlıdır."

c) İkinci grup nedenlerin, üzerinde en çok durulması gerekeni ise, isteğin konusunu oluşturan haksız işleme davacının kendi kusuruyla yol açmış olmasıdır. 466 Sayılı Yasa'nın 4. ncü maddesinin di- liyle: "Tazminat miktarını tayinde, zarar talebinde bulunanların, bi- rinci maddede yazılı işlemlerin yapılmasında ihmal veya kusurları ha- reketleri de nazara alınır.

Tazminat talebine esas olan işlemlere, tamamiyle kendi ihmali veya kusurlu hareketleriyle sebep olanlara tazminat verilemez."

Bu hüküm gereğince, bir ödence isteğini inceleyen mahkeme, istekte bulunanın zarar gördüğü işleme kendi kusuruyla katkıda bu- lunup bulunmadığını da göz önüne alacak ve kusurun derecesine gö- re de ödenceyi indirebileceği gibi tümüyle de geri çevirebilecektir.

Yargıca burada oldukça geniş bir "Takdir Hakkı" tanınmıştır. Öyle ki yargıç, haksız işlemin yer aldığı ceza davasının beraet kara- rıyla sonuçlanmasıyla bile kısıtlanmamıştır. Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 2.5.1977 Gün ve Esas : 1977/1, Karar : 1977/1 Sayılı Kararı, doğruluğu tartışabilir bir gerekçe ile, ödence mahkemesinin takdir hakkını bir hayli kısıtlamıştır. Bu kara- ra göre: Tutuklandığı suçtan beraat eden sanığın 466 Sayılı Yasa'- nın 2 nci maddesi gereğince açtığı ödence davasına bakan mahke- menin, Yargıtay'dan geçmeden kesinleşen beraat hükmünü, sübut yönünden incelemeye yetkisi yoktur. Ödence mahkemesi, beraat ka- rarını yanlış ta bulsa, ceza davasında hükümlülük için yeterli kanıt bulunduğunu açıkça da görse, öyle bir hükümlüle beraat eden kimse- ye bir ödence takdir edecektir.

Çoğunluğu bu görüşe ulaştıran gerekçe : 466 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesinin 6. Bendinde "beraetlerine karar verilenlerin" ödünceden yararlanabileceklerinin açıkça belirtilmiş olması biçiminde özetlene- bilir. Gerekçeye göre: Kesinleşmiş beraat kararlarının eksik incele- meye dayanması veya delillere ters düşmesi halinde tazminat verile- meyeceğine dair yasada bir hüküm mevcut olmadığı gibi beraat ne- denleri arasında da bir ayırım yapılmamıştır."

Yasa'nın sözlerine bağlanarak yapılan bu yorumun Yasa'nın ru- huna, anlam ve amacına uygun düştüğü ise kuşkuludur. Mahkûm edilmeleri gerekirken, bir takım nedenlerle, yolsuz ve haksız olarak beraet etmiş kişilerin kamunun sırtından nedensiz zenginleşmelerine yol açmak her halde Yasa'nın ruhuna da amacına da aykırı sayılma- lıdır. Yasa böyle istenmeyen biro sonucu engellemek için 4. Madde- sindeki : "Tazminat talebine esas olan işlemlere, tamamiyle kendi

ihmalî veya kusurlu hareketiyle sebep olanlara tazminat verilemez" Hükümünü koymuştur. Bu nedenle, ödençe mahkemesinin, ödençeyi takdir ederken, ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı olmayacağına dair azınlık görüşü Yasa'nın asıl amacına daha uygundur. Çünkü, 466 Sayılı Yasa'daki ödençenin nedeni, Borçlar Yasası'nda hükümlere bağlanmış olan "Haksız Eylem" kurumudur. Ödençenin bir ceza mahkemesince hükmedilmesi, onun niteliğini değiştirmemelidir. Borçlar Yasası'nın 53. Maddesi ise, hâkimin kusuru takdirinde, ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla bağlı olmadığını açıkça belirtmiştir. Kaldı ki Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 237. Maddesine göre : "Kaziyei muhkeme ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir." O nedenle ceza mahkemesinin beraat kararı da ancak cezasal sonuçları bakımından bağlayıcıdır. Kesinleşen o karar asıl suça aittir ve ödençe konusunda Kesin Hüküm'den söz edilememelidir. 466 Sayılı Yasa'nın 4. Maddesinde belirtilen "ihmal" veya "kusurlu davranışlar"ın anlaşılabilmesi, beraat hükmüyle sonuçlanan ceza dosyasının eksiksizce incelenmesini zorunlu kılar. Bu yapılmazsa, eksik incelemeye dayanan ve isabetli olmayan beraat hükümlerinden yararlanılarak, Devletten haksız ödençe alma eğilimlerinin gelişmesini, yasa koyucunun amacına aykırı olarak engellemek olanaksız kalacaktır. Ülkemizin toplumsal koşullarının da göz önüne alınması sonunda, ceza davasındaki kanıt durumunun incelenmesi, kaçınılmaz bir zorunluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen kararıyla, ödençe mahkemelerinin takdir hakları, bizce de yerinde olmayan bir gerekçeyle, kısıtlanmıştır. Bu kısıtlamanın dışındaki da mahkemenin takdiri Yargıtay'ın dolaylı denetimi altındadır.

Bu nedenle Yargıtay, bir kararında, takdir hakkı kullanılırken, davacının kusurlu eylemlerinin neler olduğunun açıkça gösterilmesini ve kusurun derecesinin de açıklanmasını istemiştir. (Bkz : Y.6.C.D.'nin 2.12.1969 Gün ve E : 6947, K : 6989 Sa. K.) Bunun gibi, haksız işleme davacının kendi kusuruyla yol açıp açmadığının araştırılması ve kusur oranına göre de ödençenin saptanması gerektiğini açıklayan pek çok Yargıtay kararı vardır. (Örneğin Bkz : Y.C.G.K.'nin 24.5.1971 Gün, E : 970/6-168 K : 187 Sa. K.)

Bununla birlikte, davacının kusurlu davranışlarının neler olabileceğini kesinkes belirlemek de olanaksızdır. Bu sorun, her ödençe davasının koşullarına göre çözümlenecektir. Fakat haksız işleme bağıntısız, yüklenen suçlarla ilgisiz bir takım davranışlar, davacının ahlaksal kötülüğünü gösterebilir de kusur sayılmayacak ve kusur bu

ölçüde geniş yorumlanmayacaktır. Örneğin : Yargıtay bir kararında, davacının, gönlüyle kaçırdığı evli mağdure ile zinada bulunmasının ancak manevî ödence tutarının saptanmasında etkili olabileceğini öne sürerek, ödence verilmesini engelleyen bir neden saymamıştır. (Bkz : Y.5.C.D.'nin 15.2.1972 Gün, E : 5958, K : 534 Sa. K.)

Davacının kusurlu davranışlarını her davada ve olayın özelliklerine göre ayrı takdir gerekmele birlikte, şu iki durumda davacının kusurunu kabul etmek doğru olur. Bunlar da, yakalanan ya da tutuklanan kimsenin :

aa) Üzerine atılan suçu ikrar etmiş olması ya da

bb) Olaydan sonra firaridir.

aa) İKRAR : Hazırlık soruşturmasında zabıtaya, C. Savcısına, Sulh Yargıcına ya da bunların hepsine ve kendi özgür istemiyle üzerine atılan suçu işlediğini söyleyen bir kimse, bu ikrarına dayanılarak tutuklanmışsa, o kimse daha sonra o suçtan beraat bile etmiş olsa, bu tutuklamanın kusurunu başkalarından arayamayacağından böyle kişilere ödence verilmeyecektir. (Bkz : Y.C.G.K.'nun 18.9.1973 Gün, E : 971/6-185, K : 288b İtiraz)

bb) FİRAR : Bir suçlamayla hakkında hazırlık soruşturması yapılırken kaçıp gizlenen, tüm aramalara karşın bulunamayan bir sanık, yakalanmasını sağlamak için tutuklanmış ve bir süre özgürlüğünden yoksun kalmışsa, bu tutuklamadan onun scrumlu olmadığı söylenebilir. Böyle kişilerin açtıkları ödence davalarını kabul etmemek gerekir. (Bkz : Y.1.C.D.'nin 3.3.1973, E : 973/541, K : 798 ve 11.9.1973 Gün ve E : 973/K : 290 Sayılı Kararları)

Ödence istenebilecek tüm durumları kapsayan ve ödence almayı kısmen ya da tamamen engelleyen nedenler konusunda tutuklu kaldığı sürenin, işlediği başka bir suçtan verilen hükümlülüğüne sayılması olanağı varsa, davacı böyle bir sayışmayı red edip, kendisine ödence verilmesini isteyemez. (Bkz : Dr. Faruk Erem, önce anılan eser, S : 424) Fakat davacının böyle bir sayışmadan sonra da bir tutukluluk süresi artakalırca, yalnızca bu süre için ödence isteyebileceği de kuşkusuzdur. (Bkz : Mehmet Handan Surlu, önce anılan eser, S : 609 ve oradan naklen Y.6.C.D.'nin 17.11.1965 Gün ve 6789/6889 Sayılı Kararı)

466 Sayılı Yasa'da öngörülen Devlet Ödencesini kimlerin isteyebileceğini ve bunlara hangi durumlarda ödence verilemeyeceğini yanıtladıktan sonra şu soruya geçebiliriz :

IV. ÖDENCENİN KAPSAMI NEDİR?

Yasa bu konuda ayrıntılı kurallar koymayıp, yalnızca "bu kimse-lerin her türlü zararlarının ödeneceğini" buyurmakla yetinmiştir.

"Her türlü zarar" kavramı içine maddî ve manevî zararların gir-diği açıktır.

Ancak bu kavrama, bir takım varsayımlarla ilerde ortaya çıkma-ları kesinlikle belli olmayan zararlar katılamaz. Yargıtay bir kararın-da : "Öldürmeye Kalkışma" suçundan berratine karar verilen ve tu-tuk kaldığı günler için ödence isteğinde bulunan sanığın, tutuk kal-dığı sürede öğrenci olup hemen bir memuriyete girmesi olanağı ol-madığı ve Devlet Memurları Yasasının maaşla ilgili hükümlerinin tu-tukluluk tarihinde yürürlükte bulunmadığı gözetilmeden, davacının memur sayılarak, adı geçen Yasaya göre maddî ödence saptanma-sını yanlış görmüştür. (Bkz : Y.1.C.D.'nin 25.1.1973 Gün ve E : 972/4967 K : 227 Sa. K.)

Ama "zarar kavramı"nın gereğinden çok daraltılması da Yasa'-ya aykırıdır. Haksız tutuklama yüzünden gerçek bir zarara uğradığı kesinlikle ortaya çıkan bir kimsenin o zararının karşılanması Yasa-nın gereğidir. Haklı bir Yargıtay kararına göre : Tutuk kalıp beraet eden davacının çiftçi olmasına göre, iş bulamadığı günlerdeki çalış-masını evinde ve arazisinde değerlendirilebileceği düşünülmeden, çalışmadığı kabul edilen günler için ödenceden yoksun bırakılması doğru değildir. (Bkz : Y.1.C.D.'nin 12.3.1974 Gün, E : 974/677, K : 976 Sayılı Kararı)

Maddî ödencenin hesaplanmasında, davacının, tutuklu kaldığı zamandaki mesleğini, bu mesleğin özelliklerini esas almak gerekir. Örneğin : ödence isteyen davacı rençber ise, kamusal tatil ve bay-ram günlerinden başka, köyündeki iklim ve coğrafi koşullar bakımın-dan, tutukluluk süresi içinde kaç gün çalışması gerektiğinin, tarım kuruluşlarından sorulup saptandıktan sonra bir ödenceye hükmet-mek uygun olur. (Bkz : Y.5.C.'nin 24.4.1974 Gün ve E : 1974/1152, K : 1974/823 Sayılı Kararı) Demek ki, ödencenin hesaplanmasında kamusal günlerdeki çalışmanın da sayılıp sayılmaması hususu yapı-lan işin niteliğine bağlıdır. Tutuklu davacının yaptığı işin niteliği göz önüne alınarak, kamusal tatil günlerinde çalışıp çalışmadığı araştırı-lacak, sonucuna göre karar verilecektir. (Bkz : Y.C.G.K.'nun 6.11.1972 Gün ve E : 1971/6-17, K : 976)

Davacının akçalı (malî) durumunun araştırılması da göz önüne alınması gereken başka bir konudur. Davacının akçalı durumunun

araştırılacağı yer ise, tutuk kaldığı sürede oturmakta olduğu yerdir. O sürede oturduğu yerdeki ekonomik ve sosyal durumu değerlendirilerek ödence tutarı saptanacaktır. (Bkz : Y.C.G.K.'nun 29.11.1971 Gün, E : 1971/1-353, K : 394 Sayılı Kararı)

Yargıtayın şöylece özetlenen bir kararı, maddî ödencenin takdine ışık tutmaktadır : "Davacının günlük kazancının ne olduğu açıklanacak, maliyeye ödediği Gelir Vergisi ve ticaret odasında kaçınıcı sınıf tüccar olduğu araştırılacak, sağlık durumunun sürekli olarak bu işte çalışmasına elverişli olup olmadığı bir raporla saptanacak, dinsel bayramlarda ve cuma günlerinde çalışması mutad olup olmadığı bilirkişi aracılığıyla belirlenecektir". (Bkz : Y.1.C.D.'nin 28.12.1971 Gün, E : 971/4538, K : 4408 Sa. K.)

Davacının tutuklu kaldığı sırada cezaevinde alıp ödemediği işe bedeli takdir edilen ödünceden indirilemez. Cezaevindeki yemek bedeli ödünceden düşürülemez. (Bkz : Y.1.C.D.'nin 12.3.1974 Gün, E : 974/677, K : 976 Sa. K.)

Çözömlenmesi gereken bir sorun da avukatlık ücretidir.

Davacının, sanık olarak yargılanması sırasında avukatına ödediği vekâlet ücretinin "zarar kavramı" içine girdiği kuşkusuzdur. Davacı, dava dilekçesinde bu zararının da giderilmesini istemişse, maddî ödencenin hesaplanmasında vekalet ücreti de göz önüne alınmalıdır. Fakat bu vekalet ücreti, sanığın avukatı ile özel hukuk bağıntısına göre ödediği vekâlet ücreti değildir. Yalnızca, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenmiş olan maktu vekâlet ücreti "zarar kavramı" içinde ödenebilir. (Bkz : Y.C.G.K.'nun 11.10.1971 Gün ve E : 970/1-301, K : 971/330 Sa. K.)

Davacının, ödence davasını bir avukat tutarak izlemesi halinde, bu vekalet ücretini de isteyebileceği doğaldır. Fakat mahkemenin ödeyebileceği ücret, yalnızca ağır ceza mahkemelerine giren işlerdeki dilekçe ücretinden ibarettir. (Bkz : Y.5.C.D.'nin 15.2.1972 Gün ve E : 5256, K : 532 Sa. K.)

Ödüncenin red edilen tutarı üzerinden Hazine Vekiline nisbî vekâlet ücreti takdir edilemez. Bunun gerekçesi, 466 Sayılı Yasaya göre açılan ödence davalarında Hazinesinin her hangi bir emeği olmasıdır. (Bkz : Y.5.C.D.'nin 14.11.1973 Gün, E : 2921, K : 2974)

Bunun gibi, 466 Sayılı Yasa'ya göre mahkemelerce ödenceye hükmolunması halinde, Hazine'ye nisbî vekâlet ücreti ve nisbî harç yükletilmesi de doğru değildir. (Bkz : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Bölümü Genel Kurulu'nun 15.4.1974 Gün ve E : 974/4, K : 974/3

Sa. K. ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.1.1973 Sa. K. ve Y.C.G.K.'nin 17.2.1973 Gün, E : 973/-45, K : 814 Sa. K.)

Manevî ödencenin de davacının işine, sosyal ve kültürel durumuna, yapılan haksız işlemin niteliğine, özgürlüğünden yoksun kaldığı süreye göre takdiri uygun olur. Fakat gerek maddî, gerek manevî ödencenin takdirinde mahkeme, davacının istediği miktarları aşmaz, zararın daha fazla olduğu saptanmış olsa bile, talep edilenden fazlasına hükmedilemez. Bunun gibi mahkeme, davacının tutuklu kaldığı beher gün için belirli bir miktar ödence istenmişse, ondan fazlasına da karar veremez.

Maddî ödencenin hesaplanmasında dayanak alınacak meslek, davacının tutuklanmazdan hemen önce yaptığı, uğraştığı meslektir. Ödence davası açıldığı tarihteki iş ve uğraş, ödenceye esas olamaz.

Mahkeme, davacının, haksız işlemle karşılaştığı sırada hangi işte çalışmakta olduğunu kendiliğinden araştırmak durumundadır. Bu araştırma sonucunda davacının, dava dilekçesinde belirttiğinden başka bir meslek yaptığı saptanmışsa, elbette öne sürdüğü değil, gerçekten yaptığı meslek geçerli sayılacaktır. Maddî ödence de gerçekten yapılan o işe göre takdir edilecektir. Davacının gerçek iş ya da uğraşının, yasal olmayan bir iş ya da uğraşı olduğu anlaşılırsa, öyle bir işten uğranan zararın Hazine'ce giderilmesi olanaksızdır. Bu durumda ortada bir "zarar" bulunmasına karşın, bu zararın giderimi Yasanın amacına da ahlâka da aykırıdır. Davacının bir "itihadî suçlu" olduğu ya da "suç işlemeyi meslek ve geçinme aracı yaptığı" bir mahkeme kararı ile kanıtlanmış olmasa bile, yapılan araştırmanın sonucu bu durumu inandırıcı bir biçimde ortaya koymaya yeterli ise mahkeme, Yasanın 1. Maddesinin 8 nci bendine dayanarak ödence isteğini geri çevirmelidir.

Fakat yapılan araştırma sonucunda, davacının, her hangi bir öğrenim kurumuna devam etmeyen, geçerli hiç bir iş yapmayan, işsiz güçsüz, başkalarının sırtından geçinen bir kimse olduğu anlaşılırsa ne olacaktır Bir düşünceye göre, bu durumdakilere, bir nitelsiz işçinin en az işçi gündeliğine göre maddî ödence verilmelidir. Kanımızca bu düşünce, Yasanın öngördüğü "zarar kavramı" nı ve sosyal adalet kaygılarını gereğinden fazla zorlayan, yapay bir çözüme yol açmaktadır. Bu durumdaki kişilerin, bir süre tutuklu kalmakla her hangi bir maddî zarara uğradıklarını kabul etmek çok zordur. Kaldı ki cezaevi yönetiminin kendilerine sağladığı ısınma, barınma, yeme-içme olanaklarından hiç bir bedel ödemediği yararlandıkları için zarar şöy-

le dursun, kâr bile ettikleri düşünülebilir. Ayrıca bu gibiler, işsiz-güçsüz, başıboş bir yaşam sürdürerek ya da başkalarının sırtından geçinerek toplumda geçerli değer yargılarına, ahlâk kurallarına arkalarını dönmüş kişilerse, ödence isteklerine esas olan işlemlere tamamiyle kendi ihmalleri ve hattâ kusurlu davranışlarıyla yol açmış oldukları rahatlıkla savunulabilir. Bu gerekçe ile bu gibilerin ödence isteklerini Yasanın 4 ncü maddesine göre tümüyle geri çevirmek, kanımızca, sorunun en uygun çözümü olacaktır.

V. VERİLEN ÖDENCENİN GERİ ALINMASI :

Bazı durumlarda Hazinesin davacılara verdiği ödence onlardan geri alınabilir. Bu durumlar Yasa'nın 5 nci maddesinde şöylece hükme bağlanmıştır : "Haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi sebebiyle tazminat alanlardan, aynı işten dolayı haklarında yeniden dava açılanlara ve

Beraat kararı sebebiyle tazminat alanlardan, beraat hükmü aleyhine muhakemenin iadesi isteminin kabulüyle haklarında yeniden duruşma yapılmasına karar verilenlere, ödenen tazminat miktarınca, o kişinin malları üzerine Hazinece ihtiyatî haciz konulabilir.

Dava sonunda o kişi beraet ederse ihtiyatî haciz kalkar, mahkûm olduğu takdirde, ödenen tazminat, hükmü lüzum olmaksızın Hazine'ye geri alınır veya ihtiyatî haciz konmuşsa, genel hükümler uygulanır."

466 Sayılı Yasa'ya konu olan Devlet Ödencesini böylece açıkladıktan sonra, şimdi şu sorunu çözümlemelidir : Bu ödence nasıl istenir? Başvurma yolu nedir?

VI. BAŞVURMA YOLU

Başvurma yolunu hükme bağlayan ikinci madde aynen şöyledir :

"1 nci maddede yazılı sebeplerle zarara uğrayanlar, kendilerine zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan davalar sonunda verilen kararların kesinleştiği veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren üç ay içinde, ikametgâhlarının bulunduğu mahal ağır ceza mahkemelerine bir dilekçe ile başvurarak, uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebilirler.

Dilekçede, zarar isteminde bulunan kimsenin açık adresinin, zarara sebebiyet verdiği ileri sürülen işlemlerin özetinin, zararın dayandığı sebepler ile sübut delillerin ve tazmini istenen zararın neden iba-

ret olduğunun yazılı olması ve sübut delillerinin dilekçeye bağlı olarak verilmesi gereklidir.

Yukarıdaki fıkradaki yazılı hususları kapsamayan dilekçe, mahkeme kararıyla reddolunur.

Tazminat istemine esas olan işlem, işi hükme bağlayan ağır ceza mahkemesince yapılmışsa, bu istemi incelemeye yetkili mahkeme, en yakın ağır ceza mahkemesidir.”

Hemen belirtmelidir ki, maddede yer alan “Tazminat istemine esas olan işlem” deyişle anlatılmak istenen, birinci maddede yedi bent halinde sayılan usulsüz ya da haksız işlemlerdir. Daha önce açıklandığı için bunlara yeniden değinilmeyecektir. Fakat burada “Başvurma Biçimi”, “Başvurma Süresi” ve “Başvurma Yeri”nin ayrı ayrı ele alınmak gerekir.

1) Başvurma Biçimi : Devletten bir ödence isteğinde bulunmak, Hazine aleyhine bir “Haksız Eylem” davası açmak demektir. Bir takım düşüncelerle bu davanın ağır ceza mahkemelerinde görülmesi, davaların bu niteliğini değiştirmez. Öyle ise bu dava da, diğer davalar gibi, merciine verilen bir dilekçeyle açılır. Dilekçe, davanın koşuludur. Yasanın ikinci maddesinde, başvurmanın bir dilekçeyle yapılma zorunluğunun konması bundandır. Yasa, bu özel ödence davasının dilekçesinde bulunması zorunlu bilgileri de belirlemiştir. Bu zorunlu öğeleri kapsamayan bir dilekçe geçersiz olacağından, mahkeme kararıyla red edilir. Yalnız bu karara, başvurma süresi dolmamışsa, Yasaya uygun bir dilekçeyle yeniden başvurulmasını engellemez.

Yasaya göre dilekçeye eklenmesi gereken “sübut delilleri, ödenenin konusunu oluşturan ceza dosyasındaki belgeler değildir. Çünkü onların davacının elinde bulunması zaten düşünülemez. Davacının, dilekçesine eklemesi zorunlu tutulanlar, zararının dayanağı olan belgelerdir. Davacı bu belgeleri eklememişse, dilekçesi Yasaya uygun bile olsa, başvurma biçimi Yasaya aykırı düşecek ve dilekçesi yine red edilecektir. Ancak bu hüküm, ödençe davasına bakan mahkemeyi bağlamamıştır. Ödençe davasına bakan mahkeme, zorunlu olmamasına karşın, isterse, bu belgeleri kendisi de toplayabilir, ya da noksanı varsa tamamlayabilir. Yargıtay bir kararında : 446 Sayılı Yasanın ikinci maddesinde belirtilen belgelerin mahkemece kendiliğinden toplattırılması halinde, dilekçe sahibi tarafından verilmişçesine geçerli sayılmasında Yasaya aykırılık görmemiştir. (Bkz : Y.C.G.K. 17.12.1973, E : 973/1-45, K : 814)

Mahkemenin, Davacının vermesi gereken belgeleri toplaması, noksanını tamamlaması zorunluğuna olmamasına karşın, davacının gösterdiği kanıt ve belgelerin yeterli olup olmadığını tartışma ve geçerliliğini araştırma ödevi vardır. Maddi zarara ilişkin belgeler mahkemece inandırıcı bulunmazsa, mahkeme bunların gerçek olup, olmadıklarını da araştırarak ve bunun sonunda davanın kısmen ya da tamamen kabul veya reddine karar verecektir. (Bkz : Y.5.C.D. 15.2.1972, E : 5204, K : 532)

Ödence davalarında Başvurma Harcı alınmadığı gibi, bu davalar nisbî harca da bağlı değildir. (Bkz : Y.1.C.D. 5.5.1966, E : 810, K : 1071)

Ödence hakkının mirasçılara geçip geçmeyeceği konusunda 466 Sayılı Yasaya bir açıklık yoktur. Bu nedenle sorunun Borçlar Hukuku'nun "Haksız Eylem" hükümlerine ve Miras Hukuku kurallarına göre çözümü zorunluğuna vardır.

Buna göre davacı, ödence davasını açtıktan sonra ve fakat henüz sonuçlanmadan önce ölmüşse, onun yasal mirasçıları, davacı adına hem maddî hem manevî ödence isteyebilirler.

Davacı, ödence davasını açmadan önce ölmüşse, kanımızca mirasçılar ancak maddî ödence isteyebilirler. Miras bırakanlarının henüz dava etmediği manevî ödenceyi, onun yerine geçerek isteyemezler.

Ama, kamu davası, ölümü nedeniyle ve T.C.K. m. 96 uyarınca ortadan kaldırılan bir sanığın mirasçıları ne maddî, ne manevî ödence isteyebilirler. Çünkü ölen sanığın, ödenceye konu olan işlemde kusuru olmadığı belirsiz kaldığı gibi, işlemin haksız olduğu da saptanmamıştır. (Bkz : Y.1.C.D. 14.10.1975, E : 975/2790, K : 975/3223)

2. Başvurma Süresi :

Ödence için başvurma süresi üç aydır. Bu süre, usule ilişkin sürelerden olmayıp, maddî hukuka bağlı bir dava açma süresidir. Bu yüzden "Eski Hale Getirme Yolu"na gidilemez. Sürenin geçmesiyle hak ta düşer. Sürenin geçirilme ve kaçırılma nedeni ne olursa olsun sonuç değişmez. (Bkz : Dr. Faruk Erem, Yukarıda anılan eser, S : 427)

Sürenin başlangıcı : "Zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle açılan davalar sonunda verilen kararların kesinleşme veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarih"tir. Bu dolambaçlı anlatım biçimi, sürenin başlangıcını Yasada oldukça karanlık bırakmıştır. Burada anlatılmak istenen, kararın kesinleşme tarihidir. Davacının, sanık olduğu ceza davasında karar, onun yüzüne

karşı verilmişse sorun yoktur. Ancak, yerel mahkemelerce, sanıkların yokluklarında hükmolunan beraat kararları ile Yargıtay'ca onanan ya da C.M.U.K. nun 322 nci maddesi uyarınca verilen beraat kararlarının, ilgili sanıklara tebliği gerekir. Bu durumda, 466 Sayılı Yasa'nın gösterdiği üç aylık başvurma süresi, tebliğ gününden başlar. (Bkz : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 21.4.1975 Gün ve E : 975/3, K : 975/5 Sayılı Kararı)

Beraat kararı, sanık yerine, sanık vekiline tebliğ edilmişse, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına ve 7201 Sayılı Tebligat Yasası'nın 11 nci maddesine ve Avukatlık Yasası'na göre bu, sanığa yapılan tebligat hükmündedir. Vekille izlenen işlerde ayrıca asıla da tebliğ gerekmez. Buna göre de, başvurma süresi, beraet kararının, sanığın vekiline tebliğ edildiği tarihten başlar. (Bkz : Y.5.C.D.'nin 29.3.1977 Gün ve E : 1977/1001, K : 1977/993 Sayılı Kararı)

Ancak yinelemek gerekir ki, ödence istenebilmesi için bearet hükmünün mutlaka kesinleşmiş olması zorunludur. Örneğin; İlk Soruşturma sırasında dilekçe veren bir Katılan Davacı, yargılamanın sonraki aşamalarında davaya katılmasa ve ifadesi bile alınmasa, beraet ilâminin kesinleşebilmesi için Tebligat Kanunu'nun verdiği olanaklarla beraat ilâminin kendisine tebliği ve temyiz süresinin geçmiş olması gerekir. Bu andan itibaren karar kesinleşmiş olacağından, davacının başvurma hakkı da bu anda doğar. (Bkz : Y.C.G.K.'nun 28.3.1977 Gün ve E : 1977/1-69, K : 135 Sayılı Kararı)

Davanın mirasçılar tarafından açılmasında da durum değişmez. Dava süresi yine "kesinleşme" tarihinden başlar ve üç ay sonra biter.

3. Başvurma Yeri :

Ödence davasına karar vermeye yetkili mahkeme, davacının ikametgâhı ağır ceza mahkemesidir. Bu genel kural, Yasanın ikinci maddesinin 1 nci fıkrasında belirtilmiştir.

Davacıların ikametgâhları ise, Medeni Yasa'nın 19. Maddesi gereğince : "yerleşmek niyetiyle oturdukları yer" dir.

Fakat davanın ikametgâh ağır ceza mahkemesinde açılacağı genel kuralının ayırıcısı vardır. Bu ayrıca, birinci maddenin son fıkrasında şöyle hükme bağlanmıştır : "Tazminat istemine esas olan işlem, işi hükme bağlayan ağır ceza mahkemesinde yapılmışsa, bu istemi incelemeye yetkili mahkeme, en yakın ağır ceza mahkemesidir." (Bkz: Y.C.G.K.'nun 24.9.1973 Gün ve E : 973/1-238, K : 573)

Yargıtay, bir kararında : ödence isteğinde bulunan, Vezirköprü Sulh Ceza Yargıcınca tutuklanmış ve ilk soruşturmanın bitiminden sonra bu yer ağır ceza mahkemesinin tensip kararıyla tutukluluğu sürdürülmüş olduğuna göre, tutukluluğun sürdürülmesi işlemini yapmış olan Vezirköprü Ağır Ceza Mahkemesi'nin, ödence davasına da bakmasını bu nedenle yasaya aykırı bulmuştur. (Bkz : Y.1.C.D.'nin 20.1.1973 gün ve E : 972/964, K : 972/111 Sayılı Kararı)

Ödence isteğine esas olan işlem, bazen tüm mahkemece değil de yalnızca mahkemenin başkanınca da yapılmış olabilir. Örneğin : sulh işleri, asliye ceza yargıcı tarafından görüldüğünde, bu yargıcın tutuklama kararına itiraz, o yerin ağır ceza mahkemesi başkanınca incelenip karara bağlanır. Eğer bu karar, itirazın reddi yolundysa o başkan, daha sonra ödence isteğini inceleyen mahkemeye katılamaz. Yine de o yer ağır ceza mahkemesi, ödence davasına bakmaya yetkili olmakla birlikte, başkanın katılmadığı bir yargıçlar kurulundan oluşmuş olmalıdır. (Bkz : Y.C.G.K.'nun 2.7.1973 Gün ve E : 973/5-247, K : 520 Sayılı Kararı) Ancak o kişinin katılmaması halinde ağır ceza mahkemesi kurulu oluşmıyorsa ne olacaktır? Davanın nakli yoluna mı gidilecektir? Kanımızca yapılması gereken, 466 Sayılı Yasa'nın birinci maddesinin son fıkrası hükmünce davayı yetki yönünden red ederek, davacının o yere en yakın ağır ceza mahkemesine başvurabilmesine olanak sağlamaktır.

Davanın yetkisiz mahkemede açılmış olması durumunda ne yapılacaktır? Kanımızca yapılması gereken, dilekçenin reddine karar vermektir. Davacı, üç aylık başvurma süresi dolmamışsa, yetkili mahkemeye yeniden dava açabilmelidir.

4. Ödence Davası Nasıl Görülür?

Yasa'nın bu konuya ilişkin 3 ve 7 nci maddeleri, ayrıca yorumlanmaya gerek bırakmayacak bir açıklıkta kaleme alınmıştır.

3 ncü madde şöyledir : "2 nci maddede yazılı yetkili mahkeme, zarar istemine dair dilekçe üzerine, üyelerinden birini, işin incelenmesiyle görevlendirir. Görevlendirilen üye, ilk önce, istemin kanunî süre içinde yapılmış olup olmadığını inceler. İstem süresi içinde yapılmışsa görevli üye, hüküm ve karar dosyasını aldırarak, her türlü incelemeleri yapmak ve gerekiyorsa tazminat isteminde bulunan kimseyi de dinlemek suretiyle delilleri topladıktan sonra, yazılı düşüncesini bildirmesi için evrakı C. Savcılığına gönderir.

Mahkeme, C. Savcısının yazılı görüşü üzerine, duruşma yapmaksızın kararını verir.

Bu karar aleyhine, tebliğ tarihinden başlayarak, bir hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir.”

7 nci maddede de şöyledir : “Tazminat talebi kabul olunmayan kimsenin sebebiyet verdiği masrafta kendisine yükletilir.”

Kararı temyiz edebilecek kişiler davacı, C. Savcısı ve Hazine'nin o yerdeki temsilcisidir. Ödence isteğinin, her hangi bir nedenle ve tümüyle reddi halinde kararın, Hazineye her hangi bir yük yüklememiş olması nedeniyle Hazine'nin o yerdeki vekiliğe duyurumuna gerek yoksa da, ödence davasının kısmen ya da tamamen kabulü halinde kararın, C. Savcısına ve Davacıya olduğu gibi Hazine vekiline de duyurumu zorunludur.

Bununla birlikte Yasa'da, dava dilekçesinin, davalı durumundaki Hazine vekiline duyurulması ve Hazinenin yanıtının da alınması öngörülmemiştir. Bu nedenle mahkemenin böyle bir uygulamaya girişmesi de gereksizdir.

Konuyu bitirmeden önce şu noktayı da anımsatmakta yarar vardır : 466 Sayılı Yasa'ya göre açılan davaların, adlî ara vermelerde de bakılabileceği Yasaya öngörülmediğinden, adlî ara vermelerde bu tür davalara bakılamamaktadır.

MEDENİ HUKUK

NAFAKA DAVALARI

Şakir KALELİ*

Medeni yasa, sistemi içerisinde toplumun temeli ve özü olan "aile" ye ve "aile birliğinin korunmasına" özen göstermiştir. Türk hukukuna göre aile "birbirine kan ya da sıhriyet veya mukavele bağlarıyla bağlı bulunan ve aralarındaki hukuki münasebet daha ziyade medeni hukukla tanzim kılınmış olan toplumsal topluluktur". biçiminde tanımlanır (Türk hukuk lûgatı Sh. 8). Yasa, aileye dışardan elatmaları önlemiş, aile birliği içinde çıkan sorunların, kendi içinde çözümlenmesini amaçlamıştır. Birlik içinde eş ve çocukların karşılıklı davranışları, yükümlülükleri ayrıntılarına kadar düzenlenmiştir.

Aile birliği içinde, karşılıklı yükümlülüklerin başında ekonomik niteliği olan NAFKA yükümlülüğü gelir.

Nafaka, sözlük anlamıyla çıkmak gitmek sarf etmektir. Bir kimşenin eş ve çocuklarının bakım ve geçimi için sarfettiği şeye nafaka denir. Buna göre de, nafaka alacağı, beslenme, giyecek ve ev ihtiyacını kapsar. Asıl olan, nafaka yükümlüsünün, bu yükümlülüğünü dış girişimler ve etkiler olmaksızın, aile birliğinin gereği ve ahlâk kuralı olarak, kendiliğinden yerine getirmesidir. Nafaka yükümlüsünün kendiliğinden yerine getirmemesi halinde açılacak davaya nafaka davası diyoruz.

Nafaka ve nafaka davaları, tüm dünya ülkelerinin yasalarında değişik biçimlerde düzenlenmiş olsa dahi, yer almaktadır. Bizim hukuk sistemimiz içinde de yer alması Medeni Yasa ile olmamıştır. İslâm hukukunda, kur'an ve fıkıh kitaplarında nafakanın düzenlendiğini görmekteyiz. "Köle nafakası", "Zevce (karı) nafakası" ve "akraba nafakası" İslâm hukukunda kabul edilmiş ve uygulanmıştır. İslâm hukukunda ki "zevce nafakası" bugün karı-koca nafakası şekline dönüşmüş; çağdışı olan "köle nafakası" ise tamamen ortadan kaldırılmıştır.

İslâm Hukukuna göre, ailenin tüm mali yükü kocanın üzerindedir. Kadının ekonomik gücü ne olursa olsun, evin giderlerine katlan-

(*) Ankara Altıncı Sulh Hukuk Hâkimi

ma zorunluğu yoktur. Evliliğin tüm mali yükümlülüğüne koca katlanır. Kadının, kocasına karşı korunması yönünden Kadı'ya başvurma hakkı vardır. Kocanın ise böyle bir hakka sahip olmadığını görüyoruz. Müslüman kadının, batılı kadına göre hukuken daha üstün haklara sahip olduğu görülmekte ise de, esasta kocanın "talâk" yetkisi durumu tersine çevrilmektedir.

Mecellede, nafaka kurumuna ilişkin bir hükme raslıyamıyoruz. Nafaka uyuşmazlıkları fıkıh kitaplarına göre çözümlenmektedirler. Nafaka kurallarına duyulan gereksinme sonucu, 1917 yılında "**Kitabül Nafakat**", adlı bir eser hazırlandı. Medeni Yasanın yürürlüğe girdiği 1926 yılına kadar bu eserle nafaka uyuşmazlıkları çözümlenmiştir.

NAFAKANIN NİTELİKLERİ

Nafaka, aile hukukundan doğan ve şahsa bağlı bir haktır (MK. md. 23). Bu özelliği nedeniyle nafakadan önceden vazgeçmek mümkün değildir. Nafaka isteme (dava) hakkı, miras yolu ile mirasçılara da geçmez. Ancak açılmış bir nafaka davası varsa, davacının dava devam ederken ölmesi halinde, ölenin mirasçuları dava tarihi ile ölüm günü arasındaki dönemle sınırlı olarak nafaka davasını devam ettirir. Davanın devam ederken ölmesi halinde, ölenin mirasçuları dava tarihi ile ölüm gününe kadar olan bölüm için, nafaka borçlusunun mirasçuları davaya dahil edilebilirler. Dava sonunda ölüm gününe kadar hükmolunacak nafaka borcu, terekenin borçları arasında yer alır ve terekenin pasifine yazılır.

Şahsa bağlı olan nafaka alacaklılığı ile nafaka yükümlülüğu ölüm ile son bulur. Sorumluluk kişiseldir. Nafakada zincirleme sorumluluk söz konusu değildir.

Nafaka alacakları, BK. md. 123/2 uyarınca takas edilemez, temliğe konu olamaz ve MK. nun 868 nci maddesi kapsamına girmediğinden dolayı üzerinde rehin de tesis edilemez.

Öğretide, İc. İf. Kanununun 83 ncü maddesinde ilâma bağlı olmayan nafakanın kısmen haczinden bahsedildiğine göre, ilâma bağlı nafaka alacaklarının haczinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Ancak birikmiş nafaka alacakları ilâma bağlı olsalar dahi hacze konu olabilirler.

Nafaka alacakları kural olarak peşin ve nakten ödenir. Nafakanın farklı hukuki dayanakları bulunması, yargılama usulünün özelliği taşıması, görevli ve yetkili mahkemenin, nafaka alacaklısı ve yükümlüsünün dava tarihinde sahip olduğu hukuki duruma göre değişken-

lik göstermesi; uygulamada, büyük oranda yanlış davaların açılmasına, zaman kaybına ve nafaka davalarının uzamasına neden olmaktadır. Oysaki, aile birliğinin korunması ile ilgili davaların zaman kaybına dayanıklılığı yoktur. Özellikle bugün ağırlaşan hayat koşulları, açıklanan durumlar nafaka alacaklılarının büyük sızlanmalarına yol açmaktadır.

Nafaka davalarının kısa zamanda sonuçlanmasında usulüne uygun biçimde düzenlenmiş ve görevli ve yetkili mahkemeye verilmiş bir dava dilekçesinin etkisi büyüktür. Nafaka davalarının usul hukuku yönünden özellik arzemesi nedeniyle bu yöne ağırlık vererek bilinmesinde zorunluluk bulunan bazı usule ilişkin sorunları açıklamak ve çözümünü ortaya koymakta yarar vardır.

Nafaka, özelliklerine göre :

- I — Tedbir nafakaları,
- II — İştirak nafakaları,
- III — Usul - fûruğ (altsoy-üstsoy) ve kardeş nafakaları (Yardım nafakaları)
- IV — Yoksulluk nafakası,

olmak üzere dört başlık altında incelenebilir. Daha sonra, her tür için ortak noktalar olan nafaka davalarında yargılama giderleri, avukatlık parası sergilenecektir. Zorunluluk olmadıkça nafakaların maddi hukuk yönüne girilmeyecektir.

I — Tedbir Nafakaları : (MK. md. 152-161)

Evlilik birliği nikah ile kurulur. Karı-koca fiilen bir araya gelmeseler bile, evlilik birliğinin karşılıklı yükümlülükleri başlar. Koca yönünden bunun en önemlisi, karı ve çocuklarını haline uygun biçimde geçindirme yükümlülüğüdür (M.K. md. 152). Geçindirme yükümlülüğü; yiyecek, giyecek gereksinmelerini giderme, eş ve çocukların barınabileceği tarafların sosyal durumuna uygun bir evin sağlanmasını kapsar. Kocanın yasal olduğu kadar ahlâki olan bu görevini yerine getirmemesi halinde, kadının kendisi ile yanında bulunan çocukları adına, hâkimden aile birliğine müdahalede bulunmasını isteme hakkı doğar (MK. md. 161). Hâkim aile birliğinin korunması ile ilgili tedbirleri alır. Kusurlu eş'e görevlerini hatırlatır. İhtar yapar. İhtarın sonuçsuz kalması halinde alacağı tedbirlerin başında, eş ve çocukların geçimini temin için aynî ya da nakdi bir miktarın kocadan alınıp kadına verilmesi gelir. Uygulamada tedbir nafakası olarak nitelendirilen bu davaların yalnız usul hukuku açısından incelemesi yapılacaktır.

Tedbir nafakası, kadın tarafından kocaya karşı açılır. MK. nun 151. maddesi uyarınca kocada karısından nafaka isteyebilir.

Medeni yasa, mal ayrılığı, mal birliği ve mal ortaklığı, adı altında üç ayrı mal rejimini düzenlemiş olmakla birlikte, yasal usul olarak mal ayrılığını benimsemiştir (MK. md. 170). Mal ayrılığı rejiminde kural olarak kadın birliğin ortak giderlerine katılmak zorunda değildir. Ancak koca, karısının, aile birliğinin ortak giderlerine uygun bir surette katılmasını isteyebilir. Katılması gereken miktarda uyuşmazlık çıkarsa, bunun miktarını hâkim tayin eder. Buna nafakadan çok, kadının aile birliğinin giderlerine katılması demek daha doğru olur.

Bunun dışında karı-koca birbirlerine yardımla yükümlüdürler (MK. md. 151). Bu nedenle kocanın darda kalması halinde kadın, ekonomik gücü oranında aile birliğine maddi yardımda bulunmak zorundadır. Ne varki, kadının kocaya karşı ekonomik yardım yükümlülüğü, kocanınki kadar geniş değil, sınırlıdır. Kadın kocası ile aile birliğine, ekonomik yardım için külfet altına sokulamıyacağı gibi çalışması içinde zorlanamaz.

Tedbir nafakasının yargılama usulünü, dava tarihinde, tarafların içinde buldukları hukuki durumlara göre üç ayrı bölümde incelenebilir.

A — Karı - Koca arasında boşanma ya da ayrılık davası açılmazdan önceki dönemde tedbir nafakası :

Tedbir nafakası davasını, ayrı yaşamaya veya ayrı mesken (oturma) edinmeye hakkı olan karı veya koca açar. Hukuki sonuçları, inceleme biçimi değişik olan eşlerden davacının ayrı yaşamaya hakkı olduğunun saptanması ile ayrı mesken edinmesi davalarını karıştırmamak gerekir. Ancak uygulamada birbirine çok yakın olan bu iki kavram ve kurum karıştırılarak yanlış dava açıldığı için, davalı nafakayı kabul etse bile gereksiz şahit dinlenip zaman kaybına neden olmaktadır. Eşlerden birinin nafaka alabilmesi için ayrı yaşamakta haklı olduğunun kabulü yeterli olup ayrı mesken edinmesine de karar verilmesine gerek yoktur. Ayrı mesken edinme davaları daha ağır koşul ve delillere bağlıdır. Bu iki davayı birbirinden ayırmakta önemli yarar vardır.

Kadın, tedbir nafakası davasını, kendisi veya yanında bulunan reşit olmayan (MK. md. 11) çocukları adına kocasına karşı açar. Nafaka davalarının özelliği nedeniyle küçük olan çocukların babaya karşı dava açabilmeleri için temsilci atanmasına (MK. md. 376/2)

gerek yoktur. Adına nafaka istenen küçüklerin fiilen ana yanında bulunması yeterlidir.

MK. md. 151'in öngördüğü koşullar varsa, koca da karısına karşı nafaka davası açabilir.

Kadın, kendisi ile çocukları hakkında birlikte dava açabileceği gibi, kendisi için dava açtıktan sonra çocukları içinde bağımsız dava açabilir. Bağımsız olarak açılan davaların yargılama sırasında birleştirilmesinde delillerin toplanması ve usul ekonomisi açısından yarar vardır.

Açılan tedbir nafakası davası devam ederken dünyaya gelen çocuk için bugünkü uygulamaya göre ayrıca dava açmaya gerek yoktur. Açıklanan dava içinde yeni doğan çocuk için nafaka istenebilir. Uygulama bu yöndedir. Ancak, her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilir. Taraf ve istek değiştirilemez. Kaldiki Sulh Mahkemelerinde 1711 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu sözlü usul yerine basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu kurallar nedeniyle uygulama, bilimsel alanda eleştirilmektedir.

Tedbir nafakalarında görevli mahkeme : H.M.U.Y. sının 8. maddesi ile 500. maddesi uyarınca sulh mahkemeleridir.

Tedbir nafakası davasının Sulh mahkemesinde açılmasından sonra, Asliye mahkemesinde boşanma ya da ayrılık davasının açılmış olması sulh mahkemesinin görevini etkilemez. Boşanma ya da ayrılık davası yokmuşcasına sulh mahkemesi dava tarihindeki koşullara göre nafaka davasını inceler, karara bağlar.

Uygulamada sık sık görülen ve tereddüte düşülen bir konu da : Boşanma yada ayrılık davası ile nafaka davasının aynı gün asliye ve sulh mahkemelerinde açılmış durumunda görevli mahkemenin neresi olacağı uyumsuzluğudur.

Sulh mahkemesinde açılan nafaka davası ile, asliye mahkemesinde açılan boşanma ya da ayrılık davasının, dava dilekçelerinin mahkemeye veriliş saatlerinin saptanması gerekir. Dava, aynı gün saat farkı ile sulh mahkemesine daha önce açılmış ise, sulh mahkemesi görevlidir. Aksi halde, davanın daha önce açıldığı asliye mahkemesinin görevli olması gerekir. Sulh mahkemesi görevsizlik kararı vermelidir.

Ancak mahkemelere verilen dava dilekçelerinin, hâkim tarafından kaleme kayıt için sevk edildiği saat saptanmadığından, nafaka, boşanma ya da ayrılık davası aynı gün açılmış ise uygulamada aynı

saatte açıldığı kabul edilmektedir. Aynı gün açılmış davalarda da asliye mahkemesi görevlidir. Bu gibi hallerde Sulh hâkimi görevsizlik kararı verirken, davacının boşanma davasından habersiz olduğunu dikkate alması ve davayı yargılama gideri ile sorumlu tutmaması gerekir.

Tedbir nafakalarında yetkili mahkeme :

Tedbir nafakalarında yetki söz konusu değildir. Davacı, kendisine kolaylık sağlayan her yerde tedbir nafakası davasını açabilir. Aile birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerin zaman kaybına dayanıklılığı olmaması nedeniyle yetkinin söz konusu olmayacağı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 7.6.1935 günlü 92/16 sayılı kararı ile bağlayıcı ilke haline getirilmiştir.

Tedbir nafakasına istek tarihinden geçerli olmak üzere karar verilir. İstek tarihinden önceki geçmiş dönem için nafaka istenemez. İstek tarihi davanın açıldığı tarihtir. Davanın açıldığı tarih ise dava dilekçesinin hâkim tarafından kayıt için kaleme havale edildiği tarihtir (Yargıtay 2.H.D. sinin 9.3.1976 günlü 609/2058 sayılı kararı).

Dava asliye mahkemesinden, görevsizlik nedeniyle gelmiş ise; H.M.U.Y. sının 193. maddesindeki on günlük süreye uyulmak koşulu ile tedbir nafakasına, görevsiz mahkemeye açılan dava tarihinden geçerli olmak üzere karar verilir. Bu süre kaçırılmış ise görevli mahkemeye verilen yenileme dilekçesi yeni bir dava dilekçesi niteliği alır. Harcı alınıp, dilekçenin havale edildiği tarihten geçerli olarak verilecek nafaka davasının incelemesi yapılır.

Tedbir nafakaları, bir yargı kararı ile kaldırılmadığı sürece (MK. md. 164), çocuklar için reşit oluncaya kadar, eş için ise boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar ya da eşlerden birinin ölümüne kadar devam eder. Bu iki halde çocuklar yönünden de tedbir nafakası kalkar. Tedbir nafakasına kendiliğinden son veren bu üç hal (reşit olmak, boşanmak ya da ölüm) için ayrıca bir yargı kararına gerek yoktur. Nafaka, bu üç halin nüfus kayıtları ile belgelenmesiyle kendiliğinden kalkar.

Sulh mahkemesince tedbir niteliğinde taktir olunan nafaka, taraflardan birinin isteği üzerine Medeni Yasanın 164. maddesi uyarınca yargı yolu ile kaldırılmadığı sürece devam eder. Ayrı yaşayan eşlerin biraraya gelmeleri nafakanın kendiliğinden kalkması için bir neden değildir. Eşler geçici bir süre ile biraraya gelmişlerse, koca yalnız bir süre ile sınırlı olarak nafaka yükümlülüğünden kurtulur. Birlik-

te yaşamaya son verilip taraflar yeniden ayrı yaşamaya başlarsa nafaka devam eder. O kadar ki koşullarda değişiklik varsa nafakanın artırılmasında istenebilir.

Tedbir nafakasının artırılması, eksiltilmesi veya kaldırılması davalarında, taraflar arasında boşanma ya da ayrılık için asliye mahkemesine gidilmemiş ise, görevli mahkeme yine sulh mahkemeleridir. Görev kuralı değişmez. Bu davalarda yetkili mahkeme ise, davacının dilediği yer mahkemesidir. Değiştirilmek istenen ilk nafakayı veren yer mahkemesinde açılmak zorunluluğu yoktur. Yetki söz konusu değildir. Artırma, eksiltme veya kaldırmaya da dava tarihinden geçerli olarak karar verilir.

B — Karı - koca arasında boşanma ya da ayrılık davası açıldıktan sonraki dönemde tedbir nafakası :

Boşanma ya da ayrılık davası açıldıktan sonra karı-kocadan her biri, dava devam ettiği sürece diğerinden ayrı yaşama hakkına sahiptir (MK. md. 162/2). Ancak bu davaların açılması ile aile birliğinin korunması, özellikle eş ve çocukların barınma, bakım ve beslenmelerine ilişkin tedbirleri alma görevi Asliye mahkemesininindir (MK. md. 137).

Asliye mahkemesinde tedbir nafakası, boşanma dava dilekçesi ile istenebileceği gibi yargılamanın her döneminde, davadaki sifata bakılmaksızın yazılı ya da sözlü olarak istenebilir. Yargıtay bir kararında, tedbir nafakası isteklerinin hiçbir süreye ve şekle bağlı olmadığını hükme bağlamıştır (Yg. 2.H.D., 10.4.1972 tarihli kararı). Bunun dışında tedbir nafakası, boşanma ya da ayrılık davası devam ederken, bağımsız bir dava şeklinde herhangi bir asliye mahkemesinden istenebileceği gibi, karşılık dava biçiminde talep olunabilir. Bu tür açılan tedbir nafakası davalarının delil toplanmasındaki kolaylık yönünden boşanma davası ile birleştirilmesinde yarar vardır. Tedbir nafakasının bağımsız bir dava biçiminde harcı ödenerek istenmesinde şu yarar vardır : Bu tür isteklerde, hüküm altına alınan tedbir nafakaları için ayrıca avukatlık parasının taktiri gerekir.

Boşanma ya da ayrılık davasının açılmış olması, tedbir nafakasının "heryerde açılabilir" kuralını değiştirmez. Boşanma veya ayrılık davasının bulunduğu asliye mahkemesinde tedbir nafakası istenebileceği gibi, bir başka yer asliye mahkemesinden de bağımsız tedbir nafakası istenebilir. Yetki yönünden, bu kurallar, tedbir nafakalarının asliye mahkemelerinde artırılması, eksiltilmesi davaları içinde geçerlidir (Yargıtay 2.H.D. sinin 9.12.1976 tarihli 8714/8781 sayılı kararı).

Sulh mahkemelerinde olduğu gibi, asliye mahkemelerinde de tedbir nafakaları, istek tarihinden geçerli olmak üzere hüküm altına alınır.

Tedbir nafakasına yargılamanın devamı sırasında ihtiyati tedbir niteliğinde ve ara kararı ile de hükmolunabilir. Tedbir nafakasının alınmasına ilişkin bu tür ara kararlarının infaz kabiliyetleri vardır.

Tedbir nafakaları, eş ve çocuklar yönünden boşanma veya ayrılık davasının olumlu ya da olumsuz sonucuna kadar geçerlidir. Ancak bu süre çocuklar yönünden reşit oldukları tarih ile sınırlıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu hallerde tedbir nafakasının kaldırılması için bir hükme gerek yoktur. Tedbir nafakası kendiliğinden kalkar.

Boşanma veya ayrılık davasından feragat edilmişse, asliye mahkemesince verilecek tedbir nafakası hangi tarihe kadar devam edecektir? Uygulamada görülen yanlışlıklardan dolayı bu yön önemlidir. Davadan feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur (H.M.U.Y. md. 95). Feragatın karşı tarafça kabulüne gerek olmadığı gibi, feragat karşı tarafa ulaştıktan sonra bundan caymada mümkün değildir. Davadan feragat edilmekle eşler ayrı yaşama hakkını kaybederler (Yargıtay 2.H.D. sinin 21.10.1975 günlü ve 6135/7889 sayılı kararı). Bu nedenle ki, M.K. nın 132. maddesinde eşin eve daveti için zorunlu olan 2 aylık ayrı yaşama süresi davadan feragat hallerinde davadan feragat edildiği günden başlar. Ayrıca hükmün kesinleşmesinin beklenilmesine gerek yoktur. Asliye mahkemelerinde, eşler, açılan davalar nedeniyle ayrı yaşadıkları ve aile birliğinde müşterek yaşantı son bulduğu için tedbirler alınır. Bu arada tedbir nafakasına karar verilir. Asliye mahkemesinin görevi, bir dava nedeniyle eşlerin ayrı yaşamaları süresiyle sınırlıdır. Davadan feragatla, ayrı yaşama hakkı yitirildiğine, evlilik birliği yeniden başladığına göre, verilen nafakanın da hükmün kesinleşmesi beklenmeden feragat tarihinde kaldırılması gerekir.

Önceden sulh mahkemesince verilen tedbir nafakasının, boşanma veya ayrılık davası açılmasıyla artırılması ya da kaldırılması davalarının görev yeri, asliye mahkemesine geçer. Bu günkü uygulamada; sulh mahkemesince verilen tedbir nafakası, asliye mahkemesince artırılmış ise, bu karar boşanma davasının olumlu veya olumsuz sonucuna kadar geçerlidir. Boşanma veya ayrılık davasının reddi ve kararın kesinleşmesi halinde, yalnız asliye mahkemesinin artırdığı nafaka miktarı değil, önceden sulh mahkemesince verilen ilk nafakada kalkmış olmaktadır. Görüşümüze göre, yalnız asliye mahkemesinin nafakanın artırılmasına ilişkin bölümü kalkmalıdır. Zira, nafaka

alacaklısı asliye mahkemesinde nafaka artırma talebinde bulunmamış olsa idi, nasıllı eskiden sulh mahkemesinden aldığı nafaka devam ediyor idiyse, asliye mahkemesinde artırma talebinde bulunmuş olması kendi aleyhine bir durum yaratmamalı, sulh mahkemesinin önceden verdiği nafakayı almaya devam etmelidir.

C — Evliliğin iptali davaları sırasında tedbir nafakaları :

H.M.U.Y. sının 8. maddesi, evlilik birliği devam ederken, eşler arasında "boşanma" veya "ayrılık" davası açılmadığı hallerde sulh mahkemesini gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir. Evlilik birliğinin boşanma veya ayrılık davası nedeniyle tatile uğraması hallerinde ise tedbirleri alma görevini asliye mahkemesine vermiştir (MK. md. 137). Ancak evliliğin iptali davaları açılmışsa, hüküm verinceye kadar evlilik hukuken var olduğuna göre, gerekli tedbirleri alma görevi hangi mahkemenin olacaktır. Bu konuda yasada açık bir düzenleme yoktur.

MK. nun 128. maddesi uyarınca evliliğin iptali davalarında boşanma yetki ve yargılama usulünün boşanmadaki hükümlere tabi olacağı kuralı getirilmiştir. Ancak nafaka isteklerinde hangi usulün uygulanacağı hükme bağlanmamıştır. Evliliğin iptali davası açılmakla eşler ayrı yaşama hakkını kazanacaklardır? Nafaka davalarında hangi mahkeme görevli olacaktır? Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi 11.9.1975 tarih ve 6770/6547 sayılı kararı ile sulh mahkemesinden verilen bir görevsizlik kararını onamakla, evliliğin iptali davası açılmakla da eşlerin ayrı yaşama haklarının olduğunu ve tedbir nafakalarında asliye mahkemesinin görevli bulunduğunu kabul etmiştir. Nafaka davalarında bu halde görev yeri saptanmış olmaktadır. Boşanmadaki usul uygulanacağına göre yetkili mahkemede, genel kural uyarınca davalının ikametgahı mahkemesidir. Nafakanın evliliğin iptalinin açıldığı mahkemede istemek zorunluluğu yoktur.

II — İŞTİRAK NAFKASI : (MK. md. 148)

Boşanma veya ayrılık kararı ile birlikte, hakim, müşterek çocukların velayetinin ana veya babanın hangisi tarafından kullanılacağını, ana-baba ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkilerin nasıl olacağını düzenler. Çocuğun velayeti kendisine verilmeyen taraf, çocuğun geçim, bakım ve eğitim giderlerine, gücüne göre katılmakla yükümlüdür. Babanın gücü oranında mutlak geçindirme yükümlülüğü, kapsam bakımından büyük bir değişikliğe uğrar. Babaya yüklenen geniş kapsamlı geçindirme yükümlülüğü, velâyet hakkının verildiği tarafa ge-

çer. Diğer eş, hâkimin tesbit edeceği oranda çocukların geçim, bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür.

Ana-babadan her ikisine çocuk verilmiş ise, iştirak nafakası karşılıklı olarak kaldırılabilir. Şayet velayet, ana-babadan hiç birine verilmemiş ise, ana-babadan her ikisi de iştirak nafakası vermekle yükümlüdür.

Bilindiği gibi çocuklar evlilik birliği içinde doğmamış olabilirler. Bu çocuklar, af yasalarıyla, resmi bir senet veya ölüme bağlı bir tasarrufla tanıma yoluyla (MK. md. 291), ya da babalık davası sonunda bir yargı kararına dayanılarak nüfusa tescil edilebilirler. Çocuk, nüfusa ne şekilde tescil olunursa olunsun, bunların tümüne birden evlilik dışı doğan çocuklar denilmektedir. Bu çocukları yanında bulunduran ana veya baba, diğer tarafın, çocukların giderlerine katılmasını isteyebilir. Ayrı özellikler göstermesi nedeniyle evlilik birliği içinde doğan çocuklar ile evlilik dışı doğan çocuklar hakkında istenilecek iştirak nafakalarının usul hukuku açısından incelemesini ayrı ayrı bölümlerde yapmak daha uygundur.

A — Evlilik birliği içinde doğan çocukların iştirak nafakaları :

Boşanma veya ayrılık davasının sonuna kadar dünyaya gelen ve doğumu hakime haber verilen her çocuğun, nüfusa kayıtlı olup, olmadığına bakılmaksızın, velayetin kime verildiği, çocuğun ana-babası ile kişisel ilişkileri ve çocuğun geçim, bakım ve eğitim giderlerine kimin ne miktarda iştirak etmesi gerektiği, hâkim tarafından boşanma hükmünün eki olarak kararlaştırılır.

Velâyet düzenlemesi, kişisel ilişkinin belirlenmesi ve iştirak nafakasının hüküm altına alınması, talebe bağlı değildir. Hâkimin kendiliğinden karar vermesi gerekir.

Boşanma davası ile birlikte verilecek bir iştirak nafakasının görev ve yetki kurallarının saptanması gereksizdir. Zira iştirak nafakası boşanma kararının ekidir. Boşanma veya ayrılık kararı olmadıkça iştirak nafakasından söz edilemez.

Ancak, çeşitli nedenlerle, boşanma kararı ile iştirak nafakası düzenlenmemiş ya da çocuk boşanma kararından sonra dünyaya gelmiş olabilir. Bu gibi durumlarda iştirak nafakasının yargılama usulü önem kazanır.

Boşanma hükmü ile velâyet düzenlenmediği, halde, iştirak nafakası düzenlenmemiş ise; velayet kendisine verilmiş ana veya baba, diğer

tarafı hasım göstererek velâyetin, iştirak nafakası davasını asliye hukuk mahkemesinde açar. Bu davanın boşanma hükmünü veren asliye hukuk mahkemesinde açılması zorunluluğu yoktur. H.U.M.Y. sının 9. maddesindeki, her davanın "aksine hüküm yoksa davanın açıldığı tarihteki davalının ikametgâhı mahkemesinde" açılacağına ilişkin genel kurala tabidir. Yasa, bu konuda boşanma hükmünü veren mahkemeye özel yetki vermemiştir. Bu nedenle iştirak nafakası ile bunun değiştirilmesine ilişkin davalar davalının ikametgâhı mahkemesinde açılır ve hükme bağlanır. (Yargıtay 2.H.D. sinin 5.6.1975 günlü 4858/5100 sayılı kararı)

Boşanma hükmü ile velâyet ve iştirak nafakası düzenlenmemiş veya çocuk boşanma hükmünden sonra doğmuş, yani, velâyet askıda ise; iştirak nafakasının istenebilmesi için velâyetin düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle açılacak davada velâyet düzenlenmesi ile birlikte iştirak nafakası istenmelidir. Ancak, velâyet düzenlenmesi istenmemiş olsa bile açılmış bir iştirak nafakası davasını hâkim reddedemeyecek, önce velâyeti düzenleyecek sonrada iştirak nafakasını takdir edecektir. (Yargıtay 2.H.D. sinin 26.10.1976 tarihli 7519/7478 sayılı kararı).

Evlilik devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde velâyet kendiliğinden sağ kalan eşe geçer (MK. md. 264). Sağ kalan eşin çocuk üzerinde velâyeti kaldırılmadıkça, çocuğa kayyım atama yolu ile velisi olan hakkında nafaka davası açılmaz.

İştirak nafakası boşanma hükmü ile birlikte verilmiş ise, nafakanın başlangıcı, boşanma hükmünün kesinleştiği tarihtir. Boşanma hükmünden sonra bağımsız bir dava yoluyla istenmiş ise, iştirak nafakasının geçerlilik tarihi, bağımsız olarak açılan iştirak nafakası davasının açıldığı tarihtir.

Bağımsız olarak, yetkisiz veya görevsiz mahkemede açılan sonrada yetkili ve görevli mahkemeye intikal eden iştirak nafakasının başlangıç tarihi ise; dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye intikalinde H.U.M.Y. sının 193. maddesinde yazılı on günlük süreye uyulmak koşulu ile nafakanın başlangıç tarihi görevsiz ya da yetkisiz mahkemeye verilen davanın açılış tarihidir. On günlük süre geçirilmiş ise yenileme dilekçesinin yeni bir dava olarak kabulü gerekir.

İştirak nafakaları, çocuğun reşit olacağı tarihe (MK. md. 11), kadar verilir. Ancak bu tarihten önce velayet değiştirilmiş ise, iştirak nafakasında velâyetin değiştirilmesi ile kalkar. Çocuk reşit olmakla iştirak nafakası kendiliğinden kalkar; ayrıca hüküm alınmasına gerek yoktur.

B — Evlilik birliği dışında doğan çocuklar için verilecek iştirak nafakası :

Evlilik birliği dışında, fiili birleşmeler sonucu doğan çocuklar içinde ana-babanın nafaka yükümlülüğü vardır. Bu çocuklarında velayetin düzenlenmesi ve diğer tarafla olan kişisel ilişkilerinin tanzimi gereklidir. Ancak müesseseler evlilik birliği içinde olduğu kadar otomatik değildir. Fiili bir durum olması nedeniyle başta velâyet olmak üzere ana-baba ile çocuklar arasındaki ilişkilerin yargı kararlarıncı düzenlenmesi gerekir.

Evlilik dışı dünyaya gelen çocuk, af yasağı ile tescil edilmişse sahih neseplidir. Tanıma ya da babalık hükmü ile tescil edilmişse sahih olmayan neseplidir. Tabii babalığı hüküm verilmişse (MK. md. 311) baba yönünden nesepsizdir. Sayılan bu hallerin tümünde de ana-babanın, çocuğun, geçim, bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü vardır. Yargıtay bir kararında bu çocuklar için istenilecek nafakanın iştirak nafakası olduğunu kabul etmiştir. (Yargıtay 2.H.D. sınının 20.1.1972 tarihli 26/302 sayılı kararı)

Medeni yasanın 306. maddesi, babalık davalarının olumlu sonuçlanması halinde, hâkimin, ana ve babanın sosyal durumlarına göre çocuğa bir nafaka bağlayacağı hükmünü getirmiştir. Tanıma veya af yasaları ile tesciller için yasa bir hüküm koymamıştır.

Bütün sonuçlarıyla veya tabii babalığa hüküm veren mahkeme, velâyeti düzenler. Velâyet verilmeyen diğer tarafın, çocuğun bakım ve eğitimi için gerekli giderlere katılmasında hüküm altına alır.

Babalık davalarında iştirak nafakası, velâyet değişinceye ve her halde çocuk 18 yaşını bitirinceye kadar geçerlidir. Ancak bu süre tavadır. Tarafların ekonomik ve medeni durumlarında değişiklik olduğuında nafaka miktarı değiştirilebileceği gibi tamamende kaldırılabilir (MK. md. 307).

Babalık davası ile verilen nafakanın artırılması, eksiltilmesi veya tamamen kaldırılması dava konusu yapılabilir. Artırma davasını, çocuğun velâyeti verilen taraf, velâyeten açar. Kaldırma davası ile eksiltme davalarını da, nafaka ile yükümlenen kişi açar.

Görevli mahkeme asliye mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise yukarıda açıklandığı gibi bu davalarda da H.U.M.Y. sınının 9. maddesi uyarınca davalının ikâmetgahı mahkemesidir.

Evlilik dışı doğan çocuk, af yasağı veya tanıma ile tescil edilmiş ise, yasa velâyet ve nafaka yönünden bir düzenleme yapmamıştır. Velâyet askıdadır.

Velâyet düzenlenmemiş olsa bile, çocuğu fiilen yanında bulunduran ana veya baba nafaka davası açabilir. Yanında bulunduran ana veya babanın dava açabilmesi için velâyetin düzenlenmesine veya çocuğa bir temsilci atanmasına gerek yoktur. Bu günkü uygulama bu yoldadır (Yargıtay 2.H.D. sinin 14.1.1974 günlü 8181/111 sayılı kararı).

Evlilik dışı doğan çocuklar nüfusa hangi hukuki nedenle tescil edilirse edilsinler, açılacak bir nafaka davası MK. nın 161. maddesinin kapsamına girmez. Evlilik dışı doğan çocuklar için görevli mahkeme asliye mahkemeleridir. H.U.M.Y. sının 8. maddesi ile 500. maddelerinde sulh hakimine bu konuda bir görev verilmemiştir. Görev, yasalarca özel biçimde düzenlenmediği hallerde asıl mahkeme asliye mahkemesidir. Yasalarda bu genel kurala ayırık bir hüküm bulunmadığına göre, evlilik dışı doğan çocuklar için istenecek nafakalar ile bunların artırılması, eksiltilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin davalarda asliye mahkemeleri görevlidir. (Yargıtay 2.H.D. sinin 27.11.1975 günlü 8967/9090 sayılı kararı).

Evlilik dışı dünyaya gelen bir çocuk için, önceden, aslında görevsiz olan sulh mahkemesince verilmiş olan bir kararın artırma ya da eksiltme isteğinin asliye mahkemesinden istenmesi gerekir. Zira sulh mahkemesi görevsiz olmasına rağmen başlangıçta böyle bir karar vermiştir. Görevsiz mahkemece verilen nafaka kararının, yine görevsiz mahkemece artırılması, eksiltilmesi ya da kaldırılmasına karar verilmesi hatanın genişletilmesidir. Kaldığı artırma-eksiltme kaldırma davaları bağımsız davalardır. Sonradan bağımsız olarak açılan bir davada görevli olması söz konusu değildir. Başlangıçta davayı halletmesi, kamu düzeninden olan görev kuralını etkilemez.

Evlilik dışı doğan çocukların nafaka davaları ile bu nafakaların artırılması, eksiltilmesi veya kaldırılması isteklerine H.M.U.Y. sının 9. maddesi uyarınca davalının ikâmetgahı mahkemesinde bakılır.

Evlilik dışı doğan çocuklar için istenilecek nafakaların başlangıç tarihleri nafaka isteğinin yapıldığı yani davanın açıldığı tarihtir.

III — YARDIM NAFKALARI : (MK. md. 315)

Toplum halinde yaşayan insanların karşılıklı yükümlülükleri vardır. Bunların başında karşılıklı yardımlaşma gelir. Dini ve ahlaki kurallara göre de, herkes çevresinde yardıma muhtaç insan varsa ona yardım etmek zorundadır.

Yoksulluğa düşen, herhangi bir kişi olmayıp, üstsoy, altsoy veya kardeş olduğunda, dini ve ahlaki kuralların dışında, yasa, kişileri belirli koşullarla yardıma zorlar. MK. nun 315. maddesine göre "herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek usul ve furuğuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir." hükmünü getirmiştir.

Yardım etme yükümlülüğü toplumsal yaşantının bir gereğidir. 1961 anayasamızda yerini bulan "sosyal devlet" anlayışı uyarınca 2022 sayılı yasa ile 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına aylık bağlanması kabul edilmiştir.

H.M.U.Y. sının 8. maddesi uyarınca yardım nafakalarına ilişkin açılacak nafaka davalarında sulh mahkemeleri görevlidir.

Tedbir nafakalarından ayrı olarak, yardım nafakaları MK. nun 316. maddesi uyarınca nafaka yükümlüsünün ikâmetgahı mahkemesinde açılır.

Yardım nafakalarında dava ehliyeti, yokluk içinde bulunan ve nafakaya ihtiyacı olan gerçek kişilerdir. Ancak, nafaka yükümlüsü belli olmayan çocuklar, belediyeler tarafından beslenip büyütülür ve sonrada bu çocuğa nafaka vermekle yükümlü olan hısımları tesbit olunursa, belediyeler tarafından da temsilci sıfatıyla ya da vekâletsiz tasarruf hükümleri uyarınca bu dava açılabilir. (MK. md. 317)

Yardım nafakalarında husumet, mirastaki sıraya göre saptanan nafaka yükümlüsüne yöneltilir.

Evli kadının birinci derecede nafaka yükümlüsü kocasıdır. Kocanın ekonomik yokluğu saptanmadıkça, kadın altsoy veya üstsoydan nafaka isteyemez. Koca yönünden de durum aynıdır. Eşler mal ayrılığı rejimini benimsemiş olsalar bile, kocaya karşı birinci derecede nafaka yükümlüsü kadındır (MK. md. 151 ve 190). Kadının ekonomik yokluğu saptanmadıkça, koca çocuklarından nafaka isteyemez. (Yargıtay 2.H.D. sinin 20.11.1975 günlü kararı)

Alt ve üst soydan mirasta birinci sıradaki varken, bunun ekonomik yokluğu saptanmadıkça, diğer sıradakilerden nafaka istenemez.

Kardeşin nafaka yükümlüsü olabilmesi için refah halinde bulunması gerekir.

2022 sayılı yasada aynı tertip ve kurallarla düzenlenmiştir. Yalnız 65 yaşını bitirmiş veya sakat ve muhtaç olmak, devletten yardım istemek için yeterli değildir. Türk vatandaşı olmanın yanında nafaka isteyecek veya nafaka verecek kimsesinin bulunmaması gerekir. Gö-

rülüyorki devlet, vatandaşına bakım yükümlülüğünü dahi yine kendisinin son mirasçı olması nedeniyle mirastaki sıraya dayandırmıştır.

Yardım nafakaları istek tarihinden geçerli olmak üzere verilir. Koşullar değişmedikçe ve yine bir yargı kararı ile kaldırılmadıkça verilen nafaka taraflardan birinin ölümüne kadar devam eder. Yardım nafakalarını kendiliğinden sona erdiren tek hal taraflardan birinin ölümüdür.

IV — YOKSULLUK NAFKASI : (MK. md. 144)

Kabahatsız olan karı veya koca, boşanmanın sonucu olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa bile, ekonomik gücüne göre bir yıl süreyle nafaka ödemeye mahkûm edilebilir.

Yoksulluk nafakalarında görev, asliye hukuk mahkemelerininindir.

Yoksulluk nafakalarında yetkili mahkeme, boşanma davasının görülmekte olduğu mahkemedir. Ancak boşanma davası devam ederken bağımsız bir dava ile de yoksulluk nafakası davası açılabilmesine göre, bu hallerde genel kural uyarınca davalının ikametgahı mahkemesinde açılması gerekir. Ancak bağımsız açılan yoksulluk nafakası davasının, boşanma davası ile birleştirilmesinde zorunluluk vardır. Çünkü yoksulluk nafakasına boşanma kararı ile birlikte hüküm verilir. Yoksulluk nafakası için boşanma davasının ön mesele yapılması yanlış bir uygulama olur.

Yoksulluk nafakasının davacısı kadın veya erkek olabilir. Yasa, yoksulluk nafakası isteyebilmek için kadın erkek ayrımı yapmamıştır Her iki yana da bu hak tanınmıştır. Bunun aksine ve yalnız kadına bu hakkı tanıyan görüş hem yasanın 144. maddesinin açık hükmüne ve hem de uygulamaya uymamaktadır.

Yoksulluk nafakası istek halinde verilebilir. Hâkim kendiliğinden yoksulluk nafakasına karar veremez. Yoksulluk nafakası bir yıllık süre ile sınırlı olarak verilir. Hâkim bu süreyi uzatamayacağı gibi kısaltamazda. Ancak nafaka alacaklısının ekonomik gücü ile medeni durumundaki değişiklik nedeniyle bir yıldan önce kaldırılabilir.

Yoksulluk nafakasının başlangıç tarihi de diğer nafakalara göre özellik gösterir. Yoksulluk nafakası istek tarihinden geçerli verilemez. Mutlaka boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten geçerli olarak verilmelidir.

Yoksulluk nafakası, boşanma dava dilekçesiyle veya cevap dilekçesiyle istenebileceği gibi boşanma hükmü kesinleşinceye kadar bağımsız bir dava ile de istenebilir. Boşanma hükmü kesinleştikten sonra yoksulluk nafakası davası açılmaz. Bunun aksine olan uygulama bugün için terk edilmiştir.

NAFAKA DAVALARINDA YARGILAMA GİDERLERİ :

Nafaka davalarında yargılama giderleri isteğe bağlı olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden hüküm altına alınır. (Yargıtay iç-tihadı birleştirme genel kurulunun 29.5.1957 günlü 4/16 sayılı kararı). Yargılama giderlerini taraflarca yapılan yargılama giderleri ve avukatlık parası adı altında iki bölümde incelenecektir.

I — Taraflarca ödenen yargılama giderleri :

H.M.U.Y. nin 417. maddesine göre, yasanın açık olan haller dışında, yargılama gideri davada haksız çıkan taraftan alınır. Davada her iki tarafında, kısmen haklı çıkması halinde mahkeme, masrafı haklılık oranına göre taraflar arasında paylaşır.

Nafaka davalarında isteğin tamamının hüküm altına alınması, veya tamamının reddedilmesi halinde yasanın açık hükmü uygulanır. Kaybeden taraf tüm yargılama giderleri ile sorumlu tutulur.

İstenilen nafakanın bir bölümünün kabulü, bir bölümünün reddi halinde genel kural uyarınca yargılama gideri paylaşılacak mıdır? Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Çünkü, nafaka davasının esasının kabulü ile verilecek nafakanın miktarının saptanmasını birbirinden ayırmak gerekir. Davacı açtığı nafaka davasında nafaka almaya hak kazanmışsa, davanın esasını kazanmış demektir. Nafaka miktarının isteğe uygun hükmedilmemesi veya istenilen nafakanın bir bölümünün reddedilmiş olması davacının yargılama giderleri ile sorumlu tutulmasını gerektirmez. Nafakanın miktarını tayin hâkimin takdirine bağlıdır. İsteğin bir bölümünün reddedilmesi halinde yargılama giderinin taraflar arasında paylaşılması yasanın 417. maddesine ters düşer. Sonuç olarak, nafaka davalarında, davacı reddedilen fazla nafaka isteği yönünden, yargılama giderleri ile sorumlu tutulamaz. (Yargıtay 2.H.D. sinin 11.9.1975 tarihli 7005/6492 sayılı kararı)

II — Nafaka davalarında avukatlık parası :

Avukatlık parası da yargılama giderlerindedir ve isteğe bağlı olmayarak hakim tarafından hükmolunması gerekir.

Nafaka davalarında, istenilen nafaka miktarının bir bölümünün veya tamamının kabulü halinde, avukatlık asgari ücret tarifesinin 10. maddesi uyarınca hüküm altına alınan nafakanın yıllık tutarı üzerinden, tarifenin üçüncü kısmı uyarınca hesap olunacak miktarın yarısı avukatlık parası olarak belirlenir. Ancak, bu miktar davanın görüldüğü mahkemeye göre saptanmış maktu ücretten az olamaz.

İsteğin bir bölümünün reddi halinde, reddolunan bölüm için avukatlık parası hükmolunamaz.

Nafaka isteğinin tamamının reddi halinde, avukatlık parasının maktu veya nisbî oluşu yönünden tarifede bir açıklık yoktur. Yargıtay 2.H.D. 30.6.1977 günlü 5073/5352 sayılı kararında avukatlık ücret tarifesinin yapılışında nafaka alacaklısının, korunduğundan söz ederek "nafaka davasının tamamının reddi sebebiyle maktu avukatlık parası taktiri, tarifenin sevk amacına uygun düşer" demiştir. Yargıtay bu eksikliği, gerçekten tarifenin sevk amacına uygun biçimde düzenlemiş olmakla bir boşluk doldurmuştur.

Birkaç kişi aynı veya yine birkaç kişi hakkında aynı dava dilekçesi ile nafaka isteğinde bulunmuş olabilir. Her davacı için ayrı ayrı avukatlık ücreti taktiri gerekir.

Boşanma davasının eki olarak tedbir veya iştirak nafakasına hüküm verilmesi halinde, ortada bağımsız bir dava bulunmadığından nafakalar için ayrıca avukatlık parası verilmez.

Sulh mahkemesinde tedbir nafakası ile birlikte ayrı mesken edinme davası birlikte açılmışsa, nafaka yönünden yukarıda açıklandığı gibi nisbi avukatlık ücreti taktiri yanında, ayrı mesken edinme içinde ayrıca maktu avukatlık ücreti taktiri gerekir. Çünkü, her ikisi de ayrı ayrı davalardır.

MEDENİ KANUNUN 444/1 MADDE VE FIKRASINA GÖRE İNTİFAİN SEÇİLMİŞ OLMASININ TEREKE BORÇLARI VE MİRASA MÜTEALLİK HAKLARIN İSTİMALİ BAKIMINDAN TESİRLERİ

Dr. Nisim İ. FRANKO

PLÂN

Bibliyografya Ve Kısaltmalar

S. 1 — Sağ Kalan Eşin Tereke Borçlarından Mes'uliyeti Problemi

I — Sağ kalan eşin tereke borçlarından mes'uliyeti fikri

1. Sağ kalan eşin «mirasçı» vasfından dolayı
2. Medeni Kanunun 539. maddesinin mutlak ibaresinden dolayı
3. Medeni Kanunun 612. maddesine göre miras hissesinin temellükü sebebiyle

II — Sağ kalan eşin tereke borçlarından mes'uliyetsizliği fikri

1. İntifa hakkını seçen eşin halefiyetinin nev'i dolayısıyla
2. Medeni Kanunun 540. maddesinin hükmü dolayısıyla

S. 2 — Sağ Kalan Eşin Mirasla Alâkalı Haklarının Kullanılması Bakımından Tesiri

i — Mirasa ait tedbirleri talebi bakımından

1. Malların intikalini temin fonksiyonu
2. Mes'uliyetin tahdid edilmesi fonksiyonu

II — Mirasa ait davaların ikamesi bakımından

1. Mülkiyetin seçilmiş olmasını derpiş etmiyen davalar
 - A) İntifa mevzuunun teslimi davası
 - B) Zilyetlik davaları
2. Mülkiyetin seçilmiş olmasını derpiş eden davalar
 - a) Miras sebebiyle istihkak davası
 - B) Taksim davası
 - C) Tenkis ve iptal davası
3. Veraset senedi davası

III — İadenin alacaklısı ve borçlusu olma bakımından

IV — Ziraî gayrimenkullerin tahsisini talep bakımından

BİBLİYOGRAFYA : AUGET F.: Contribution à l'étude du rapport successoral d'après les articles 626 à 623 du Code Civil, Laussane 1918; AKİPEK

J. : Kanunî intifa hakkının hukukî mahiyeti ve hükümleri ABD sa. 4; AKİPEK J.G. : Türk eşya hukuku (aynî haklar) 3. kitap mahdut aynî haklar (menkul rehni hariç) Ankara 1974;

ARIK F. : Le legs d'assurance-décès d'après le droit suisse, Ambil ly 1941; ARIK K.F. : Veraset vesikası hakkında bir inceleme Ad. Der. 1944 No. 1

YİTER N. : Miras hukuku Ankara 1964; BERKİ A.H. : Miras ve tatbikatı İstanbul 1941; BERKİ Ş. : Türk medeni kanununda mirasçılarının mes'uliyeti; BAUDAT E. : L'actio n ea pétition d'hérédité Lussane 1964

BOREL A. -NEUKOM : Successions agricoles FJS No. 613; BOUVERAT G. : De la liberté de disposer d'un domaine agricole par testament et par pacte successoral en droit suisse Fribourg 1957; CANSEL E. : Miras hukuku (teksir ders notu) Ankara 1973; COMMENT A. : Le droit successoral paysan ZBJV 1954; ÇAGA T. : Medeni kanunumuzun mahfuz hisse sistemi ve mahfuz hissesinin şartları XV. 1949 No. 4

DALA MANLI L. : Miras hukuku tatbikatı Ankara 1975; EREN F. : Türk medeni hukukunda tenkis davası Ankara 1973; EREN F. : Mirasta iade Ad. Der. 1963 sa. 3-4; ESCHER A. : Medeni Kanuna şerhi-miras hukuku 2.b. 1973-1943, Ankara 1949; GÖNENSAY S. -BİRSEN K. : MİRAS hukuku 2.b. İstanbul 1963;

GÜRSOY K.T. : Miras sebebiyle istihkak davası ve bu davanın Türk Hukukunda tatbik şekli, Kollokyum, MHAD yıl II, 1958 sa. 2; İMRE Z. : Türk miras hukuku 3.b. İstanbul 1972; İNAN A.N. : MİRAS hukuku Ankara 1969 JdT 30 Eylül 1961, 470; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : Miras hukukuna giriş-gemel bilgiler 2.b. İstanbul 1966; KÖMÜRÇÜOĞLU H. -ERGÜNEY H. : Şahıs, aile ve miras hukuku Ankara 1951; KÖPRÜLÜ B. -KANETİ S. : Sınırlı aynî haklar İstanbul 1972/1973; LOPEZ -MORAL P. : Lesdroits successoraux du conjoint survivant endroit espagnol et en droit français comparé RIDC 1959 No. 1; MARQUİS G.V. : Les droits successoraux du conjoint survivant Laussane 1915; Muheim H. : De la conversion en rente viagère de l'usufruit du coajoint survivant Fribourg 1922

OLGAÇ S. : Tatbikatta Türk Kanununu Medenisi ve ilgili hususî kanunlar İstanbul 1953; OĞUZMAN K. : İçtihat notu İBD 1954; PASCHOUD J.F. : Litiges eatre héritiers et action em partage Lausanne 1946; PİOTETP Les usufruits du conjoint survivant endroit successoral suisse Berne 1970; REİSOĞLU S. : İsviçrede zirai gayrimenkullerin hukukî rejimi SBFĐ XV. 1960 sa. 4; STOU DMANN E. : L'avancement d'hoirie et sa réduction Lausanne 1962; ŞENER E. : Miras hukuku-İkinci Kitap Ankara 1977; TANJU F. : Miras hukukunda tereke ve tatbikat (içtihatlı ve notlu) Adana 1957; TUOR P. : Le code civil suisse Zuricha 1942 ZEVKLİLER A. : Türk miras hukukunda tarımsal işletmelerin tahsisi Ankara 1970

KISALTMALAR : Ad. Der. : Adalet Dergisi; ABD : Ankara Barosu Dergisi AHF : Ankara Hukuk Fakültesi dergisi; FJS : Fiches juridiques suisses; HD : Yargıtay Hukuk Dairesi; HUH : Yargıtay hukuk umumî hey'eti; İBD : İstanbul Borosu Dergisi; İbid : aynı eser veya eserler; İİD : Yargıtay İcra ve İflas Dairesi; JDT : Journal des Tribuanux; KOLLOKYUM : sviçre medeni kanunu ve bu kanunun Türkiye tarafından iktibas ve tatbikatı hakkında kollokyum; MHD : Mukayeseli hukuk araştırma dergisi*; SBFĐ : Siyasal Bilgiler Fakültesi dergisi; ZBJV : Zeitschirft des Bernischen Juristenverein.

(*) RIDC : Revue internationale de droit vompéré

S. 1 — Sağ Kalma Eşin Tereke Borçlarından Mes'uliyeti Problemi

İntifa hakkını seçmiş olan eşin, tereke borçlarından mes'ul olup olmadığı hususu ihtilaflıdır. Bu mes'elede mevcut olan fikirlerden birisine göre, sağ kalan eş alelittlak diğer mirasçılar gibi, tereke borçlarından mes'uldür. Aksine mevcut bir görüşe göre ise, sağ kalan eşin tereke borçlarından mes'ul olmadığıdır. Ancak, eşin intifa hakkı mameleke mevzu olduğundan M.K. nun 738 madde mucibince mamelekin borcuna terettüp eden faizlerden mes'ul bulunmaktadır. Bu iki görüşü istinad ettikleri esaslara uyarak tetkik etmelidir :

I — Sağ kalan eşin tereke borcundan mes'uliyeti fikri

1. Sağ kalan eşin «mirasçı» vasfından dolayı

Sağ kalan eşin mes'uliyetini kabul etmiş olan fikrin ilk istinad ettiği esas, bizzat kanunun kendi sistemidir. Filhakika; tereke borçlarından dolayı mirasçılarının mes'uliyetini tespit eden M.K.nun 528. maddesinin hükmü mutlaktır. Medeni Kanunumuz 540. maddesinde, İsviçre Medeni Kanununun bu mevzuda getirmiş olduğu takyidi benimsememiştir. Bu itibarla, intifa hakkını seçmiş olan eşte «mirasçı» itlakına girer ve dolayısıyla tereke borçlarından bu sıfatla mes'uldür (1).

2. Medeni Kanunun 539. maddesinin mutlak ibaresi

Sağ kalan eş; murisin mirasçısı olduğuna göre; onun hakkında MK. 539. madde hükümleri tatbik edilmelidir. Bu madde hükümlerine göre, ise mirasçılar mutevaffanın borçlarından müteselsilen mes'uldürler. Bu madde, intifa hakkının seçmiş olan eş için hususî bir hüküm getirmemiştir (2). Bu itibarla intifa hakkını seçmiş olsa dahi eş tereke borçlarından mes'uldür. Bu fikir, eski dahi olsa, Yargıtay içtihadı ilede teyit edilmiştir. Kaide içtihadta şöyle tespit edilmiştir: «Medeni Kanunun 540. maddesi gereğince intifa hakkına malik olan mirasçı, iktisap etmiş olduğu hak nispetinde murisin burcundan mes'uldür (3). Sağ kalan eşin, tereke borçlarından mes'uliyeti, ayrıca MK.

1 — BERKİ A.H. : Miras ve tatbikat İstanbul 1947, 271; BERKİ Ş. : Türk Medeni Kanununda mirasçılarının mes'uliyeti AHFD XXV 1968, 117

2 — İNAN A.N. : Miras Hukuku Ankara 1969, 25; İMRE Z. : Türk Miras Hukuku 3.b. İstanbul 1973, 448.

3 — II. D. 13.5.1946 777/2 OLGAÇ S. : Tatbikatta Türk Kanunu Medenisi ve ilgili hususî kanunlar İstanbul 1953 I, 349; LOPEZ-MOREL P. : Les droits successoraux du conjoint survivant en droit espagnol et en droit français (mümasil hal compares RIDC 1959 No. 1, 57 ve dip notu 46 da İspanyol Yargıtayının 28 Mart 1924 tarihli kararı.

540. maddesinin İMK. 561/1 maddesinden farklı olmasının bir neticesidir.

Kanunumuzun bu tanzim tarzı karşısında, bir fikre göre (4). MK. 540. maddesini İMK. 561/1 inci maddesi gibi tefsir etmekte mümkün değildir. Filhakika : Türk Mahkemeleri, ancak Türk Kanunlarını tatbik ederler. Bu itibarla, hernekadar MK. 1/II ye göre, hâkim kanunu tatbik ederken ilmî içtihatlardan ve mahkeme kararlarından istifade edecek isede; bu hüküm onun doğrudan doğruya yabancı mevzuatı tatbik edebileceğini ifade etmez. Aksine bir düşünce, kazaî istiklâlin zedelenmesine yol açar.

3. Medeni Kanunun 612. maddesine göre miras hissésinin temellükü sebebiyle

Bir fikre göre (5) : intifa hakkını seçmiş olsa eşin MK. 612 ye göre çocuktan miras hisselerini temellük etmesi halinde eşin tereke borçlarından kısmen mes'ul olacağı iddia edilmiştir.

II — Sağ kalan eşin tereke borçlarından mes'uliyetsizliği fikri

1. İntifa hakkını seçen eşin halefiyetinin nev'i dolayısıyla

İntifa hakkını seçen eşin, tereke borçlarından ademî mes'uliyetinin ilk mesnedi; onun halefiyet nev'ine bağlıdır. Filhakika : İntifa hakkını seçen eş küllîhalef değil, cüz'î haleftir (6). Miras Hukuku bakımından cüz'î halefiyetin neticesi ise, cüz'î halefin tereke borçlarından mes'ul olmamasıdır (7). İntifa hakkını seçmiş olan eşin mirasçılığı «dar manada» bir mirasçılık değildir (8). Burada, tıpkı bir musalehin durumu mevcuttur. Bu musalehliğin kanundan doğmuş olması, onun tereke borcundan mes'ul olmasını icap ettirmez (9).

4 — BERKİ Ş. : 1963, 117

5 — İMRE Z. : 1972, 764 ve dip notu 36 da Tuor-Picènnoni Art. 636 No. 33

6 — MUHEİM H. : De la conversion de l'usufruit du conjoint survivant en rente viagère Fribourg 1922, 14; CANSEL E. : Miras Hukuku (teksir) 1973, 80 TUOR P./Le code civil suisse Zurich 1942, 297; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : Miras Hukuku genel bilgiler 2b. 40; PİOTET P. : Les usufruits du conjoint survivant en droit successoral suisse Berne 1970, 7.

7 — KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 40; İNAN A.N. : 30; ÇAĞA T. : Medenî Kanunumuzun mahfuz hisse sistemi ve mahfuz hisselerin şartları HFM XV. 1949 No. 4, 71.

8 — İbidem.

9 — AKİPEK J. : Kanunî intifa hakkının hukukî mahiyeti ve hükümleri ABD 1954 s. 4, 382

2. Medeni Kanununun 540. maddesinin hükmü dolayısıyla

İntifa hakkını seçmiş olan eş, MK. 540. maddesi mucibince tereke borçlarından mes'ul değildir (10). Madde Kanunumuza alınırken İMK.nun 561/1 in iktibas edilmemiş olması açık bir hâtâdır. Bu itibarla MK. 540. madde hükmünü İMK 561/1 şeklinde anlamak gerekir (11). Bu madde, mehazın 561/1 şeklinde anlaşıldığı takdirde; mes'ele kendiliğinden halledilmiş olur. Zira, İMK nun 561/1 fıkrası aynen şöyledir : «Sağ kalan eş ile büyük ana ve büyük babaların ana ve babalarına ve kardeşlerine ait kanunî intifa hakkı vasiyet hükümlerine tâbidir (12). Kaldı ki, intifa hakkını seçen sağ kalan eşin, sorumluluğu hakkında İMK. 561/1 in tatbiki yoluna gidilmezse; kanunun diğer hükümler ile tenakuza düşülmüş olur (13).

Filhakika : Tereke alacaklılarının hakları, musalehin haklarından evvel gelir (14). Bu itibarla, intifa hakkı net tereke üzerinden teessüs edecektir. Dolayısıyla, tereke alacaklılarının hakları daha evvel tasfiye edilmiş olması gerekir. Nihayet, işaret olunduğu üzere (15) eğer sağ kalan eşin, MK. 582 inci maddesine göre, tereke borçlarından mes'ul olacağı kabul edilirse; MK. 540 inci maddedeki «alacaklıların haklarını istifaya mani olmamak üzere» kaydının manası kalmazdı.

İntifa hakkı sahibi sağ kalan eşin, tereke borçlarından mes'ul olmayacağı hususu, Türk Pozitif Hukukunda, Temyiz Mahkemesinin bir Tevhidi İçtihat kararına mevzu teşkil etmiştir (16). Bu kararda sağ kalan eşin tereke borçlarından mes'uliyeti sarahaten reddolunmuştur. Yalnız, intifa hakkı bir mameleke taalluk ettiğinden MK. 738 e göre, sağ kalan eşin borçların faizini ödemek mecburiyeti vardır (17).

Kanaatimizce, intifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eşin mirasçılık vasfı dar manada anlaşılmalıdır. Sağ kalan eşin, miras sebebiy-

10 — İMRE Z. : 456; ÇAĞA T. : 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 41; AKİPEK J.G. : Türk Eşya Hukuku (aynî haklar) 3. kitap mahdut aynî haklar (menkul rehni hariç) Ankara 1974, 96; AKİPEK J. : 1954, 378 vm; CANSEL E. : 80

11 — KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 41; İMRE Z. : 456; ÇAĞA T. : 77; GÖNENSAY-BİRSEN : 21 1 dip notu 1;

12 — KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 41; ŞENER E. Miras hukuku ikinci kitap Ank. 1977 378.

13 — ÇAĞA T. : 77

14 — ARIK F. : Lelegs d'assurance décès d'après le droit suisse, Ambilly 1941, 119; PİOTET P. : 8; TUOR P. : 1942, 297; AYİTER N. : 27; İNAN A.N. : 81 ŞENER E. : 385

15 — ÇAĞA T. : 78

16 — 7.4.1954 25/13-12 İBD 1954, 368

17 — OĞUZMAN K. : İçtihat notu İBD 1954, 368; AKİPEK J.G. : 1954, 378-382.

le halefiyetinin cüz'î halefiyet olduğu şüphesizdir. Hukuk, bazı mülahazalarla, sağ eşe miras hakkı tanırken onu bir musaleh olarak kabul etmiştir. Zira, eşe miras hakkını tanınmanın hikmeti vücudu, ölümden sonra dahi evlenme dolayısıyla iktisap etmiş olduğu içtimâî durumunu muhafaza edebilmesi ve infakının devam edebilmesidir.

Medeni Kanunumuzun 540. maddesinde İsviçre Medeni Kanununun 561/1 madde hükmünü almamış olması ancak bir zuhül eserdir. Hakim kanunu tatbik ederken; hükümler arasındaki ahengi bozan durumlarda, mehz kanunun hükümlerini nazarı dikkate almalıdır. Sağ kalan eşin, tereke borçlarından mes'uliyetini kabul ettiğimiz takdirde; MK. 540 ile 582. maddeleri arasında telifi mümkün olmayan birtenakuz doğmuş olur. Böyle bir tenakuz, ancak MK. 540. madde hükümlerini, İMK 561/1 dairesinde anladığımız takdirde bertaraf edilmiş olur.

Sağ kalan eşin, intifa hakkı sahibi olması sebebiyle, yalnız faizlerden mes'ul olacağını kabul eden hem doktrin'in (18) hem de içtihadın (19) varmış olduğu netice doğrudur. Ancak, kanaatimizce, burada mes'ele Miras Hukuku zaviyesinden ziyade; Eşya Hukuku zaviyesinden çözülmektedir. Zira faizleri ödeme mükellefiyeti, sağ kalan eşe mirasçı olduğu için değil MK. 738. maddesi dairesinde intifa hakkı sahibi olduğu için tahmil edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, bu mükellefiyet mamelekin borcundan değil borçların faizlerinden neş'et etmektedir.

İlave edelim ki, MK. 612 ye istinaden istihsal edilmek istenen netice yerinde değildir. Zira, eşin çocukları tarafından temlik edilmiş olan miras hissesini temellük etmesi; onun müteveffanın terekesinde MK. 444/1 e göre, intifa seçmiş olduğu vakıasını bertaraf etmez. Kaldı ki, MK. 612 de mevzubahis edilen hisse, kendisine küllîhalefiyet yolu ile müteveffadan değil, cüz'î halefiyet yolu ile çocuktan intikal etmektedir.

S. 2 — Sağ Kalan Eşin Mirasla Alâkalı Haklarının Kullanılması Bakımından Tesiri

Sağ kalan eş, tereke de mülkiyet veya intifa hakkını seçmiş olmasına göre; mirasla âlâkalı bazı haklarını kullanma bakımından farklı bu neticeleri, mirasla âlâkalı ihtiyatî tedbirleri talep, ve mirasla

18 — AKİPEK J. : 1954, 377-378; OĞUZMAN K. : İctihad notu İBD 1954, 368

19 — 7.4.1954 13/12 Tevhidi İctihat Kararı İBD 1954; 368; İV 23.1.1945, 147/1 15 TANJU F. : Miras hukukunda terek ve tatbikatı (İctihatlı ve notlu) Adana 1957 391 No. 327; ŞENER E. : 379

âlâkalı davaları ikame mirasta iade mevzuunda ve ziraî gayri menkullerin tahsis talebi bakımından tetkik etmek mümkündür.

I — Mirasa ait tedbirleri talep bakımından.

1. Malların intikalini temin fonksiyonu

Miras açıldığı zaman; mirasçılarının menfaatlerinin muhafazası için Kanun vazı, bazı tedbirlerin alınabileceğini kabul etmiştir (20). Bu tedbirlerin çift gayesi vardır. Bazılarının gayesi, tereke mallarının mirasçılarının eline geçmesini temindir. Diğerlerinin ise; mirası kanun mucibince iktisap etmiş olan mirasçılarının mes'uliyetlerinin şumülünü tayin ve tespit etmektir (21). Bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğu MK. nun 531-538 inci maddelerde derpiş edilmiştir.

Tedbirlerin bu iki fonksiyonu nazarı dikkate alındıkta, intifa hakkını seçmiş olan eşin; ancak tereke mallarının intikalini temin edecek olan tedbirlerin alınmasını isteyebileceği anlaşılır (22). Bu tedbirler şunlardan ibarettir: Terekenin mühürlenmesi, ve defterinin tutulması, terekenin resmen idare edilmesi, vasiyetnamelerin tevdiî ve açılması ile âlâkalı tedbirler ve veraset sendinin verilmesine müteallik müracaatlar (23).

Bir fikre göre (24), sağ kalan eşin müsalehi mirasçının alacaklısına karşı himaye eden MK. 573/II de tespit olunan tedbirlere müracaat etmesine mahal yoktur. Zira, sağ kalan eşin intifa hakkı, mirasçılarının şahsi alacaklıların haklarından evvel gelir.

2. Mes'uliyetin tahdit edilmesi fonksiyonu

İttihaz olunan ihtiyatî tedbirlerin ikinci fonksiyonu, küllî intikal prensibi dolayısıyla, tereke borçlarında kendi şahsî malları ile mes'ul olan mirasçılarının terekenin bu bakımdan mevcudunu tespit etmektir. Bu tedbirler, terekenin defterinin tutulması ve terekenin resmen tasfiyesidir (25).

II — Mirasa ait davalarına ikamesi bakımından

20 — İMRE Z. : 419; GÖNENSAY S. - BİRSEN K. : 191; İNAN A : 301; TUOR P. : 345; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N. : 44

21 — İbid.

22 — PİOTET P. : 53

23 — İNAN A.N. : 304; GÖNENSAY S. - BİRSEN K. : 193 vm.; İMRE Z. : 419 vm; TOUR P. : 345, DALAMANLI L. : 15; ŞENER E. : 361 vm.

24 — PİOTET P. : 55

25 — İNAN A.N. : 343, 355; İMRE Z. : 505, 531; GÖNENSAY - S. BİRSEN K. : 246, 268

Sağ kalan eşin, dava ikamesi bakımından, durumu tetkik edilirken ilk üzerinde durulması gereken husus, bu davaların bazılarının ikamesinin «dar mana»da mirasçı olmayı istilzam ettiği hususudur. Başka bir tâbirle, sağ kalan eşin bu davaları ikame edebilmesi için, MK. 444 e göre mülkiyeti seçmiş olması gereklidir. Bu itibardır ki, böyle bir tefrik yapılmalıdır.

1. Mülkiyetin seçilmiş olmasını derpiş etmiyen davalar

A) İntifa mevzuunun teslimi davası

İntifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eş, intifain mevzuunu teşkil eden mallara zilyet olur. Bu itibarla, intifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eş; mirasçılardan tereke mallarının zilyetliğinin kendisine teslimini talep edebilir (26).

Bir görüşe göre (27), intifa hakkını haiz olan eş, intifa mevzuu eşyayı tam mülkiyete tâbi olan mallardan tefrik etmek için; mirasçılar aleyhine izaleî şuyu davası açmak hakkını haizdir. Buna mukabil, diğer bir fikre göre ise (28), sağ kalan eş intifa hakkını seçtiği halde izaleî şuyu davası açmak hakkını haiz olmamak gerekir.

Kanaatimizce, intifa hakkı sahibine, izaleîşuyu davası ikame etmek imkânı vermeyen fikir tercih edilmelidir. Filhakika : İzaleî şuyu davası iştirak halinde veya müşterek mülkiyette, mülkiyet paylarına ayrılmasını gaye edinen bir davadır. Bu itibarla, sağ kalan eşin peşinen intifa hakkını kabul ettiği mevzubahis edilmiş olduğuna göre; sırf bu sebeple izaleî şuyu davası açamaması gerekir. Onun ikame edebileceği dava, intifaa tabi malların kendisine teslimi davasıdır (29). Ancak, sağ kalan eşin intifa hakkı aynî bir mahiyet arzettiğinden, bu teslim keyfiyeti; lehine mal vasiyet edilmiş olan kimsenin davasından farklı olarak, 10 senelik zamanaşımına tâbi değildir (30).

B) Zilyetlik davaları

İntifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eş tereke mallarına zilyettir. Bu itibarla, onun zilyetlikten doğan davaları açmak selahiyeti mevcuttur. Şunu belirtelim ki, Yargıtay İçtihadına göre (31), sağ ka-

26 — MARQUİS G.V. : 139; mealen PİOTET P. : 9; TUOR P. : FJS No. 544, 7

27 — BELGESAY M.R. : Türk Kanunu Medenisi Şerhi 3. kitap Miras Hukuku, 1952, 21

28 — OLGAC S. : 282

29 — PİOTET P. : 9

30 — İhid.

31 — HUH 14.7.1971 967/1 - 442/445 Karahasan M.R. : Gayrimenkul hukuk davaları İstanbul 1974, 145

lan eşin ayrıca terekeye dahil mal hakkında müdahalenin men'i davasını ikame etmek hakkı da mevcuttur.

2. Mülkiyetin seçilmiş olmasını derpiş eden davalar

A) Miras sebebiyle istihkak davası

İntifa hakkını seçmiş olan eşin, miras sebebiyle istihkak davası açmak selahiyeti yoktur (32). Ancak, bir fikre göre (33), miras sebebiyle istihkak davasının gayesi nazarı dikkate alındığı takdirde; buna imkân verilmelidir. Filhakika : Miras sebebiyle istihkak davasının gayesi, terekeye dahil malların tespiti ve bunların hakikî maliklerin eline geçmesini temindir. Aynı zamanda, mirasını mülkiyeti sebebiyle doğacak olan bütün ihtilafları tek bir mercide toplamaktır. Davanın gayesi bu olduğuna göre, intifa hakkı sahibinin dahi, menfaatler vaziyetine göre, bu davayı ikame edebilmesi gerekir.

Şunu belirtmelidir ki, miras sebebiyle istihkak davasının esası; tıpkı normal istihkak davasında olduğu gibi; mülkiyetin istirdadır. Bu itibarla, intifa hakkını seçen sağ kalan eşin böyle bir davayı ikame selahiyeti yoktur.

B) Taksim davası

Taksim davası, gayesi itibariyle, mirasın açılması ile birlikte Medeni Kanununun 581. maddesine göre müşa kalan tereke mallarında; her mirasçının payını tayin ve o payın kendisine intikalini istihdaf eder (34). Dolayısıyla, esas itibariyle mülkiyete istinad eden bir davadır. Bundan dolayıdır ki, MK 583/1 e göre, her mirasçının bu davayı ikame etmek hakkı mevcuttur (35).

Mirasın taksimine müteallik davanın bu mahiyetinden çıkan netice, bu davanın, intifa hakkını seçmiş olan eş tarafından ikame edilemeyeceğidir (36).

Bununla beraber, münferit kalan bir görüşe göre (37), çıplak mülkiyet sahibi mirasçılar ile, sağ kalan eş arasında bir «istifade iş-

32 — İMRE Z. : 558; GÖNENSAY S. - BİRSEŞ K. : 279 : GÜRİSOY K.T. : Miras sebebiyle istihkak davası Ankara 1958, 79-80; GÜRİSOY K.T. : Miras sebebiyle istihkak davası ve bu davanın Türk Hukukundaki tatbik şekli Kollokyum 282

33 — PİOTET P. : 65 ve dip notu 55 te Baudat E, L'action en pétition d'héré dité Lausanne 1964, 32

34 — MARQUİS G.V. : 140

35 — İMRE Z. : 617; MARQUİS G.V. : 135; JdT 30 Eylül 1961, 470.

36 — Z. : 617, İNAN A.N. : 376; PASCHOUD J.F. : Litiges entre hériters et action en partage, ausanne 1946, 49

37 — PİOTET P. : 69

tiraki» mevcuttur. Bu iştirak, tıpkı mülkiyette olduğu gibi, azaları arasında taksim edilebilir, ve sağ kalan eş, intifa hakkını seçmiş olsa dahi; bu gaye ile taksim davası açabilir.

Kanaatimizce, taksim davası mahiyeti itibariyle mülkiyete dayanan bir davadır. Bundan dolayıdır ki, MK. 444 e göre, ancak mülkiyeti seçmiş olan eş tarafından açılabilir (38). Aksi fikir, intifayı seçmiş olan sağ kalan eşin «teknik manada» bir taksim davasına değil; belki intifa hakkı sahibi sıfatıyla, intifa hakkı mevzuu malların zilyetliğinin teslimini gaye edinen bir davaya müteallik olabilir. Burada mülkiyetin tefvizi mevzubahis değildir.

İşaret edelim ki, her ne kadar, intifa hakkını seçmiş olan eşin; taksim davasını açma selahiyeti mevcut değilse de, intifa hakkının mevcudiyeti terekenin taksimine mani teşkil etmez (39) ve gayri menkuller intifa hakkı ile mukayyet olarak satışa çıkarılabilir (40).

C) Tenkis ve iptal davası

Medeni kanunumuzun sistemine göre, intifa hakkını seçmiş olan eş taksim davası da açamaz. Filhakika : Medeni Kanunun 502 inci maddesi hükümlerine göre; tenkis davası mahfuz hissesine tecavüz edilmiş olan mirasçının, müteveffanın tasarruflarını haddi layıkına indirmek için kabul edilmiş olan bir davadır (41). Bu itibarla tenkis davası açmak selahiyeti ancak mahfuz hisseli mirasçılara aittir (42).

Medeni Kanunun 453. maddesinde, hangi mirasçılardan mahfuz hisseli oldukları tespit olunmuştur. Bu maddenin 4. bendine göre, sağ kalan eşe isabet eden miras hissesinin ancak mülkiyet payı mahfuz hisseleridir. Bundan dolayıdır ki, intifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eş, mahfuz hisseli mirasçı addolunamaz ve bundan dolayı tenkis davası açamaz.

Her ne kadar tenkis davası açma selahiyeti mahfuz hisseye bağlı bulunuyor ise de; bu husus eşten gayri mirasçılar için böyledir. Halbu ki, sağ kalan eşin mahfuz hisseli olması mukaddem bir şartın

38 — PASCHOUD J.F. : 49; İMRE Z. : 61; MARQUİS G.V. : 135; JdT 30 eylül 1961, 47

39 — II. HD. 20.4.1951 2665/3058; 12.4.1951 2422/2817 Tanju'dan 455 No. 460, 607, 633; ŞENE RE.

40 — İMRE Z. : 77 ve dip notu 15 t HUH 15.1.1969 966/6-1202; II. HD. 11.7.1950 1277-3576 KÖMÜRCÜOĞLU H. ERGÜNAY H. : Şahıs, aile ve miras hukuku Ankara 1951,2 5 HUH 16.1.1947 1971/6-339-5 İBD 1975 sa. 3-4, 322

41 — EREN F. : Türk Medeni Hukukunda Teakıs Davası Ankara 1973, 115; İMRE Z. : 349 GÖNENSAY S. -BİRSEN K. : 74; İANAN A.N. : 245

42 — İbid.

tahakkukuna bağlıdır. Bu şart da, sağ kalan eşin MK. 444 e göre mülkiyeti seçmiş olması şartıdır. Bundan dolayıdır ki, sağ kalan eş bakımından, tenkis davası açılabilmesi yalnız bir sığata (mirasçılık sıfatına) bağlı olmayıp; esasta mülkiyete taalluku olan bir davadır.

İntifa hakkını seçmiş olan eşin, MK. 459/II ve III e göre, mirasta isket tasarrufunun iptali hususunda da dava açmağa selahiyeti yoktur. Zira, iskatın iptali davası da, yine mahfuz hisselerin bir müeyyidesidir (43).

3. Veraset senedi davası

İntifa hakkını seçmiş olan eşin, veraset senedi istihsal etmek için, dava açıp açamayacağı da ihtilâflıdır. Filhakika : Bir görüşe nazaran (44) sağ kalan eşin veraset senedi istihsal edebilmesi; onun MK. 444 e göre mülkiyeti seçmiş olmasına bağlıdır. Zira, eşin mirasçısı sıfatı ancak mülkiyeti seçmiş olması olduğu halde mevcuttur (45).

Buna mukabil diğer bir görüşe göre ise (46), veraset senedinin fonksiyonu nazarı dikkate alındıkta; intifa hakkını seçmiş olan eşin dahi, veraset senedi davası ikameye selahiyeti vardır. Ancak, bu fikri müdafaa edenler, intifa hakkın seçmiş olan eşin bizzat kendisinin istihsal etmiş olduğu senette zikredilip edilemeyeceği hususunu meskût geçmişlerdir (47).

Bunların yanında biraz daha farklı bir görüş (48) şudur : Sağ kalan eş, intifa hakkını seçmiş olduğu takdirde, diğer mirasçılarının isimlerinin zikredildiği bir veraset senedi talep edemeyeceği gibi, bu veraset senedine kendi ismini dahi dercettiremez. Ancak, yalnız kendi ismini zikreden ayrı bir veraset vesikası talep edebilir.

Kanaatimizce, veraset senedinin fonksiyonu nazarı dikkate alınırca açılan bir mirasta hisselerin tespiti ve bunlarda tasarruf imkânı, intifa hakkını seçmiş olan eşe veraset senedi talep etmek hakkını vermelidir. Filhakika : İntifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eşin, terke mallarına el koymağa hakkı vardır. Bunun tahakkuku ancak veraset senedinin ibrazı ile mümkün olur (49).

43 — İMRE Z. : 344-345

44 — İMRE Z. : 435 ve dip notu 11 de atıp; ARIK K.F. : Veraset vesikası hakkında bir incele Ad. Der 1944 No. 1, 27-28; PIOTET P. : 60 ve dip notu 14

45 — İbid.

46 — ESCHER A. : Mad. 559 No. 14; TOUR/PIENONİ : mad. 559 No. 3 Piotet'den : 60 dip notu 12

47 — İbid.

48 — PIOTET P. : 60 dip notu 14 te Somer : Die Erbbescheinigung nach Schweizerischen Rechts Zurich 1941, 31-33

49 — PIOTET P. : 60-61

Kaldı ki, miras açıldıkta sağ kalan eş MK. 444 e göre intihabını başlangıçta yapmış olmaz. Türk Hukukunda Tapu Kanununun 5. maddesi sağ kalan eşin veraset senedi davasında böyle bir intihap yapmasını emretmiştir. Bu hüküm tatbiki için, muhakkak veraset senedinin diğer mirasçılar tarafından talep olunmasına bağlı değildir. Bu itibarla hukukumuz bakımından, intifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eşe ve de veraset senedi davasını ikame etmek hakkı tanınmalıdır.

III — İadenin alacaklısı ve borçlusu olma bakımından

İntifa hakkını seçmiş olan eşin, iadenin alacaklısı ve borçlusu olup olamayacağıda münakaşalıdır. İşaret olunduğu üzere, bu hususta ne İsviçre Medeni Kanunu ne de Türk Medeni Kanunu kâfi derecede hüküm vaketmiş değildir (50). Bu itibarla mes'ele tereddüdü mucip olmuştur.

Bir fikre göre (51), sağ kalan eş ister mülkiyeti ister intifayı seçmiş olsun; her iki halde de iadenin alacaklısı ve borçlusu olabilir Zira, iade müessesesi mirasın taksimine müteallik bir müessesedir. Sağ kalan eş ise bu davayı açabilir.

Buna mukabil diğer bir görüş ise (52) sağ kalan eşin iade bakımından alacaklı veya borçlu olabilmesi için; MK. 444 e göre mülkiyeti seçmiş olması gerekir. Bundan dolayıdır ki, intifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eş, ne iadeyi talep edebilir ne onunla mutalep olabilir. Zira, iade kaideten mirasçılar arasında müsavatı temin için kabul olunmuştur. Bu kaideler hususî bir sebeple-cüz'î intikal-mirasta hak sahibi olanlara tatbik edilmez. İntifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eşin ise durumu bir müsalehin durumudur (53).

Bu fikirlerin münakaşasına girmeden şunu belirtmelidir ki, kanaatimizce, sağ kalan eş intifa hakkını seçmiş olduğu halde, iade mevzuunda alçaklılık ve borçluluk durumundan bahsedilemez. Zira, iade müessesesi, müteveffanın tasarrufu ile bozulan müsavatın tasarrufu ile bozulan müsevatın tesisi için kabul edilmiştir. İkinci olarak, bu müessese mirasın taksimine müteferri bir müessesedir. Sağ

50 — AGUET F. : Contribution à l'étude du rapport successoral d'après les articles 626 a633 du code civil, Lausanne 1918, 33

51 — PIOTEO P. : 14; mealen MARQUIS G.V. : 153

52 — PIOTEO P. : 15 dip notu 15 te Escher No. 26 mad. 462; Tour No. 24 mad. 462 STOUDMANN E. : L'avancement d'hoirie et sa réduction Lausanne 1962, 24 EREN F. : Mirasta iade Ad. Der. 1963 sa. 3-4, 349 ve 350 de Tour Escher atıfları; ŞENER E. :

53 — STOUDMANN E. : 26; EREN F. : 1963 sa. 3-4, 349 ve 350 de Tour ve Escher atıfları

kalan eş «dar manada» mirasçı olmadıkça -yani mülkiyeti seçmedikçe heriki müessese karşısında da durumu nört bir durumdur.

IV — Ziraî gayrı menkullerin tahsisini talep bakımından

Mirasın taksimi bahsinde, Medeni kanunumuz, ziraî gayrı menkuller bakımından hususî hükümler getirmiştir (54). Her ne kadar bu hükümler sağ kalan eşin intifa hakkına müessir değilse de (55), intifa hakkını seçmiş olan sağ kalan eşin; ziraî gayrı menkullerin kendisine tahsis edilmesini talep etmek hakkı yoktur (56).

Sağ kalan eşin intifa hakkını seçtiği takdirde, ziraî gayrı menkullerin kendisine tahsisini isteyememesi, umumiyetle kabul olunan bir fikirdir. Bunun sebebi, intifa hakkı sahibinin ziraî gayrı menkullerin işletilmesi hususunda her imkânı kullanamamasıdır. Bu ise, Medeni Kanunun ziraî gayrimenkullerin işletilmesi bakımından kabul etmiş olduğu esasa ters düşer. Zira, bunların rasyonel ve rantabl bir şekilde işletilebilmeleri ziraî miras hukukunun prensibini teşkil eder (57).

Bu iktisadî zaruret yanında, intifa hakkını seçmiş olan eşin, bu husustaki ehliyetsizliğinin ikinci mesnedi, onun cüz'î halef olmasıdır (58).

54 — COMMENT A. : Le droit successoral paysan ZBJV 1954, 339-340

55 — MARAQUIS G.V. : 137-138; BOREL A. -NEUKOMM : Successions agricoles-attribut i on intégrale de l'exploitation agricole à la valeur de readement-sursis au partage FJS No. 613, 1; ZEVKLİLER A. : Türk miras hukukunda tarımsal işletmelerin tahsisi Ankara 1970, 1974; BOUVERAT G. : De la liberté de disposer d'un domaine agricole par testament ot par pacte successoral en droit suisse Fribourg 1957, 47

56 — BOREL A. -NEUKOMM : FJS No. 613, 1; COMMENT J. : 340; ZEVKLİLER A. : 112; REİSOĞLU S. : İsviçre'de ziraî gayrı menkullerin hukukî rejimi SBF D XV 1960 sa. 4,205

57 — PİOTET P. : 88, 90

58 — BOUVERAT G. : 47

BORÇLAR HUKUKU

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

Tankut CENTEL*

1. Hukuk Dairesi'nin 27 Kasım 1973 Tarihli Kararı'ndan Özet.

Borçlar Kanunu 201 ve 66.2

1. Bir ortaklıktan diğer birine, üçüncü bir kişinin emrine hazır bulundurmaya talimatıyla, rüşvet vermek için kararlaştırılmış paranın havale edilmesi, talimatı ne hukuka ne de ahlâka aykırı kılar.
2. Talimatı yerine getirmeyen vekil, talimatı verenin sözleşme veya haksız fiile dayalı tazminat isteminden kurtulmak üzere, BK. 66'ya dayanamaz.

A. — Farsura firması, Nijerya Hükümeti'ne liman yapımı için bir proje hazırlamıştır. 19 Ocak 1963'de ise, Nijerya'da ödenecek rüşvetlerde kullanmayı amaçladığı Zürih'teki (A) firmasına, 5000 £'i havale etmiştir. (A) firması; Nijerya'daki şubesi (B)'nin müdürü (X)'e, orada Farsura'nın emrine hazır bulundurmaya talimatıyla, parayı ulaştırmıştır. (X) talimatı yerine getirmemiştir. Farsura'nın onayı olmadan harcamada bulunmaya yetkili olmamasına rağmen, (X), Nijerya'da belirli bir bakana paranın tamamını ödediğini iddia etmektedir. Farsura elde edemediği parayı, (A) firmasına yüklemiştir. Bu da parayı (X)'den geri istemiş ve istemini Zürih'teki bir hakem önünde, (X)'e karşı açtığı davanın kapsamı içine almıştır.

B. — 15 Mart 1972'de hakem, faizle beraber 78,917.— Fr. tutan davayı kısmen kabul ederek, davacıya hak tanımıştır. Davalının 5000 £'i geri verme yükümünü kabul ettiği için, bunun içine 60,662.50 Fr. dahildir.

Davalı Zürih kantonu istinaf ve temyiz mahkemelerine, açık yasa hükümlerine aykırılık iddiasıyla itirazda bulunmuş; ama bir sonuç elde edememiştir.

(*) Avukat

Temyiz Mahkemesi'nin 14 Şubat 1973 tarihli kararına karşı (X), Federal Devlet Anayasası'nın 4. maddesine aykırılık iddiasıyla, kamu hukukuna ilişkin itirazda bulunmuştur. Federal Mahkeme itirazı reddetmiştir.

Gerekçelerden :

2. — Hakem, davalının, BK. 66'nin 5000 £'in geri verilmesine aykırı düşeceği görüşünü, "Farsura'nın talimatı üzerine paranın karışık işlerde kullanılacak olması bile, davalının geri verme yükümünü aykırı tutmaz (Gautschi, 3. bası, s. 323 Art. 397 OR N. 15 b)." cümlesiyle reddetmiştir. Böylece Gautschi'yle birlikte hakem, ahlâka aykırı amacın, aldığı talimatı yerine getirmeyen vekilin geri verme yükümünü aykırı tutamayacağı görüşündedir.

İstinaf Mahkemesi; ilkin Gautschi'nin adı geçen yerde tam tersini söylediğini belirterek davalının itirazını çürütmekte (Gerekçe 4/1) ve sonra hakemin görüşünün, BK. 66'ya ilişkin öğreti ve yargısal içtihatlardaki yaygın görüşe, yani Tuhr/Siegwart § 52 VI s. 413/14, Büren SJZ 58 s. 225, Zürih kantonu İstinaf Mahkemesi'nin ZR 45 N. 142 Gerekçe 6'daki bir kararı ve BGE 53 II 40/41'e uyduğunu. bununla birlikte Rusch SJZ 47 s. 369'un da BK. 66'nın geniş uygulanmasına katıldığını ve bunun Federal Mahkeme'nin yeni uygulamasına (BGE 74 II 26,84 II 184,95 II 40 vd.) uyar görüldüğünü ayrıntılarıyla açıklamaktadır (Gerekçe 4/2).

Temyiz Mahkemesi buna karşılık; İstinaf Mahkemesi'nin görüşünün mevcut hukuka aykırı olmadığını, SJZ 68 s. 312 N. 179'da yayınlanmış kararında BK. 66'nın yorumu üzerine çeşitli görüşlerin mümkün oluşunu ayrıntılarıyla açıkladığının ve BGE II 27 ve 95 II 41'in, Hukuk Yargılama Usulü Yasası § 344 N. 9 anlamında açıklık getiremediğini belirtmektedir. Bu kararın gerekçeleri söz konusu olayda da geçerli olacaktır. İtiraz, Büren'in dikkate değer çalışmasının tartışmasına girmemektedir. Bu çalışma özellikle, BK. 66'nın kesinlikle hukuka veya ahlâka aykırı işleme değil; sadece karşı yanın hukuka veya ahlâka aykırı davranışını ödüllendirme niteliği taşıyan, bir edimin söz konusu olduğu işleme ilişkin olduğunu gösterebilirdi. Federal Mahkeme soruna ilişkin görüşünü bildirmedeği sürece; BK. 66'nın anlamının, BK. 66'nın metni ve federal mahkeme uygulamasıyla açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. ZR 45 N. 142'de yayınlanmış karardaki olayın, söz konusu olaydan ayrı olduğu itirazda ileri sürülecek olursa; 5000 £'in davalının emrine hazır bulundurulmasında, talimata uygun kullanılmadığında paranın, davacıya geri verilmesinden başka bir düşüncenin olamayacağı söylenecektir. Hakemce saptanan hal ve

duruma göre davalı, talimata uygun kullanılmayan parayı zimmetine geçirmekle suçludur (BGE 7 IV 173). Parayı rüşvetlerde, Farsura'nın emrine hazır bulundurma talimatı batıl olabilir. Ama davalı, bu talimatı yerine getirmediği gibi; talimatın yerine getirilmemesi durumunda, paranın geri verilmesini gerektiren örtülü sözleşmeye aykırılıkta bulunmuştur. Neden bu sözleşmenin özel hukuk açısından değil de, sadece ceza hukuku açısından önemli olduğu incelenmeyecektir.

3. — Davalı; BGE 74 II 27 ve 95 II 41'in ortadan kaldırdığı ve Büren'in yazısının karşı çıkamadığı BK. 66'nın açık metin-anlam ve amacının, bu hükmün Temyiz Mahkemesi'nce yapılan yorumunu keyfi kıldığını ileri sürmektedir.

a.) Bu sırada ilkin, BK. 66'nın söz konusu olayda uygulanabilir olup olmadığı sorulmaktadır. Bu hüküm, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar kısmında yer almaktadır. O sadece; sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir istemin, bu kısımda yer almasına rağmen, hangi koşullarda doğamayacağını belirtmektedir. Hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucu elde etmek kasdıyla kazandırmada bulunanların, sözleşmeye dayanarak geri alma ve haksız fiile dayanarak tazminat istemeleri de, ona uzak kalmaktadır. Federal Mahkeme de; 74 II 29/30'daki kararında sözgelimi, edim alacaklısının edimin eline geçmesini haksız fiil, özellikle hile yoluyla sağlaması veya buna birlikte neden olması olayını saklı tutmuştur. Kuşkusuz, bu durumda geri vermeden kaçınmanın, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabileceği düşünüldü. Ama bu konuda kesin bir şey açığa çıkmış değildir. Aslında geri isteyen, bütünüyle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına mı dayandığı; yoksa istemini geçerliliğini yitirmemiş sözleşmeye veya haksız fiile (veya iki hukuki nedene birden) mi dayandırdığı, her olayda saptanmak gerekir. Bu gerçekleştiği an, anılan hukuki nedenlerle dava açabilir ve karşı yanın BK. 66'ya dayanmasının hakkın kötüye kullanılması olup olmadığı sorulmaz.

b.) Davalı, (B) firmasının müdürüdür. Davacı ile aralarında hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Davacının kendisine, Farsura'nın emrine hazır bulundurma talimatını verip 5000 £'i bıraktığında; bunun kendisinden şube şirketin işçisi sıfatıyla mı istediği, yoksa müstakil bir talimat mı verdiği hakkında karar verilmek gerekir. Şu veya bu şekilde, davalı parayı sözleşme nedeniyle elde etmektedir ki; bu da davacıya, dava açma hakkını bahşetmektedir. Çünkü Farsura firması istemlerini davacıya devretmiştir.

c.) Farsura'nın parayı rüşvet amacıyla kullanmayı tasarlaması nedeniyle, davacının veya şubesinin BK. 20/1'e göre sözleşmeye da-

yalı isteminin meydana gelip gelmeyeceği sorusuna, olumsuz tavır almak gerekecektir. Nijerya'daki davalıya parayı göndermekle kimse, ne Farsura, ne davacı, ne şubesi, ne de davalı hukuka veya ahlâka aykırı bir hareket yapmış olamaz. Parayı Farsura'nın emrine hazır bulundurma talimatı, Farsura'nın anılan kasdına rağmen, hukuka veya ahlâka aykırı değildir. Ancak, eğer Farsura davalıya parayı rüşvet olarak kullanmasını söyleseydi; hukuka veya ahlâka aykırı bir ihlâl oluşabilirdi. Ama tasarı o dereceye varmamıştır. Davalı, davacıya karşı eline geçen parayı tazmin etmede, sözleşmeye dayanan yükümlüden kurtulacak olsaydı; eline talimat verenin tasarısına göre, hukuka veya ahlâka aykırı amaçlarda hazır bulundurulacak para geçen, diğer herhangi bir sermaye yöneticisi, sözgelimi bir banka veya bir banka memuru hiçbir şeyi geri vermezdi. Ancak, buna katlanılamazdı ve bu, emanet edilen malın yasaya aykırı olarak, kendi veya bir başkasının yararına kullanılmıyacağı yolundaki Ceza Kanunu 140 ile çelişirdi. Davalı ile davacı veya şubesi arasındaki sözleşme ilişkisi geçerlidir.

d.) Bu nedenle söz konusu olay, BGE 37 II 66 vd. Gerekeçe 3 ve 4,74 II 23 vd. ve 95 II 38 vd.'ndan ayrılmaktadır.

Bu üç karardan ilkinde; iflâsla tehdit edilen borçlunun, alacaklılardan kaçırmak için, kayın babasına para yollaması halinde, parayı geri isteyebilip isteyemeyeceğine karar verilecekti. Paranın verilmesinin, hileli iflâsa hazırlık olarak ceza hukuku açısından yasak ve bu nedenle BK. 17 a'ya göre geçersiz olduğu ve de BK. 75 a (BK. 66)'ya dayalı, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir istemin meydana gelmediği gerekçesiyle, Federal Mahkeme, buna olumsuz cevap vermiştir.

İkinci örnek kararda da Federal Mahkeme; hukuki işlemi (basılmış altın sağlanması için verilmiş parayı), 7 Aralık 1942 tarihli ve altın ticaretinin denetimi üzerine olan Federal Hükümet Kararına dayanarak batıl saymıştır.

Üçüncü örnek kararda, önce bir vasiye ödenen rüşvet değerlendirilmiştir. Olaya temel olan vaad, düzenbazlık ücretinin tipik bir haline ilişkin olup, BK. 20/1'e göre batıldır. Bu nedenle, üçüncü kişi yoluyla rüşvet borcunun yüklenilmesi de batıl sayılmış ve asıl rüşvet borçlularının, yüklendikleri borç karşılığında yerine getirdikleri karşı edimi geri istemeleri reddedilmiştir.

e.) Federal Mahkeme'nin BK. 20 ve 66'ya ilişkin görüşlerini belirttiği diğer kararları da aynı şekilde, davalı ile davacı veya şubesi arasındaki sözleşmenin batıl olduğu sonucuna varmamaktadırlar.

BGE 53 II 41'de Federal Mahkeme, BK. 20 ve 66'nın, yanların sözleşmelerine göre edimlerini ifa edenlere geri verilecek kazandırmalarda değil de; sadece yasak veya ahlâka aykırı bir eylemin vaat edilmesi veya sezdirilmesinin ödüllendirilmesi için yapılan edimlerde, uygulanacağı görüşündedir.

Federal Mahkeme, 75 II 294'deki kararında bir kez daha, 7 Aralık 1942 tarihli Federal Hükümet Kararının 6. maddesine dayanarak, bir altın ticareti işleminin batıl olduğu görüşündedir. Ve BK. 66'nın, 74 II 23 vd.nda olduğu gibi, sadece düzenbazlık ücreti alıcısına karşı olan sebepsiz zenginleşme davasını değil; başkalarına hukuka aykırı amaç uğruna yapılan kazandırmaların alıcılarına karşı olan sebepsiz zenginleşme davasını da içine aldığından hareket etmektedir. Buna karşın, Federal Mahkeme, parayı alanın parayı verene görüşmeler sırasında zararın tazminini vaadetmesi nedeniyle, geri verme konusunda parayı alanın yükümlü olduğunu açıklamıştır.

BGE 76 II 369 Gerekçe 5'de bir sus payı sözleşmesi, ahlâka aykırı ve batıl sayılmış; ama BK. 66'ya rağmen, paranın, alanın korkutmasının etkisi altında vaat edilmesi ve ödenmesi karşısında, bu hükme dayanmanın hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağı gerekçeyle, geri verme korunmuştur.

BGE 79 II 204 vd.'nda, bir kır evi alıcılarının, arazi spekülasyonuna karşı önlemler üzerine olan Federal Hükümet Kararı ile çelişen yüksek bir fiyatı ödemelerini olanaklı kılan ödücün geri verilmesi davasını; anılan karar 42/II'nin, açıkça yüksek fiyatın geri alınmasını kabul ettiği ve ödünç verenin eyleminin daha az ağır bastığı ve böylece BK. 66'nın içine giremeyeceği gerekçeyle korumuştur.

BGE 82 II 75; para karşılığı köye ait ön-alım hakkından vazgeçmenin, BK. 20'ye girmeyeceğine ilişkindir. Federal Mahkeme 74 II 23 vd.'ndaki karara işaret ederek, başka türlü de olsa, davacının BK. 66 gereğince tazminatı geri isteyemeyeceğini eklemiştir.

Federal Mahkeme 84 II 179 vd.'ndaki kararda; anılan Federal Hükümet Kararı 42/II gereğince, bir kır evi için yapılan ödemenin geri verilmesini korumuştur. BK. 66 üzerine olan ayrıntılı açıklamalar, sadece Federal Hükümet Kararı 42/II'nin geçiş devresindeki yürürlüğüne ilişkin gerekçelerde bulunmakta ve yeni bir şey içermemektedir.

f.) Sözleşme ilişkisi geçerli sayıldığında, davalı, kendisine emanet edilen 5000 £'i keyfi ve başka bir surette kullandığı ve talimata aykırı olarak Farsura'nın emrine hazır bulundurmadığı için, davacıya

karşı sözleşme nedeniyle tazminatla yükümlü bulunmaktadır. Davacının istemi, sebepsiz zenginleşmeye dayanmaktadır. BK. 66'nın sadece düzenbazlık ücreti adı verilen şeyi mi yoksa ayrıca diğer batıl temlikî işlemlerde verilenin de geri istenmesini kapsayıp kapsamadığı sorusu, bu nedenle sorulmamaktadır.

Hakemin kararı böylece sonuçta doğrudur. Zürich Hukuk Yargılama Usulü Yasası § 344 N. 9 anlamında açık hukuka aykırılık olmadığı için, İstinaf Mahkemesi'nin kararı da, bu butlan nedenini gerçekleştirmemekte ve butlan itirazını reddetmekle Temyiz Mahkemesi, Federal Devlet Anayasası 4'e aykırılık oluşturmamaktadır.

Kamu hukukuna ilişkin şikâyette, keyfiliği nedeniyle iptal edilmesi istenilen bir kararı; kanton mercilerinkinden ayrılan gerekçelerle savunmak, Federal Mahkeme'ye yasaklanmamıştır (BGE 86 I 269). Kanton hukuku yorumlanacak olduğunda ve eklenecek gerekçeler kanton mercilerince açıkça reddedildiğinde, başka türlü hareket edilecektir (BGE 91 I 38,94 I 311 Gerekçe 4). Ancak burada, bu koşulların uygulama olanağı bulunmamaktadır.

1 BGE 99 I 417-423.

2 İsviçre Borçlar Kanunu 20/I ve 66, Türk Borçlar Kanunu 20/I ve 65'i karşılamaktadır. - ç.

TİCARET HUKUKU

MÜŞTEREK (BÜYÜK) AVARYA VE DİSPEÇ(*)

İsmail DOĞANAY (**)

C) DİSPEÇ NEDİR?

I. Umumî Olarak

1. Yapılacağı Yer

«C) Dispeç, I — Umumî olarak, I — Yapılacağı yer» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1207 inci maddesi hükmü, «müşterek avaryaya» sonunda meydana gelen zararın tesbit ve ilgililer —gemi, yük ve navlun— arasında taksiminin ancak varma yerinde ve eğer buraya varılamazsa, yolculuğun bittiği limanda yapılacağını düzenlemekle yetinmiş ve fakat «dispeç» in ne olduğunu tarif etmemiştir.

Daha önce de değinmiş olduğumuz veçhile, «müşterek (büyük) avaryaya»nın esası; gemi ve yükü birlikte (TTK. m. 1179) tehdit eden bir tehlikeden sırf onları korumak maksadiyle kaptan tarafından bile yapılan fedakârlıklar neticesinde ancak geri kalan kıymetlerin —gemi, yük ve navlun'un— sahiplerine, meydana gelen ziya ve hasarların ödetilmesi şeklindedir.

Her müşterek avaryaya sonunda alakalılar —gemi, yük ve navlun sahibi—, kendilerine isabet eden «garame» borç ve alacağını tesbit ettirmek ihtiyacındadırlar. Bu muâmeleye «müşterek (büyük) avaryaya» hesaplaşması ve bu hesaplaşmayı tevsik eden kâğıda da «dispeç» denir. Dispeç dört kısımdan mürekkeptir. (59)

1) Birinci kısım, «müşterek (büyük) avaryaya» vak'asının oluş şeklinin izahıdır. Olayda «müşterek avaryaya» şartlarının (TTK. m. 1179) tekemmül edip etmediği hususu ancak bu sayede anlaşılabilir. Tatbikatta birinci kısmı, kaptanın varma yerinde gemi adamlarının ta'mamının yahut işlerinden bir kısmının da iştirakiyle ticaret mahke-

(*) Geçen yıldan devam

(**) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi

(59) SCHARPS, C. I, sh. 662 (MAZHAR NEDİM GÖKNİL, Deniz Ticareti Hukuku, 2. Baskı, Ank. 1942, sh. 271 den naklen)

mesine yaptırmak (TTK. m. 982) yükümlülüğünde olduğu «deniz raporu» teşkil etmektedir.

2) İkinci kısım ise, TTK. nun 1199-1202 inci maddelerinde düzenlenmiş olup «müşterek (büyük) avarya» dan doğmuş olan ve bu avaryanın borç olarak tanıdığı bütün ziya, hasar ve masrafların toplamından meydana gelen —tâbir caiz ise— «pasif-borçlu masa»dır. (60), (61)

3) Üçüncü kısım «aktif masa»dır. Müşterek (büyük) avarya fedakârlığı neticesinde kurtarılan ve feda edilenlere karşı borçlu mevkiinde bulunan kıymetler bu masayı teşkil eder. Bu masaya göre ne şekilde hesap yapılacağı hususu, TTK. nun 1203 üncü maddesinde hükme bağlanmış bulunmaktadır.

4) Dördüncü kısımda borçlu masayı alacaklı masa ile taksim etmek suretiyle birinin diğerine iştirak nisbeti tayin olunur. Başka bir deyişle «dispeç» in son safhası hesaplaşma kısmıdır.

TTK. nun 1207 inci maddesi hükmü —yukarda da değinmiş olduğumuz veçhile— dispeç'in yani müşterek avarya zararının tesbit ve taksimnin varma yerinde ve eğer buraya ulaşamazsa yolculuğun bittiği yerde yapılacağını düzelemiş bulunmaktadır (62). Dispeç, yük ve gemi arasındaki iştirâkin hitam bulacağı ve birbirinden artık ayrılacakları yerde alacak ve borçların anlaşılıp tasfiye edilmesi şeklindedir.

«Müşterek avarya» halinde gemi içindeki bütün yüklerin varma limanında yahut da yolculuğun bittiği yerde boşaltılması halinde —TTK. nun 1207 inci maddesinin uygulanması bakımından— hiçbir müşkilât ve bir tereddüt söz konusu değil. Fakat, bazan gemi bir «müşterek avarya» dan sonra muhtelif limanlara yük bıraka bıraka ancak varma limanına ulaşır, işte o zaman, geminin her yük çıkardığı yerde mi, yoksa en son yük boşalttığı limanda mı dispeç yapılacak?

TTK. nun 1207 inci maddesi hükmünün «müşterek avarya» ile ilgili diğer bütün hükümler gibi tefsirî hükümlerden olduğu muhakkaktır (63). Nitekim TTK. nun 1117 inci maddesinin birinci fıkrası da

(60) MAZHAR NEDİM GÖKNİL, age. sh. 271

(61) Deniz raporunda dört gemi adamı istihdâm edildiği yazılı olduğu halde dispeç raporunda masrafın altı gemi adamı üzerinden hesaplanması yolsuzdur. Yarg. TD. 3/II/1959 gün ve E. 1588/K. 2657

(62) Prof. Dr. SAMİ OKAY, Deniz Ticaret Hukuku İçtihat Kroniği, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXII, Sayı : 2-4 den ayrı bası, sh. 27
— Aynı görüş, MAZHAR NEDİM GÖKNİL, age. sh. 274

(63) Yarg. TD. 10/1/1946 gün ve E. 1945/120, K. 274

müşterek avarya için yapılan anlaşmaların âmir hükümlere aykırı olmadığını teyit etmektedir. Her ne kadar Yargıtay Ticaret Dairesi çok eski bir kararında TTK. nun 1207 inci maddesine tekabül eden eski kanunun 1268 inci maddesi hükmünü «âmir hüküm» sayıp sigorta mukavelesinde yer alan «selâhiyet» şartını muteber saymamış (64) ise de bu karar doktrinde tenkitlere maruz kalmıştır. Özellikle merhum Prof. Dr. Sami Okay kanunlarımızdaki istisnalar dışında —HUMK. nun gayrimenkule müteallik davaların o gayrimenkulun bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunmasını zorunlu kılan 13 üncü maddesi— ve bu arada aynı kanunun 22 inci maddesinde yer alan âmme intizamı prensibinin müşterek avarya hallerinde uygulanamayacağını ve avarya ile ilgili uyuşmazlıkları buraya sokmaya imkân bulunmadığını ve bu nedenle Yargıtay kararında isabet olmadığını belirtmiş ve Prof. Dr. Haydar Arseven de (65) haklı olarak aynı görüşe katılmıştır. Yargıtay Ticaret Dairesi daha sonraki diğer bir kararı ile tarafların konişmento ile müşterek avarya halinde, deniz olayında müşterek avarya unsurlarının bulunup bulunmadığı hususunun hakemlere bırakılmasının ve bu yoldaki hakem şartının muteber olduğuna (66) karar vermek suretiyle âmme intizamı fikrinden dolayı olarak vaz'geçmiş bulunmaktadır.

Navlun mukavelesinden doğacak ihtilâfların halli için yetkili mahkemenin tayini halinde, o mahkemenin müşterek avaryadan doğacak ihtilâfların hallinde de yetkili olduğunun kabulü gerekir (67).

(64) HAYDAR ARSEVEN, Müşterek Avaryalar, İst. 1961, sh. 27-28

(65) Yarg. TD. 17/11/1956 gün ve E. 1956/4848, K. 6003

(66) Yarg. TD 8/5/1962 gün ve E. 5061, K. 1962/1912

— Davacıya ait (Sarayköy) vapuru ile ilgili olarak ve kanun hükmüne uygun bir şekilde varma limanı Londrada dispeç yapılmış olmasına nazaran artık Türkiyede ikinci bir dispeç yapılamaz. Londrada yapılan dispeç raporunda, ilgililerin yeni deliller ibraz etmeleri halinde yapılacak inceleme sonunda tahakkuk edecek haklar mahfuz tutulmuş bile olsa, başka bir mahkemeden yeni bir dispeççi tayini istenemez. Yeni delillerin ilk dispeçi yapana ibrazı lazımdır. Davalı, Londrada yapılan dispeç'e göre garama payının davacıya ödendiğini ve hatta kendisini ibra ettiğini savduğuna nazaran bu hususun nazara alınmaması isabetsizdir. Sigortalının sigorta mukavelesinden doğan hakları beş yıllık bir zamanaşımına tâbi olduğuna ve davalı sigorta şirketi tarafından da bu husus defî olarak ileri sürüldüğüne göre bu defî'nin incelenip karara bağlanmaması da yerinde değildir.

Yarg. TD. 2/10/1959 gün ve E. 1646, K. 1360

(67) TTK. nun 1207 inci maddesi hükmüne göre, dispeç, varma limanında veya yolculuğun bittiği limanda yapılmak icap ettiğine göre varma limanı usulen tahkik edilmeden davalının donatını bulunduğu geminin müşterek avaryadan sonra ilk uğradığı limanın Trabzon olup dispeç davasına o yer mahkemesinin

Müşterek avaryanın mahiyeti hakkında ileri sürülen fikirler her ne olursa olsun bu konudaki ihtilâfların da navlun mukavelesinin icrası sırasında ve onunla ilgili olarak doğduğunu kabul etmek lâzımdır. Hatta tarafların mefrûz irâdelerinin de bu yolda olduğunun kabulü gerekir.

Gerek doktrin (68) ve gerekse mahkeme içtihatlarına (69) göre, müşterek avaryadan sonra gemi yüklerinden bir kısmını varma limanından önce ara limanlarda boşaltılmış olsa bile yine varma limanında veya yolculuğun bittiği limanda dispeç yapılır, ancak kaptan ara limanlarda boşaltılan yüklere tekabül eden garame payını peşin almak yahut bu payı teminata bağlamak şartıyla ancak teslim eder. Her halde her yükün boşaltıldığı limanda ayrı ayrı bir dispeç yapılmaz, yolculuk geminin ziyaî ile nihayete ermiş ise, yüklerin emniyet altına alındığı mahal varma limanı yerine geçer ve dispeç orada yapılır. Esasen dispeç'in bütün ilgililer hakkında bir tek limanda yapılmasının maslahata ve ihtiyaca daha uygun olacağı muhakkaktır.

2. Dispeçci Kimdir?

Dispeç, «dispeçci» adı verilen kimseler tarafından yapılır. Dispeç işi bir ihtisas işidir. TTK. nun 1208 inci maddesi hükmüne göre, dispeç hükümetçe tâyin edilmiş olan dispeçciler ve bunlar yoksa, mahkemenin tâyin edeceği kimseler tarafından yapılır. Hükümetçe bir defaya mahsus ve fakat daimî olarak tâyin olunan dispeçciler orada yoksa, o zaman, o işe münhasır olmak üzere ve her defasında ayrı ayrı olmak üzere TTK. nun 1207 inci maddede öngörülen yerdeki ticaret mahkemesince tâyin edilirler (70).

TTK. nun 1207 inci maddesi ile ilgili açıklamamız esnasında da değinmiş olduğumuz veçhile, müşterek (büyük) avarya ile ilgili hü-

bakması icap ettiğinden bahisle davanın salâhiyet yönünden reddi isabetsizdir.

Yarg. TD. 15/9/1960 gün ve E. 1960/1565, K. 2182

(68) HAYSAR ARSEVEN, age. sh. 27, MAZHAR NEDİM GÖKNİL, age. sh. 274

(69) Dispeçin bütün ilgililer hakkında bir tek limanda yapılmasının maslahata ve ihtiyaca daha uygun olacağı muhakkaktır. Kanun koyucunun dispeçin bir tek limanda yapılmasını öngördüğü de TTK. nun 1207 inci maddesi hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Yük sahipleri ve diğer ilgililer bakımından dispeçi yaptırmaya yetkili mahkemenin onların sigortacıları bakımından da yetkili olması gerektiği de tereddütsüz söylenebilir. Çünkü, sigorta şirketleri onların haklarına hâlef olarak hareket etmektedir.

Yarg. TD. 8/5/1962 gün ve E. 5061, K. 1962/1912

(70) Sadece dispeçci tayinine ilişkin kararların temyiz kabiliyeti yoktur.

Yarg. TD. 20/1/1950 gün ve E. 1949/2807, K. 329

kümler «âmir hüküm» mahiyetinde olmadıkları için taraflar (71) navlun mukavelesiyle veya konişmentoya koyacakları kayıtlarla daha önceden yani henüz müşterek avarya olayı gerçekleşmeden dispeçiyi tâyin edebilecekleri gibi hâdiseden sonra da uzaklaşıp yine müşterek dispeçci tayin edebilirler. Bu yön TTK. nun 1208 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan (... gemi ve yükü ile alâkalılar da müttefikân dispeçci seçebilirler) hükmü ile teyit edilmiş bulunmaktadır (72).

TTK. nun 1208/f. 2 hükmüne göre, ilgililerden herbiri dispeçin yapılması için lâzım olan ve kendi elinde bulunan vesikalari ve özellikle çarter partileri (TTK. m. 1016/b. I), konişmento (TTK. m. 1097 - 1118) ve faturalari (TTK. m. 23), dispeçciye ibraz ve teslim etmeye mecburdur. Bu mecburiyete riâyet olunmaması halinde de dispeçciyi tayin eden —şayet dispeçci hükümetce daha önceden tayin edilmiş ise— o zaman, TTK. nun 1207 inci maddesinin öngördüğü mahkeme tarafından, dispeçcinin talebi üzerine, lüzumlu belgelerin ibrazına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre (HUMK. m. 242, 244 ve 526) karar verilir (TTK. m. 1208/f. 3).

Maddenin son fıkrası hükmüne göre de, dispeçci, ilgililerin dispeçi tetkik etmelerine müsaade ve talepleri üzerine masraflarını kendileri çekmek şartıyla, bir kopya vermeğe mecburdur.

Dispeçci kendiliğinden —kıymet takdiri için— bilirkişi seçemez (73).

Hasar tesbiti ile dispeç muâmelesi hakkındaki itirazlar ve bir deniz kazasında müşterek avarya unsurlarının mevcut olup olmadığı hakkındaki mahkeme kararları nihâî karar mahiyetinde olmadıklarından bunlar ancak garame hisselerinin tahsili ile ilgili son kararlarla bir-

(71) TTK. nun 1208 ve 1209 uncu maddeleri hükümlerine göre dispecciler tarafından dispeç raporunun tanziminde sigorta şirketlerinin alakadarlardan sayılmamasında kanuna aykırı bir yön yoktur ve bu deyim sigorta şirketleri girmez. Geminin hasara uğradığı limanda deniz raporu alınmamış olması hali müşterek avarya iddiasının ileri sürülmesini bertaraf edemez.

Yarg. TD. 23/5/1947 gün ve E. 1947/538, K. 1543

(72) «Gemi ve yükü ile ilgili bulunanların hepsinin biraraya gelerek ittifakla dispeçci seçmeleri halinin de kabulü işleri kolaylaştırmak bakımından yerinde görüldüğünden birinci fıkraya bu cihet ilâve edilmiştir.»

TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 414

(73) Müşterek avarya hareketi neticesinde geminin kıymeti ile uğranılan hasarın tayin ve takdiri için bilirkişi tayini gerekmekte ise onu tayin yetkisi münhasıran mahkemeye ait olup dispeçci doğrudan doğruya kendiliğinden bilirkişi tayin edemez.

Yarg. TD. 3/11/1959 gün ve E. 1588, K. 2657

likte temyiz edilebilirler (74). Esasen dispeç raporu hukukî mahiyeti itibariyle bir hakem kararı olmayıp bir vakıayı tesbit eden ve bu vakıanın neticesi olarak taraflara isabet eden garame paylarını gösteren bir rapordur. Hakem kararı gibi tek başına temyizen bozulması istenemez (75).

Tatbikatta ilgililer avarya hesaplarını genellikle «hakem-dispeçci» adını verdikleri kimselere yaptırmaktadırlar. Bu kişilerin yaptıkları inceleme ve düzenledikleri dispeç raporu sadece bilirkişi raporu mahiyetinde olmayıp aynı zamanda müşterek avarya garama hesaplarını da ayrı ayrı gösteren (76) ve bu yoldaki uyuşmazlığı çözümlen bir mahiyet taşıdığı için «hakem-bilirkişi» kararı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 533 üncü maddesindeki temyiz (77) şartları varsa ancak o zaman Yargıtayca bozulabilir (78) aksi halde bozulamaz.

(74) Yarg. TD. 14/4/1950 gün ve E. 1949/4176, K. 1860

— Temyiz olunan kararın konişmentonun 22 inci maddesindeki tahkim şartına müsteniden Deniz Ticareti eski profesörlerinden ... tarafından «hakem-dispeçci» sıfatıyla ittihaz olunmuş bir karar olduğu anlaşılmasına binaen tashini karar talebinin kabulü ile hakem — dispeçci kararlarının temyiz kabiliyeti bulunmadığına ilişkin daire kararının kaldırılmasına ve işin esasının incelenmesine karar verildi.

Yarg. TD. 19/11/1949 gün ve E. 4848, K. 4872

(75) Yarg. TD. 1/11/1957 gün ve E. 1957/2714, K. 2355

— Gerek hasar tesbiti, gerek dispeç muâmelesi hakkında sebmeden itirazlar ve gerekse deniz kazasında büyük avarya unsurlarının mevcut olup olmadığını gerekse deniz kazasında büyük avarya unsurlarının mevcut olup olmadığını hedef alan temyiz itirazları ancak müşterek avarya garama hisselerinin tahsili hakkında açılacak dava sonundaki nihai kararla birlikte temyiz edilebilir.

Yarg. TD. 14/4/1950 gün ve E. 1949/4176, K. 1860

(76) Hakem-dispeçcilik yalnız hakemlikten ibaretle olmayıp ayrıca müşterek avarya garame hesaplarını tesbit ve tayin eden bir nevi bilirkişilik hiyetindedir. Yarg. TD. 6/3/1950 gün ve E. 876, K. 1078

(77) Davalı taraf vekilinin temyiz itirazları, konşimentoda yer alan ve müşterek avarya halinde 1924 York-Anvers kaidelerine göre müşterek avarya unsurlarının bulunup bulunmadığı yönünden hakeme tevdiini hedef alan tahkimnameye istinaden hakemce verilmiş bulunan kararın esasına ilişkin olması itibariyle HUMK. nun 533 üncü maddesi dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

Yarg. TD. 17/11/1956 gün ve E. 1956/4846, K. 6003

(78) Davacı Denizcilik Bankası tarafından mahkemece tasdiki istenen karar, hakem-dispeçci tarafından verilen bir karardır. Büyük avarya halinde olayda büyük avarya olup olmadığı hususunun «hakem-dispeçci» marifetiyle karara bağlanacağı yolundaki konişmento hükmü mücerret hasar ve zarar miktarının tayin ve tesbitine müteâllik olmayıp büyük (müşterek) avaryanın mevcut olup olmadığına ve ayrıca hasar ve zararın tesbitine de ilişkin ol-

Türkiye dahilinde dispeççi tayini işi yukarıda açıklandığı şekilde yapılmakla beraber olay bir ecnebi memlekette meydana geldiği takdirde ne olacaktır, o mahallin yani «varma limanı» kanunlarına göre mi dispeççi tayin edilecek, yoksa o geminin «bayrak kanunu»na göre mi?

Bir navlun mukavelesinin tarafları çok defa ayrı ayrı milletlerden olduğu gibi, geminin hareket limanı ile varma limanı ve müşterek deniz sergüzeştinin (TTK. m. 1179) sona erdiği liman da bir başka memlekette bulunabilir. Bu nedenlerle gerek müşterek avarya'ya uygulanacak hükümler, gerek dispeç'in düzenlenmesine müteâllik usul —Devletler Hukuku bakımından— kanunlar ihtilâfına (kazaî ihtilâfa) sebebiyet verebilir. Pek çok memleketlerin uygulama ve nazariyatı ise «bayrak kanunu» değil, «varma limanı kanunu» nun kabulü şeklindedir. Bizce de en makûl şekil —o memleketlerin de kabul ettiği veçhile— dispeç yeri kanununu uygulamak icap eder (79).

3. Dispeççi Yaptırma Mükellefiyeti

«Dispeççi yaptırma mükellefiyeti» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1209 uncu maddesi hükmüne göre, kaptan gecikmeksizin (hemen) dispeççi yaptırmakla mükelleftir. Kaptan bu mükellefiyetini yerine getirmese ilgililere yani müşterek avaryadan tazminat alacaklısı durumunda olan (donatan ve yükü ilgili olan kişilerden) her birine karşı mesul olur. Kaptanın bu yoldaki vâki kusurundan dolayı donatan da sorumlu tutulabilir. Çünkü, —kaptan da bir gemi adamı (80) olduğu için— ortada, gemi adamlarından birinin kusuru (TTK. m. 947) var demektir. Sigortacı dahil, bütün ilgililerin, kaptanın dispeççi yaptırmaya mecbur tutulması için, kaptana ve donatana karşı dâva

duğundan bu kaydı ihtiva eden anlaşma Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun anladığı manada bir «tahkim mukavelesi» dir, bu nedenle de, hakem kararları gibi usulen tasdike tâbidirler .

Yarg. TD. 8/12/1960 gün ve E. 1960/2548, K. 3327

— Konişmentoda müşterek avarya halinde olayda müşterek avaryanın olup olmadığının hakem dispeççi marifetiyle karara bağlanacağı yazılı bulunduğu takdirde bu kayıt hadisenin tahkim yoluyla halli için muteber bir tahkim mukaveləsi mahiyetindedir.

Yarg. TD. 3/3/1951 gün ve E. 1951/1243, K. 1257

— Konişmentodaki tahkim şartı davalı sigorta şirketi tarafından imzalanmamış olmasına göre bu şart sigortacıya karşı ileri sürülemez.

Yarg. TD. 13/4/1943 gün ve 1942/1584, K. 747

(79) HAYDAR ARSEVEN, age. sh. 26-29

(80) İSMAİL DOĞANAY, Kaptan Gemi Adamı Değildir?, Yargıtay Dergisi, Cilt I, Ocak 1975, Sayı: I, Sh. 49-68.

açmak (81) hakları mahfûzdur. Her ne kadar müteakip ikinci fıkra hükmüne göre, dispeçin, kaptan tarafından vaktinde yaptırılması halinde, ilgililerden (82) her birinin (83) bu arada sigortacının (84) dispeçin yapılmasını yetkili mahkemeden (TTK. m. 1208) istemeğe selâhiyeti varsa da çoğu zaman bu selâhiyet ve bu imkân ilgililerin menfaatlerini her zaman gereği gibi korumaz. Çünkü, müşterek avarya hareketinde feda edilmiş olan mallar için ancak 1000-2000 liralık bir garame alacağına hak kazanacak olan yük sahibinin 5.000-10.000 lira tutabilecek dispeç masrafını önceden ödeyip dispeç yaptırması ciddi çok külfetli bir iştir (85). Daha öncede değinildiği veçhile, dispeç yaptırmak için evvelâ bir «deniz raporu» (86) alınır. Bu raporun

(81) Davacı yük sahibi TTK. nun 1209/f. I hükmüne istinat ederek gemi kaptan ve donatanı aleyhlerine dispeç yaptırımları için bu davayı açmış bulunmasına göre mahkeme müşterek avaryanın mevcudiyetine karar verildikten sonra artık dispeçcinin bu kararının hilâfına müşterek avaryanın yokluğuna karar vermesi isabetsizdir.

Yarg. TD. 25/12/1959 gün ve E. 3152, K. 3370

(82) Dispeçin düzenlenmesinde (ilgililer) deymi içine sigorta bedellerini ödemiş olan sigorta şirketleri dahil olmadığından, dispeçcilerin sigorta şirketlerini rapor dışında bırakmalarında, kanuna aykırı bir yön yoktur.

Yarg. TD. 23/5/1947 gün ve E. 1947/538, K. 1543

(83) Kaplan adındaki geminin bir kollektif şirkete ait olduğu anlaşılmasına binâen şeriklerin şahsen dispeç yapılması talebinde bulunmalarına hukuken imkân yoktur, böyle bir talepte bulunmak hakkı münhasıran şirket hükmî şahsiyetine ait bir haktır.

Yarg. TD. 5/3/1957 gün ve E. 1956/8079, K. 583

(84) Yarg. TD. 23/5/1947 gün ve 538/1543 sayılı kararın mefhûmu-muhâlifinden çıkan manaya göre.

(85) «Kaptanın dispeçin yaptırılmasına ait kanunî vazifesini yerine getirmemesi halinde diğer ilgili kimselerin dispeç yaptırma salâhiyetini haiz olmaları, onların menfaatlerini her zaman gereği gibi korumaz. Zira, müşterek avarya hareketinde feda edilmiş olan malları için ancak bir-iki bin liralık bir garame alacağına hak kazanacak olan yük sahibinin beş-on bin lira tutabilecek dispeç masrafını önceden ödeyip dispeç yaptırması ciddi külfetli bir iştir. Böyle hallerde o ilgili kaptan ve donatan aleyhine dâva açar ve onları dispeç yaptırmaya mahkûm ettirdikten sonra bu kararı İcra ve İflâs Kanunu'nun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi hükmünce icra memuru eliyle ve masraflar donatandan veya donatan adına kaptandan alınarak icra ettirebilir. Bu imkânı belirtmek ve kanun ve tatbikatını kolaylaştırmak üzere birinci fıkraya edâ dâvasının mahfûz olduğu yollu bir hüküm eklenmiştir." TBMM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 414

(86) Gemideki yüklerin, gemi ve yükü müşterek tehlikeden kurtarmak maksadiyle denize atıldığına dair düzenlenmesi gereken deniz raporu alınmadan ve fırtına sebebiyle uğranılan hasarın müşterek avarya mahiyetinde olduğu anlaşılıp davacının zararları dispeç raporu ile tesbit ettirilmeden, gümrük memurlarınca düzenlenen zabıt varakasına ve dinlenen şahitlerin şahadetleri-

alınması için masraf yapılır, sonra zararlar bilirkişi marifetiyle tesbit edilir, bunun için masraf yapılır, müşterek menfaat uğruna bazı dâvalar açılır, bu dâvalar için avukat mahkeme masrafları ödenir. Meselâ, kurtarma-yardım ücreti veya gemiyi yedekte çekme (römorkaj) ücretinin miktarını tenzil için veya bu ücreti tesbit için dâva açılır. Geminin —müşterek avarya sonundaki— gerçek durumunu tesbit için gemi kuru havuza sokulur; tayin edilecek dispeççilerin ücretlerinin peşinen yatırılması zorunluğu ortaya çıkar ve hatta onların yaptıkları masrafların ödenmesi icap eder. İlgililer bu gibi masrafları bizzat yapmak istedikleri hallerde, o ilgili geminin kaptanı veya donatanı aleyhine dâva açar ve onları dispeç yaptırmaya mahkûm ettirdikten sonra bu kararı icra memuru (İcra ve İflâs K.m. 30/f. 2) eliyle infaz ettirerek gerekli masrafları donatan veya onun adına kaptandan tahsilini sağlar.

Maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre, dispeç'in yapılması talebi —hâdisenin müşterek avarya sayılamıyacağı ileri sürülerek— dispeççi tarafından reddedilirse, dispeçin yapılması icap edip etmediğine ilgililerden herhangi birinin ve bu arada sigortacının müracaatı üzerine dispeçin yapılacağı yer mahkemesi (TTK. m. 1207) tarafından karar verilir. Mahkeme ya evrak üzerinde veya ilgilileri ve bu arada sigortacıları dinleyerek bu hususta karar verir. Bu halde, basit muhakeme usulü (HUMK. m. 507) tatbik olunur.

II. DISPEÇİN TASDİKİNİ TALEP VE İTİRAZ

1. Duruşmaya Çağırma

Dispeççi tarafından —daha önce belirtilen esaslara göre— avarya zararının tesbitinde ve paylaşılmasına ait bir taksim plânı şeklinde hazırlanan dispeç raporu doğrudan doğruya icrası kabil bir mahkeme ilâmı hükmünde olmadığı için ilgililer ve bu arada sigortacılar varma yerinde veya yolculuğun bittiği liman mahkemesinden (TTK. m. 1207) dispeç'in tasdikini isteyebilecekleri gibi avaryanın nev'ine veya garame hesaplarına da itiraz edebilirler. İtiraz dilekçesinde duruşmaya çağrılacak olan ilgililerin —tebligata sâlih bir şekilde— ad ve soyadlarının gösterilmiş olması gerekir.

İtiraz dilekçesi üzerinde mahkeme, dispeççiden, dispeç ile onun müstenidi olan belgeleri ister, yapılan itirazın şekil ve mahiyetine gö-

ne dayanılarak davacıya ait yükün tamamının denize atıldığından bahisle davanın reddinde isabet görülmemiştir.

Yarg. TD. 9/12/1946 gün ve E. 1946/2270, K. 2755

re bu vesikaların yeterli olmadığına ve daha başka vesikalarla tamamlanması gerektiği sonucuna varırsa, o zaman, o vesikaların ibrazını onları elinde bulunduranlardan ister (HUMK. m. 362/f. I).

İlgililerin hepsi —yani dispeç raporu lehine veya aleyhine sonuç doğuran— duruşmaya çağrılır, ilgililere çıkarılacak dâvetiyede, dispeç ile ilgili vesikaların mahkeme kalemünde incelenebileceği ve hatta çağrılanın daha önce de yani duruşma ve inceleme gününden evvel dispeç'e karşı mahkemede itirazda bulunabileceği, dâvetiyede belirtilen günde gelmediği takdirde dispeç'e muvafakat etmiş sayılacağı hususu açıkça yazılır. Dâvetiyenin tebliği ile duruşma günü arasında en az onbeş günlük bir sürenin geçmiş olması gerekir.

Dispeç raporuna karşı vâki itirazın en geç ilk celsede hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık ve etraflı olarak bildirilmiş olması (87) zorunludur. Haklı sebepler neticesi bu mümkün olmazsa, hâkim ilgiliye itirazını bildirmek üzere en çok (88) bir haftalık uygun bir mehil verir. İlk celsede veya en geç hakim tarafından verilecek sü-

(87) Davalı yük sahibinin (zikredilen avarya hakkında tetkikatımızı ikmal ettikten sonra itiraz haklarımız bâki kalmak şartıyla sigortalı bulunan hamuleye ait garame hissesinin tefrik ve tesbiti hususundaki mütalaâmızı ayrıca bildireceğiz) demeci dispeç raporunu kabul sayılamıyacağına binaen böyle bir beyan zamanaşımını kesen ve Borçlar Kanununun 133 ve 135 inci maddelerinde yer alan bir ikrar mahiyetinde değildir.
Yarg. TD. 26/11/1948 gün ve E. 2305, K. 4980

(88) «Dispeç raporuna karşı ileri sürülecek itirazın en geç ne zamana kadar ileri sürülebileceği metinden açıkça anlaşılammaktadır. Metnin yazılışı itibariyle bu itirazın en geç birinci celsede ileri sürülebileceği intibâi uyanmaktadır. Bir de tasarı metni itirazın şumülünü ve muhtevasını belirten esaslar koymakla beraber ileri sürme şeklini kesin olarak belirtmiş değildir. Tatbikatta yeter derecede açık olmayan kanun hükümlerinden istifade edilerek iddia ve itirazların mümkün olduğu kadar geciktirilmesi yoluna gidildiği ve iddia ve itirazların sadece esaslı noktalarının belirtildiği ve mühim olan diğer noktaların ise karanlık bırakıldığı ve böylece davaların sürüncemede bırakılması yoluna gidildiği her gün görülen hallerdendir. Bundan başka dispeç raporu için ilgilinin yapması gerekli olan incelemeleri ilk celseye kadar bitirmemiş olması incelenecek mevzuların mahiyet ve şumulü veyahut ilgilinin çok uzak yerde bulunması gibi sebeplerle mümkündür. Bütün bu cihetleri göz önünde bulundurarak itirazın her hangi bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede etraflı ve açık şekilde bildirilmesi ve esas itibariyle ancak ve en geç ilk celsede bildirilmesi ve şayet itirazın ilk celsede bildirilmemesi veya etraflı olarak bildirilmemesi haklı sebeplere dayanıyorsa hâkim tarafından ilgiliye bir defalık uygun bir mehil verilmesi tarafların zıd menfaatlerini uzlaştırmaya elverişli görülmüş ve maddeye bu esaslara uygun hükümleri ihtiva eden son fıkra eklenmiştir.»

re içinde gerektiği gibi ve etraflı bir şekilde mahkemeye bildirilmemiş olan itiraz hiç yapılmamış sayılır.

TTK. nun 1212 inci maddesi hükmüne göre, dispeç raporunun tasdiki veya onunla ilgili itirazlar basit muhakeme usulü hükümleri dairesinde incelenip karara bağlanır.

2. Mahkeme Tarafından Dispeçin Tasdiki

TTK. nun 1210 uncu maddesi hükmüne göre ilgililere ve bu arada sigortacılara çıkarılan dâvetiyede tayin olunan günde gelenlerle duruşma yapılır. Dispeç raporuna karşı gerek duruşmadan önce ve gerekse duruşma sırasında herhangi bir itiraz ileri sürülmediği takdirde «dispeç» tasdik olunur. Şayet itiraz yapılmışsa ilgililer dinlenir. İtirazın yerinde olduğu anlaşılır veya ilgililer başka surette bir anlaşmaya varırlarsa dispeç buna göre düzeltilerek tasdik olunur.

Maddenin ikinci fıkrası hükmü dispeçle ilgili itirazın hemen karara bağlanmasının mümkün olmaması halinde, dispeç raporunun itirazın şumûlü dışında kalan kısımları mahkemece ayrı bir kararla tasdik olunur ve itiraza uğrayan kısım hakkında ise duruşmaya devam olunur. Kanun koyucu böyle bir hükmü vaz'etmek suretiyle; yerine göre binlerce ve belki de yüzbinlerce liralık alacak-verecek münasebetlerine ilişkin olan bir dispeç raporunun üç-beş bin liralık cüz'î bir kısmına itiraz edilmiş olması nedeniyle onun dışında kalan büyük kısımların tasdik edilmemesi, başka bir deyişle, uzun bir süre kesinleşmemesi sonucunu doğuracak ve böylece bir çok alacaklının alacağını bir an önce alamıyarak aylarca ve belki de daha çok uzun bir süre uyuşmazlığın sonucunu beklemek zorunluğu ile karşı karşıya bırakmaktan ilgilileri kurtarmış bulunmaktadır. Esasen kanun koyucu da aynı düşünce ile «müşterek avarya» garame borçlarından doğan alacakları bir yıllık kısa süreli zaman aşımına tâbi tutmuş bulunmaktadır (TTK. m. 1259/ilk fıkranın atfı nedeniyle 1285/b. 5), (89), (90).

(89) «Bu maddenin mehâzı olan Alman ihtilâfsız kaza kanununun 155 inci maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde bulunan ve dispeç raporunun itirazı uğramıyan kısmının tasdikine imkân veren hükmün tasarıya alınmamış olması mühim bir eksikliklerdir. Zira yerine göre binlerce liralık ve belki, yüzbinlerce liralık alacak verecek münasebetlerine ilişkin bulunan bir dispeç raporunda üç-beş bin liralık bir kısma itiraz edilmiş olması onun dışında kalan kısımların tasdik edilmemesi neticesini doğuracak ve böylece birçok ilgililer uzunca bir zaman beklemek mecburiyetinde kalacaklardır. Bu durumun meydana vereceği mahzurlar ise aşikârdır. Bu itibarla raporun iti-

3. Dispeç Raporunun Tasdiki Hakkındaki Mahkeme Kararının Hükmü

«Dispeç raporunun tasdiki hakkındaki kararın hükmü» kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1213 üncü maddesine göre, dispeç raporunun tasdiki ile ilgili mahkeme kararının kesinleşmesiyle bu karar, raporda gösterilen alacakların ödetilmesi için verilmiş bir ilâm mahiyetini iktisap eder. Hatta hiçbir itiraza uğramamış olan dispeç raporunun mahkemece (TTK. m. 1211) tasdiki kararı da kesinleşmeden önce aynı mahiyeti —yani her an kabili infaz bir ilâm mahiyetini— hâizdir. Başka bir deyişle, kanun koyucu 1213 üncü madde hükmünü sevk'etmek suretiyle, dispeç raporunun tasdiki hakkındaki kararın hemen icra edilebileceğini yani «müşterek (büyük) avarya» dan doğan hak ve borçları ayrı ayrı tesbit etmeyi hedef tutan ve adına «dispeç raporu» denilen tesbit ilâmına o ilâmın kesinleşmesi halinde tıpkı «bir edâ dâvası» (91) sonunda mahkemeden verilmiş bir ilâm gibi aynı hukukî değeri ona da tanımış bulunmaktadır. Fakat dispeç raporunun tasdiki ilâmına —herhangi bir itiraza uğramamış olması kayıt ve şartıyla— böyle bir mahiyet tanımak için o kararın kesinleşmesini beklemeye hiç lüzum yoktur, başka bir deyişle, kesinleşme için —diğer mahkeme ilâmalarında olduğu gibi— temyiz süresinin geçmesini beklemeye mahal yoktur. Çünkü, usulüne göre kendilerine tebligat yapılan ilgililerin dispeç raporuna karşı itirazda bulunmalarını halinde o raporu haliyle aynen kabul etmiş sayılacakları esaslı TTK. nun 1210 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmüyle kabul edilmiş bulunmaktadır. Binâenaleyh, dispeç raporunun herhangi bir itiraza uğramamış olması halinde, tasdik kararının, hemen bir «edâ dâvası» mahkûmiyet kararı haline gelebilmesi prensibi benimsenmiş bulunmaktadır (92).

raza uğramayan kısımlarının tasdikini kabul etmek ilgililerin zıd menfaatlerini uzlaştıracak doğru bir esastır. Bundan dolayı 1211 inci maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.»

TBBM. Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 414-415

(90) Dispeç raporunun tasdiki talebinin reddine ilişkin kararlar Yargıtayda mürafaaya tâbi mevaddan değildir.

Yarg. TD. 2/10/1959 gün ve E. 1646, K. 1360

(91) BAKİ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ank. 1974, 3. Bası, sh. 252-253

(92) «Tasarıda dispeç raporunun tasdiki hakkındaki kararın icra edilebileceği kabul edilmiştir. Bundan kasıt hakları ve borçları tesbit etmeyi hedef tutan bir tesbit ilâmına o ilâmın kesinleşmesi halinde bir edâ ilâmı yani alacağın ödetilmesi dâvası neticesinde verilmiş bir ilâm mahiyeti tanımaktır. Fakat dispeç raporunun herhangi bir itiraz uğramamış olması halinde tasdik ilâmına böyle bir mahiyet tanımak için kararın kesinleşmesine lüzum

Maddenin ikinci fıkrası hükmü, muhakeme usulüne ilişkin bulunmaktadır. Buna göre, dispeç raporunun tasdikine ait ilâm, tasdik tâibi üzerine (TTK. m. 1211) yapılan duruşmaya usulüne göre (TTK. m. 1210/f. 4) çağrılmış olmayan ilgililer aleyhine hiçbir netice doğurmaz. Çünkü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ana prensibine göre, mahkemelerden verilen her hüküm ancak, taraf olarak ve usulüne göre duruşmaya çağrılmış olan ilgililer için muteberdir. Bu itibarla dispeç raporunun tasdiki kararının da ancak-tasdik veya itiraz duruşmasına usulüne uygun bir şekilde çağrılmış bulunan kimseler hakkında bir hukukî netice doğurması tabiidir.

D) MÜŞTEREK AVARYA ESASLARINA TÂBİ OLAN BAŞKA HALLER

Şartları

"Müşterek avarya esaslarına tâbi olan başka haller" kenar başlığını taşıyan TTK. nun 1214 üncü maddesi hükmü, haddi zatında müşterek avarya olmayan bir hâdiseyi sadece yük sahipleri arasında müşterek avarya hükümlerine tâbi kılmış bulunmaktadır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere kaptan yolculuğu bitirmek maksadiyle

yoktur. Çünkü, usulüne göre kendilerine tebligat yapılan kimselerin itirazda bulunmaları halinde raporu kabul etmiş sayılacakları esas 1210 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmüyle kabul edilmiş bulunmaktadır. Bunun neticesi ise raporun herhangi bir itiraza uğramış olması halinde tasdik kararının hemen bir mahkûmiyet kararı haline gelebilmesidir. Bu düşüncelerle 1213 üncü maddenin birinci fıkrası yeniden kaleme alınmıştır.

Muhakeme usulüne göre her verilen hüküm ancak taraf olarak usulüne göre duruşmaya çağrılmış olanlar için muteberdir ve bunun müeyyidesi Yargıtayca bozulma ve muhakemenin iâdesinin istenebilmesidir. Bu bakımdan tasdik kararının da ancak tasdik veya itiraz duruşmasına usulüne uygun şekilde çağrılmış bulunan kimseler hakkında bir hukukî netice doğurması tabiidir. Fakat, dispeç raporunun tasdiki memleketimize yeni giren bir müessesese olduğundan Alman İftilâfsız Kaza Kanununun 158 inci maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği üzere bu hükmün şümulü için açık bir esas konulması uygun görülmüştür. Ve böylece raporun tasdikine ait kararın tasdik duruşmasına çağrılmış olmayan ilgililer aleyhine bir netice doğurmayacağı yollu hüküm ikinci fıkra olarak yazılmıştır. Fıkranın yazılışından da anlaşılacağı üzere tasdik kararı kesinleşmiş olsun, olmasın duruşmaya çağrılmış olmayanlar zararlandırmıyacaktır. Fakat, duruşmaya çağrılmış olmayan bir kimsenin lehine olarak bunun hukukî neticeler doğurması herhangi bir mahzur meydana getirmeyeceğinden bu cihet dahi fıkranın yazılış ile belirtilmiş bulunmaktadır.»

yüklerden bir kısmı üzerinde müşterek avaryadan sayılmayan bir sarfiyat için satmak veya TTK. nun 1000 ve 1001 inci maddeleri hükümleri gereğince "deniz ödöncü" karşılığında rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunursa yük ile ilgili olanlardan birinin hakkı olan tazminatı gemi ve navlun üzerinden tamamen veya kısmen alamaması yüzünden uğrayacağı zarar sadece yük ile ilgili olanların hepsi tarafından müşterek avaryaya esaslarına göre çekilir.

Daha önceki açıklamalarımızda da belirtmeye çalıştığımız veçhile, gemi ve yükü birlikte tehdit eden bir tehlikeden kurtarmak için müşterek selâmet uğruna kaptan yüklerden bir kısmını satmış veya "deniz ödöncü"ne karşılık göstermek zorunluğunda kalsa idi, elbetki, kaptanın bu nevi tasarrufundan doğan her türlü zararlar "müşterek avaryaya" hesabına girecekti. Halbuki 1214 üncü madde hükmü böyle bir "müşterek selâmet şartı" nı öngörmüş değildir o sadece kaptanın yolculuğa devam etme maksat ve ihtiyacını yeterli saymış bulunmaktadır.

TTK. nun 995 inci maddesi hükmüne göre kaptan yükün menfaati için yük ile ilgili olanların bir temsilcisi sıfatıyla onlar lehine gerekli her türlü tedbiri almaya ve vuku bulan hâdiselerden ve alınan tedbirlerden de gecikmeksizin yine onları haberdar etmeye zorunludur. Aynı kanununun 998 inci maddesi hükmü de TTK. nun 995 inci maddesine atıfta bulunmak suretiyle gemi kaptanına yolculuğa devam edebilmesi için yükü satmasına veya rehnetmesine imkân bahşetmiş bulunmaktadır. Her iki halde de "müşterek selâmet unsuru" nun varlığı söz konusu edilmemiş bulunmaktadır. Aksi halde yani müşterek selâmet unsuru şart koşulmuş olsa idi, o zaman, "müşterek avaryaya" olurdu. Müşterek avaryaya için alınacak tedbirler TTK. nun 999 uncu maddesinde gösterilmiştir. Binâenaleyh, TTK. nun 1214 üncü maddesinin tatbiki için yolculuğa devam maksadı ile kaptanın yükte bir tasarrufu olacak ve fakat bu tasarruf "müşterek avaryaya" hareketi teşkil etmiyecektir.

Geminin yolculuğa devam etme yükümlülüğü donatana ait olmakla beraber elbette bunda yük sahiplerinin de müşterek menfaatleri vardır. Bu sebeple yüklerden birine bir zarar gelmiş ise, diğer yük sahiplerinin de bu zararı paylaşmaları gerekir. Kanun koyucu işte bu düşünce ile TTK. nun 1214 üncü maddesi hükmünü sevk'etmiş bulunmaktadır.

Kaptan, gemide mevcut muhtelif kişilere ait muhtelif cins yükten sadece birini satmış veya o yükü "deniz ödöncü" ne karşılık gös-

termiş olabilir. Kaptanın bu tasarrufunun bunlardan sadece birine tesadüf etmesi ancak bir şanssızlıktır. Bu yüklerin aynı rizikoya maruz olduğu ve tehlikenin bunlardan sadece birine tesadüf ettiği için meydana gelen zarar bütün yükler arasında paylaşılmaktadır. Burada da bir tehlikeye iştirak hali ve diğer bir deyişle müşterek avarya'ya hâkim olan ana fikir söz konusu olmaktadır. Ancak, madde metninde de belirtildiği veçhile, bu zararın yük sahipleri tarafından müşterek avarya hükümlerine göre paylaşılabilmesi için hakkı zâyi olan yük sahibinin alacağını donatanın deniz serveti üzerinden tahsil edememesi lâzımdır. Zira zarar ancak bu halde doğmuş olacaktır. Burada âdeta bir malî mes'uliyet sigortası (93) vardır. Yük sahibi donatandan alacağını tahsil edemezse, o zaman, meydana gelen zarar bütün yükler arasında paylaşılır.

TTK. nun 1214 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü, yük sahibinin zarar ve alacağının ne olduğunu ve ne şekilde tesbit edileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Yük sahibinin donatandan olan alacağı, TTK. nun 1112 inci maddesinde yer alan ölçülere göre hesap edilir. Ancak, yükün safi satış değeri 1112 inci maddede gösterilen değerden yüksek olduğu takdirde donatan 1112 inci maddeye göre tazminat ödiyeceği için aradaki farktan faydalanacaktır; çünkü gâye sadece yük sahibinin zararını tazmin ettirmektir, yoksa donatana kazanç temin etmek değildir. Bu itibarla TTK. nun 1113 üncü maddesi hükmüne göre, satılan veya rehnedilen yük nedeniyle taşıyanın veya genellikle donatan taşıyan durumunda olduğu için donatanın, ödemesi gereken tazminat, malların (yüklerin) hasarlı haldeki satış değeri ile piyasa değeri veya malların varma yerinde boşaltılmaya başlandığı tarihte hasarsız olarak haiz olacakları değer arasındaki farktan ibarettir. Ancak, hasar sebebiyle tasarruf edilen gümrük resmî ile diğer masraflar indirilir. TTK. nun 1214 üncü maddesi hükmü, ana prensip olarak; TTK. nun 1113 üncü maddesine göre tesbit edilen sâfi satış değerinin biraz önce işaret edildiği gibi, 1112 inci madde veçhile elde edilen değerden fazla olması halinde, donatanın sadece "sâfi satış değeri" ni ödemesi gerektiği esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, bu hüküm yükü satılan taşıtın ile donatan (taşıyan) arasındaki hukukî ilişkiye taâlluk eder. Yoksa, bir zararın doğması halinde yük sahipleri "müşterek avarya" hükümleri ile bağılırlar ve bu sebeple de yük ile ilgili zararlar TTK. nun 1200 üncü maddesi hükmü veçhile ödenir. Başka bir deyişle, müşterek avarya'ya müteâllik normal kaide uygulanır. Meselâ yükün satış tutarı 1200 üncü mad-

dede gösterilen bedelden yüksek ise, bu farktan ancak "müşterek avarya" faydalanabilir. Şu kadar ki, "müşterek avarya"ya girecek bedel, tazmin edilmemiş olan bedeldir. Meselâ, gemi batmış ise 1200 üncü maddeye göre elde edilen bedelin tamamı, ancak gemiden kısmen tahsil edilebilmiş ise geri kalan kısım müşterek avarya hesabında nazara alınarak tazmin edilir.

BANKA ÇEKİ İLE ÖDEME

Erbay TAYLAN*

PLÂN :

- I — GENEL OLARAK
- II — BORCUN YERİNE GETİRİLMESİ
 - 1 — Gizli ödeme
 - 2 — Açık ödeme
- III — BORÇLANILMADIĞI SAVUNMASI
- IV — SOYUT OLARAK VERME
 - 1 — Havale
 - 2 — Para senedi
 - 3 — Kambiyo
 - 4 — Gezi çekleri
 - 5 — Ödeme gereci
 - 6 — Yasal deyim
- V — SONUÇ

I — GENEL OLARAK

Ödeme, genel anlamda, çoğunlukla para verilmesi ve azınlıkla da bir yüklenimin parasal yönden yerine getirilmesi olarak kullanılmaktadır. Hukuk dilinde ise, aksine, çoğunlukla bir yüklenimin parasal yönden yerine getirilmesi ve azınlıkla da, para verilmesi anlamını taşır. İşte, bu iki alandaki aykırılığın çoğu kez sezilmemesi, bir ölçüde de olsa, adaletin gerçekleşmesini engellemektedir. Özellikle, tanıt yükünde (1) bu konu önem kazanır. Çünkü, genel kural, bireylerin savlarına temel olan olguları tanıtılmalarıdır. (2) O halde, anlamlarına göre bir ayırım yapma zorunluluğu doğmaktadır.

(*) Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

(1) Charge, fardeau de la preuve.

(2) Onus probandi incumbit actori.

II — BORCUN YERİNE GETİRİLMESİ

Borcun yerine getirildiği savunması iki türlü gerçekleşir: İki, ödünç verendeki alacağın takası, ikincisi de sonradan ödemedir.

1 — Gizli ödeme

Ödünç alınanın kabulü ile ödünç verendeki bir başka alacağın takas edildiği savunmasında, (3) gizli bir ödemenin varlığı belirlenmektedir. Burada, gizli ödemeyi, savunan tanıtlayacaktır. (4)

2 — Açık ödeme

Bu türde, davalı, ödünce aldığını sonradan geri verdiğini ileri sürer. Böyle bir savunmada tanıt yükü hangi yandadır. (5) Soru, inançları birleştirme kararı (6) ile yanıtlanmış ve tanık, yükü ödeme bildirisini ileri sürene yüklenmiştir. (7) Bu karara dayanak, kuşkusuz, Eski Ticaret Yasasının 683. maddesindeki buyruğun genel hukuk davalarına etkisi idi. Yeni Ticaret Yasasının yürürlüğünden sonra böyle bir tartışmaya da girilmesine gerek kalmadığına göre artık, duraksamaya yer yoktur. (8) Aldım, fakat, sonradan ödedim diyenin bu bildirisinin bölünmemesi, davacının, yazılı kanıtla savını tanıtlama zorunda olmasına karşın böyle bir kanıtı bulunmamasında önem kazanır. Çünkü, yazılı kanıt olduğunda, karşı yan, savunmasını ancak yazılı kanıtla

(3) L'aveux complex.

(4) GLASSON et TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris 1936, C. 2, N. 595; J. HEMARD, *Précis élémentaires de droit civil*, C. 2, N. 1814; H. CAPITANT, *Cours élémentaire*, C. 2, 1935, N. 50; BAUDRY - LACANTINERIE et BORD, *Des obligations*, C. 4, N 2712; N. BİLGE, *Medeni yargılama hukuku dersleri*, Ank. 1967, s 459; İ. POS-TACIOĞLU, *Medeni usul hukuku dersleri*, İst. 1970, s. 486, 487. (Karşı görüş)

(5) S.Ş. ANSAY, *Hukuk yargılama usulleri*, Ank. 1960, s. 259 : İkrara temel olan vakıa ile bu ek fer'i vakıa arasında bir bağ varsa ikrar gene bölünemeyecektir; meselâ, müddeaaaleyh ödünç aldığı parayı ödediğini söylerse bu telâkkiye göre gene bir şey ikrar etmiş olmayacak, bilâkis borcu olmadığını söylemiş olacaktır.

(6) 9/2/1941 gün ve 18/45 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

(7) Bu konuda Hukuk Usulünde değil, ETK. nda bir hüküm bulunmaktaydı. Benzer bir hüküm de Alman Usul Yasasının 289. maddesinde yer almaktadır : İkrara, bağımsız bir sav ve savunma aracının eklenmesi, onu etkilemez Mahkemedeki bildirinin, ek ve kısıtlamayı gerektiren savlara bakılmaksızın bir ikrar sayılması, her olayın durum ve gereğine göre belirlenmelidir.

(8) Fransa, ticaret mahkemelerinde uygulanacak özel usul hükümlerine Ticaret Yasasında yer vermiştir.

tanıtlayabilir. Bu nedenle, (B) nin, aldım, fakat, ödedim, biçimindeki ikrarı, tanıt yükünün hiç bir zaman (A) ya ait olmasını gerektirmez. (B), savunmasını yazılı kanıt başlangıcı ve tanıkla tanıtlayamaz ya da (A) ya ant yöneltmezse, davayı yitirir. (9)

O halde, konuyu toparlayacak olursak, ödeme savunmasında, bunu ileri sürenin, tanıtılma ile yükümlü olduğu sonucunu elde ederiz. (10) Ancak, bu konuda bilimsel alandaki tartışmalar da son bulmuş değildir. (11)

III — BORÇLANILMADIĞI SAVUNMASI

Davacı tarafından davalıya belli bir para verilmiştir. Davacı, bunun ödünç, davalının da başka bir hukuksal ilişkiye dayandığını savunması (12) karşısında, savın tanıtı davacıya düşer. Davacıdan davalının para aldığını belirten ve nedeni açıklanmayan makbuz ya da posta, banka gibi aracı kuruluşlarla para gönderildiğinin belirlenmesi, ödünç sözleşmesinin tanıtıldığı anlamına alınamaz. (13) Davalıya para verildiğinin çek (14) kullanılması ile açıklığa kavuşmasında durum ne olacaktır? Çekin niteliğine göre bir ayrıcalık olmamalıdır ve Genel Kurul da, 9/7/1965 gün ve 388/3-38 sayılı kararı ile aynı sonucu benimsemiştir. (15) Ne var ki, kararın yazımında yer alan, "çek, mahiyeti itibariyle borç ikrarını havi bir belge değil, havale misilli bir ödeme vasıtasıdır" dizisi, bu kararın yanlış anlaşılmasına ve sanki, çekin parasal açıdan bir borcun yerine getirilmesi yolunda karine varlığını belirleyen kanılara ulaşılmasına yol açmıştır. Böylece, para

(9) Y. KARAYALÇIN, Ticaret hukuku dersleri, Ank. 1960, C. 1, s. 185.

(10) İbid. 186 : ETK. 683 deki hükmün, yeni TK. na alınmamış olması dolayısıyla isbat hukuku sahasında ikrarın bölünmemesi bakımından mühim bir boşluk meydana gelmiş bulunmayacaktır. Bu sahadaki içtihat gelişmesinin tamamlanmış olduğu tabiiyle söylenemez. Fakat, hukuk ve ticaret davalarında ikrarın bölünemeyeceğinin prensip olduğu ve bunun bazı istisnalarının bulunduğu (ve dolayısıyla başka istisnalarının da bulunabileceği) görüşü artık yerleşmiş sayılabilir; HGK. nun 10/6/1960 gün ve 4126/3417 sayılı, 2. HD. nin 14/12/1970 gün ve 6079/6583 sayılı kararları

(11) B. KURU, Hukuk muhakemeleri usulü, Ank. 1974, s. 380. (Karşı görüş)

(12) L'aveu qualifié.

(13) 4. HD. nin 2/4/1964 gün 510/1823; 2/5/1968 gün 4884/3816; 11/6/1968 gün 7011/5044; 28/1/1969 gün ve 2863/792 sayılı kararları.

(14) Kökeni, chèque (assegno bancaria) dir. Dilimizdeki, mastarı çekmek olan eylem sözcüğü ile ilgisi yoktur.

verilişinin çekle anlaşıldığı durumlarda, uygulama, paranın veriliş nedeninin, borcun ödendiği varsayımına yönelik bir raya oturmuştur.

IV — SOYUT OLARAK VERME

Oysa, çekle ödeme, soyut vermedir. Bu nedenle, uygulama, anılan yoldan sıyrılmalıdır. Bu olgunun gerekliliği şöyle açıklanabilir :

1 — Havale

Kararın yazılışında da açıklandığı üzere, çek çekilmesi, bir havaledir. "Havale", kural olarak soyut bir işlemdir ve bu bakımdan ilgililer arasında önceden var olan neden-sonuç bağıını oluşturan hukuksal ilişki ya da havale ile kovuşturulan amaç, işlemde gösterilmez. Bu nedenle, ne havale alıcısı, ne de havale ödeyicisi, benlikleri ile karşıyan arasında bir hukuksal ilişki olduğunu tanıtlamak zorundadırlar. (16) Öyleyse, çek çekilmesi, neden-sonuç bağıından yoksun bulduğundan çekle ödemede, bir borcun yerine getirildiğinin düşünülmesine olanak yoktur. Öyle ki, havaleye, bir borcun doğduğu ya da kapatıldığı veya var olan bir borcun değiştirildiği gözü ile bakılamaz. (17) Çek de, özel bir havaledir. (18)

2 — Para senedi

Çeke, bir anlamda ve özellikle taraflar arasında, paradan başka bir nitelik tanınmaz. (19) Çek, bir para senedir ve para gibi kulla-

(15) H.G.K. nun 9/7/1965 gün ve 388/3-38 sayılı kararı : Davacı (K), davalı (D) ye 550 lira ödünç verildiğini beyanla, bunun, davalı (D) de, (K) aleyhine açtığı dava ile (K) nin kendisine 1100 lira mukabilinde inşaat plânı yaptırdığını, bunun 550 lirasının peşinen ödendiğini, alacağı olan bakiye 550 liranın tahsiline karar verilmesini istemiştir. (D) nin iddiasını ispat edemediği neticesine varılarak onun davasının reddine ve (D) nin, (K) dan aldığı çekle Doğubank'tan tahsil eylediği anlaşılan 550 liranın tahsiline karar verilmiştir. (D) nin davasını ispat edememesi, (K) nin ondan alacaklı olduğunu göstermez Çek ise, mahiyeti itibariyle borç ikrarını havi bir belge değil, havale misilli bir ödeme vasıtasıdır. Bu itibarla, (K) nin bu çeki ödünç verdiği yolundaki iddiası etrafında gerekli inceleme yapılmaksızın ve iddiası ispat ettirilmeksizin mücerret (D) nin davasını ispat edememesi neticesine dayanılarak müddeabihin (D) den tahsili cihetine gidilemez.

(16) N. BİLGE, Borçlar hukuku dersleri, Hususi borç münasebetleri, Ank, 1958, s. 242.

(17) KARAYALÇIN, op. cit. 53.

(18) H. DOMANIÇ, Kıymetli evrak hukuku, İst. 1975, s. 368.

(19) İbid. 369.

nılması amacını güder. (20) Şu duruma göre, bir kişiye para verilmesi ile çek verilmesi arasında hukuksal yönden bir ayrıcalık yoktur.

3 — Kambyo

Çekin bir kambyo senedi olduğunun yinelenmesine gerek yoktur. Kambyo senedi sayılan bir senet, hakkı kurmaz (ihdas etmez), yalnızca, genel hükümler gereği olan bir hakkı, kambyo senetleri hükümlerine bağlar, onu açığa kavuşturur (izhar eder. (21) Bu nedenle, çekle ödeme, bir hakkın kurulması, başka bir söyleyişle, borcun ödenmesi anlamına alınamaz.

4 — Gezi çekleri

Çeki düzenleyen ve adına çek düzenlenen kişinin aynı olması dolayısıyla gezi çekleri, yasal olarak çek sayılmazsa da (22) bu durum, çek çekenin, adına çek düzenlediği kişiye borçlanmadığının açık bir kanıtı olsa gerektir.

5 — Ödeme gereci

Yasal alanda ve hukuk yazınında yer alan, "poliçe kredi, çek bir ödeme vasıtasıdır" sözcük dizisinden, çekin bir borç ödeme gereci olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Poliçenin kredi aracı olması, şöyle gerçekleşir : Bir tacir, diğer bir tacire mal satmış, alıcının mal bedelini hemen ödemeye olanağı bulunmamış ve satıcının da paraya gereksinmesi olsun. İşte böyle durumda, satıcı, alıcı üzerine, alıcının ödeme yapabileceği bir günde ödenmek üzere bir poliçe çeker. Satıcı, hemen bir bankaya ya da bir kişiye kıldırarak bedelini alır. Alıcı da, hem malı almış ve hem de bedelini ödemesi için kendi durumuna uygun bir kredi sağlamış olur. Çek, bu tür krediyi sağlamaya olanak vermediği ve hemen para verilmesini gerekli kıldığı için "bir ödeme vasıtasıdır." Yoksa, borcun kapatılması gereci değil.

(20) G RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris 1954, s. 187 : 6/2/1953 günlü yasanın 33. maddesi gereğince, 5000 franktan yukarı ödemelerin çekle ya da banka mahsubu ile yapılması zorunludur. Devletin giderleri de, saymanlar üzerine çekilen çeklerle ödenir; F. EREM - T. KALPSÜZ - G. ÇELEBİCAN, *İktisadi ve hukuki yönden çek*, Ank. 1968, s. 19.

(21) H. CAPİTANT, *De la cause des obligations*, Paris 1923, s. 404; E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris 1931, s. 806-808.

(22) M. DESPAX, *Les travellers chèque*, *Revue trim. de droit commercial*, 1957, s. 323.

6 — Yasal deyim

Yasa, 580. maddesi ile, "büyük miktarda çıkarılıp görüldüğünde ödenmesi gereken ve para yerine ödeme vasıtası olarak kullanılan ve muayyen bedelleri yazılı olan diğer hamile yazılı senetlerin iptaline karar verilemez" diyerek, ödeme sözcüğünü, para verilmesi yerine kullandığını, tüm kuşkuları yok edecek biçimde açıklamıştır.

V — SONUÇ

Polıçe bir kredi, çek bir ödeme gerecidir. Çek, ödemelerde kullanılır. Ne var ki, bu işlevine karşın çekle ödeme ile Usul Hukukunun ödemeye ilişkin kuralları arasında bağlantı görülmemelidir. Özgün yapıları gereği, deyimlerin ayrı anlamlarda algılanmaları, onların hukuk düzenine geçiş ereklerine uygun bir yorum olacaktır.

AÇIK EMRE YAZILI SENET (BONO) VE BAZI SORUNLAR (I)

Gönen ERİŞ*

I — GENEL OLARAK

Yürürlükten kaldırılan 865 sayılı eski Ticaret Kanununun üçüncü babında (Senedatı Ticariye) başlığı altında poliçe, emre muharrer senet yani bono ve çek düzenlenmişti. Sonradan 1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu poliçe, bono ve çek için kambiyo senetleri terimini kullanmış bulunmaktadır. Ticari hayatta, genellikle geçmişin bir alışkanlığı olarak kambiyo senetlerine ticari senet ismi verilmektedir. Bilindiği üzere, kambiyo senetleri bir para alacağını temsil ederler. Bu senetlerden doğan alacak senede bağlı olmakla beraber, özel hukuk münasebetinden doğan başka bir sebebe de dayanabilir. Örneğin, senette borçlu görülen şahsa bir mal satılmış ve o anda ödenmesi mümkün olmayan satış bedeli için yahut ödünç olarak alınan bir para karşılığı için bono düzenlenmesi gibi. Ticari senetler, bazı koşullar altında ve özellikle bu yazının konusunu teşkil eden açık emre yazılı senet lehtar'a, diğer söyleyiş ile alacaklıya verilirken bütün yasal unsurlar senet metnine yazılmamış olabilir. İşte bu şekilde ortaya çıkan ve emre yazılı senedin tarafı olan borçlu ve alacaklı anlaşması ile düzenlenen ve henüz bütün unsurları yazılmamış emre yazılı senede açık emre yazılı senet veya açık bono ve zaman zaman da beyaz imza adı verilmektedir.

Yürürlükten kaldırılan eski Ticaret Kanununda, açık emre yazılı senet diye isimlendirilen bir müessese yoktu. Ticari zorunluğun bir teamül haline getirildiği ve bu teamülün memleket düzeyinde genişleme eğilimini göstermesi karşısında kanun koyucu Ticaret Yasasını yeniden düzenlerken açık ticari senetlere de yeni bir yön vermeyi uygun görerek Türk Ticaret Kanununun 592. maddesini düzenlemek zaruretini duymuştur. Sadece T.T. Kanununun 592. maddesinde yer alan ve bir tek maddeden ibaret olan açık poliçe hakkındaki madde, aynı yasanın 690. maddesi ile emre yazılı senet ve 730. maddesi yollaması ile de çek için uygulanması sağlanmıştır.

(*) Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

II — EMRE YAZILI SENETTE ŞEKİL VE UNSURLAR

A — GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu emre yazılı senedi tarif etmemiştir. Emre yazılı senet, muayyen bir paranın lehtar veya hamile ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız borç ikrarını taşıyan belli şekil koşullarını içeren kıymetli evrak niteliğinde bir senettir. Kanunun gerekçesinde açıklandığı veçhile, ticaret âleminde vaki yazışma ve konuşma sırasında emre yazılı senede (bono) denilmektedir. Fakat matbu senetlerde genellikle emre yazılı senet deyimi kullanılmaktadır. (1)

Herhangi bir senedin emre yazılı senet olarak tavsifi için yasaca öngörülen bazı şekil koşullarına uymak gerekmektedir. Bu koşullar mecburi ve ihtiyari olmak üzere iki kısma ayrılabilir. Mecburi koşullarda, kendi arasında mutlak ve alternatif olmak yönünde iki bölümde izah edilebilir. (2)

B — EMRE YAZILI SENETTE MECBURİ UNSURLAR

I — Emre yazılı senette mutlak mecburi unsurlar

Türk Ticaret Kanununun 688. maddesinde emre yazılı senedin şekil koşulları öngörülmüştür. Mutlak mecburi unsurları şöyle açıklayabiliriz.

- a) Emre yazılı senet veya bono kelimesi,
- b) Muayyen bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız ödeme vaadi,
- c) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun ad ve soyadı,
- d) Düzenleme (ihdas) tarihi,
- e) Senedi düzenleyenin imzası,

Bu açıklanan mecburi unsurlardan biri emre yazılı senette yazılı değilse, yasal unsur eksik bulunduğundan senet bono sayılamaz. Emre yazılı senet bir alet ile yazılacağı gibi el yazısı ile de yazılabilir. Ancak emre yazılı senetdeki imza mutlak surette el yazısı ile yapılmış olması gerekir.

(1) Doğanay, İsmail. T.T. Kanunu Şerhi. 1974 Cilt 2, S. 1397.

(2) Karayalçın, Yaşar. Ticari Senetler. 1964, S. 78.

a) Emre yazılı senet veya bono kelimesi,

Bir senedin emre yazılı senet veya bono olabilmesi için senet metninde, emre yazılı senet yahut bono kelimelerinin yer alması icabeder. T.T. Kanununun 688. maddesinin birinci bendine göre, eğer emre yazılı senet Türkçe'den başka bir dilde yazılmışsa, o dilde emre yazılı senet veya bono karşılığı olarak kullanılan kelime senet metninde yer alması gerekir. Bu kelimelerin senet metnine yazılması zorunludur. Bu şekil koşulu mutlaktır. Yorum yoluyla mutlak şekil koşullarının yumuşatılması kabul edilemez. Ayrıca sözü edilen şekil koşulunun sıhhat diğer bir deyimle muteberlik koşulu olarak kabulünde zaruret mevcuttur.

b) Muayyen bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız ödeme vaadi,

Emre yazılı senedin ikinci unsuru, belirli bir meblâğın kayıtsız ve şartsız ödeme vadini içermesidir. Muayyen bir paranın taksitle ödenmesine dair borcu içeren senet, ne emre yazılı senet ne de daha geniş bir anlatım ile kambiyo senedir. (3). Bir miktar misli eşyanın teslimi için düzenlenen senet, emre yazılı senet veya bono değildir. Yüksek 11. H. Dairesinin bir kararından yapılmış şu alıntı (... T.T. Kanununun 688/2. maddesinde kayıtsız şartsız muayyen bir bedeli ödemek vadinin senette yer alması bononun zorunlu geçerlik şartı olarak kabul edilmiştir. O halde senet metninde esas borca bağlı olarak manevi tazminat, zarar ziyan, cezai şart gibi koşullar yeri geldiğinde bir tediye vasıtası şeklinde kullanılabilen ve para gibi elden ele dolaşabilen kambiyo senedinin fonksiyonuna ve tedavül kabiliyetine ters düşeceğinden geçerli sayılmaması gerekir...) (4) emre yazılı senette bedelin kayıtsız ve şartsız olması koşulunu belirgin bir şekilde açıklar.

Emre yazılı senet bedeli hem yazı ve hemde rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile gösterilen bedele itibar olunur. Senet bedeli yalnız yazı ile veya yalnız rakamla müteaddit defalar gösterilmiş olup da bedeller arasında fark bulunursa, en az olan bedel muteber sayılır. İki bedel arasında fark bulunuyorsa, yazı ile gösterilen bedele itibar edileceğine dair T.T. Kanununun 588 maddesinde öngürülen hüküm yazı ve rakam kayıtlarının herhangi bir tahrifatın yapılmamış olması koşuluna bağlıdır. (5).

(3) Yarg. İc. İf. D. 21.9.1961 gün ve 7779-8209, Erman, E.S. Polıçe-Bono-Çek, S. 192.

(4) Yarg. 11.H.D. 10.3.1975 gün ve 4801-1672. (Yayınlanmamıştır)

(5) Yarg. 11.H.D. 3.2.1977 gün ve 225-428 (Yayınlanmamıştır)

c) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun ad ve soyadı,

Emre yazılı senet veya bono, emre düzenlenmesi mümkün olup hamile yazılmadığından senet lehtar kim ise, onun ad ve soyadının gösterilmesi gerekir. Lehtarın ad ve soyadı gösterilmeyen bir kambiyo senedi geçersizdir. (6) Birden fazla lehtar gösterilmesi mümkündür. Emre yazılı senet metninde alacaklılar için teselsül kaydı yok ise, lehtarlar müşterek alacaklı olurlar. Uyuşmazlık halinde herbir lehtar hissesi oranında dava açabilirler.

Yargıtay yüksek 11.H. Dairesi 15.3.1977 gün ve 772-1209 sayılı kararında (7) (... Olayda davacı dayandığı senette isim yazılı olan iki alacaklıdan biridir. Alacaklı arasında teselsül hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir kayıt mevcut olmadığı gibi, buna dair bir belgede verilmemiştir. Bu durumda davacı senetle yansıyan haktan kendi hissesine isabet eden miktarı istemek hakkını haizdir. Çoğun içinde azın mevcut olduğu varsayımının göz önünde tutularak ve yukarıda işaret edilen esaslar dairesinde karar verilmesi gerekirken isteğin tümünün reddi isabetsizdir...) yazılı gerekçe ile bu görüşü belirgin bir şekilde teyit etmiştir.

Emre yazılı senet için poliçeye yollama yapan T.T.K. 690. maddede poliçe ile ilgili 585. maddeye atıf yapılmadığından, bir şahsın kendi emrine senet düzenleyemeyeceği ileri sürülmektedir. Diğer bir anlatım ile, borçlu kendisini emre yazılı senette lehtar olarak gösteremez. Ancak keşidecinin poliçede kendisini lehtar olarak göstermesi mümkündür. (8) Öte yandan, emre yazılı senet üçüncü bir şahsın hesabına da tanzim edilemez. (9)

d — Düzenleme (ihdas) tarihi

Düzenleme tarihinin emre yazılı senette bulunma zorunluğu ayrı bir koşuldur. Bu tarihi taşımayan senet ne poliçe (T.T.K. 583/7), ne emre yazılı senet (T.T.K. 688/6), ve ne de çek (T.T.K. 692/5) değildir. (10) Düzenleme tarihi genellikle borçlunun imzasının yanında bulunur. Emre yazılı senette, düzenleme tarihi, borçlu ve lehtarın ehliyetini tayin ve tesbit ve ayrıca vade bakımından ehemmiyet arzeder. Bundan başka düzenleme tarihi olmayan kambiyo senedi bu vasıfta

(6) Yarg. İc. İf. D. 28.2.1967 gün ve 1964-2062 R.K.D. 1967, Mayıs S. 156-157

(7) Yarg. 11.H.D. 15.3.1977 gün ve 772-1209 (Yayınlanmamıştır)

(8) Yarg. 11.H.D. 10.6.1976 gün ve 3063-3106 (Yayınlanmamıştır)

(9) Poroy, Reha. Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. İstanbul 1973, S. 213.

(10) Yarg. İc. İf. D. 22.12.1966 gün ve 13131-12918, Erman, E.S. a.g.e. S. 191

bulunmadığından hem açılacak davanın ticari dava olup olmaması ve dolayısıyla görev yönünün incelenmesi, hem de maddi hukukun uygulama alanı yönünden değişik sonuçlar ortaya sergilemektedir. Bu hususu bir örnek ile açıklamak gerekir ise, düzenleme tarihi olmayan senet T.T. Kanunu bakımından emre yazılı senet yani bono sayılamayacağından çıkan uyuşmazlık bir ticari dava değildir. Bu dava sonunda verilen hükmün temyiz inceleme merciide yüksek 11. Hukuk Dairesi olamayacaktır. (11)

Düzenleme tarihi el ile yazılabileceği gibi daktilo yahut lâstik damga kullanılmak suretiyle de vazedilebilir. Bir senette iki ayrı düzenleme tarihinin bulunması halinde ilk tarihin esas alınması gerekir. Düzenleme ve vade tarihi aynı ise bu hal senedin vasfına tesir etmez. (12) Ayrıca mücerret tanzim yılının gösterilmesi kâfi olmayıp taallûk ettiği ay ve günün de işaretlenmesi zorunludur. (13) Emre yazılı senette, düzenleme tarihi vadeden sonra yazılması halinde kambiyo senedi vasfı ortadan kalkar.

e) Senedi düzenleyenin imzası,

Her hangi bir anlaşma ve senette olduğu gibi emre yazılı senette de borçlunun ilzam edilebilmesi için imza şarttır. Mühür veya buna benzer bir alet kullanılarak emre yazılı senet, daha genel bir söyleyiş ile kambiyo senedi düzenlenemez. Yazı bilmeyen kimseler veya el ile imza yapamayan sakatlar emre yazılı senetle borçlanamazlar. Fakat bir mümessil veya bir vekil vasıta ile borçlanacakları tartışmasızdır. Ticari yaşamda genellikle, borçlunun imzası senedin yüzünde pul üzerine ve pulun dışında olmak üzere iki imza olarak atılmaktadır. Çift imza yasal bir zorunluk değildir. Borçlanma için tek imza yeterlidir. Zamanla senet üzerindeki imzalı pulun düşme ihtimaline binaen pulun dışında imza atılması tedbirli bir davranıştır. Senette borçlunun parmak izi bulunması halinde bu senet emre yazılı senet sayılamaz. (14) Söz konusu senet adi senet durumuna düşmüştür. Parmak izi vazedilen bir adi senedin geçerli olması için H.U.M.K. nun 297. maddesindeki şartları taşıması gerekir. (15)

(11) Eriş, Gönen, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin İş bölümü Alanı. Ank. Bar. D. 1976 sayı, 4. S. 613-620.

(12) Yarg. İc. İf. D. 12.5.1975 gün ve 2523-4404. Öğütçü, Tahir. A. ve Çitoğlu, Ali. İcra ve İfâs Kanunu, 1977, Cilt 2, S. 893.

(13) Yarg. İc. İf. D. 3.12.1968 gün ve 113-11329. Öğütçü, T.A. ve Çitoğlu, A. a.g.e. S. 887

(14) Yarg. Hukuk Gen. K. 8.10.1969 gün ve 56-737. İl. Kaz. İc. sayı 107, S. 8182.

(15) Yarg. 11.H.D. 20.12.1977 gün ve 5602-5733. (Yayınlanmamıştır)

2 — Emre yazılı senette alternatif mecburi unsurlar

Emre yazılı senette, düzenleme ve ödeme yeri olmak üzere alternatif mecburi unsurlar iki tanedir.

- a) Düzenleme yeri,
- b) Ödeme yeri,

Bu alternatif mecburi unsurlardan birinin emre yazılı senette bulunması yeterlidir.

- a) Düzenleme yeri,

Emre yazılı senette bulunması gereken hususlardan biride düzenleme yeridir. Eğer düzenleme yeri açıkça yazılmamışsa, senette borçlunun ad ve soyadının yanında yazılı yerde düzenlenmiş kabul edilir. Hiç birinin yazılmaması halinde emre yazılı senet düzenlenmemiş sayılır. Çek hakkında verilmiş olmakla beraber, emre yazılı senet için de uygulanması mümkün olan yüksek 11. H. Dairesi bir kararında (16), (... Dava konusu belgede keşide yeri gösterilmediği gibi keşidecinin adının yanında bir yerde yazılı değildir. Bu nedenle belge T.T.K. nun 692/5 ve 693/3. fıkralarında yazılı unsurları ihtiva etmediğinden çek olarak kabul edilemez...) bu husus açık-seçik bir şekilde teyit edilmiştir.

- b) Ödeme yeri,

Emre yazılı senette ödeme yerinin gösterilmiş olması gerekir. (T.T.K. 688/4) Emre yazılı senet alacağı, aranacak alacaklardan olduğu için borçluya ödeme yerinde ibrazı icabeder. Bu yönden borçlu ve lehtar senedin nerede ödenmesini arzu ediyorlarsa senet üzerine yazılmasını ve ödeme yerinin gösterilmesini isteyebilirler. Böyle bir istek olmaması halinde ödeme yeri yazılmaz. Bu taktirde senet borçlunun ad ve soyadının yazıldığı yerde ödenir. Yargıtay, iki ayrı ödeme yeri yazılı bir emre yazılı senedin bu şekliyle hukuken mümkün ve geçerli olduğuna karar vermiştir. (17)

C — EMRE YAZILI SENETTE İHTİYARİ UNSURLAR

Emre yazılı senetdeki ihtiyari unsurlar, kanunda gösterilen ve gösterilmeyen diye ikiye ayrılır. (18)

(16) Yarg. 11.H.D. 21.2.1977 gün ve 707-709. (Yayınlanmamıştır)

(17) Yarg. Tic. D. 7.5.1959 gün ve 1303-1345. Doğanay, İ. a.g.e. Cilt, 2, S. 1408.

(18) Öztan, Fırat. Kıymetli Evrak Hukuku. 1976, S. 229.

I — Kanunda gösterilen ihtiyari unsurlar,

Emre yazılı senette yazılması mümkün yasal ihtiyari unsurlar bu yazının kapsamını çok genişletecek miktardadır. Ticari yaşamda en çok rastlanana yer vermekle iktifa edeceğiz.

a) Vade kaydı,

Emre yazılı senette vade yazılmamışsa, ibrazında yani görüldüğünde ödenecek bir senet olduğunu kabul zarureti vardır. (T.T.K. 689/2). Böyle bir senet düzenleme tarihinden bir yıl içinde borçluya ibraz edilmelidir. Borçlu bu hususu senet üzerine kayıt ve imza ile tevsik eder. Aksi halde, lehtar veya hamil tarafından bu yönden protesto edilir. Muhtelif vadeyi taşıyan bir emre yazılı senet bu vasfını kaybeder. Vade kaydı, ihtiyari bir kayıt olmasına karşın mutlaka senede yazmak gerekirmi. Bu yön tartışmalıdır. Bizce, "vade kaydı ihtiyari bir kayıt olduğundan senet metninde yazılması şart değildir" şeklindeki görüşe iştirak mümkün olamamaktadır.

b) Protestodan muafiyet kaydı,

Borçlu veya ciranta yahut aval veren kimse, senet üzerine (masrafsız icade), (protestosuz) şartlarını veya bunlara muadil diğer herhangi bir ibareyi yazarak imzalamak suretiyle hamili protesto keşidesinden muaf tutabilir. Bu kayıt senet veya alonj üzerine yazılmalı ve altı imzalanmalıdır. Ayrı bir belge üzerine yazılırsa geçersizdir (19).

c) Aval kaydı,

Aval şerhi, emre yazılı senet veya alonj üzerine yazılır. Aval bir nevi kefalettir. Fakat, aval ve kefalet teminat amacını taşımakla beraber birbirlerinden çok farklıdır. (20) Emre yazılı senette, borçlu imzasından başka her imza aval şerhi sayılır. Ancak senet üzerinde birden fazla imza bulunması durumunda, kimin borçlu ve kimin aval veren olduğunun tayin ve tesbitinde uyuşmazlık çıkabilir. Borçlu senedi düzenlerken ad ve soyadını yazmaksızın sadece imza atmışsa bu uyuşmazlığı çözmek daha güç olur. Yargıtay'ın bir kararında (21), senette (ödeyecek) hanesinde isimleri yazılı olan kimseler asıl borçlu kabul edilmiştir. Senet arkasına atılan imzada mutlaka aval şerhi yazmak gerekir. Aksi halde, senet arkasına atılan imza beyaz ciro sayılır. Senet üzerine atılan imzada ise, aval şerhi şart değildir. (T.T.K. 613/3).

(19) Yarg. Tic. D. 13.1.1956 gün ve 8201-157. Doğanay, İ. a.g.e. Cilt 2. S. 1309.

(20) Akipek, Jale Güral. Kefalet akdiyle aval arasındaki fark ve benzerlikler Ank. Huk. Fak. D. 1951.

(21) Yarg. Tic. D. 5.6.1970 gün ve 487-2434. Doğanay, İ. a.g.e. Cilt, 2. S. 1265.

d) Faiz kaydı,

Görüldüğünde veya görüldüğünden belirli bir müddet sonra ödenmesine şart kılınan emre yazılı senede borçlu tarafından faiz şartı yazılabilir. Bu çeşit senetler hariç, diğer emre yazılı senetlerde ana para faizi işlemez. Senede bir kayıt düşürülmüşse, geçersizdir. Ancak, gecikme faizi vadeden itibaren her zaman istenebilir.

2 — Kanunda gösterilmeyen ihtiyarı unsurlar

a) Yetki unsuru

Genellikle yetki unsuru kambiyo senetlerinde kullanılmaktadır. Kamu düzenine aykırı olmayan yetki anlaşmasının yapılabileceği tartışmasızdır. Yetki sözleşmesi, genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkilerini bertaraf edemez. Çünkü usul yasasında münhasır yetki sözleşmesi yoktur. (22).

b) Tahkim kaydı,

Emre yazılı senede tahkim koşulunda yazılabilir. Bu koşul, usul yasasının öngördüğü biçimde olmalıdır. Tahkim koşulu emre yazılı senede yazılmalıdır. Bu koşulu içeren senet ciro edilirken senedi alan üçüncü şahıs veya şahıslar her hangi bir itiraz ileri sürmezlerse, tahkim koşulu adı geçenleri bağlar. Emre yazılı senede yazılmayan tahkim koşulu ciro suretiyle senedi iktisap edenleri bağlamaz.

c) Bedel kaydı,

Borçlu ile senet lehtarları arasındaki münasebete bedel münasebeti denir. Senedin tarafları bu münasebeti açıklamak için (nakden veya malen) kelimelerini kullanırlar.

III — AÇIK (BEYAZ) EMRE YAZILI SENET**A — GENEL OLARAK**

Kambiyo senetlerinden olan emre yazılı senedin zorunlu koşullara bağlı bir senet olduğunu görmüş bulunuyoruz. Açıklanan mutlak mecburi unsurlardan birinin bulunmaması kambiyo senedini geçersiz kılar. Ancak, adi bir senet olarak geçerlidir. Emre yazılı seneteki mecburi unsurlar re'sen nazara alınır. Bu unsurlar kambiyo senedinin sıhhat yani geçerlik koşuludur. Uygulama ve bilimsel görüşler bu paraleldedir.

(22) Yarg. 13.H.D. 31.1.1974 gün ve 120-225. Y.K.D. 1976, Şubat, S. 233.

Sözü edilen mecburi koşullar, emre yazılı senette hangi zamanda tam yazılmış bulunmalıdır. Senedin alacak ve borçlusu olan taraflar anlaşmak suretiyle yasal mecburi unsurları tam olmayan bir senedi düzenleyebilirlermi yahut bu şekildeki bir senedi tedavüle çıkarabilirlermi? Ticari yaşamda, sonradan kambiyo senedinin doldurulması işinin senet hamiline bırakıldığı çoğunlukla rastlanan olaylardan biridir. Halen yürürlükte bulunan T.T. Kanununun Hükümet tasarısına ait lâyihasında (... Tasarının 592. maddesi ticaret hayatında sık sık rastlanan ve açık bono denen poliçe hakkındaki faydalı bir hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre açık kalan bono sonradan anlaşmaya aykırı olarak doldurulacak olursa bu keyfiyet hüsnüniyet sahibi olan hamile karşı dermeyan edilemez...) demek suretiyle biraz evvel sorulan soruya olumlu cevap vermiştir. Diğer bir anlatım ile, 6762 sayılı T.T. Kanunu, eski Ticaret Kanununun aksine, açık poliçe olarak isimlendirilen şekli tereddüte yer bırakmayacak biçimde kabul etmiştir. Bu maddenin emre yazılı senet ve çek'e uygulanabileceği açık-seçiktir.

B — AÇIK EMRE YAZILI SENEDİN UNSURLARI

Açık emre yazılı senette uygulanması yasaca kabul edilen T.T. Kanununun 592. maddesi aynen şöyledir.

(Tedavüle çıkarılırken tamamen doldurulmamış bulunan bir poliçe, aradaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulursa bu anlaşmalara riayet edilmemiş olması keyfiyeti, hamile karşı ileri sürülemez, meğer ki hamil poliçeyi kötü niyetle iktisap etmiş veya iktisap sırasında kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmuş olsun.)

Bu madde sözleşme özgürlüğü ilkesine uygundur. Yasanın adı anılan maddesi, (tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz) kuralını koyan B.K.nun 18/2. maddesi ile aynı paraleldedir. (23)

T.T. Kanununda düzenlenen açık poliçe dolayısıyla öngörülen açık emre yazılı senet ile eksik emre yazılı senedi mutlak surette birbirinden tefrik gerekir. Bu iki çeşit emre yazılı senet arasında, sadece başlangıçta bazı unsurların senette yazılmaması yönünden bir benzerlik vardır. Eksik emre yazılı senet, lehtar veya hamil tarafından hiç bir şekil ve surette doldurulamaz. Zira, Borçlu ile senedi elinde

(23) Domanıç, Hayri. Kıymetli Evrak Hukuku. 1975. S. 153.

bulunduran arasında noksanlıkların ikmali yönünden bir sözleşme yoktur. (24)

Acaba açık emre yazılı senedi hangi unsurlar meydana getirir. Yasadaki tamamen doldurulmamış deyimini neyi ifade eder. Kaç asgari koşula gereksinme duyulur? Kişisel kanımıza göre, T.T. Kanununun 592. maddesini çok geniş bir biçimde yorumlamak gerekir. Aksi halin düşünülmesi, çeşitli uyuşmazlıklara neden olabileceği gibi ticari yaşamın bir takım sorunlarına da cevap vermeyecektir. Ayrıca, yasanın gerekçesine de ters düşmektedir. Zira, açık emre yazılı senedin koşulları açıklanmamış ve yorumu uygulamaya bırakılmıştır. Fakat açık emre yazılı senet o haliyle elden ele dolaşmasına da cevaz verecekmiz. Elbette, bazı hususlara hayır demek suretiyle açık emre yazılı senedi asgari bazı koşullara bağlayacağız. Bizce, açık emre yazılı senedin asgari koşulları, borçlunun senede attığı imza ve borçlu ile lehtar arasındaki anlaşmadır.

Açık emre yazılı senedin koşullarının saptanması çok yönlü bir husustur. Burada senedin mecburi unsurlarından senetteki alacak miktarının gösterilmesi gerektiğinin ileri sürülebileceği gibi, senet metninde emre yazılı senet kelimesinin yazılması da düşünülebilir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Öyleyse bu hususta bir ilkeye varmak gerekecektir. Uygulamada düzenleme tarihi yazılmadan emre yazılı senedin lehtara verilmesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. (25)

Öyleyse, açık emre yazılı senedin asgari koşullarından borçlu imzası ile taraflar arasındaki sözleşmeyi inceleyebiliriz.

1 — Borçlunun imzası,

Borçlunun imzasına ait açıklamaları daha önce geniş bir şekilde yapmış olmamız nedeniyle burada ikinci kez değinmeyi fazla görmekteyiz.

2 — Sözleşmenin mevcut olması,

Açık verme yazılı senedin ikinci koşulu borçlu ile lehtar arasında bir anlaşma yani sözleşmenin varlığıdır. Senedin tarafları arasında noksanlıkların tamamlanması yönünden bir anlaşma yoksa, açık emre yazılı senedin tamamlanması mümkün değildir. Bu sözleşme açık veya örtülü olabileceği gibi sözlü yahut yazılı olabilir. İleride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde kolaylık temini baki-

(24) Öztan, F. a.g.e. S. 243.

(25) Yarg. H.G.K. 7.6.1974 gün ve 116-663. İl. K. İct. Sayı, 184. S. 4506-4510.

mından sözleşmenin yazılı olması tercih edilir. Fakat uygulamada bu yolun pek kullanılmadığını söyleyebiliriz. Zira, açık senet birbirine itimadı olanlar ve birbiri ile sürekli alış veriş yapanlar arasında kullanıldığından yazılı sözleşme yapılması düşünülmemektedir. Hemen belirtmeden geçilmesi mümkün olmayan bir hususta, mevcut anlaşmanın ileride tamamlanması düşünülen senedin mutlak mecburi unsurlarını taşıması gerektiğidir. Eğer bu anlaşma daha önce açıklanan mecburi koşulları içermiyorsa, açık emre yazılı senet şekil unsurlarının bulunmaması nedeniyle geçersizdir. Daha belirgin bir anlatım ile, açık yazılı senet borçlunun imzası ve borçlu ile lehtar arasında senedin mecburi koşullarını içeren bir anlaşma ile oluşur. Yüksek 11. Hukuk Dairesi bir kararı (26) nda, (... açığa imza etmek suretiyle verilen senet geçerli olup imzanın ve yazıların ayrı ayrı zamanlarda yapılmış olması senedin iptalini gerektiren başlı başına bir sebep olmamasına...) şeklindeki kararıyla, sadece açığa imza ederek, açık emre yazılı senet düzenlenebileceğini teyit etmiştir.

T.T. Kanununun 688. maddesindeki unsurları taşımayan bir emre yazılı senedin kambiyo senedi olmadığı tartışmasızdır. Ancak, sözü geçen yasanın 592. maddesi hükmü borçlunun muvafakatı ile senet tedavüle çıkarılırken doldurulması olanağını lehtar'a tanımıştır. Lehtar tarafından doldurulması tedavüle çıkarılan emre yazılı senetle bir hakkın varlığı iddia edildiği zaman, T.T. Kanununun 688. maddesinde öngörülen yasal mecburi unsurlardan biri yoksa, bu senet, emre yazılı senet olarak nitelendirilemez.

Acaba, borçlu ve lehtar arasındaki anlaşmanın hukuki mahiyeti nedir? Bu husus Türk doktrininde fazlasıyla incelenmemiştir. Bir görüşe göre, borçlu ve lehtar arasındaki anlaşma, vekâlet olarak nitelendirilemez. (27) Bir diğer düşünceye göre, nevi şahsına münhasır (sui generis) bir mahiyeti olan bu anlaşmanın, vekâlete ilişkin 386. madde dolayısıyla vekalet hakkındaki hükümlere tabi olması gerekmektedir. (28)

Diğer yönden açık emre yazılı senet için borçlu ve lehtar arasında yapılan ve senedin tedavüle çıkması sırasında tamamen yasaya uygun şekilde doldurulması biçimindeki anlaşmaya dayanılarak senedin sahibi olan lehtar, bu açık senedi üçüncü şahıslara ciro yahut temlik edebilir mi? Başka bir söyleyişle, açık emre yazılı senet elden ele dolaşabilir mi? Bu yönden, açık senedi öngören T.T.K.nun 592.

(26) Yarg. 11.H.D. 10.2.1976 gün ve 581-638. (Yayımlanmamıştır)

(27) Tekinay, Selahattin Sulhi. Borçlar Hukuku. İstanbul 1974. S. 112.

(28) Öztan, F. a.g.e. S. 245.

maddesinde bir açıklık yoktur. Daha önceleri kısmen izaha çalışıldığı üzere, açık senede duyulan gereksinme nedeniyle sorunlara geniş bir açıdan bakarak çözüm yolları aramak gerekir. Şu halde, açık senede sahip olan lehtar, bu haliyle senedi devir ettiği müddetçe çok geniş bir yetkiye sahip olacaktır. Aksi halde, yetkisi daralacaktır. Bu itibarla, açık senedin teknik manada ciro olmasa da, ciro yahut devir ve temlik lehtar için ticari yaşamda gereksinmelerine cevap verecektir. Açık senedin devri, yani elden ele dolaşması borçlu için büyük sakıncalar doğuracağı da ileri sürülemez. Zira, açık senet leh-tara verilirken mevcut sakıncalar, lehtar tarafından üçüncü şahıslara ciro yahut temlik edildiği zamanda da varittir. Açık senedi alan şahıs, bu haliyle senedi devir edebilmelidir, meğer ki borçlu ve lehtar arasında aksine bir anlaşma mevcut olsun. Bu açık senedin devriyle açık senetteki boş yerlerin doldurulmak hakkı da devredilmiş sayılır. (29) Açık senedin üçüncü şahıslara devrinin kabulü ile, terekeye intikal eden senedin mirasçılara kalması olanağı sağlanmıştır. (30)

IV — AÇIK EMRE YAZILI SENETTE İSBAT KÜLFETİNİN TAYİN VE TESBİTİ

Açık emre yazılı senedin, diğer bir deyiş ile beyaz emre yazılı senedin, açık bırakılan kısımları doldurulmak suretiyle, yasanın muteber kabul ettiği bir senet meydana gelmeden evvel ve sonra bir takım uyuşmazlıkların çıkması muhtemeldir. Örneğin, açık senedin aradaki anlaşmalara aykırı doldurulduğu iddiası gibi. Bu iddiayı kim ve nasıl yahut hangi delillerden istifade suretiyle isbat edecektir. Açık emre yazılı senedin anlaşmaya aykırı bir şekilde doldurulduğu iddiası, dava veya def'i yoluyla ileri sürülebilir. Açık emre yazılı senedin, açık olarak devri ile tamamen doldurulduktan sonra devri halini ayrı ayrı incelemekte yarar bulunmaktadır. Bu iki husus için borçlu -Lehtar münasebeti ve borçlu- hamil münasebeti bakımından değişik hükümler ortaya çıkar. (31) Ayrıca, isbat hukuku kuralları yönünden de değişik koşullar mevcuttur.

1 — Borçlu-Lehtar bakımından,

Açık emre yazılı senet borçlu tarafından imzalanarak lehtara verildikten sonra, senedin anlaşmaya uygun bir şekilde doldurulması halinde adı geçenler arasında hiç bir uyuşmazlık çıkmayacağı açıktır.

(29) Öztan, F. a.g.e. S. 247.

(30) Öztan, F. a.g.e. S. 248

(31) Şimşek, Edip. Ticari Senetler, 1969. S. 68-69.

T.T. Kanununun 592. maddesinin ters anlamından açık poliçede eksikliğin anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu iddiası, diğer bir ifade ile açık emre yazılı senedin anlaşmaya aykırı bir biçimde tamamlanması halinin lehtara karşı, gerek dava ve gerekse def'i yoluyla ileri sürülebileceği anlaşılmaktadır. Bu şekilde dava ve def'ide isbat külfeti imza sahibi borçluyu düşmektedir.

Açık emre yazılı senette, anlaşmaya aykırılık iddiasında isbat edilecek hususlar, anlaşmanın varlığı ve senedin bu anlaşmaya hangi hususlarında aykırı doldurulduğudur. Karşı taraf olan lehtarın, usulüne uygun biçimdeki ikrarı uyuşmazlığı ortadan kaldıracığı açıktır. Emre yazılı senet, kambiyo senedi olup T.T. Kanununda öngörüldüğü için çıkan uyuşmazlığın çözümünde müstakil Ticaret Mahkemesi olan yerlerde bu mahkemeler ve müstakil Ticaret Mahkemesi olmayan yerlerde uyuşmazlığın kıymetine göre sulh ve asliye mahkemeleri görevlidir.

T.T. Kanununun 4. maddesinin son cümlesi (ticari davalarda dahi deliller ve bunların ikamesi H.U.M.K.u hükümlerine tabidir) demek suretiyle ticari davalar için genel hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür. Bu nedenle, lehtarın elindeki tamamlanmış emre yazılı senede karşı iddiada bulunan borçlu, bu iddiasını yazılı bir delil ile isbat etmelidir. Kural olarak açık senedin anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu iddiası şahit ile ispat edilemez. Yüksek 11. Hukuk Dairesi bir kararı (32) nda, (... İmzası ve miktarı inkâr edilmeyen emre muharrer senede tanzim edilirken borçlusu tarafından tarih ve adres yazılmamış bulunması ve sonradan bunların doldurulması senedin sıhhatine hâlel getirmeyeceğinden, senet metninin o senedi borçlu sıfatıyla imzalayan davacının arzusu dahilinde doldurmuş olduğu karine olarak kabul edilir. Bunun aksini isbat etmek senede beyaz imza ettiğini ileri süren davacıya aittir. Davacı bu hususu yazılı delille isbat etmiş değildir...) bu kuralı teyit etmiştir. Aynı yüksek daire son bir kararı (33) nda da (... H.U.M.K. 290. maddesi gereğince, senede merbut olan her nevi iddialara karşı dermeyeran olunacak müdafaaların yazılı bir delille isbatı iktiza ettiğinden...) şeklindeki görüşü ile bu kuralın geçerliliğini devam ettirdiğini açıklamıştır.

Açık emre yazılı senedin tamamlanmasına dair, H.U.M.K.nun 292. maddesinin öngördüğü biçimde yazılı delil başlangıcı varsa, şahit dinlenmesi mümkündür. Ayrıca, açık senedin doğumuna esas olan anlaşmada, hile, gabin, hata, ve ikrah gibi iddialar ileri sürülürse, bu

(32) Yarg. 11.H.D. 24.3.1972 gün ve 1269-1437. (Yayınlanmamıştır)

(33) Yarg. 11.H.D. 3.11.1977 gün ve 4312-4766. (Yayınlanmamıştır)

uyuşmazlıkta da şahit dinlenebilir. Borçlu ve lehtar akraba olsalar dahi anlaşma sonucu yazılı bir delil olan emre yazılı senet ortaya çıktığından şahit dinlenmesi mümkün değildir. Elbette, bahsi geçen akrabalık usul yasasının öngördüğü biçimdeki akrabalıktır. (H.U.M.K. 293/1).

Açık emre yazılı senedin anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu iddiasında, borçlu ve lehtarın H.U.M.K.nun 230 ve müteakip maddelerine göre isticvabı uyuşmazlığın çözümünde esaslı bir rolü bulunmaktadır. Uygulamada bu yol pek tercih edilmemektedir. İsticvap tarafların isteği ile olabileceği gibi icabederse mahkemece de resen yapılabilir. (34)

Ticari yaşamda, açık emre yazılı senedin çokça kullanıldığını evvelce açıklamıştık. Ticari defterler, tacirler arasında çıkan uyuşmazlıkta önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle, mal satışlarında, tacirler bu alım-satımı defterlerinde göstermeleri yasaca öngörüldüğünden defterler vasıtasıyla isbat mümkündür. (35)

Borçlunun yemin teklifine hakkı olduğu hususu en son başvurulacak bir isbat vasıtasıdır. Uygulamada, muhtelif tarihlerde verilen kararlarda açık emre yazılı senedin anlaşmaya aykırı bir şekilde doldurulduğu iddiasının şahitle isbatına olanak tanınmış ise de, son yıllarda bu görüş terk edilmiş ve şahit dinlenmesinin mümkün olmadığı kesin bir şekilde benimsenmiştir. Yargıtay yüksek 11. Hukuk Dairesi son kararlarında kökleşen bir görüş içinde yazılı delil aradığı görülmektedir. (36 ve 37)

2 — Borçlu-Hamil bakımından,

Açık emre yazılı senet için borçlu ve lehtar, devir yasağı koymamışlarsa, açık emre yazılı senedin bu haliyle devir edilebileceği düşüncesinde olduğumuzu açıklamıştık. Böyle bir açık senet lehtar tarafından üçüncü şahıslara temlik yoluyla devir edilebilir. Açık senede bu şekilde sahip olan hamil, borçlu ve lehtar arasındaki anlaşmaya aykırı bir şekilde açık emre yazılı senedin eksik unsurlarını tamamlaması durumunda, bu hamil T.T.K.nun 592. maddesinin ikinci cümlesinde öngörülen hususlardan faydalanamaz.

(34) Eriş, G. Ödeme emrine itirazın iptali davası ve bazı sorunlar. Ank. Bar. D. 1977, sayı,5, S. 822-841.

(35) Eriş, G. a.g. yazı. S. 834-835.

(36) Yarg. 11.H.D. 19.4.1976 gün ve 2219-2136. (Yayınlanmamıştır)

(37) Yarg. 11.H.D. 14.10.1976 gün ve 5621-5698. (Yayınlanmamıştır)

Açık emre yazılı senet, lehtar tarafından eksik unsurları tamamlandıktan sonra, üçüncü şahıslara devir halinde, kural olarak anlaşmalara aykırı bir biçimde senedin doldurulduğu iddiası hamile karşı ileri sürülemez. Ancak, bu kuralın iki istisnası vardır. Hamilin senedi kötü niyetle iktisap etmesi hali ile iktisap sırasında hamilin ağır bir kusurunun bulunması şeklindedir.

a) Hamilin bildiği veya bilmek durumunda olduğu haller,

Hamil, lehtarın sahip olduğu açık emre yazılı senedin aradaki anlaşmaya aykırı doldurulduğunu bildiği veya bilmesi lâzım geldiği hallerde, borçlu açık senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu def'ini hamile dermayen edebilir. Bir hakkın iktisabına engel teşkil eden bir hususu bilmemek veya bilebilecek durumda olmamak sübjektif hüsnüniyettir. Aksi halin ortaya çıkmasında, hamilin sübjektif kötü niyeti söz konusudur. (38) İki ortağın birlikte bir işletmeyi çalıştırdıkları sırada, borçlunun birine verdiği açık senedin, bu ortak tarafından diğer ortağa anlaşmaya aykırı şekilde doldurulmak suretiyle ciro edilmesi halini örnek gösterebiliriz. Bu örnekte görüldüğü üzere hilenin unsurları da bulunacağından olayda şahit dinlenebilir. Ancak, hemen dikkat edilmesi ve üzerinde durulması gereken bir husus hatıra gelmektedir. Borçlu, lehtara karşı iddiasını yazılı bir delille isbat ettikten ve senedin anlaşmaya aykırılığı subuta erdikten sonra, lehtar-hamil münasebeti için şahit dinlenebilir. Uygulamada buna hileli - itilâf) ismi verilmiştir.

b) Hamilin ağır kusurlu olduğu haller,

Bu ikinci istisnada, hamilin anlaşmaya aykırı doldurulan senedi iktisap ederken ağır bir kusurun bulunması şeklindedir. Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine uymak zorundadır. Bu hal, doğruluk ve dürüstlük anlamını taşır. T.T.K.nun 592. maddesinin en son cümlesinde ki (... veya iktisap sırasında kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmuş olsun...) söcükleri objektif hüsnüniyeti öngörmüştür. Borçlu, hamilin bu kurala uymadığını iddia ve isbat etmelidir. Bir evvel ki kısımda açıklandığı üzere, bu ikinci istisnada da tanık dinlenebilir. (39)

(38) Şimşek, E. a.g.e. S. 69.

(39) Yazının devamı ikinci sayıda yayınlanacaktır.

HUKUK YARGILAMA USULÜ

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFELERİNİN ZAMAN İTİBARIYLA UYGULANMASINA İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Mustafa AYKONU*

KONU :

Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık parasının takdirinde, dava tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinin mi, yoksa hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Tarifenin mi uygulanacağı hususunda Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile Yargıtay Hukuk Daireleri arasında içtihat aykırılığı belirlediğinden bu aykırılığın İçtihadı Birleştirme yolu ile giderilmesine ilişkindir.

YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ :

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 23.12.1976 günlü ve Esas No : 1976/7, Karar No : 1976/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı özetle şöyledir :

"1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168. maddesindeki "Yargı yerlerindeki işlemlerle diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgarî haddini gösteren birer tarife hazırlaması görevindeki amaç, günümüzün değişen ekonomik koşullarına göre avukatlık ücretlerinin yapılmasının asgarî parasal değerlerini tesbit etmektir. Yasa koyucunun bu maddede verdiği yetki "avukatlık ücretinin asgarî haddini gösteren bir tarife" hazırlanması olup genel hukuk ilkelerini bir tarafa itecek biçimde yürürlük tarihini de tesbit yetkisini kapsamamaktadır. Yasanın verdiği görevin dışına çıkılarak tarifenin yürürlük tarihini tesbit eden hükmü yasal dayanaktan yoksundur.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Kısım Kurulunun 28.11.1956 gün ve Esas No : 15, Karar No : 15 sayılı kararının sonuç kısmında da belirtildiği üzere "her davada açıldığı tarihte tesbit edilen vaziye-

(*) Anayasa Mahkemesi Raportörü (Hâkim)

tin hükme esas ittihaz olunması" gerekir. İçtihadı Birleştirme Kararlarının sonuç kısmındaki ilkeler bağlayıcı niteliktedirler.

Avukatlık parası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423/6. maddesinde açıkça belirtildiği üzere yargılama giderlerindedir. Yargılama giderleri, bağımsız bir varlığı olmayan ve ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağa sıkı sıkıya bağlı fer'i haklardan-
dır. Fer'i hakların sonucu asıl hakkın sonucuna bağlı olur.

Bir davanın, açıldığı tarihte maddî hukuk ve usul hukuku yönünden hasıl ettiği sonuçlar vardır. Dava koşullarının var olup olmadığı davanın açıldığı tarihe göre tayin edilir ve açıldığı tarihteki durum ne ise ona göre hüküm verilmesi yükümlülüğü doğar. Maddî hukuk ve usul hukuku bakımından da davanın açılmış olması ile hasıl olan sonuçlardan, bağımsız bir varlığı olmayan avukatlık parasını hariç tutmak mümkün değildir. Karşı tarafa yükletilmesi gereken avukatlık parasının, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan asgarî ücret tarifesine göre takdir etmek, hukuk kurallarına tamamen aykırı bir sonuç verir.

Avukatlık Kanunu ile Adalet Bakanlığına ve Türkiye Barolar Birliği'ne, tarifelerin geriye yürür şekilde uygulanmasını sağlayan bir kural koyma yetkisi tanınmamıştır.

Usul yasaları kendilerinden önce yapılmış usulî işlemleri geçersiz saymamıştır. Yeni usul yasaları kural olarak hak arama yönünden daha teminatlı ve mükemmeldirler. Yasa koyucu kazanılmış hakları hiç bir şekilde ihlâl etmemiştir. Bu husus hukuk devletinin doğal sonucudur. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 578. maddesinde "işbu Kanun müktesep hakları ihlâl etmemek şartıyla makbline şamildir." denilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168. maddesinde yazılı "Avukatlık ücretinin asgarî haddini gösteren tarife hazırlama" işleminin idarî bir işlem olduğunda, Anayasanın 114. maddesince Danıştay'ın denetimine bağlı tutulması gerektiğinde kuşku yoktur. Ancak; Anayasa, mahkemelere kanunlara aykırı gördükleri tüzük ve yönetmelik hükümlerini bir tarafa iterek bunun yerine kanun hükümlerini uygulama yetkisini tanımıştır. Bu, o tüzük ve yönetmeliğin iptali anlamına gelemez. Temsilciler Meclisinde 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 132. maddesinin görüşülmesinde Mahkemelerin belli davalarda kanuna aykırı tüzükler yerine kanun hükümlerini uygulamaları gerektiği ve bunun madde metninde ayrıca açıklanmasına lüzum bulunmadığı" kabul edilmiştir.

492 sayılı Harçlar Kanunu ve bu Kanunla ilgili 7.12.1964 günlü, 3/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen ve sadece harca ilişkin bulunan ilkenin aynen avukatlık parasına da uygulanması görüşünde isabet yoktur. Zira harç; muhtelif kanunların konusunda bulunan adlî ve idarî hizmetlerde ve bu hizmetin gerektirdiği kırtasiye ve formalite giderlerini karşılamak düşüncesi ile gerçek ve tüzel kişilerden hazinece alınan bir paradır. Yapılan işler ve görülen hizmet kamu hizmetinden çok, kişilerin şahsına ve yararına ilişkindir.

Yukarıdanberi açıklanan Anayasa ve Kanunlar hükümleri; yönetmeliklerin niteliği, Kanunların yönetmeliklere tercihan uygulanması ilkesi karşısında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 421, 423/6 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 406-415. maddelerine göre tayin ve takdir edilecek avukatlık parasının; hukuk davalarında dava açıldığı, ceza davalarında ise kamu davasına katılma isteği veya şahsî dava gününde yürürlükte olan avukatlık asgarî ücret tarifesine uygun olarak tesbiti gerektiği, şeklinde belirlemiştir.

SONUÇ :

Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin tayin ve takdirinde; hukuk davalarında dava tarihindeki; ceza davalarında ise kamu davasına katılma isteği veya şahsî dava gününde yürürlükte olan avukatlık asgarî ücret tarifesinin uygulanması gerektiğine 23.12.1976 tarihinde ikinci oturumda oy çokluğu ile karar verildi" (1).

ŞAHSİ DÜŞÜNCEMİZ :

1 — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423. maddesinde yargılama giderlerinin neler olduğu açıklanmıştır. Bu maddenin 6. bendinde "davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri" de yargılama giderlerinden sayılmıştır. Bir davada kendisini avukatla temsil ettiren tarafın bu yüzden avukata bir para ödediği kuşkusuzdur. Bu durumu gözönünde tutan yasa koyucu avukatlık parasını da yargılama giderleri arasına almıştır. Ancak, yargılama gideri olarak hüküm altına alınacak avukatlık parasının, davanın tarafı ile vekili arasında serbestçe kararlaştırılan avukatlık ücreti

(1) 19 Şubat 1977 Günlü, 15855 sayılı Resmî Gazete.

reti olmayıp, özel yasa uyarınca takdir olunacağı ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 168. maddesinde, üç senede bir avukatlık asgarî ücret tarifelerinin yapılması öngörülmüş, ve aynı Yasanın 169. maddesinde de, yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin Avukatlık Ücret Tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından çok olamayacağı kurala bağlanmıştır.

Şu duruma göre, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifeleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423/6. maddesinin ayrılmaz bir parçası olmaktadır. Çünkü bu tarifeler olmadan anılan kuralın uygulanmasına olanak yoktur. Tarifelerin usul yasasında yer almamış olması, bunların bir usul kuralı sayılmasına engel olmaz. Tarifeler bu yönü ile usule ilişkin kuralları tamamladıklarından birer usul kuralı niteliğindedirler ve aynı esaslara bağlıdırlar.

Her davada; açıldığı tarihteki durumun hükme esas tutulması ilkesi, usule değil esasa ilişkin bir hukuk ilkesidir. Nitekim 28.11.1956 günlü ve esas no : 15, Karar no : 15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının konusu da; bir kimse lehine nafakaya hükmolunduktan sonra şartların değişmesi nedeniyle evvelce tayin edilmiş bulunan nafaka miktarının artırılması veya eksiltilmesi için açılan davalarda talebin kabulü halinde buna karar tarihinden itibaren mi yoksa dava tarihinden itibaren mi hükmolunması gerekeceği hususundaki içtihat aykırılığının, nafakanın bağlanmasında olduğu gibi artırılma veya eksiltilmesine ilişkin taleplerin kabulünde de buna dava tarihinden itibaren hükmolunması gerektiğine ve içtihatların bu yolda birleştirildiğine dairdir. (2)

Tarifeler, inceleme konumuz yönünden yargılama giderlerine ilişkin bulunduğu ve yargılama giderleri de usul hukukunun alanına girdiğinden, bu İçtihadı Birleştirme Kararının olaya uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

2 — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 578. maddesine göre, usul yasaları kazanılmış hakları ortadan kaldırmama koşulu ile geriye yürürler. Esasa ilişkin yasaların aksine, usul yasalarının geriye yürümesi kuraldır. Bu kuralın tek istisnası kazanılmış haklardır. Bir davanın açılmış olması, yargılama giderleri yönünden herhangi bir kazanılmış hak doğurmaz. Yani taraflar, davanın açıldığı gün yürürlükte bulunan yargılama giderlerine ilişkin kuralların uygulanma-

(2) 27.12.1956 günlü, 9494 sayılı Resmî Gazete.

sını isteyemezler. Davanın açılması taraflara böyle bir kazanılmış hak vermez.

Yargılama giderleri yapıldıkları anda yürürlükte bulunan kurallara bağlıdırlar. Örneğin bir davada davetiye veya gıyap kararının tebliği yahut keşif yapılması için gerekli giderler, davanın açıldığı gün yürürlükte bulunan kurallara göre değil, bu işlemlerin yapıldıkları gün yürürlükte bulunan kurallara göre ödenir. Avukatlık parasının bunlardan tek farkı, mahkeme eliyle ve peşin olarak yapılması ve hükümle birlikte mahkemece takdir olunmasıdır. Fakat bu durum, avukatlık parasının bir yargılama gideri olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Öte yandan, peşin ödenmemesi ve mahkemece hükümle birlikte takdir edilmesi, bu giderin dava veya hüküm tarihinde yapıldığını göstermez. Bu nedenle öteki yargılama giderlerinde olduğu gibi, işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kurallara göre takdir edilmesi gerekir.

3 — Avukatlık parasına ilişkin yargılama gideri, tarafların kendilerini davada bir avukatla temsil ettirmiş olmalarının karşılığıdır. Temsil işlemi yoksa, avukatlık parasına ilişkin yargılama giderinin yapıldığından da söz edilemez. Bunun sonucu olarak, davada avukatla temsil işlemi başlamadan önce veya sona erdikten sonra, bu konuda bir gider yapıldığı veya yapılmaya devam olunduğu kabul edilemez. Bir davada avukatın temsil görevinin nasıl sona ereceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 68. maddesinde gösterilmiştir.

Davada temsil işlemi devam ettiği sürece bu konudaki yargılama giderinin yapıldığı kabul edilmeli ve avukatlık parasına, işlemin başladığı tarihteki tarifeye göre değil, temsil işleminin sona erdiği tarihteki tarife göre hükmolunmalıdır. Şayet temsil işlemi hüküm tarihinde de devam ediyorsa hüküm tarihindeki tarife uygulanmalı, hükümden önce sona ermişse, hüküm tarihindeki tarife değil temsil işleminin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan tarife uygulanmalıdır. Çünkü bu son durumda hüküm tarihine kadar bu konuda bir gider yapılmamış demektir.

Bir davada her işlem için ayrı ayrı avukatlık parasına hükmedilmeyecektir. Çünkü tarifede yazılı avukatlık parası, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan işlemlerin karşılığıdır. Ancak, icra takipleri ile Yargıtay, Askerî Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay'da temyizden görülen işlerin duruşmaları ayrı ücrete tabidir. Bu konuda da yukarıdaki kuralların uygulanması gerekir.

SONUÇ :

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı; avukatlık parasının bir yargılama gideri olduğu ve davada tarafların kendilerini bir avukatla temsil ettirmiş olmalarının karşılığı olarak takdir edildiği gözönünde tutulmadan, mutlak olarak dava veya hüküm tarihinde yürürlükte bulunan tarifenin uygulanması gerektiği yolundaki görüşlere katılmıyoruz.

HUKUK DAVALARINDA FERAGAT VE YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİNİN EN SON BİR KARARI ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Nihat YAVUZ*

İSTİFADE EDİLEN ESERLER :

- 1 — Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi. İst. 1939.
- 2 — Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay. Hukuk Yargılama Usulleri. Ank. 1957.
- 3 — Prof. Dr. Necib Bilge. Medeni Yargılama Hukuku Dersleri. Ank. 1967.
- 4 — Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu. Medeni Usul Hukuku Dersleri. İst. 1970.
- 5 — Prof. Dr. Baki Kuru. Hukuk Muhakemeleri Usulü. Ankara 1974.
- 6 — Doç. Dr. Ergun Önen. Feragat ve Kabul Kesin Hüküm teşkil etmez. (ABD. Yıl : 33, 1976. sayı : 1, s. 26 vd.)
- 7 — Çeşitli Derfgiler ve Özel Karar Kartonu.

I — GİRİŞ VE MESELENİN ORTAYA KONMASI :

Biz öncelikle feragat hakkında gayet kısa olmak üzere izahat verdikten sonra eleştirmeye çalıştığımız. 8.H.D. sinin her iki kararını mahkemenin ilk kararı ile birlikte sunup konu ile ilgili doktrini ve uygulamanın ne yolda olduğuna dikkat çekeceğiz.

1 — Feragat, yanlardan birisinin son dileğinden vazgeçmesidir. (HUMK. 91) Ve bu işlem feragat edecek kişinin mahkemeye yapacağı tek taraflı açık irade bildirimini ile olur. Oluşması için diğer tarafın veya mahkemenin kabulüne ihtiyaç yoktur. Şarta bağlı olarak yapılamaz. Tamamen olabileceği gibi kısmende feragat geçerlidir. (HUMK. 4/11) Feragat tüm davalarda istisnasız mümkündür. Davanın her safhasında ve her yerinde feragat işlemi yapılabilir. Yargıtay ve keşifte olduğu gibi. Mahkemede ve keşifte yapılan feragat ile feragatte bulunan kişinin beyanı zabta geçirilir ve kendisine imza ettirilir. (HUMK. 151/5) Celse arasında feragat yapılıyorsa dilekçe karşı tarafa tebli-

(*) Kaman Hukuk Hâkimi

ğe çıkarılır. Vekilin feragatte bulunabilmesi için vekaletnamesinde özel yetkisinin olmasına akılır. (HUMK. 63) Feragat eden ya mahkum olmuş gibi mahkeme giderlerini öder.(HUMK. 94/1) Feragat ile dava sona erer. Bu kesin bir hükmün hukuksal sonuçlarını doğurur. Feragatten dönülemez. Ancak hata, hile ve ikrah sebepleriyle feragatin feshi için dava açılabilir.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİNİN KARARI :

Konunun iyi anlaşılabilmesi için önce Kaman Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1975/181 - 1976/561 sayılı kararından pasajlar verdikten sonra anılan kararlara işaret edelim.

“Mahkememizin 9. celsesine tekabül eyleyen 21.9.1976 tarihli celsesi muhakemede davacı mazbut beyanı ile açmış bulunduğu iş bu davadan kayıtsız ve şartsız feragatte bulunduğunu bildirmiştir. Buraya kadar zaten bir anlaşmazlıkta yoktur. Asıl çözümlenmesi gereken konu (H.G.) vekilinin 16.9.1976 günlü dilekçesinde bahsi geçen taşınmazların gerçek değerinin belirlenip belirlenemeyeceği olayıdır. Gerçekten Harçlar Yasasının 16. maddesine göre gayrimenkulün aynına taalluk eden davalarda harç, değer nazarara alınarak hesaplanır. Ancak ve özellikle elatmanın önlenmesi davalarında mahkemece kendiliğinden nazara alınmadıktan ve yanlarcada itiraza uğramadığı sürece dilekçede gösterilen değer hem harca ve hemde vekalet ücretinin hesaplanmasında esas alınmakta ve bu husus Yargıtayın kökleşmiş içtihatlarıyla da benimsenmiştir. Öte yandan davadan feragat eden taraf mahkum olmuş gibi (HUMK. 417) yargılama masraflarını ödemeğe mecburdur. (HUMK. 94/1) Yalnız bu halde ödenecek ilam harcı (Harçlar Yasası 22) ve vekalet ücreti (As. Üc. Tar. m. 7) daha azdır. Öyle anlaşılıyorki, davalı vekili bir buçuk seneye yakın bir zamandan beri devam eden bir davada ileri sürmediği bir isteği son celseden evvelki arada istemesi tamamen vekalet ücretinin artırılmasına matuf iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayan bir istektir. Öte yandan feragat ile dava sona erer. Böylece sona ermiş bir davanın münhasıran taşınmazın değerini tesbit etmek maksadıyla devam etmesine usul hükümleri müsait değildir. Konuyu devlet gelirleri yönündende münakaşa edersek aynı sonuç kaçınılmaz bir hal alır. Zira gerçek değer tesbit edilse dahi dava feragatte mebni redde uğrayacağından alınacak harç maktu olup 15 liradır. Demek oluyor ki meseleye hangi yandan yaklaşmış olursak olalım tamamen özel menfaatle ilgili vekalet ücreti karşımıza çıkmaktadır. O halde davalı vekilinin talebinin reddiyle birlikte davanın feragatte mebni sonuçlandırılması gerekir.

Yerel mahkeme feragatten sonra hiç bir araştırma işleminin yapılamayacağı görüşü ile hareket ederek davalı vekilinin taşınmazların değerinin tesbitine dayalı isteğini geri çevirmiştir. Verilen karar önce temyiz edilmiş ve arkasındanda karar düzeltme yoluna başvurulmuştur. 8. Hukuk Dairesinin ilk kararı onama biçiminde tecelli ederken karar alındığına göre anılan yüksek dairede dahi görüş ayrılığının kısa zamanda giderilemeyeceği zehabını bize verdiğiinden bu konuya eğilmek lüzumunu duyduk. Şimdi yüksek dairenin kararlarını olduğu gibi aşağıya aktarıyoruz.

(E.G.) vekili Av. (N.T.) ile (F.G.) ve (H.G.) vekili Av. (A.M.) arasındaki elatmanın önlenmesi davasının yapılan yargılanması sonunda : Davanın reddine dair Kaman Asliye Hukuk Hâkimliği'nden verilen 21.9.1976 gün ve 181/461 sayılı hükmün, süresinde Yargıtay'ca incelenmesi davalılar avukatı (A.M.) tarafından istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği düşünüldü :

YARGITAY KARARI :

Hüküm, davalı lehine takdir edilmiş bulunan vekalet ücretinin miktarına münhasır olarak temyiz edilmiştir. Davacı 21.9.1976 tarihli son oturumda davasından feragat etmiştir. Davadan feragat Usulün 95. maddesine göre (kati bir hükmün hukukî neticelerini hasil eder). Feragat usule uygun olarak vaki olduğu anda bu netice meydana gelir. Bundan sonra vekalet ücretinin miktarını hedef tutan herhangi bir araştırma yapılamaz, duruşmaya devam edilemez. Esasen vekalet ücreti yargılama giderinden sayılır ve müstakil bir mahiyeti yoktur. Asıl davaya tabidir. 27.5.1957 tarihli ve 4/16 sayılı içtihadı birleştirme kurulu kararına göre vekalet ücreti talebi ayrı bir dava konusu yapılamaz. Feragatın vuku bulunduğu andan itibaren asla ilişkin dava sona erdiği halde vekâlet ücretine hasren keşif gibi araştırma ve inceleme yapılmak suretiyle davanın yürütülmesi sözü geçen içtihadı birleştirme kurulu kararında aykırıdır. Zira vekâlet ücretine ait davayı asıl davadan ayırıp ayrıca yürütmek sonucunu doğurur. Bu itibarla feragat vuku anında hasil olan duruma göre mahkemece vekalet ücreti takdirinde isabetsizlik yoktur. Davalının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmediğinden reddiyle hükmün (ONANMASINA) ve aşağıda dökümü yapılan 1500 kuruş onama harcının peşin harca mahsubuna 21.3.1977 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI :

“Dava feragat nedeni ile red edilmiş ve hüküm vekalet ücretine hasren davalı H.G. vekili tarafından temyiz olunmuştur. Davalı (H.G.)

vekili tarafından verilen 16.9.1976 tarihli dilekçe ile taşınmazın belirlenen değerine itiraz edilmiş ve değerın 60 bin lira olması gerektiği ileri sürülerek bu yönün keşfen tesbiti istenmiştir. Yargılamanın 21.9.1976 tarihli 9. oturumunda davacı vekili davadan feragat eylediğini bildirmiş, iş bu beyanı usulen tevsik olunmuştur. Davalı vekili feragat diyeceği olmadığını ancak kıymete itirazı kapsayan cevap la-yihasının nazara alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Dava konusu taşınmazın dilekçede belirlenen değerine itiraz edildiğine ve feragat kat'i hükmün hukuki neticesini tevlit eylediğine göre münhasıran dava konusu taşınmazın değerinin tesbiti gerektiği gözönünde tutularak bu yönün araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken mahkemece bundan zuhul edilmesi isabetsiz ve hükmün bu nedenle bozulması oyundayız.”

8.H.D. 21.3.1977, 1976/8720 - 1977/2700 (Onama reyinde bulunan üyeler : 1 — (M.Y.), 2 — (S.K.), 3 — (F.E.). Bozma reyinde bulunan üyeler : 1 — Başkan (S.A.), 2 — (A.S.).

TASHİHİ KARAR ÜZERİNE DOĞAN DURUM :

“Davalı (H.G.) vekili, yargılamanın devamı sırasında verdiği 16.9.1976 tarihli dilekçe ile, taşınmazın dava dilekçesinde belirlenen değerine itiraz eylemiş ve değerın fazla olduğunu ileri sürerek bunun tesbitini istemiştir. Davacı yargılamanın 21.9.1976 tarihli 9. oturumunda davadan feragat eylemiştir. Bu durumda davalı vekilinin kıymete taalluk eden itirazının feragatten önce vuku bulduğu nazara alınmak, o dairede araştırma ve inceleme yapılmak ve vekalet ücreti ona göre belirlenmek gerekirken mahkemece bundan zuhul edilmesi isabetsiz ve hükmün bu nedenle bozulması icabederken onandığı görülmele yerinde olan karar düzeltme isteminin kabulü ile dairece itihaz edilen 21.3.1977 tarihli 1976/8720 esas ve 1977/2700 karar sayılı onama ilamının kaldırılmasına ve mahalli mahkemece tesis olunan 21.9.1976 tarih 1975/181 esas 1976/561 karar sayılı hükmün açıklanan nedenlerle vekalet ücretine hasran (BOZULMASINA), temyiz dilekçesinde alınan 1500 kuruş peşin harç ile düzeltme dilekçesinde yersiz alınan 1500 kuruşun istek halinde iadesine 7.9.1977 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.” 8.H.D. 7.9.1977, 5652/7354

(S.A.)

(M.Y.)

(Ş.Ö.)

(R.D.)

(A.S.)

(Muhallif)

(Muhallif)

MUHALEFET ŞERHİ :

"21.3.1977 tarih ve 1976/8720 esas, 1977/2700 karar sayılı kararda yazılı gerekçeye dayanılarak karar tashihi isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle kabule dair yukarıdaki karara muhalifiz.

(M.Y.)

(Ş.Ö.)

Yerel mahkeme ile yüksek mahkemenin tüm kararlarını öz ve özet olarak aynen sunduk. Şimdide doktrindeki ve Yargıtay'ın diğer dairelerinin görüşlerini aldıktan sonra konu hakkındaki görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

II — DOKTRİNDE DURUM :

A) "Kesinlikten maksat maddi anlamda kesinliktir. Feragat ile dava sona erer. Mahkeme sadece feragat nedeniyle davanın son bulunduğunu tesbit eder. Feragattan rucu edilemez. Fakat, hata hile ve ikrah nedeniyle feragatın feshi için dava açılabilir." (KURU a.g.e. s. 558 vd.)

B) Dava, feragat ve kabul üzerine son bulur. Doğru olanda budur. Bunun sonucu, feragat ve kabul, irade fesatlarından birisi ile malül bulunduğu veya yetkili olmayan vekil veya mümessil tarafından yapıldığı takdirde onu hükümden düşürmek için rıza fesadiyle malül herhangi bir hukuki muamele için olduğu gibi bu hususta ayrı bir dava açılması mümkündür. Eğer çekişmenin hükümlerle son bulunduğu hususu benimsenecek olursa, feragat ve kabülün hükümsüzlüğünü iddia için sadece hükme karşı kanun yollarına başvurma yolu kalmaktadır." (POSTACIOĞLU. a.g.e. s. 418)

C) "Feragat kesin bir hükmün hukukî sonuçlarını hasil eder. Bunun manası davanın feragate müsteniden verilen hükümlerle değil, doğrudan doğruya feragatla sona ermesidir. Yani burada usul muamelesi şekline bürünmüş olan bir maddi hukuk muamelesi ile çekişme sona ermektedir. Feragat beyanının hataya, hile veya tehdide müsteniden yapıldığını iddia ile fesih davası açılmasına bir mani yoktur." (BİLGE. a.g.e. s. 310)

D) "Kanunen muteber surette yapılan feragatın hükmü, çekişmenin konusunu tetkike mahal bırakmaksızın ve maddi hukukun uygulanmasına, yani yargıcın hükmüne hacet kalmaksızın kesin bir hükmün hukuki neticelerini hasil etmektedir. Feragatten rucu edilemez.

Burada usul muamelesine bürünmüş medeni hukuk alanında bir hukuki iş bahis mevzuudur. Bu itibarla Borçlar Hukuku hükümlerine göre feshedilebilir. Islah yolu ile ortadan kaldırılamaz." (ANSAY. a.g.e. s. 175 vd.)

E) "Feragat ve kabul vuku ile beraber kati bir hükmün hukuki neticesini hasıl eder. Fakat hasım tarafın hilesi gibi rızayı ifsat eden bir sebep bulunduğu takdirde, feragat ve kabul hükümsüz bırakılarak yeniden dava açılabilir. Çünkü Borçlar Kanununun rızanın fesadı halinde muamelenin hükümsüzlüğüne dair kabul ettiği hükümler umumi mahiyette olduğundan usul muamelelerede tatbik olunur." (BELGESAY. a.g.e. s. 256)

F) "Alman Hukukunda bu konuda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Çünkü Alman Hukuk Usulü Kanunu (ZİVILPROZESSORDNUNG) un 306 ve 307. maddelerinde feragat ve kabulden sonra, talep üzerine, mahkemenin bir hüküm vereceği hükme bağlanmıştır. İsviçre hukukunda kanton mevzuatı davanın feragat ve kabulden sonra bazen mahkemenin vereceği bir hükümle, bazende doğrudan doğruya feragat ve kabul beyanlarıyla sona ereceğini düzenlemektedir.

Türk Hukuku yönünden, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz bu konuda herhangi bir hüküm koymamıştır. Türk Hukuk Doktrini -genellikle- feragat ve kabulden sonra mahkemenin bir hüküm veya karar vermesine gerek bulunmadığı, çünkü davanın bizzat feragat ve kabul işlemleriyle sona erdiği görüşündedir.

Yargıcın burada yapacağı tek işlem feragat ve kabul nedeniyle davanın sona erdiğini tesbit etmekten ibaret olacaktır. Yargıç bunun dışında sadece yargılama masraflarına hükmetmekle yetinecektir. Fakat doktrinde davanın feragat ve kabüle rağmen ancak yargı organının bir kararı ile yani bir mahkeme işlemi ile ortadan kalkabileceği, aksi takdirde yargıcın davadan elini çekmemiş sayılacağı görüşünde savunulmaktadır.

Bize göre, feragat ve kabul söz konusu olan hallerde, dava gerçekten feragat ve kabul ile son bulur. Yani feragat ve kabul beyanlarının yapılması ve bunların tutanağa geçirilerek usulüne uygun şekilde imzalanması (HUMK. 151) ile. Mahkemece burada yapılması gereken şey, sadece feragat ve kabul eden kişiyi yargılama masraflarına mahkum etmekten ibaret olacaktır. Mahkemenin yapacağı bu tesbit işlemi bir yargısal tasarruf değildir. Zira dava mahkemenin böyle bir tasarrufuna (karar veya hüküm) gerek olmadan bizzat fe-

ragat veya kabul ile sonuçlanmıştır. Şu halde mahkemenin alelâde bir formalite işlemi olarak bu hususu tesbit etmekle yetinmesi yeterli olacaktır.

Öte yandan meselenin ancak bu şekilde anlaşılması ile HUMK. 95/1 ve İİK. 38. hükümleri bir anlam kazanabilecektir. HUMK. 95/1'e göre "Feragat ve kabul kat'i bir hükmün hukuki neticelerini hasil eder." İİK. m. 38'e göre ise "Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller... ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. "Çünkü eğer davayı bizzat feragat ve kabulün değilde, mahkemenin, feragat ve kabul dolayısıyla davanın konusuz kaldığına ve bu nedenle reddine ilişkin bir kararı sona erdirmiş olsaydı, bu karar zaten bir ilam teşkil edecek ve İİK. ilâmların icrası hakkındaki hükümlerine göre infaz edilebilecekti. Feragat ve kabulden sonra dava mahkemenin bir kararıyla sonuçlanmış olsaydı, bu ilâm normal olarak kesin hükümet teşkil edeceğinden, HUMK. 95. maddede feragat ve kabulün kesin hükmün hukuki sonuçlarını hasil ettiğini bir kere daha belirtmek yine füzulî olacaktır. İşte feragat ve kabul halinde dava bir karar veya hüküm (mahkeme işlemi) ile değilde, bizzat tarafların feragat ve kabul iradelerini beyan ve imzalanmasıyla sona erdiği içindirki, kanun koyucu HUMK. 95 ve İİK. 38. hükümlerini sevketmiştir. (ÖNEN. a.g.m. s. 29 vd.)

III — UYGULAMADA DURUM :

"HUMK. 91. ve 95. uyarınca, feragat ile dava sona erer ve feragat kat'i bir hükmün hukuki neticelerini hasil eder, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Feragat karşısında mahkemenin davanın son olduğunu tesbit ile yetinmesi gerekir. Karşı tarafın temyize başvurusu o davanın derdest olmasını gerektirmez. Davadan feragat edildiği ve bu beyan karşı tarafa usulü dairesinde ulaştırıldığı gün artık ortada dava kalmamıştır. O tarihten sonra derdestlik söz konusu edilemez." (H.G.K. 9.11.1968, 6/56-739. RKD. 1969/3. s. 49 vd.)

Feragat halinde davanın yürütülmesi caiz değildir.

Feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmek icabeder." H.G.K. 16.5.1956, 47/45 (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. Cevdet Çatalkaya - Abdurrahman Tarıkoğulları - Mustafa Hamdi Özcan. Ank. 1956, s. 145)

"..... Davacı boşanma davasından vazgeçmiş ve vazgeçme dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirmiş ve bu hal mübrez tebliğnamesi

ile tevsik edilmiş olduğundan henüz kesinleşmemiş olan boşanma hükmünün ilk şartı olan DAVA ORTADA KALMAMIŞTIR....." H.G.K. 16.11.1966, 1438/290 (RKD. Ocak. 1967, s. 9)

"Olayda koca, eşi hakkında boşanma davası açmış, 29.6.1972 gününde davadan vazgeçmiştir. Feragat kat'i bir hükmün sonuçlarını doğuracağı gibi (HUMK. 95) karşı tarafın kabulünde bağlı değildir. Öyle ise boşanma davası 29.6.1972 gününde ORTADAN KALKMIŞ, kadının ayrı yaşama hakkıda bu tarihte sona ermiş, ihtar ise bu tarihten 2 aydan çok fazla zaman geçtikten sonra vukubulmuştur. Bu itibarla ihtar geçerlidir." 2.H.D. 8.11.1973, 6663/6346 (ABD. yıl : 1974. sayı : 1, s. 91)

IV — MÜNAKAŞA VE SONUÇ :

Kanımızı yukarıda verdiğimiz yerel mahkeme kararında belirtmiştik. Bizim burada asıl üzerinde durmaya çalışacağımız konu, feragatten sonra tahkik işlemine devam olunup olunamayacağıdır. 8.H.D. sinin son kararı üzerine böyle bir işleme girişilebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda bazılarında bahsettiğimiz değer tüm yargıtay daireleri ise feragatten sonra ortada her şeyden önce dava kalmayacağını kesin olarak vurgulamaktadır. Oybirligi halinde doktrinde bu görüştedir. Bizde aynı görüşteyiz. "Feragat ve kabul, kat'i bir hükmün hukuki neticelerini hasil eder." (HUMK. 95/1, CPCN. Art. 89, ZPO. 306-307) sözlerinden başka anlam çıkarmaya imkan yoktur. Biz feragat'ın olduğu anda ortadan davanın kalkmış olacağını kabul edersek, artık hiç bir araştırmaya girişemeyiz. Zira yapılan işlemler geçersizdir. Oysa feragat ile davanın yapıldığı an itibariyle ortadan kalkmış olacağı çok belirgindir. "Feragat ve kabul, iki taraf hazır ise mahkeme huzurunda şifahen ve değilse bir sureti diğer tarafa tebliğ edilecek istida ile tahriren yapılır." (HUMK. 93, CPCN. Art. 87, ZPO. 306-307) ile 151. maddedeki "..... veya davaya kısmen veya tamamen nihayet veren feragatı, "sözleride bunu teyit etmektedir. Yüksek dairenin anılan esaslara aykırı düşen görüşü benimsenemez. Nitekim mahkememizde işi ısrar kararı ile Hukuk Genel Kuruluna havale etmiş bulunmaktadır. Uygulama için kısmide olsa son söz kurula aittir.

KESİNLEŞME YAZISI

Cahit NALBANTOĞLU*

PLAN

- 1 — KAVRAM
- 2 — MEVZUATTAKİ YERİ
- 3 — UYGULAMA AÇISINDAN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR
- 4 — KİŞİSEL DÜŞÜNCEMİZ

I — KAVRAM

«Kesinleşme yazısı» derken hukuk uygulamasında hükümlerin kesinleştiğini belirtmek için ötedenberi kullanılagelen «şerh» kavramına değinmek istediğimizi belirtelim.

Aslında «şerh» sözcüğünün, yüklendiği işlev yönünden yerinde kullanıldığını savunmak pek te kolay görünmemektedir. Gerek usul yasalarımızda, gerekse ilgili tüzük ve yönetmeliklerde «kesinleşme şerhi» şeklinde bir deyim rastlanmamaktadır. Ancak uygulamada bu deyim kullanıldığı bir gerçektir. Şerh sözcüğünün asıl anlamı «yeterince anlaşılır durumda olmayan bir hükmü, bir yazıyı açıklamak suretiyle daha iyi anlaşılır duruma getirmek» şeklinde kabul edilmektedir; kanun maddelerinin şerhi gibi. Bunun dışında, herhangi bir işlemin, bir hakkın varlığını, sınırlandırıldığını, ortadan kalktığını, değiştiğini belirtmek amacıyla, önceden var olan bir kaydın yanına ya da altına eklenmesi gereken yeni bilgileri içeren notlara da «şerh» denildiği bilinmektedir; nüfus ve tapu kayıtlarındaki şerhler gibi.

Görülüyor ki, hangi anlamda alınıralsa alınsın, «şerh»in yazı şeklinde gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olmaktadır. O halde sözkonusu işlemin anlatımında «şerh» sözcüğünün kullanılmasını zorunlu kılan bir neden olmadığı ve «kesinleşme yazısı» deyiminin amacı yansıtmaya elverişli bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

(*) Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Gn. Md.lüğü Başmüşaviri

Bir bakıma, ötedenberi alışılmış deyim ve terimlerin yenilerinin kullanılması, çoğu kez direnmelere neden olarak, her türden yeniliğe karşı ilk aşamada duyulan yabancılığın, onun kolayca benimsenmesini engellediği gözden kaçmamaktadır. Aslında sözcükler bir anlatım aracı olduklarına göre, belirtmek istenen kavramı açıkça ifade edebildikleri ölçüde yerinde kullanılmış olurlar. Başka bir deyimle, sözcükler, bizim onlara yüklediğimiz anlama göre değer ve uygulama olanağı kazanırlar. Kuşkusuz bu yükleme gelişigüzel, herkesin kişisel isteği ve hevesi doğrultusunda olmamalıdır. Dilde yeni sözcükler üretilmesi ve eskimiş ya da yabancı sözcüklerle karışmış olanların yenilenip arıtılması yolundaki gelişmelerin, bilimsel bir çalışmayla gerçekleştirilmesi en uygun yol olur. Bu yoldaki çalışmalarıyla tanınan kurumlarımız üstlendikleri ödevi olanaklar ölçüsünde, en iyi biçimde yapmaya çalışmaktadırlar. Ancak bu gelişmelerin bilimsel olarak işlerlik ve kesinlik kazanabilmesi için bir takım ön aşamalardan geçmesi de gereklidir. Genel anlamda ya da belli mesleki ve bilimsel konularda yazılanların tümü bu ön aşamaları oluşturacaktır. Bu bakımdan, ilk kez kullanılışında çoğunluk tarafından yadırganan sözcükler, bu aşamalar sonunda yerleşmiş, oturmuş bir niteliğe bürünerek bilimsel bir kesinlik kazanabilirler. Bu niteliği kazanamayanlar ise kendiliğinden kaybolup giderler.

Konumuzu oluşturan «şerh» sözcüğünün karşılığı bakımından yukarıda sözü edilen aşamaların tam olarak gerçekleştiğini savunmak kolay değildir. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde «Açıklama» olarak belirlenmesine karşın, hukuk uygulamasında bu yeni sözcüğün yerleştiğini ve benimsendiğini kesinlikle söyleyemeyiz. Bu nedenledir ki, özellikle kullanıldığı yer ve anlam bakımından aslında uygun olmadığını savunduğumuz «şerh» terimi yerine T. Dil Kurumu'nun verdiği karşılığı da kullanmak zorunda kalmaksızın kavram olarak «kesinleşme şerhi» yerine «kesinleşme yazısı» demeyi daha uygun bulduğumuzu belirtmek isteriz.

2 — MEVZUATTAKİ YERİ

Kesinleşmedikçe yerine getirilmesi olanağı bulunmayan hükümler yönünden bu durumun belirtilmesi ve belgelendirilmesi işleminin önemi tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Ancak bu önem derecesine karşın, ilgili yasa, tüzük ve yönetmeliklerde konunun yeterince açıklığa kavuşturulduğu da söylenemez. Usul yasalarımız açısından bakıldığı zaman şu hükümlerle karşılaşmaktayız :

H.U.M.K. nun 443. maddesinin son fıkrasında «Gayrimenkule ve buna müteallik aynı haklara ve aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler kat'iyet kesbetmedikçe icra olunamaz.» denmekle beraber, kesinleşme işleminin nasıl ve kim tarafından belirtileceği konusunda bir açıklık yoktur.

C.M.U.K. nun 396. maddesinde ise «Cezanın infazı, mahkemeden verilen ve aslına mutabık ve **icrası kabil olduğu reis veya hâkim tarafından tasdik edilen** hüküm fıkrası sureti üzerine Cumhuriyet Müddeiumumisi tarafından takip olunur.» hükmü yer almış ve bu suretle kesinleşme yazısını kimin onaylayacağı hususu da açıkça belirtilmiş bulunmaktadır.

Hukuk Ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesi'nin 43. maddesinde «Suretler kalem şefi veya muavini tarafından tasdik olunarak verilir.» şeklindeki, örneklerle ilgili hükmün dışında, kesinleşme yazısını ele alan bir açıklık yoktur.

Başkatip, Zabıt Katibi, Zabıt Katibi Muavini Ve Katipler Talimatnamesi'nin başkatip ve yardımcılarının görevlerinden sözedene 10. maddesinde sekiz bent halinde ayrıntılı olarak bu görevler sayılmış ancak bunlar arasında kesinleşme yazısıyla ilgili bir görevden söz edilmemiştir. Maddenin üçüncü bendinde «Usul kanunlarının kendilerine verdiği vazifeleri görürler.» şeklinde bir gönderme hükmü yer almış bulunmaktadır.

Dolaylı da olsa, konuyla ilişkisi bulunan «Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev Ve Çalışma Yönetmeliği»nden de söz etmek gerekecektir. Yönetmeliğin 119. maddesinin 2. fıkrasında şu hüküm göze çarpmaktadır :

«Boşanma ilamlarını alan nüfus idareleri bunlar üzerinde bir ön inceleme yaparak, yetkili **hâkim tarafından kesinleşme şerhi verilip verilmediğini** saptarlar.»

Mevzuat açısından dayanak yapabileceğimiz hükümler bunlardan ibaret görünmektedir. O halde sorun çoğunca uygulamaya bırakılmış durumdadır.

3 — UYGULAMA AÇISINDAN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Hukuk ya da ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin kesinleştiğini belirleyen işlemin niteliğini ve önemini yeterince açıklığa ka-

vuşturmak, sorunun kökenine inmeyi kolaylaştıracaktır. Ancak bundan önce, uygulamanın ne yolda olduğuna kısaca gözetmekte yarar vardır. Bugün için bir uygulama birliğinden söz edebilmek kolay değildir. Mahkeme başkanı ya da hâkimi tarafından imzalanmak suretiyle onaylanan kesinleşme yazıları olduğu gibi, başkatip tarafından onaylanmış olanlara da rastlanmaktadır. Aslında sorunların çoğu da bu değişik uygulamadan çıkmaktadır. Yerine getirilmesi için tapu ve nüfus idarelerine verilen bazı ilamlarda kesinleşme yazısının başkatip tarafından onaylanmış bulunması, genellikle duraksamalara neden olmakta ve ilgili dairelerin, konunun açıklığı kavuşturulması için, bağlı oldukları kurumlar aracılığıyla Adalet Bakanlığına başvurdukları görülmektedir. Bu başvuruların zaman zaman yinelenmesi, yargı yerleriyle sözü edilen idareler arasında, iş sahiplerinin de sızlanmalarına neden olan bir takım sürtüşmelerin varlığını ortaya koymaktadır. Bu durum, konuyla ilgili bir görüş ve uygulama birliği sağlanması yolunda etkin girişimlerde bulunulmasını zorunlu kılmış olduğu içindir ki Adalet Bakanlığı, Yargıtay İcra ve İflas Dairesince bu konuda verilmiş iki ayrı kararın birbirine tamamen ters sonuca ulaştığından söz ederek, içtihadın birleştirilmesinin sağlanması için Yargıtay Birinci Başkanlığına başvurmuştur.

Uyuşmazlığı oluşturan kararları özetle belirtelim :

1 — İc. ve İf. D. nin 30-12-1940 T. 5344-5962 s.lı kararında «Taki-be mesnet ittihaz edilen teslim ilamındaki hükmün katileşmediğini borçlu iddia etmiş olduğu ve hükümlerin usulen katileştiğine dair ilam zahrine verilecek meşruhatın mahkeme mührü ile tahtim ve **hâkimin imzası ile tevsik edilmedikçe icrası caiz bulunmadığı** ve bu hususta başkatiplik tarafından verilen şerh kâfi olmadığı halde kesbi katiyet ettiği tahakkuk etmeyen mezkur ilamın icrası cihetine gidilmesi kanuna muhaliftir» esası benimsenmiş,

2 — Aynı Dairenin 21-10-1968 gün, 8571-9466 s.lı kararında ise «... Bu işlemler hükmün ilk tesis ve tebliği zamanına ait olup taraflar daha sonra kararın örneğini alabilirler. Bu gibi örneklerin aslına uygunluğu mahkeme başkatibi tarafından onanır. Kararın kesinleştiğini gösteren meşruhat **mahkeme başkatibi tarafından verilir...**» şeklinde sonuca varılmış olduğu görülmüştür.

Bakanlığın bu yoldaki başvurusu üzerine Yargıtay Birinci Başkanı imzasıyla verilen 23-I-1970 günlü cevapta sonuç olarak :

«Hükmün, temyiz yoluna başvurmamak veya vurulup ta Yargıtayca onanmak suretiyle kesinleştiğini, mahkeme kalemindeki esas,

karar ve temyiz defterlerini veya tebliğ ilmühaberi vesair belgeleri inceleyip tesbit ve mübrez ilam arkasına şerh etmek mahkeme başkatinin vazifesi cümlesindedir. Bu meşruhat ilam muhtevasına ve metnine taalluk etmeyip tamamen bundan ayrı ve H.U.M.K. nun 392. maddesi hükmü kapsamı dışında bir muameledir. Yıllardan beri uygulanan daire içtihadı evvelce bildirdiğimizden ibarettir. Yirmi dokuz sene evvel hernasılsa çıkmış münferit bir hükümden bahisle içtihadı birleştirme yoluna gitmeye lüzum görülmemektedir.» demek suretiyle bu yola gidilmemiştir.

Ancak yukarıda da değinildiği gibi, bu konudaki anlaşmazlık ve uygulama güçlükleri giderilememiş; zaman zaman yinelenen sorular ve doyurucu bir çözüm isteyen başvurular süregelmiştir. Bunlardan sonuncusunu örnek olarak sunmak isteriz :

İçişleri Bak. Nüfus İş. Gn. Md. ifadeli, 19-9-1977 gün ve 10313 S. ile Adalet Bakanlığına gönderilen yazıda şöyle denmektedir :

«..... Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 119 uncu maddesinde, Adalet Bakanlığının bu konuda alınan görüşüne uygun olarak, boşanma kararlarına hâkim tarafından kesinleşme şerhi konulacağı belirtilmiştir. Ancak boşanma kararlarında çoğu kez başkatiplerce kesinleşme şerhi verilmekte olduğundan nüfus idarelerince bu kararların kütüğe işlenmesinde tereddüt edilmekte ve bu yüzden adli makamlarla ihtilaflara düşülmektedir.

Bu nedenlerle konunun bir kez daha incelenerek, mahkemelere gerekli duyurunun yapılmasını ve sonucundan Bakanlığımıza da bilgi verilmesine emirlerinizi arz ve rica ederim.»

Bu başvuru üzerine, gerekçeli bir düşünce yazısıyla konu Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlığına aktarılırken, özellikle «Yüksek Kurulunuzca da malum olduğu üzere, hukuk mahkemelerinden verilen ilamlar, hükmün süresi içinde temyiz edilmemesi veya Yargıtayca onaylanması suretiyle kesinleşmektedir. Hükmün süresi içinde kesinleşmesi, ilamı n 1701 S. lı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak tebliği ve temyiz süresi içinde temyiz edilmemiş olması şartlarına bağlı bulunmaktadır.

Temyiz edilmiş olan ilamların kesinleşmesi ise hükmün Yargıtayca kısmen veya tamamen onanması şartına bağlıdır.

İlamların 1701 S. lı Teb. K. hükümlerine uygun olarak tebliğ edilip edilmediği ve özellikle Yargıtayca kısmen onanmış olan ilamların

rın hangi hükümlerinin kesinleşip hangilerinin kesinleşmediği hususlarının incelenmesini n geniş çapta hukuk bilgisine ihtiyaç göstereceği Yüksek Kurulca bilinen bir gerçektir.

..... maddi veya kişisel yönden son derece önemi haiz bulunan ilamlara verilecek kesinleşme meşruhatının ... hâkimlerce tasdik ve imza edilmesi adalete mevcut güveni artırıcı görev olacaktır.

Nitekim C.M.U.K. nun 395, 396 ncı madesi... hükmüne göre ceza mahkemelerince verilen ilamlara verilen kesinleşme meşruhatı uygulamada mahkeme reisi veya hâkimi tarafından imza edilerek infazı için Cumhuriyet Savcılığına gönderilmektedir.

.....

Yukarıda açıklanan nedenler karşısında hukuk mahkemesince düzenlenen ilamlara verilecek kesinleşme meşruhatının hükmü veren mahkemenin başkan veya hâkimi tarafından tasdik ve imza edilmesinin, adaletin güvenilirliği ve hukuk ve ceza mahkemeleri arasındaki farklı uygulamanın birleştirilmesi bakımlarından gerekli olduğu kanısına varılmıştır.»

Dendikten sonra, uygulamaya kesin bir yön verebilmek amacıyla Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin, Yazı İşleri Talimatnamesinin 43. maddesinde şu şekilde bir değişiklik yapılması önerisinde bulunulmuştur :

«MADDE 43 — H.U.M.K. nun 392. maddesine göre taraflara verilen ilamların kesinleşmesi halinde bu ilamların altına veya arkasına hangi tarihte ve ne suretle kesinleştiği yazılarak altı mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından imza olunmak ve mahkeme mühürü basılmak suretiyle tasdik olunur.

Sonradan verilecek olan ilam örnekleri ile, kanunlarda yer alan özel hükümler gereği resmi mercilere gönderilen ilam örneklerindeki kesinleşme yazıları da aynı usule uyularak tasdik olunur. »

Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlığı, 16-1-1978 gün, 40 S.lı cevap yazısında :

«Hukuk mahkemelerinden verilen ilamların kesinleşme meşruhatının **bazı özel durumlar dışında** mahkeme başkatipleri tarafından imzalanmasının, başkatibin taşıdığı yetki ve sorumluluk çerçevesinde sürdürülen bir işlem olarak öteden beri kararlılık kazanmış bulunmaktadır.

..... Esasen bu konuda Yargıtay'ın Birinci Başkanlığının İçtihadı Birleştirmeye dair Adalet Bakanlığı Huk. İş. Gn. Md. nün başvuru-

suna ... verilmiş cevapta (... hükmün ... kesinleştiğini ... ilam arkasına şerh etmek mahkeme başkatiбинin vazifesi cümlesinden) bulunduğu da belirtilmiş bulunmaktadır.

C.M.U.K. nun ihtiva ettiği farklı sistemin ceza yargılamasının bünyesinden gelen bir zorunluluk taşıdığı gözönünde tutulduğu takdirde, belirtilen farklılığı her iki uygulama arasında bir çelişki olarak nitelenebilir mümkün olmayacaktır.

Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin (Boşanma ilamları) ile ilgili olarak getirdiği özel duruma karşılık Genel Kurul'umuz, Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin 43. maddesindeki düzenlemeyi esas almak suretiyle 1587 S.İ Nüfus Kanununda boşanma ve şahsi hak değişikliğine ilişkin ilamların kesinleşme meşruhatının da başkatipler tarafından imzalanması gerektiğine 1977/389 sayı ve 18/10/1977 günle karar vermiş bulunmaktadır.

Böylece hiç bir tereddüte yer vermeyecek şekilde istikrar kazanmış bir uygulamanın sürdürülmesinin, idari merciler ile adliye arasında bir sürtüşmeye zemin hazırlamaktan ziyade, aksine, **emredici** nitelikli bir kural olarak **mutlak surette uyulması gerektiğinin** düşünülmesi uygun olacaktır.

Bu nedenlerle Kurulumuz, hukuk mahkemesinde verilmiş ilamların kesinleşme meşruhatının mahkeme başkatipleri tarafından imzalanma işleminin eski hali ile sürdürülmesinde yarar görmektedir.»

Şeklinde görüşünü bildirmiş ve yönetmelik değişikliğine de gerek olmadığını savunmuştur.

4 — KİŞİSEL DÜŞÜNCEMİZ

Yukarı bölümün başında, kesinleşme yazısının niteliğini ve önemini yeterince belirtmek gereğine değinilmişti.

Ceza uygulaması açısından konunun önemi ve ne yolda işlem yapılacağı belli olduğundan bu yönde bir sorunla karşılaşılmadığı söylenebilir.

Hukuk mahkemelerinden verilen hükümlerin -kesin olarak verilenler ve kesinleşmesinin beklenmesinde zorunluk bulunmayanlar dışında- yerine getirilmesi aşamasında kesinleşme olgusunun önemi tartışma gerektirmeyecek kadar bellidir. O halde, bu olguyu belgelendirecek onama işleminin de aynı ölçüde önemli olduğunu kabul etmek zorundayız. Bunun aksini savunmak düşünülemez.

Usul yasası açısından kesinleşmenin, hükmün süresi içinde temyiz edilmemesi ya da Yargıtayca onanması suretiyle gerçekleştiği de bilinmektedir. Bu durumu saptamak ve belgelendirmek görevinin kime ait olduğu ya da olması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Bütün kamu görev ve yetkilerinin yasa, tüzük ya da yönetmelik gibi objektif kurallarla belirlenmiş olması asıldır. Mahkemeler kuruluşunda görevli hâkim, başkatip, katip ve diğer yardımcı kişilerin görev ve yetkileri de bu ölçüler içerisinde belirlenmiştir. Söz edilen kurallar, yargılama ve yönetim işlevleri yönünden mahkemenin tüm çalışma düzeninin hâkim tarafından denetim ve gözetim altında tutulmasını gerektirdiği gibi, dışa karşı muhatap durumunda olan da odur. Mahkemece yazılan basit bir yazının bile hâkim tarafından imzalanması bunu kanıtlar. Başka bir görevliye bu yetki verilmemiştir.

Anayasa'nın 132. maddesi uyarınca görevlerinde bağımsız olan, Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlarına göre hüküm veren hâkimin, mahkemenin en geniş yetkiye sahip görevlisi olduğunda kuşku yoktur. Açıklık bulunmayan bir konuda yetkinin kime ait olacağı tartışmasını sonuca bağlamakta hâkimin bu geniş yetkisinden yararlanmak durumundayız. Medeni Kanununun 1. maddesi, gerektiğinde kanun koyuculuk olanağını ona tanımıştır. Bunun sonucu olarak, diğer görevlilerin ve bu arada mahkeme başkatibinin görev ve yetkilerinin yasa, tüzük ya da yönetmelikte yer alan hükümlerle sınırlı olduğunu, başka bir anlatımla, açık hüküm bulunmadıkça onların görev ve yetkisinden söz edilemeyeceğini kabul etmek zorundayız.

Soruna bu açıdan yaklaştığımız zaman şu görünümle karşılaşmaktayız :

H.U.M.K. nun ve hukuk mahkemeleri kalem görevlileri ve işlemleriyle ilgili yönetmeliklerin başkatibe görev yükleyen hükümleri arasında kesinleşme yazısı konusunda bir açıklık yoktur. (1) Sadece, örneklerin onanması bakımından yetkili olduğu belirtilmektedir. Bu durumda, kesinleşmeyi belgelendirme işlemini de, mahkeme başkanı ya da hâkiminin genel gözetim ve denetimi altında yapılabilecek işler arasında ele almak gerekecektir. İşlemin niteliğinin doğal sonucu bu olmalıdır.

Süresinde temyiz edilmediğinden kesinleştiği saptanacak bir hükmün söz konusu olduğunu düşünelim. Taraflarca temyiz yoluna hiç

(1) H.U.M.K. nun 391, 392, 443. mad.

Huk. ve Tic. Mah. Yazı İşl. Tal. nin 43. md.

Başk. Z.k., Z.k.m. ve Katipler Tal. nin 10. md.

başvurulmaması durumu dışında, temyiz süresi içinde olup olmadığı, ya da temyiz dilekçesi süresinde verildiği halde gerekli harç ve giderlerin ödenmemesi nedeniyle süresinde temyiz edilmemiş sayılıp sayılmıyacağı hususlarının saptanması, karar merciinin görev ve yetkisi içerisindedir; Usul Yasasının 414 ve 434. maddeleriyle Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesinin 53. maddesi hükümleri bunu açıkça belirtmektedir. Öte yandan, temyiz aşamasından geçmiş bir hükmün, özellikle kısmen onanması durumunda, hangi kısımlarının onanmak suretiyle kesinleştiği ve hangilerinin bozmanın kapsamı içinde olduğu ya da olmadığı hususlarının saptanması da mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından belirlenecek kadar önemli ve uzmanlık isteyen bir iştir. Bununla, mahkeme başkatiplerinin bu konuda yeterli bilgi ve beceriye sahip olmadıkları değil, yukarıda belirtilen kurallar açısından yetkili olmadıkları vurgulanmak istenmektedir.

Niteliği böylece belirlenen işlemlerin yerine getirilmesi, koşullarının var olup olmadığı hususlarının denetimi ve gözetimi hâkime ait olduğu ve olması gerektiği halde, bu durumun belgelendirilmesini onun dışında ve kendisine açıkça herhangi bir yetki tanınmamış olan başkatibe bırakmak bizi çelişkiye düşüreceği gibi, yukarıda belirtilen hukuksal kurallara da aykırı bir sonuca götürür.

Gelelim, bu görevin başkatibe ait olduğunu savunan görüşlerin dayanak ve gerekçelerine..

3. bölümde sözü edilen, Yargıtay Birinci Başkanlığının 23.1.1970 günlü cevap yazısında, yıllardan beri uygulanan içtihadın bu görevi başkatibe verdiği ve bunun aksine olan çok eski bir görüş nedeniyle de içtihadı birleştirme yoluna gidilmediği bildirilmekte ise de, Yargıtayın görüşünün o yolda olduğu hususunda doyurucu bir içtihadı rastlanmadığı gibi, bu görüşün yasal ya da yönetmeliklerde gösterilen bir dayanağından da yazıda söz edilmemektedir.

Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanlığının 16.1.1973 günlü cevabında ileri sürülen gerekçelerin de doyurucu ve çözüm sağlayıcı olduğu söylenemez. Yazının başında "... kesinleşme meşruhatının bazı özel durumlar dışında mahkeme başkatipleri tarafından imzalanmasının... ötedenberi kararlılık kazanmış.." bulunduğu belirtilmektedir. "Bazı özel durumlar dışında" denirken hangi durumların kastedildiği açıklanmadığı gibi, bu durumlarda başkatibin yetkisinin bulunmadığı kabul ediliyor demektir ki, bu, bir bakıma karşı görüşe hak verdiği gibi, böylesine bir ayırımın neye dayandığı da belli değildir. "Öteden beri kararlılık kazanmış bulunduğu" savına da katılmak güçtür. Zira uygu-

lamada çoğu kez hâkim tarafından imzalandığı da görülmektedir. Öte yandan, "C.M.U.K. nun ihtiva ettiği farklı sistemin, ceza yargılamasının bünyesinden gelen bir zorunluluk taşıdığı" öne sürülmektedir. Kesinleşme yazısını imzalama işlemini ceza yargılamasının bünyesine bağlamanın ne derece uygun olacağı tartışma konusudur. Aslında bu işlemin bir "Yargı İşlemi" olmadığı, başkatibi görevli sayan görüşün doğal sonucu olduğuna göre, "Ceza yargılamasının bünyesi" şeklinde bir gerekçeye dayanmak olanağı da yoktur. Bunun yargı görevi ile ilgili olmadığı, bu konuda Kurul'un idari nitelikte karar almasından da anlaşılmaktadır. Bu işlem sadece bir onaylama bir belgelendirme işlemidir ve bu niteliği bakımından da hukuk ve ceza uygulaması açısından farklılık değil, birlik bulunmasında yarar vardır.

Yüksek Kurul ayrıca, "Huk. ve Tic. Mahkemeleri Yön. nin 43. maddesindeki düzenlemeyi esas almak suretiyle 1587 S. lı Nüfus K. da boşanma ve şahsi hak değişikliğine ilişkin ilamlara kesinleşme meşruhatının da başkatipler tarafından imzalanması gerektiğine... karar vermiş bulunmaktadır. Böylece hiç bir tereddüte yer vermeyecek şekilde istikrar kazanmış bir uygulamanın sürdürülmesinin... **emredici nitelikli bir kural olarak** mutlak surette uyulması gerektiği..." görüşünü savunmaktadır.

Bu görüş karşısında şu sorularla karşılaşmamız kaçınılmazdır :

1 — Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin hâkime görev yükleyen hükmünü etkisiz duruma getirmek için Y. Hâkimler Kurulu'nca böyle bir karara varılması olağan bir yol mudur?

2 — Sözü edilen 43. madde yalnız örneklerle ilgili olduğundan kesinleşme yazısını da böyle bir kararla aynı kapsam içinde düşünmek olanağı var mıdır?

3 — Yukarıdaki açıklamalar karşısında durumun "istikrar kazanmış" olduğundan kesinlikle söz edilebilir mi?

4 — Y. Hâk. Kurulu kararının bir **yargı kararı olmadığı** kuşkusuzdur. Yüksek Kurulun mahkemelerin kalem işlemleriyle ilgili olarak, idari nitelikte ilke kararları alması, genel görevleri açısından mümkün olmakla beraber, özellikle nüfus idarelerine hitap eden bir yönetmelik hükmüne tüm olarak ters düşen bu kararın, **o idarelerce uyulması gereken** "emredici nitelikli bir kural" şeklinde kabulü ve uygulanabilmesi olanağı var mıdır?

Kişisel görüşümüze göre, bu sorulara olumlu yanıt verebilmek oldukça güçtür.

Bu durum karşısında, uygulamada karşılaşıldığını yukarı bölümlerde açıkladığımız sorun ve duraksamanın geçerliliğini korumakta olduğunu söylemek zorundayız.

5 — SONUÇ

Görülüyor ki, Yargıtay Birinci Başkanlığının ve Yüksek Hâkimler Kurulunun, başvuruları kesin bir sonuca bağlama amacına yönelik olarak ileri sürdükleri görüşlere karşın, sorun kesinlikle çözümlenmiş değildir. İster bu değerli görüşler doğrultusunda olsun, ister buna karşı olan kişisel düşüncemize haklılık kazandıracak nitelikte olsun, tüm duraksamaları ve uygulama aksaklıklarını giderecek kesin bir çözüm şekline ihtiyaç duyulduğunu belirtmek gerekmektedir.

Bu çözüm, içtihadı birleştirme yoluyla olabileceği gibi, H.U.M.K. ve Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Talimatnamesi'nde yapılacak bir değişiklikle de sağlanabilir.

İŞ HUKUKU

FRANSIZ İŞ MAHKEMELERİ CONSEILLES DE PRUD 'HOMMES

Rafet ÖZDEMİR*

Bibliyografya :

P. Durand	Traité de droit du travail (Daloz)
A. Roustat et P. Durand	Sécurité Sociale (Daloz)
G. Seelle	Le droit ouvrier.
J. Rivero et S. Savatier	Droit du travail (Daloz)
E. Dolleans et J. Déhov	Historie du travail en France' Muvement ouvrier et législation sociale. Des origines a 1919 (Flammarrion)
Rossel	Manuel de droit Prud' homal (Daloz)
G. Lefrang	Histoire du travail et des travailleurs (Flammarrion)
P. Cuche et J. Vincent	Procedure civile et Commerciale (Daloz)

BAŞLANGIÇ :

Fransa'da bireysel iş uyuşmazlıklarına Conseilled de Prud'hommes denilen özel mahkemeler tarafından bakılmaktadır.

Prud'hommes, bugün Fransız Dili'nde bireysel iş uyuşmazlıkları hakkında hüküm vermek üzere işçi ve işveren temsilcilerinden kurulan bir mahkemenin seçilmiş üyesine denmektedir. Bu sözcük, daha önceleri gün görmüş, doğru ve deneyli adam anlamında kullanılır idi.

Prud'hommes teknik bir deyim olarak 1789 devriminden önceki zamanlara kadar çıkar. Fakat o devirlerde Prud'hommes'lerin görevleri bugünkünden oldukça ayrı bir özellik taşımakta idi.

Gerçekten Prud'hommes mahkemeleri bugün eşit sayıda işçi ve işveren temsilcilerinden kurulmuş olup genel mahkemelerden ayrı bir yargılama prosedürü uygulamaktadır. Halbuki eski devirlerde Prud'hommes mahkemeleri, eşitlik temeline dayanmamakta ve üyeleri sadece ustalar arasından seçilmekte idi. Prud'hommes'ların görevleri

(*) Emekli Yargıtay İkinci Başkanı

ise sanat disiplinine gözcülük etmek ve loncalar arasındaki uyuşmazlıklara bakmaktan ibaret idi.

Çalışanlarla çalıştıranlar arasındaki uyuşmazlıkları çözümlmek o tarihlerde devletin en yüksek memurları ile Belediye Başkanları ve bir de Echevin denilen Belediye hakimlerinin görevleri içinde idi.

Fransız iş mahkemeleri dünyanın en eski iş kurumları olmak şerefini taşırlar. Gerçekten bu mahkemelerin 160 yılı aşan bir tarihi vardır. Fransız iş mahkemeleri de, iş hukuku gibi 19. yüzyılın ortalarından I. Dünya Savaşına kadar uzanan devre içinde geniş ölçüde değişimlere uğramıştır. Bir çok sosyal kurullar gibi iş mahkemeleri de felsefî düşüncelerin, politikanın ve büyük bir hızla gelişen tekniğin etkileri altında bugünkü biçimini almaya başlamıştır.

1789 devriminden önce bu mahkemelerin eşitlik temeline dayanmamakta olduğuna yukarıda değinmiştik.

Devrim sırasında bu yargılamalar kaybolmuş ve bireysel iş uyuşmazlıkları da genel mahkemelere bırakılmış idi. Çünkü devrimin hukuk ideolojisi bu kurulun devamına engel idi. Bilindiği gibi devrim bireyci bir felsefe sistemine dayanıyordu. 1789 devrim edebiyatı, özgürlük ve eşitlik sözlerini birleştirmiş idi. Eğer devlet ulusun bir kısmı için yasa yaparsa eşitlik ilkesini bozmuş olurdu. Genel hukuka karşıt bütün kurullar bir ayrıcalık sayılıyordu. Bu görüş tarzı, o devrin ekonomik doktrini ile de bir uygunluk halinde idi. İş ilişkileri iradenin bağımsızlığı kuramına uygun olarak sözleşme temeline dayanıyordu. Hizmet sözleşmesi akit hukukunun genel kurallarına tâbi idi. Medeni kanunda 67 md. Eşya kirasına ayrılmıştı. Sadece 2 madde hizmet sözleşmesi ile ilgili ilişkileri düzenlemekte idi. Özet olarak denebilirki devlet, işçi ile işveren arasındaki anlaşmazlıklara karışmayı reddediyordu.

Fakat genel mahkemeler, iş sorunlarında yeter bir bilgiye sahip değillerdi. Bu nedenle ayrı bir yargılamayı gerektiren özel mahkemeler kurma zorunluğu kendini şiddetle duyuruyordu.

İlk önce Lion Fabrikaları işçileri I. Napoleon nezdinde bu yolda bir girişimde bulundular. Bu girişimin sonucu olarak 18 Mart 1806 günlü bir yasa ile Lionda ilk Prud'hommes mahkemesi kuruldu. Bu yasa aynı zamanda hükümete gerekli gördüğü bütün illerde iş mahkemeleri kurma yetkisini tanıyordu.

Napoleon devrinin iş mahkemeleri bugünkülerden oldukça ayrı bir nitelik taşımaktaydılar. Gerçekten o devrin mahkemeleri, sadece

işverenler ile küçük teşebbüs erbabını içine almakta ve buna karşılık işçi temsilcilerine yer vermemekteydi.

1848 Devrimi Siyasal olduğu kadar sosyal bir karaktere malik idi. Bu devrim vergiye bağlı seçim rejimi yerine genel oy hakkını getirmişti. Artık işçiler de işverenler gibi siyasal hayata katılma ve buna bağlı olarak seçme ve seçilme hakkına malik bulunacaklardı. 1848 devrimi sendika haklarını da tanımıştı. Kuşkusuz bu devrimin düşüncesi ve ruh iklimi kısa bir zaman içinde doğmuş olamazdı. Bir işçi sınıfı kuruluş halinde idi. Derin bir fakirlik ve zorunluk koşulları içinde yaşayan bu sınıf, artık Sanayi Burjuvaları haline gelmiş olan işverenlerin karşısına dikilmişti.

Fakat 1848'in işçi hayatına getirdiği imkânlar ve yenilikler uzun sürmedi. İş hukukundaki gelişme kısa sürdü. Haziran ayaklanması bastırıldıktan sonra ilk ayların yapıtlarına karşı tepkiler başgösterdi. II. İmparatorluğun sosyal politikası ruhlara huzur ve sükûn getirmekten çok uzaktı. İşçiler için sendikalar kurmak yasaklandı. Ve 1 Haziran 1853 tarihli Yasa ile de İş Mahkemelerinin Başkan ve II. Başkanlarının atama yetkisi İmparatora tanındı.

III. Cumhuriyet Rejimi altında iş hukuku geliştikten sonra bu kurul da sosyal reformları izleyerek yavaş yavaş kendisine bugünkü özelliğini kazandıran yeni çizgilerini alabildi. Yine III. Cumhuriyetle birlikte bu mahkemeler bir genişleme istidadı da gösterdi.

İş mahkemelerinin çoğu ilk önce sanayi merkezlerinde kurulmuştu. 1907'de bu yargılama prosedürü ticaret ve 1932'de ise tarım mesleklerine uygulandı. Ve daha sonraki reformlar ise kapıcıları ve evlerde çalışan işçileri bu özel yargılamadan yararlandırdı.

Prud'hommes mahkemeleri artık eşit sayıda işçi ve işveren temsilcilerinden kurulmaktadır. Bu mahkemeler, Toplu iş sözleşmelerinden doğan davalara ve Sosyal Sigorta Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklara bakmamaktadırlar. Fransa'da Prud'hommes mahkemelerinin yetkisi sadece bireysel iş uyuşmazlıklarını çözümlenmekten ibarettir.

Bu mahkemelere ilişkin düzenleme işi, iş kanununun 4. kitabının 1. bölümünün konusunu oluşturmaktadır.

22 Kasım 1958 tarihinde yayımlanan 58-1276 sayılı tüzük ile 58-1292 sayılı kararname iş ilişkilerine yeni koşullar ve yeni ögeler getirmişlerdir.

Gerçekten 5. Cumhuriyetin Sosyal politikası bugünkü kurullarla yeni adalet örgütü arasında bir uyum kurmaktan ibaret kalmamıştır.

O, hem iş yasalarını yeni ilerlemelere uydurmak hem de bu konudaki yargılamayı mümkün olduğu kadar süratlendirmek amacına da çevrilmiştir.

KURULUŞ :

İş Mahkemeleri bir kararnameyle kurulur. Yetki ve meslek çevrelerinin genişletilmesi de aynı yönetime tâbidir.

Prud'hommes mahkemeleri, her meslek kolunda eşit sayıda işçi ve işveren temsilcilerinden kurulmuştur. Üyelerin sayısı iş miktarına göre değişir. Her meslek kolunda ise en az ikisi işçi ve ikisi de işveren temsilcilerinden ibaret olmak üzere 4 üye bulunur.

Prud'hommes mahkemeleri iş miktarına göre bölümlere ayrılmışlardır. Örneğin; Paris Mahkemesi 4 Sanayi bölümünden oluşur. Ve bu bölümlerden herbirinde 32-44 üye vardır. Paris Ticaret Bölümündeki üyelerin sayısı ise 56'dan ibarettir.

22.12.1958 günlü ve 58-1292 sayılı kararname Prud'hommes mahkemelerinin yetkilerini bütün iş kollarına da teşmil ederek çeşitli meslek ve sanat bölümlerinin kurulmasına yol açmıştır.

1962 yılı başında Fransa'da 224 iş mahkemesi bulunmakta idi. Yukarı Ren ve aşağı Ren ile Mosel illerindeki 16 mahkeme bu rakamın dışındadır.

İş Mahkemeleri tam eşitliğe dayanan bir oluşum biçimine sahip bulunmaktadır. Üyeler 6 yıl için seçilmişlerdir. Her 3 yılda mahkeme üyelerinin yarısı yenilenir.

Her idari bölümde üyelerin yarısı işçiler, diğer yarısı da işverenler tarafından seçilir.

Seçmen olabilmek için (Md. 21) Siyasal seçmen listesinde adı yazılı olmak, belirli hükümlülöklere çarpılmamış bulunmak, üç yıldan beri kuruluş kararnamesinde sayılı mesleklerden birini icra etmek ve bir yıldan beri de mahkemenin yetki çevresinde çalışmalarını sürdürmek şarttır.

Üye seçilebilmek için (Md. 22) 25 yaşını doldurmak, okuma yazma bilmek, Prud'hommes mahkemelerinin seçim listelerinde adı yazılı olmak, yahut bu listelere girebilme koşullarına haiz bulunmak zorunludur.

Seçim pazar günleri ve iş yeri dışında yapılır.

Mahkeme üyelerinin seçimi bir şekilden ibaret gibi görünür. Zira bir çok hallerde seçimlerin sonuçlarını önceden kestirmek zor değildir. Büyük sendikalar tarafından önerilen kimseler seçilecekleri hakkında kesin bir inanca sahiptirler. Ancak üye sayısı hemen hemen eşit olan rakip sendikaların buldukları bölgede seçim sonucunu önceden kestirmek mümkün değildir. Fransa'da kabul edilmiş olan seçim sistemi, önemli sendikalarca beğenilen kimselerin seçilmelerini sağlamaktadır.

İş hakimleri seçildikten sonra ilk derece mahkemesi huzurunda and içerler.

Bu mahkemelerin her bölümü bir sekreter tarafından yönetilir. Sekreter bölümce tavsiye edilen üç kişi arasından Valilikçe seçilir. Sekreter bütün yönetim işlerinden sorumludur. Sekreter veya yardımcısı, bölümün bütün toplantılarına katılırlar.

Her yıl bölüm mahkemeleri genel bir toplantı yaparlar. Mevcut üyenin salt çoğunluğu ile ve gizli oyla bir başkan ve bir de ikinci başkan seçerler. Başkan, sırasıyla işçi ile işveren temsilcileri arasından seçilir. Eğer başkan işçi temsilcisi ise ikinci başkanlık işveren temsilcilerine bırakılır.

Bundan başka her yıl Prud'hommes mahkemeleri genel başkanlığı ile ikinci başkanlığı seçimi tekrarlanır. Bu seçim, bölüm başkanlıklarının tabi olduğu koşullar çerçevesinde ve bölüm başkanları arasında yapılır.

Genel Başkanlık, Prud'hommes mahkemelerinin çeşitli bölümleri arasındaki ilişkileri düzenlemek, disiplin sağlamak ve yönetimle ilgili görüşmelerde bulunmak gibi çeşitli görevleri yerine getirmekle ödevlidir.

YETKİ :

Bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin konularda yetkili mahkeme, işyeri mahkemesidir. Aksi halde iş sözleşmesinin yapıldığı yer mahkemesidir.

Prud'hommes mahkemeleri, isteğin miktarı ne olursa olsun ilk derece olarak bireysel iş uyuşmazlıklarını çözümlenmek yetkisine sahiptirler.

Yargı çevresinde Prud'hommes mahkemesinin mevcut olmaması veya ilgili meslek için yetkili bölüm bulunmaması hallerinde ilk derece hukuk veya ticaret mahkemesi Prud'hommes mahkemesinin yerini alır. Böylece bu mahkemelerin önüne götürülen bireysel iş uyuşmazlıkları Prud'hommes mahkemelerindeki yargılama usulüne göre karara bağlanır. Üst mahkemeye veya Yargıtaya başvurma halleri de aynı usule tâbidir.

Prud'hommes mahkemelerinin yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklar özellikle şu noktalarda belirir :

Taraflar arasındaki anlaşmazlık, toplu bir iş uyuşmazlığı mıdır? yoksa tamamen bireysel bir iş uyuşmazlığı niteliği mi taşımaktadır?

Bu iki tip uyuşmazlık arasındaki ayırım, bütün batı memleketlerinde aynı değildir ve oldukça karışıktır. Bu ayırım, kuşkusuz aynı istekte bulunmuş olan işçilerin çokluğu ile de ilgili değildir. Yalnız bir kişi tarafından ileri sürülen istek, bir çok işçileri ilgilendirse bile bireysel bir uyuşmazlık olarak kalabilir. Çoğu zaman mahkeme de, taraflarda, herhangi bir uyuşmazlığın bireysel veya toplu iş uyuşmazlığına karar vermekte güçlük çekerler. Toplu iş uyuşmazlığı kavramının açık ve kesin bir tanımlaması yoktur. A. Brun ve H. Galland, iş hukuku adlı kitaplarında : "Toplu iş uyuşmazlığının ölçüsü şimdiye kadar kesin bir biçimde belirmediği değildir." Fransız hukukçusu Gaston Roussel de : "Bireysel ve toplu iş uyuşmazlıkları arasındaki ayırım kesin bir ölçü ile aydınlanmamıştır." demektedirler.

Yargıtay bu gibi hallerde uyuşmazlığın bireysel bir nitelik taşıdığını kabul eğiliminde olduğunu kararlarında göstermiştir.

Gerçekten iş mahkemelerinin yetkileri sınırlıdır. Bununla beraber bu mahkemelerin türlü şikayetler almakta oldukları görülmüştür.

Özellikle işverenlerin şikayetleri, haksız rekabet, çıraklık sözleşmesinin iptali, ihbar süresine uyulmadan işçinin işini bırakması ve işin kötü yapılmasından doğan zararların ödetilmesi gibi konuları içerir.

Buna karşın işçilerin şikayetleri ise iş yasalarına, sözleşmedeki koşullara para sorunlarına ve iş akdinin bozulması halinde düzenlenen hesap sonuçlarına ilişkindir.

İÇ ÖRGÜT VE ÇALIŞMA :

İş mahkemeleri uzlaştırma ve yargılama olmak üzere iki türlü faaliyet göstermektedirler.

İş, ilk önce bir işçi ve bir de işveren üyesinden kurulmuş olan uzlaştırma bürosuna tevdi edilir. Bu büro, mahkemenin her bölümü için haftada bir gün öğleden sonra toplantı yapar. Ve işin kendisine sunulduğu tarihten başlayarak 15 günden daha az bir zaman içinde uyuşmazlık sorununu inceler.

Mahkemenin bütün üyeleri - Başkanla yardımcısı aylık - sıraları gelince bu görevi yapmakla ödevlidirler.

Her üye yılda üç veya dört kere bu özel büronun çalışmalarına katılır.

Uzlaştırma bürosuna sırasıyla işçi veya işveren temsilcileri başkanlık ederler.

Paris'te özel bir büronun haftalık oturumun da 60-120 işe bakıldığı belirlenmiştir.

Oturum bir çağrı ile açılır. Ve gizlidir. Davacının gelmemiş olması halinde tarafların anlaşmaları farzedilerek o iş listeden çıkarılır. Hazır bulunmama başka bir nedenden ileri gelmiş ise davacı şikâyetini bir hafta sonra yenileyebilir.

Bölgenin sekreteri veya yardımcısı notlar almak üzere bu oturuma katılırlar, taraflara sorular yöneltir ve hatta uzlaşma çareleri de önerir.

İşlerin uzlaştırma bürolarınca incelenmesi, davaların özelliklerine göre değişiklikler gösterir. Bazı işler delil incelemeleri gerektirir. Bazıları ise düzeysel bir inceleme ile çözüme bağlanır.

Birçok mahkeme üyeleri, zamanın kendilerine kazandırdığı deneylerle bazı tip işlerin bir anlaşmayla sonuçlanacağı hakkında derin bir sezgiye sahip olduklarını kanıtlamışlardır. Bu nedenle bu gibi işlere pek az bir zaman ayırmak gereğini duymuşlardır.

Gözlemlerden ve incelemelerden edinilen izlenim, tarafların çoğu zaman bir anlaşma zemini bulmak için herhangi bir deneye girişmeden önce işlerini mahkeme önüne getirdikleri noktasında belirmiştir.

Gerçekten yasa, Prud'hommes mahkemesine başvurulmadan uyuşmazlığın giderilmesini mümkün kılacak denemelerin önceden düzenlenmesine elverişli hükümleri kapsamamaktadır. Diğer yünden işçi, mahkemeye başvurmayı çoğu zaman kişisel tartışmalara üstün tutma yolunu seçmektedir. Bu, küçük girişimlerde veyahut işçinin

sendika üyesi olmaması halinde cereyan eder. Esasen yasa, işçilere, ilkel herhangi bir yönetime başvurmadan işlerini doğrudan doğruya Prud'hommes mahkemesi önüne götürme hakkını tanımıştır.

Toplu sözleşmelerde ise, taraflar uyuşmazlıkların giderilmesini mümkün kılacak bazı koşulları kararlaştırabilirler. Ve çoğu zaman bu yöntem örf ve adet hukukunda da yer almış olabilir.

Ancak Fransız yasa koyucusu, yukarda da belirtildiği gibi bireysel uyuşmazlıklar için özel bir düzenlemeye eğilim göstermemiş ve bu işi Prud'hommes mahkemelerinin yetkilerine bırakmıştır. Bu nedendir ki, büyük sayıda iş, bir anlaşmaya varma düşüncesi ile Prud'hommes mahkemeleri önüne getirilmektedir. Yasa koyucunun, bu mahkemeleri, uzlaşma konusunda büyük çabalar sarfına zorlamış olması, sistemin bir zorunluğudur.

Uzlaştırma konusundaki başarı, mahkemelere ve bölümlere göre değişiklikler gösterir. Paris sanayi bölgesinde başarı oranı % 9-25'tir. Buna karşılık diğer birleşmiş mahkemelerde ise bu oran % 34'e kadar yükselir. Bu rakam uzlaştırma ile sonuçlanan işlerin çokluğunu kanıtlar.

Kuşkusuz uzlaştırma safhasında büyük bir başarı elde edebilmek o işe ayrılan zamanı en yüksek ölçüde kullanıp konuları derin bir biçimde incelemekle mümkün olabilir. Gerçekten özel bürodaki en yüksek başarı yalnız işlerin derin bir biçimde incelenmesi için zaman istemekle de kalmaz, sekreterin veya yardımcısının bu çalışmalara katılmalarını da gerektirir. İşlerin güç olduğu hallerde bu katılma özellikle bir önem taşır.

Özet olarak denebilir ki uzlaştırma sistemi ile iyi sonuçlar elde edilmektedir. İstatistikler, illerdeki mahkemelerin özel büroları önünde elde edilen uzlaşma oranlarının Paris'tekilere göre iki kat olduğunu göstermektedir. Bu hâl, il mahkemelerinin inandırma doğrultusunda daha ciddî çabalar harcamış olduklarına bir kanıttır.

Uzlaştırma imkânı elde edilemediği takdirde uyuşmazlık, yargılama bürosu önüne götürülür.

YARGILAMA BÜROSU :

Yargılama bürosu eşit sayıda işçi ve işveren temsilcilerinden oluşturulur. Üye sayısı iş çokluğuna göre değişir. Bu büronun en az 4 üye ile oturumunu açması yasal bir zorunluktur.

Oyların yarı yarıya dağılması halinde ilk derece hukuk mahkemesi hakimi (Instance) mahkemeye başkanlık etmek üzere çağrılır. Yargılamaya aynı büroda yeniden başlanır. Oturum açıktır.

Yargılama bürosu, önceden tarafları uzlaştırmaya çalışmış olan iki mahkeme üyesini de içine alır.

Taraflar, bu büro önünde işlerini daha ayrıntılı olarak anlatıp iddia ve savunmalarının dayandığı belgeleri mahkemeye sunarlar. Zorunluk duyulması halinde tanıklar da dinlenir.

Oturumun sonunda, eğer iş basit ise üyeler kısa bir görüşmeden sonra hemen bir karar alırlar, buna karşılık birçok işler uzun tartışmaları da gerektirir. Bu gibi hallerde üyeler görüşme odasına çekilerek tartışmalar yaptıktan sonra bir hükme varırlar. Bu tartışmaların niteliği az çok değişiklikler gösterir. Fakat çoğu zaman bir fikir birliği elde edilir.

Oylar gizlidir.

Bütün oturumlarda hazır bulunan bölüm sekreteri tartışmalara serbestçe katılır. Ancak onun fikri danışma niteliğindedir. Daha önce cereyan etmiş olan işler etrafında sekretere sorular yöneltilir. Ve özellikle içtihatlar hakkında bilgi vermesi ve kişisel görüşünü de açıklaması kendisinden istenir.

Sekreterin oy hakkı bulunmamakla beraber, kararın oluşumundaki etkisi mahkeme üyelerinin ki kadar büyüktür. Çünkü sekreter, Yargıtayın ve üst mahkemenin iş hukukuyla ilgili içtihatlarını iyi öğrenmiş bir elemandır. Bundan başka mahkeme üyelerinin çoğu, kendi bölümlerinin toplantılarında her zaman bulunamamaktadırlar. Hatta en çalışkan başkan ve ikinci başkanlar bile oturumların ancak yarısına katılabilmektedirler. Buna karşılık sekreter kendi bölümünün bütün işlerini yönetmektedir. Birçok yıllar türlü işlerin tartışmalarına katılmış, hükümler verildiğini görmüş veya onları hazırlamıştır. Sekreterin rolü, mahkeme kararlarında içtihat birliğini sağlamaya da yardım etmektedir.

Gerçekten sekreterin çalışmaları, ikili sisteme bir üçlü öge getirmiş olması bakımından üzerinde durulmaya değer.

Bununla beraber ikili sistem, kararların bütün sorumluluğunu işçi ve işveren temsilcilerine yüklemiştir. Bu sorumluluk duygusu ile dirki üyeler, tarafların temsilcileri olmaktan çok tarafsız hakimler gibi davranışlarda bulunmak zorunda kalmışlardır.

Yargılamaya yoklama ile başlanır. Oturuma gelmemiş olan davacılar a ait işler listeden çıkarılır. Ve bu konu, davanın açıkça yenilenmesi koşuluyla bir kereye özgü olmak üzere tekrar ele alınır.

Davacı yine gelmez ise, diğer tarafla anlaşmış veyahut iddiasını kanıtlamak imkanlarından yoksun bulunmuş olması nedeniyle şikâyetinden vazgeçmiş sayılır.

Davalı işveren mahkemeye gelmemiş veya bir vekil de göndermemiş ise yargılama onun yokluğunda yapılır. Son 7 yıl içinde Paris Prud'hommes mahkemelerinin özellikle sanayi bölümlerinde işlerin % 25'i davalıların yokluğunda karara bağlanmıştır.

Davalının yokluğundaki yargılamaya karşı üst mahkemeye başvurma imkanının mevcut olmaması veya çağrı kağıdının kendisine tebliğ edilmemiş bulunması hallerinde itiraz edebilir. Bu çok sert kural, davalı tarafından geciktirme tertiplerine engel olmayı hedef tutmuştur.

Taraflar isteklerini yazılı olarak mahkemeye verebilirler. Ancak yargılama giderlerini azaltmak düşüncesiyle yazılı iddia ve savunmaların taraflara tebliği yasak edilmiştir.

Yargılama bürosu, taraflardan birinin isteği üzerine veya gerekli gördüğü takdirde tanık dinlemeye karar verir. Tanık haklı bir neden olmaksızın mahkemeye gelmez, and içmekten kaçınır veya bildiklerini söylemeyi reddederse ağır para cezalarına çarptırılır.

Mahkeme önüne getirilmiş olan davaların karışık bir nitelik taşımış olması takdirinde soruşturma derinleştirilmek üzere dosya raportör üyeye tevdi edilir. Raportör üye o iş etrafında soruşturma yapıp incelemesini bitirdikten sonra hukuksal görüşünü kurula bildirir.

Teknik sorunların çözümlenmesi için bilirkişi incelemesi zorunludur.

İşlerin raportör üyelere veya bilirkişilere tevdiî bazan uyuşmazlıkların süratle sonuçlandırılmasına da imkan verir. Zira çoğu zaman raportör üyeler listenin önemli bir kısmında uzlaşma sağlayarak işlerin sayısını azaltırlar.

Öte yandan bilirkişi ile taraflar arasındaki sürekli ve doğruluk ruhu içinde yapılan görüşmeler son anlaşma çabalarına yeni fırsatlar hazırlamaktadır.

Bilirkişi, raporunu mahkemeye sunduktan sonra üyeler, oturumdan önce özel bir toplantı yaparlar. Bu özel toplantıda rapor etrafın-

da görüşülür. Ve fikir tartışmaları daha çok bilirkişinin düşünceleri üzerinde toplanır. Genel olarak çabuk bir karar alınır.

Zaman zaman bu oturumlarda önemli bazı yönlerin dikkate alınmamış olması nedeniyle ek bir soruşturma yapılmak üzere dosya aynı bilirkişiye gönderilir. Eğer mahkeme raporu asla tatmin edici bulunmazsa işi başka bir bilirkişiye verir. Bu gibi hallere çok az rastlanır.

Taraflar, mahkeme bürolarında bilirkişi raporlarını inceleyerek itiraz haklarını kullanabilirler.

Mahkeme bütün delilleri topladıktan sonra hükmünü verir.

Burada özellik taşıyan bir noktaya dokunmakta yarar bulmaktayız. Gerçekten az önce davanın geri alma biçimlerini belirtmiş idik. Bundan başka bir de yargılamanın son anında davayı geri alma hali vardır. Eğer dava, yasal veya akdi bir temele dayanmıyorsa yahut davacı davasını kanıtlama imkanlarından yoksun ise mahkeme başkanı durum hakkında ihsasta bulunmakla beraber şikayetini geri alması fikrini kendisine telkin eyler. Son anda şikayetin geri alınması, davacıya yargılama giderlerinden kurtulma imkanı verir. İncelemelerden edinilen izlenim, hayal kırıklığına uğrayan davacılardan pek azının bu yoldaki bir telkini kabul etmekte oldukları noktasında belirmiştir.

Burada Prud'hommes mahkemelerinin nadiren de olsa zaman zaman içine düştükleri bir çıkmaza dokunmakta yarar görülmüştür.

Prud'hommes mahkemelerinin eşit sayıda işçi ve işveren temsilcilerinden oluşturulduğuna işaret edilmişti. Oyların ikiye ayrılması halinde o bölge ilk derece hukuk hakiminin başkanlığı altında yeniden toplantı yapmak zorunluğu doğmaktadır. Böylece yeni hakim işi incelemek ve üyeler ise aynı konu etrafında yeniden görüşmelere ve tartışmalara girişmek zorunda kalmaktadırlar. Ancak bu hâl nadir olarak görülmektedir. Paris bölgesi ticaret mahkemesi son yıllarda hiçbir hakim çağırmamıştır. Kimya bölümü ise yüze karşı yapılan yargılamalarda ilk derece hakimine % 4 oranında başvurma zorunda kalmıştır. Diğer üç sanayi bölümü için rakamlar şöyledir : Yapı Bölümü için % 2, madenler bölümü için keza % 2, dokuma bölümü için % 0,9.

Bu oranlar ikili sistemin lehinde tanıklık ederler.

ÜST MAHKEMEYE VE YARGITAY'A BAŞVURMA :

a) Üst mahkemeye başvurma hakkı 350 Frank'tan 1500 Franga kadar sınırlandırılmıştır. Bu sınırlar içinde farklı bir rakama hükmedil-

miş olması halinde taraflardan her biri uyuşmazlığı üst mahkeme önüne götürebilir.

2 Mart 1959 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 22.12.1958 günlü Yargılama usullerinin yeniden gözden geçirilmesi plânı ile Prud'hommes mahkemeleri tarafından alınan kararlara karşı üst mahkemeye başvurulması halinde inceleme yapılmak üzere iş daireleri kurulmuştur.

1905 tarihinden önce Prud'hommes mahkemelerinin kararlarına karşı ticaret mahkemelerine üst mahkeme sıfatıyla başvurulmakta idi. Bu sistem, haklı olarak sert eleştirilere uğradı. İşçi ve işveren temsilcilerinden kurulan karma bir mahkemece verilen kararların yalnız patronlardan oluşan bir mahkeme önüne götürülmesi doğru görülmemiş ve 1905 yılında bu yetki hukuk mahkemelerine bırakılmıştır.

22 Aralık 1958 günlü ve 58-1292 sayılı kararnamenin 88. mad. ile üst mahkeme incelemesinin özel mahkemelerde yapılması ilkesi kabul edilmiştir.

İşin genişliğine göre bir veya birkaç üst mahkeme iş konularında uzman daireler olarak ayrılmıştır. Örneğin; Paris üst mahkemesi -Ki Yargı çevresi hükümet merkezinden 150 km. uzağa kadar yayılır.- Üç iş dairesini içine almıştır. Bu iş dairelerinden ikisi yalnız Prud'hommes mahkemeleri tarafından verilen kararları inceler.

Üst mahkeme, işi bazen birkaç ay uzatabilir. Gecikmenin ilk ögesi üst mahkemeye başvurmak için taraflara ayrılan zamandır.

Üst mahkemeye başvurma, hükmün yüze karşı okunmasından başlayarak üç gün içinde yapılmak gerekir. Eğer hüküm, tarafların yokluğunda verilmiş ise tebliğ tarihinden başlayarak 10 gün içinde başvurmak zorunluğu vardır.

b) Üst mahkemenin bütün kararları ile Prud'hommes mahkemelerinin üst mahkemelerce incelenmek üzere verdikleri bütün kararlar yargıtayın önüne getirilebilir.

Kuşkusuz iş mahkemelerinin yetkilerini aştıkları ve yasa hükümlerini ihlâl ettikleri ileri sürülmüş olmalıdır. Esasen yasanın ihlali, sorunun çözümlenmesinde veya hükmün kurulmasında bir yanlışlığı gerektirir.

Yargıtay'a başvurma, hükmün tebliğinden başlayarak 2 aydan daha az bir zaman içinde yapılmak gerektir. Gerçekten bu süre oldukça uzundur. Ancak bu o derece önemli değildir. Çünkü Yargıtay önüne götürülen işlerin sayısı azdır. Ve özellikle bu tip başvurular hükmün yerine getirilmesini de geciktirmemektedir.

Yargıtay hükmü ne değiştirebilir ve ne de yeniden kurabilir. O, sadece kararı ya tamamen veya kısmen iptal edip dosyayı tekrar yargılama yapılmak üzere komşu bir mahkemeye göndermek yetkisine sahiptir.

TEMSİL :

Mahkeme tarafından duruşmada bizzat bulunmaları hakkında verilmiş bir buyrultu yoksa tarafların kendilerini temsil ettirmeleri hakları vardır.

Temsilci bir avukat olabileceği gibi aynı sanayi kolunun sendikası tarafından atanan bir kişi de olabilir. Ancak ilk uzlaştırma oturumunda tarafların bizzat bulunmaları yasal zorunluktur.

İşçiler ve küçük işverenler davalarını daha çok kendileri mahkeme önüne götürürler. Çoğu zaman işçi veya işveren sendikalarının temsilcileri savunma görevini de üzerine alırlar.

Tarafları temsil etmek üzere işçi veya işveren sendikalarınca atanan kişilerin nitelikleri ile ilgili hukuksal ve yasal sınırlamalar makul sayılmamaktadır.

YARGILAMA GİDERLERİ :

İş mahkemelerinde yargılama giderlerinin en küçük ölçüde tutulmasına özen gösterilmiştir. Davanın açılması için 3 ve işin yargılama bürosu önüne götürülmesi için de 11,05 Franga gereksinim vardır. Davacının isteği haklı görüldüğü takdirde yargılama giderleri davalı tarafa yükletilir.

MAHKEME ÜYELERİ :

Fransız iş mahkemeleri için yetkili işçi ve işveren temsilcileri bulmak daima önemini koruyan bir sorun olarak kalmıştır.

Fransa'da gerek uzlaştırma gerekse yargılama bürolarının oturumlarına ayda ancak üç kere katılacak sayıda üyeler vardır. Üyelik görevinin reddi, daha çok zaman eksikliğinden ileri gelir. Bugüne kadar bu görev az bir ödül karşılığında ve bir yurttaşlık duygusuyla kabul edilegelmektedir.

1956 yılından beri Çalışma Bakanlığınca yıllık bir aidat ödenmektedir. Pariste ödenen miktar ayda 200 Franktan ibarettir. İller ve bucaklar daha çok ödeme yapmakta serbesttirler.

Fransa'da Prud'hommes mahkemesi üyeliğine yüksek bir onur tanınmıştır. Genel olarak işçi sendikaları bu görevi kabul edecek üstün nitelikte hakimler bulmakta başarı göstermektedirler. İşveren sendikaları ise temsilcilerini özellikle emekli kişiler arasından seçmektedirler.

Hâkimlerin seçiminde iş ilişkilerinin ayırımları ile teknik bilgilere vakıf bulunmalarına dikkat edilmektedir. Esasen yasa koyucuyu bireysel iş uyumsuzlukları hakkında karar vermek üzere özel mahkemeler kurulmasına sevkeden belli başlı nedenlerden biri de hakimlerin yüksek ölçüde teknik anlayış elde etmeleri olmuştur.

İşçi ve işveren sendikaları kendi üyelerinin düşünsel eğitimleri için ciddi çabalar harcamaktadırlar. Bu nedenle sendikalar, üyelerin geniş bir iş hukuku bilgisi edinmeleri için imkanlar araştırmakta ve broşürler hazırlayıp dağıtmaktadırlar. 23 Temmuz 1957 günlü yasa Sendikalara özel eğitim için örgütlenme hakkı da tanımıştır. Hatta bu yasa, işçilere düşünsel gelişimleri için kültür izni verilmesini de sağlamıştır.

İş mahkemelerinin görüşmeleri sırasında işçi yellerle işveren üyelerini birbirinden ayırdetmek oldukça güçtür. Esasen ikili sistemin bütün özelliği, karar anında üyelerin tarafsız hakimler gibi davranışlarda bulunmaları noktasında toplanır. Eğer üyelerin bir kısmı tarafsız davranışlara istidatlı bulunmamış olsaydı ikili yapı yıkılırdı. Ve eğer sık sık ilk derece hakimine başvurma zorunluğu karşısında kalınmış olsaydı üçlü sisteme doğru gitme eğilimi çoktan belirirdi.

DAVA AÇMAK VE TANIKLIK ETMEK ÖZGÜRLÜĞÜ :

Kuşkusuz Fransız yasa koyucusunun karşılaştığı en güç sorunlardan biri de işçiye dava açabilme ve tanıklık edebilme özgürlüğünü sağlamak olmuştur.

Gerçekten korku duygusuna kapılan işçi dava açmaktan çekenebilir. Yine ciddi korkuların baskısından kendini kurtaramayan işçi hakimler önünde gerçekleri söyleyemeyebilir. Buna karşı koymak için Fransa'da ciddi çabalar harcanmıştır. İşçi, dava açtığı veya işveren aleyhinde tanıklıkta bulunduğu için herhangi bir haksızlığa uğradığı takdirde bir tazminat istemek hakkına sahiptir. Eğer işçi kendi lehinde hüküm verildiği veya tanıklık ettiği tarihten başlayarak 6 ay içinde işinden çıkarıldığı takdirde bu davranışı haklı kılan nedenleri kanıtlamak yükü de işverene düşmektedir.

İKİLİ SİSTEMİN ÖZELLİKLERİ :

İkili sistemde mahkeme üyelerinin tarafsızlığı vazgeçilmez bir zorunluktur. Çünkü üyelerin taraf tutmaları halinde bu sistem bütün gücünü ve etkisini kaybetmeye mahkumdur.

Fransız iş mahkemeleri bu tehlikeden korunmayı iyi bilmişlerdir. Üyeler, son karar anında dikkate değer bir tarafsızlık kanıtı vererek ikili yapının kuvvetini vurgulamışlardır.

Fransız iş mahkemelerinin uzun bir tarih geleneğine sahip bulunması bu başarının nedenlerinden biri olarak gösterilmiştir.

İkili sistem, mahkeme üyelerini yavaş yavaş yapıcı bir davranışa doğru itip götürmüştür.

Kuşkusuz bu sistemin sakıncaları da vardır. Bunlardan biri, üyelerin yeter derecede hukuk bilgisine malik bulunmamaları noktasında belirir. Yasa koyucu, üst mahkemeye başvurma imkanını düşünmekle ikili sistemi bu tehlikeye karşı korumak istemiştir.

Öte yandan mahkeme üyelerini, yasa hükümlerini ihlâlden koruyan faktörlerden biri de sekreterin tartışmalara serbestçe katılabilmesidir. Gerçekten sekreter iş hukuku ve mahkeme içtihatları bilgisiyle üyelere yardım etmektedir. Uzlaştırma konusundaki başarısı da çalışmalara katılmasına bağlıdır. Sekreterler, işleri bilinçli doğrultularda yürüterek ikili sistemin erdemlerine gerçek bir değer katma şerefini koruyabilmişlerdir.

İkili yapının büyük kuvvetlerinden biri de işçi ve işveren üyelerinin nefis denetiminden doğan ortak bir davranışa sahip bulunmaları olmuştur. Taraflar, işlerinin dikkatli ve tarafsız bir incelemeye tâbi tutulduğu inancı içindedirler. Bu sistemle, iki tarafın temsilcileri adeta birer hâkim olmaya zorlanmışlardır.

Prud'hommes mahkemelerinin dünya hukuk tarihinde müstesna bir yeri vardır. Yıllar, onun bünyesinde birçok değişiklikler yaratmıştır. Kuşkusuz gelecekte de bazı değişikliklere uğrayacaktır. Gerçek şudur ki Prud'hommes mahkemeleri her geçen gün biraz daha güç kazanmakta ve toplumun kendine verdiği görevi zengin hayat deneylerinden geçmiş bir kurula yaraşır olgunluk içinde yerine getirmektedir.

KİTAP TANITMA

MUSTAFA ÇENBERCİ'NİN YENİ ESERİ "SOSYAL SİGORTALAR KANUNU ŞERHİ" (I)

Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU*

Sosyal sigortalar sadece memleketimizde değil, diğer uygar ülkelerde de sür'atli bir gelişim içerisinde. Bu nedenlerle sosyal sigortalara ilişkin hukuk edebiyatımızda büyük bir boşluk bulunmaktadır. Bu hukuk dalının birçok temel kavramları konusunda üzerinde kolaylıkla çoğunluğun sağlanabileceği tanımların yapılabildiği iddia olunamayacağı gibi yasalarla konulan kurallar da yeterli açıklığı getirmemiştir. Bu kısa açıklama sosyal sigortalar alanındaki bilimsel çalışmalara duyulan ihtiyacı göstermeye yeterlidir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mustafa Çenberci'nin yayınladıkları "Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi" adlı yeni eserleri büyük bir boşluğu doldurmaktadır. Eser incelendiğinde görülecektir ki, o sadece yasa hükümlerini açıklayan, geleneksel adıyla bir "şerh" değil, aynı zamanda yasal esaslar yanında bu alandaki kavramları sorunları bilimsel bir yöntemle inceleyen, olan ve yeri geldikçe olması gereken hukuku açıklayan, önerilerde bulunan, problemleri meydana koyup onlara çözümler getiren bir eserdir; yapılan açıklamalarda bugünkü uygulama ve bilimsel görüşlere özenle yer verilmiş, daha önceki yasal esaslarla uygulamaya da değinilmiştir. Kanımızca esere büyük değer ve güç kazandıran unsurlardan biri de yazarının aynı zamanda "İş Kanunu Şerhi" ni de çıkarmış olmasıdır. Gerçekten, Sosyal sigortalar veya iş hukukuna ilişkin bir sorun incelenirken her iki alan yönünden paralel bir çalışma zorunluğu vardır; eserin bu bakımdan sağlayacağı kolaylık açıktır. Hukuki problemlerin çözümlenmesinde uygulanması gereken yasa hükümlerinin yorumunda başvurulan yorum yönteminin, özellikle incelemenin ait bulunduğu hukuk dalına özgü yorum yönteminin önemini belirtmeye ayrıca gerek yoktur. Buradaki özel yorum yönteminden kasdımız, kuşkusuz, yasal esasların yorumunda o hukuk dalına egemen bulunan temel ilkelerin

(*) Yargıtay Üyesi

1) Mustafa Çenberci (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Başkanı Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi 1624 sahife, Olgaç Matbaası, Ankara 1977.)

işığı altında çalışmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, gaî yorum yöntemi yanında, sosyal sigortalar alanında da gözetilmesi gerektiğine inandığımız iş hukukunun işçiyi koruma ilkesinin de özenle uygulandığını eserde görmekteyiz. Açıklamalarda, Anayasal ilkeler gözönünde tutulmuş, yasal kurallar Anayasa açısından da değerlendirilmiştir.

Sayın Çenberci'nin Sosyal Sigortalar Kanunu şerhi adlı eseri yukarıda belirtmeye çalıştığımız nitelikleri ile, uygulama ve bilimsel alanlarda çalışacakların başvurma zorunluluğunu duyacakları bir kaynaktır. Sosyal sigortalara ilişkin yasa veya daha alt düzeydeki metinlerle getirilen düzenleyici kuralların çokluğu ve kapsamının genişliği göz önünde tutulduğunda, bu nitelikte bir eserin çıkarılmasında ne kadar uzun bir zamana ve yoğun bir çalışmaya ihtiyaç duyulacağı tahmin olunabilir. Bu nedenle Yargıtay Emekli 2. Başkanlarından Sayın Refet Özdemir'in yazarın İş Kanunu Şerhi adlı eserine yazdıkları önsözden şu kısımları bu eser için de tekrarlamak gerekir: "Çenberci'nin hayatı aralıksız bir çalışmadan ibarettir ve uygulama hayatının deneyleriyle de zenginleşen bilimsel araştırmaları onu böyle bir aşamaya ulaştırmıştır." (2)

Eser iki kitaptan oluşmaktadır. Birinci kitap 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun sistematik şerhine ayrılmıştır. İkinci kitap ise içtihatlar ve eklere ayrılmıştır. İkinci kitapta 506 sayılı yasanın maddede numaraları sırasına göre Yargıtay Kararları yer almış ayrıca -Eklere- kısmına 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile yakından ilgili yasaların (228, 991, 1189 sayılı yasalar), tüzüklerin (Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü), yönetmeliklerin (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 102. maddesinde belirtilen hallerde verilecek yol paraları ile zaruri masraflar hakkındaki tarife ile ilgili yönetmelik, Sosyal Sigortalar kanunu konut kredisi yönetmeliği) metinleri ile tarife ve örnekler konulmuştur. Bu mahiyeti itibarıyla de eser metin olarak ta bir bütünlük göstermektedir.

Kararlar eserin ikinci kitabında yer almış ise de birinci ve ikinci kitapta karşılıklı yollamalarla (dip notlarla) bütünlük sağlanmış ve böylece belli bir yasa maddesi hakkında bilimsel açıklamaları inceleyen, yapılan yollama ile o konudaki kararları, veya kararları inceleyen gene yapılan yollama ile o konudaki açıklamaları kolaylıkla bulabilmektedir.

Hukuk yaşamımıza büyük yararlar sağlayacağına inandığım "Sosyal Sigortalar Kanunu" adlı eserlerinden dolayı Sayın Mustafa Çenberci'yi içtenlikle kutlarım.

2) Mustafa Çenberci 1475 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Önsözden.

BİBLİYOGRAFYA

BASINDA HUKUK

İbrahim KARAER*

Bu çalışma; Yargıtay Kütüphanesi'ne gelen günlük gazetelerde yayınlanmış olan hukukla ilgili yazıları duyurmayı amaçlamaktadır. Bibliyografik künyeler; konu başlıkları altında, yazar adlarına göre alfabetik bir düzende verilmiştir. Yazar adından sonra makale adı, yayınlandığı gazete ve tarih belirtilmiştir.

Bibliyografik künyelerini verdiğimiz yazılar kesilerek kütüphanemizde saklanmaktadır. Gazete kesiklerinden yararlanmak isteyenler, kütüphanemize başvurdukları taktirde istekleri cevaplandırılır.

GENEL OLARAK HUKUK :

AKBAL, Oktay. Yeni bir yasa gerek. **Cumhuriyet**, 11 Aralık 1977.

BİLMEN, Ömer Nasuhi. İslam'da hukuk. **Milli Gazete**, 26 Eylül 1977.

KUMAŞ, Rahmi. Yasamanın yargısal denetimi. **Cumhuriyet**, 5 Aralık 1977.

ÖZYÖRÜK, Mukbil. Yeni kanunlar için mücadele lazım. **Tercüman**, 11 Aralık 1977.

SELÇUK, Sami. Doğmacılıktan layık anlayışa. **Cumhuriyet**, 20 Eylül 1977.

SEVİNÇ, Hamdi. Toplum hukukla yönetilir. **Cumhuriyet**, 7 Ocak 1978.

TEKİNAY, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi. Türkiye ve yaşadığı hukuk çelişkileri. **Milliyet**, 4 Şubat 1978.

TOSUN, Prof. Dr. Öztekin. Türkiye'de savcılar ve etkin bir adalet. **Milliyet**, 20 Ocak 1978.

YAMAN, Mehmet. Yargı gücünü oluşturanların çilesi. **Hergün**. 2 Şubat 1978

ADALET TEŞKİLÂTI :

SELÇUK, Sami. Üst mahkemeler. **Cumhuriyet**, 19 Kasım 1977.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Sayıştay. **Cumhuriyet**, 29 Ocak 1978.

ANAYASA HUKUKU :

ERDOĞDU, Ahmet. Cumhuriyetimizin türesel yapısı. **Cumhuriyet**, 29 Ekim 1977.

EREM, Faruk. Cezaevinde insan hakları ve Türkiye. **Milliyet**, 7 Ocak 1978.

İNSAN hakları, özgürlükler ve dünyamız. Yöneten : Ali Gevgili Forumu yayına düzenleyen : Nilgün Alacaptan. Foruma katılanlar : Allard K. Lowenstein, Prof. Dr. Macit Gökberk,

(*) Yargıtay Kitaplık Müdürü

Prof. Dr. Zafer Tunaya ve Prof. Dr. Vakur Versan. **Milliyet**, 12 Şubat 1978

SAVCI, Prof. Bahri. Parlamentoculuğun böylesi. **Cumhuriyet** 4 Ekim 1977.

YAYLA, Doç. Dr. Yıldızhan. İç güvenlik özgürlük ve yurttaşın kimliği. **Milliyet**, 22 Eylül 1977.

CEZA HUKUKU :

ÇELENK, Halit. Basın suçları ve askeri mahkemeler. **Cumhuriyet**, 7 Aralık 1977.

SELÇUK, Sami. Ölüm cezası Anayasa ile çelişiyor. **Milliyet**, 28 Aralık 1977.

ÜNVER, M. Naci. Konutların aranması. **Cumhuriyet**. 15 Ekim 1977.

YETKİN, Dr. İ. Çetin. Siyasal suçlarda. **Cumhuriyet**, 13 Ekim 1977.

DEVLETLER HUKUKU :

MANİZADE, Prof. Dr. Derviş. Kıbrıs, Girit ve çığnemen Türk hakları. **Milliyet**, 1 Ocak 1978.

EŞYA HUKUKU

USLUOĞLU, H. Avni. Ormanlarda mülkiyet. **Cumhuriyet**. 1 Ocak 1978.

İŞ HUKUKU

KAZANCI, İbrahim. Çırak kalfa ve ustalık kanununun çalışma hayatımıza kazandırdıkları. **Hergün**, 20 Eylül 1977

KAZANCI, İbrahim. Toplu iş sözleşmesi düzenimiz. **Hergün**, 17 Aralık 1977.

KAZANCI, İbrahim. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma. **Hergün**, 18 Aralık 1977.

KAZANCI, İbrahim. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma (2). **Hergün**, 18 Aralık 1977.

ÖZ, Reha. "Çırak" denilen ağır işçiler (1) Yasa "Çırağı sanatını öğrenmesi ile ilgili işlerde çalıştırmayı" ön koşul olarak getiriyor ama.. **Cumhuriyet**, 20 Eylül 1977.

ÖZ, Reha. "Çırak" denilen ağır işçiler (2) "Çıraklık yasası değil kölelik yasası" **Cumhuriyet**, 21 Eylül 1977.

ÖZ, Reha. "Çırak" denilen ağır işçiler (3) Yasaya göre işveren, çırağı dilediği gibi atabiliyor. **Cumhuriyet**, 22 Eylül 1977.

ÖZALP, Reşat. Çırak, kalfa ve ustalık kanununun getirdikleri. (1) **Tercüman**, 21 Eylül 1977.

ÖZALP, Reşat. Çırak, kalfa ve ustalık kanununun getirdikleri (2). **Tercüman**, 22 Eylül 1977.

TURLA, Selahattin. Ev işçileri. **Cumhuriyet**, 21 Ocak 1978.

ÜNSAL, Engin. İşsizlik ve sendikaların çağdaş görevleri. **Milliyet**. 11 Şubat 1978.

YARGILAMA HUKUKU :

ARINIR, Turgan. Sanığın hazır bulunma hakkı. **Cumhuriyet**, 4 Ekim 1977.

BENGÜ, Selçuk C. Şu bilirkişilik. **Cumhuriyet**, 28 Aralık 1977.

KAZAN, Turgut. Sivilleri yargılayamaz. **Cumhuriyet**, 9 Aralık 1977.

ONUK, Attila. Gazetecilerin askeri mahkemelerde yargılanmaları Anayasaya aykırıdır. **Bayram Gazetesi**, 24 Aralık 1977.

YARGITAY YAYINLARI

● YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI

Ceza Bölümü Cilt : I XII + 764 sayfa Lüks Ciltli 100.— Lira.

● CEZA KANUNU ŞERHİ (MAJNO)

Cilt : I XX + 95 sayfa Lüks Ciltli 75.— Lira.

Cilt : II Basılıyor.

● YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

Cilt : I Yıl 1975 1 - 12 sayı

Cilt : II Yıl 1976 1 - 12 sayı

Cilt : III Yıl 1977 1 - 12 sayı (1.2.3.4 ve 5 inci sayılar tükendi.)

Cilt : IV Yıl 1978 1, 2, 3 Devam ediyor.

Yıllık abone bedeli 1978 yılı 300.—, diğer yıllar 180.— Liradır.

● YARGITAY DERGİSİ

Cilt : I Yıl 1975 1 - 4 sayı

Cilt : II Yıl 1976 1 - 4 sayı

Cilt : III Yıl 1977 1 - 4 sayı (1 ve 2 nci sayılar tükendi.)

Cilt : IV Yıl 1978 1, 2 devam ediyor.

Yıllık abone bedeli 1978 yılı 120.—, diğer yıllar 80.— liradır.

● İSTEME VE HABERLEŞME ADRESİ

Aşağıdaki hesap numaralarımızdan birine bedel yatırılarak Müdür-lüğümüze başvurmaktadır.

— Posta çekleri Merkezi Hesap No: 92 93 2

— T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi Hesap No: 640 - 110

Adres : YARGITAY YAYIN MÜDÜRLÜĞÜ — ANKARA

NOT : a) — Ödemeli gönderilmez.

b) — Temsilcimiz yoktur.

c) — Gönderilen bedelin hangi dergiye ve yıla ait olduğu belirtilmelidir.

c) — 1975 yılı dergileri ve kitaplarımız hariç, diğer yıllar için Hâkim ve C. Savcıları ile en az 50 adet alana % 20 indirim uygulanır.

d) — Abone bedeli gönderilirken açık adres yazılmalı, adres değişikliği hemen bildirilmelidir.

28 Nisan 1978