



KURULUŞ : OCAK - 1975, YIL : 9, SIRA SAYI : 33-34

YARGITAY DERGİSİ

Cilt : 9

Ocak - Nisan 1983

Sayı : 1-2



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

Sahibi : **Yargıtay Adına Birinci Başkan Derviş TURHAN**

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 ücret ödenmez.
- Dergide yayımlanan yazılar, Yargıtay Dergisi'nden alındığı belirtilerek aktarılabilir.
- Yayımlanmayan yazılar, istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri sahibine aittir. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluğu yoktur.
- Gerekli görüldüğünde yazılarda öze değinmeyen dil ve yazım düzeltmeleri yapılabilir.

Derginin sayısı **175.— TL.**, abone bedeli **700.— TL.** dir.

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

17 15 36

Tel: 17 15 63

18 21 90 / 386, 388, 389

YAYIN KURULU :

Başkan :	Ali Rıza ÖNDER	(9 uncu Ceza Dairesi Üyesi)
Üye :	Mustafa GÜRSEL	(14 üncü Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	A. Oğuz AKDOĞANLI	(1 inci Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	İ. Teoman OZANOĞLU	(10 uncu Hukuk Dairesi Üyesi)
Üye :	Yavuz İsmet AYER	(3 üncü Ceza Dairesi Üyesi)

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
1 — GENEL KONULAR	
a) Ali Rıza ÖNDER : Ayrılırken	5 - 7
b) Şükrü ÖZDEMİR : Hazırlanmakta Olan Yeni Yargıtay Kanunu Ve Yargıtay'ın Sorunları	8 - 18
2 — USUL HUKUKU	
a) Mustafa Sadrettin AYKONU : Hukuk Mahkemelerinde Kısa Karar Ve Gerekçeli Karar Sorunu	19 - 30
b) Dr. Cevdet YAVUZ : Fransa'da İspat Külfeti İle İlgili Son İçtihat Gelişmeleri	31 - 50
3 — ANAYASA HUKUKU	
a) Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: Anayasal Denetimin Kimi Sorunları	51 - 67
4 — CEZA HUKUKU	
a) Prof. Dr. Faruk EREM : Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi	68 - 74
5 — BORÇLAR HUKUKU	
a) Dr. Suat DURA : Tellâlik Sözleşmesi	75 - 95
b) Bilâl KARTAL : Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi Ve Özellikle Biçimi (I)	96 - 113
6 — İCRA VE İFLAS HUKUKU	
a) Mustafa KAYGANACIOĞLU : İcra Hukukunda İstihkâk Davası (II)	114 - 136
b) Talih UYAR : Takip Hukukunda İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması (İİK. m. 68)	137 - 159

7 — İŞ HUKUKU

- a) Kadir ARICI : İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası 160 - 176

8 — KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

- a) Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU : Karşılaştırmalı Hukuk Açısından MK.nun 320. Maddesine Göre Sorumlu Kişi Kavramı 177 - 192

9 — KARAR TAHLİLİ

- a) İsmail DOĞANAY : Sigorta Poliçesi Genel Şartları İle Dava Zamanlaşımı Süresinin Uzatılıp Kısaltılması Mümkünmüdür? 193 - 209

10 — DÜNYA HUKUKUNDAN HABERLER

- a) Bülent AKMANLAR : Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Çalışmalar, Gelişmeler, Haberler 210 - 213

11 — ANI

- a) Dr. Sami SELÇUK : Halil Hilmi Erdem'in Ardından 214 - 215

12 — YARGITAY'DAN HABERLER

- a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar, Yitirdiklerimiz ... 216 - 222
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler 223 - 226
Yargıtay Yayınları 227 - 228

A Y R I L I R K E N

Ali Rıza ÖNDER (*)



Yüce Tanrı'nın yazgısı bir değişiklik getirmese, yaklaşık olarak, bu sayı okurların ellerine ulaştığı günlerde (1 Mart 1983'te) yaş sınırı dolayısıyla emekliye ayrılmış olacağım. Bu yazıyla, değerli meslektaşlarıma ve Yargıtay Dergisi'nin bütün okurlarına «hoşça kalın» demek olanağını buluyorum.

1970 Yılında Yargıtay Üyeliğine seçilmemden üç yıl sonra 1730 sayılı Yargıtay Yasası'nın yürürlüğe girmesi ve İç Yönetmeliğin uygulamaya konması üzerine, Yargıtay Başkanlığından gelen 15.2.1974 günlü yazıda, asıl görevim olan 9. Ceza Dairesi ile bağ-

lantım kesilmemek kaydıyla Yargıtay Özetleme ve Tasnif işlerini, kurul başkanı olarak yürütmemin uygun görüldüğü bildirilmiştir. Ücretsiz ek görev olarak verilen bu işi, o günden bu yana, dokuz yıl süre ile seve seve yürüttüm.

Yargıtay Tetkik Hâkimlerinden değerli meslektaşlarım Orhan **Dursunkaya**, İbrahim **Özer** ve Nail **Sucu** ile birlikte yıllarca çalıştık. Bunlardan başka, değişik sürelerle Özetleme ve Tasnif Kurulu'nda üye olarak görev yaptıktan sonra çeşitli nedenlerle ayrılmış bulunan arkadaşlarımız Ali Haydar **Karahacıoğlu**, Teoman **Üneri**, Ziya **Yıldırım**, Necdet **Oto**, Cevdet **Aslangül** ve Orhan **Tekin Babaç**, verimli ve uyumlu çalışmalarıyla gönlümde silinmez izler bırakmışlardır. Şimdi bu hâkimlerden Nail **Sucu** ile H. Sezen **Öz**, bütün özetleme işlerini yüklenmiş olarak görevlerini sürdürmektedirler. Bu arada, düzenli ve özenli çalışmalarıyla Yargıtay Yayın biriminin sorumluluk yükleyen, ağır ve yorucu işlerini başarı ile sonuna

(*) Yargıtay Üyesi - Özetleme Ve Tasnif Kurulu Başkanı - Yayın Kurulu Başkanı.

kadar götüren ilk Yayın Müdürü, yargıç Ö. Faruk **Karacabey** ile, ikinci Yayın Müdürümüz Ali Rıza **Geniş**'i takdir duyguları ile anmak isterim.

Anılan Kurul dışında, 1974 yılında kurulmuş bulunan Yayın Kurulu ise, Yargıtay Başkanlık Divanı'nın 5.7.1974 günlü kararı ile seçilen o zamanki Yargıtay üyeleri Muammer **Yazar**, Nusret **Ozanalp**, Ali **Arcak**, Şemsettin **İyiol** ile, Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 53. maddesine göre görevlendirilen Özetleme ve Tasnif Kurulu Başkanı Ali Rıza **Önder**'den oluşmuştur. Bu kurul, 11.7.1974 günü sayın Nusret **Ozanalp**'i başkan olarak seçmiştir. Seçimle gelen üyeler, dört yıl sonra, yenilenmiş ve Başkanlık Divanı'nın 28.9.1978 günlü kararı ile Mahmut **Cuhruk**, Mustafa **Gürsel**, Mümin **Kavalalı** ve Oğuz **Akdoğanlı** bu göreve getirilmişlerdir. 3.10.1978 günlü ilk toplantıda ise, değerli meslektaşlarım beni Yayın Kurulu Başkanlığı'na oybirliğiyle seçmişlerdir. Daha sonraki yıllarda Mahmut **Cuhruk** Anayasa Mahkemesi üyeliğine, Mümin **Kavalalı** ise Danışma Meclisi üyeliğine seçildiklerinden, yerlerine, İ. Teoman **Ozanoğlu** ile Yavuz İsmet **Ayer** görevlendirilmişlerdir.

Adları geçen seçkin arkadaşlarımla dokuz yıla yakın süren toplu çalışmalarımızın anıları, benim için unutulmaz değerdedir.

Ek görevim olan yayın işlerine, haftanın birkaç gününde ve akşam üzerleri zaman ayırmama fırsat veren ve çalışmalarımnda hiçbir güçlük çıkarmayan, aksine yardımcı olan 9. Ceza Dairesi'nin babacan başkanı sayın Orhan **Aydın** ile gelmiş geçmiş bütün üyelerin anlayışlı ve destekleyici tutumları için de şükran borcum vardır.

Özetleme ve Tasnif Kurulu üyelerinin hazırladıkları karar özetlerini, bir tekini bile atlamadan, ayrı ayrı okuyup gerekli düzeltmeleri yaparak işaretledikten sonra Yayın Müdürlüğüne verdiğimi ve böylece binlerce kararın, özetleriyle birlikte Yargıtay Kararları Dergisi'nde yayımlanmasını sağladığımı düşündükçe, geçmiş emeklerimin meslek topluluğu için helâl olmasını dilemekten başka hiçbir duygunun etkisi altında bulunmadığımı, sadece sevinç ve kıvançla dolu olduğumu görüyorum.

Ne var ki, bu duyuş ve görüş, yaptığımız işlerde istenen başarı düzeyine ulaşmış olduğumuz konusunda yeterli kanıt olarak değerlendirilemez. Bu konu, hiç kuşkusuz, okuyucu çevrelerinin biçecekleri değere ve varacakları yargıya göre aydınlanacaktır.

1975 Yılı başından beri yayımlanan Yargıtay Dergisi ile Yargıtay Kararları Dergisi'nin ve bugün sayısı 15'i bulan kitapları-

mızın her bir sayfasına sinmiş bulunan çabalarımızın eleştirilecek, beğenilmeyecek yanları da bulunabilir. Nitekim, karar özetlerinde sık sık kullandığımız öz Türkçe terim ve sözcükler, bazı avukat ve yargıç arkadaşlarımız üzerinde tepki uyandırmıştır. Genel yazı dilinde ve hukuk yazınında geçmediği halde ilk kez bizde deneme yeri bulan yeni sözcüklere yönelik eleştirileri anlayışla karşıladık. Ancak, bu ölçüyü genişletip dildeki özleşmenin durdurulmasını amaçlayan eğilimlere de hiçbir zaman katılmadık. Çünkü genç tüzecilerin büyük çoğunluğu, meslek dilinin de genel akıma uygun biçimde sadeleşmesinden ve özleşmesinden yanadır. Şunu da sevinçle belirtelim ki, 1944'lerde Yargıtay Başkanı rahmetli Halil **Özyörük**'le başlayıp daha sonraki yıllarda rahmetli Başkan Recai **Seçkin**'le atılım yapan öz Türkçecilik, Yargıtay çatısı altında hiçbir zaman körleşmemiş ve geriye dönüş yapmamıştır. Yakın yıllarda başkanlıktan ayrılan sayın Cevdet **Menteş** bu akımı desteklediği gibi, şimdiki başkanımız sayın Derviş **Turhan** da gerek genel tutumunda, gerek yargı yılı açış konuşmalarında, yanlışsız Türkçeleştirmenin yanında bulunduğunu göstermiştir. Yüksek yargı organındaki bu anlayışın sürekli olacağına inananlardanım.

Yargıtay'daki, 12 yılı aşkın görev sürem emeklilik nedeniyle sona ermesinden ve 41 yılı bulan devlet hizmetimin burada noktalanmasından duyduğum huzur derindir. Şu var ki, resmi nitelik taşıyan devlet hizmetim sona ermişse de özel nitelikteki toplum hizmetim bitmemiştir. Bugüne dek güçlükle ayırdığım küçük zaman birimlerinden yararlanarak yürütebildiğim kültürel çalışmalarımı, bundan böyle, daha rahat bir ortamda ve daha özgür bir hava çerisinde sürdürmek, yarım kalan araştırma ve incelemelerimi tamamlamak, en büyük zevkim olacaktır.

Yargıtay Kitaplığı'nın depolarında yatan, eski harfli, tarihsel değerdeki hukuk kitaplarını salona çıkartıp künyelerini okuyarak fişletmiş bulunuyorum. Bunların içlerine dalıp inceleyerek değer taşıyan yönlerini çeşitli yayın organlarında Türk aydınlarına yansıtmaya, gelecek kuşaklara aktarma işini de emeklilik yıllarında başabilirsem, bu, benim için büyük mutluluk olacaktır. Geçmişini inceleyen ve geleceğe yönelen çalışmaların, Türk kültürünün gelişmesinde yararlı olacağını kimse yadsıyamaz Böyle bir tutumun birleştirici ve uzlaştırıcı bir dünya görüşü ile güç kazanacağı ve bunun aydınlatıcı bir işlev olacağı kanısındayım. Bu alanda, karınca kararınca katkıda bulunabilmem için Tanrı'dan tek dileğim, biraz daha ömür bağışlamasından ibarettir. İnanıyorum ki; acımak ve esirgemek, güçsüzlerin elinden tutmak, yararlı işleri desteklemek ve ödüllendirmek, O'nun şanındandır ve ululuğunun gereğidir.

HAZIRLANMAKTA OLAN YENİ YARGITAY KANUNU VE YARGITAY'IN SORUNLARI

Şükrü ÖZDEMİR (*)

Yargıtay, öbür mahkemelerin vermiş oldukları kararları inceleyerek yanlış olanları bozma ve doğru olanları onama yetkisine sahip en yüksek bir mahkemedir.

Bu haliyle Yargıtay, adli yargı faaliyetinin en son merciidir.

334 sayılı ve 9.7.1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile bütün adliye hâkimlerinin ve bu arada Yargıtay hâkimlerinin atanmaları yeni esaslara bağlanmış, hâkimlerin teminatlarının anlamı ve kapsamı Anayasa'da belirtilmiş, Yargıtay Yüksek Mahkeme olarak ilk defa Anayasa'da yer almıştır.

7 Kasım 1982 günü halk oyuna sunularak kabul edilen 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 154. maddesiyle «Yüksek Mahkemeler» başlığı altında konu yeniden düzenlenmiş olup, kuruluş ve işleyişine ait hükümler 1730 sayılı Yargıtay Kanunununda yer almıştır. Yeni Anayasa, kuruluş bakımından önemli bir değişiklik getirmemiş, sadece Cumhuriyet Başsavcılığı kadrosuna C.Başsavcı Vekilini de eklemiş ve C.Başsavcı ile Vekilinin seçim şeklini değiştirmiş, bunların Yargıtay Büyük Genel Kurulunca gösterilecek beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi ilkesini getirmiştir.

1730. sayılı Yargıtay Kanununa göre, Yargıtay'ın kuruluşunu üç gurup halinde özetlemek mümkündür.

- 1 — Birinci Başkanlık
 - a — Birinci Başkan (1)
 - b — Birinci Başkan Vekilleri (2)
 - c — Genel Sekreterlik (1)

(*) Yargıtay 8. HD. Üyesi.

- 2 — Kurullar

- a — Yargıtay Büyük Genel Kurulu
- b — Hukuk Genel Kurulu
- c — Ceza Genel Kurulu
- c — Ceza Genel Kurulu
- d — Daireler
- e — Başkanlar Kurulu
- f — Birinci Başkanlık Divanı
- g — Yönetim Kurulu
- h — Yargıtay Haysiyet Divanı
- ı — Bu Kurullarda görevli Tetkik Hâkimleri

- 3 — Cumhuriyet Başsavcılığı

- a — C.Başsavcısı
- b — C.Başsavcı Vekili
- c — Başsavcı Yardımcıları

YARGITAY'IN İŞLEYİŞİ

Her daire bir başkan ile dört üye ve yeteri kadar tetkik hâkiminden oluşur. Dairelerde kararlar oyçokluğuyla verilir. Yargıtay'da 15 Hukuk, 9 Ceza Dairesi vardır. Bunların bakacakları işler Yargıtay Kanununun 13. maddesinde, diğer özel kanunlarda gösterilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, hukuk daireleri sayısının, Ceza Genel Kurulu ise, ceza daireleri sayısının iki katı üye ile toplanırlar. Toplantıya Yargıtay Başkanı yahut Başkan Vekillerinden birisi başkanlık eder. Yargıtay Büyük Genel Kurulu, Hukuk ve Ceza Genel Kurullarından oluşur. Bu Kurula Yargıtay Başkanı Başkanlık eder. Hukuk ve Ceza Genel Kurulları mahkemelerin direnme kararlarını inceler. Bu kurullarla Yargıtay Büyük Genel Kurulu içtihat aykırılıklarını da giderirler.

Anayasanın 154. maddesi hükmüne göre, Yargıtay'ın kararlarını inceleyerek bozma ve onama yetkisine sahip ikinci bir mahkeme yoktur.

YARGITAY'IN SORUNLARI

Sorunlara geçmeden önce Yargıtay'ın kuruluş amacını incelemek gerekmektedir. Bu hususta çeşitli görüşlerin ortaya atıldığını görürüz. Gerçekten de, Yargıtay, tarafların menfaatleri açısından somut olaylarda adil karar verilmesi, vakıa mahkemelerini kontrol

ve hukukun tatbikinde birliği sağlamak ve hukukun gelişmesine yardımcı olmak amaçlarıyla kurulmuştur. Ancak bunlardan, Yargıtay'ın işleyişine egemen olan amaç hangisidir?

Somut olayda yanlış kararların bertaraf edilerek, maddî bakımdan haklılığın sağlanması daha ziyade tarafların menfaatlerine hizmet eden bir amaç olduğu halde, hukukun uygulanmasında birliği sağlamak ve hukukun gelişmesine yardımcı olmak şeklindeki amaç, tamamen kamu yararına hizmet etmektedir. Yargıtay'ın bu amaçları gerçekleştirmesi en başta gelen görevidir. Ancak aşağıda açıklayacağımız iş yükünün ağırlığı gibi bir nedenle bu amaçlara ulaşmak mümkün olamayacaksa daha çok hangisine önem vereceğiz:

Böyle bir durumda ikinci amacın gerçekleştirilmesine çalışmaktan başka çare yoktur. Yargıtay bu durumda Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan «Kanun önünde herkes eşittir», şeklindeki eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlamakla, yani, hukukun ve kanunların herkese aynı şekilde uygulanmasını sağlamakla en önemli ödevini yerine getirmiş olacaktır.

Ancak, bu amaçla birlikte somut olaylarda tarafların menfaatlerinin korunması, yani kararın maddî haklılığının da sağlanması isteniyorsa, o takdirde, Yargıtay'la alt mahkemeler arasında bir ikinci derece mahkemesinin (İstinaf) kurulması şarttır. Gerçeği aramak bakımından mahkemelerin iki dereceli olması yeterlidir.

O halde, temyiz mahkemesine başvurmada esas ölçü, hukuk tatbikatında birlik ve hukukun geliştirilmesi olmalıdır. Kamu yararına bozma, bizde bu görüşün benimsendiğini gösteren açık bir kanıttır. Temyiz mahkemesi bir kararı sadece hukukî yönden tetkik edebilmelidir. Esasen bugünkü iş yükü, bir hükmü maddî haklılık yönünden tetkike imkân vermemektedir.

SON BEŞ YILDA YARGITAY'A GELEN VE ÇIKAN İŞ

YIL	GELEN	ÇIKAN	BİR SONRAKİ YILA DEVİR
1977	232.743	210.855	21.888
1978	237.700	219.478	18.222
1979	240.175	224.985	14.997
1980	238.765	222.049	16.716
1981	239.484	227.774	11.709

(Bu rakamlar Yargıtay'ın yıllık iş cetvellerinden alınmıştır).

1967 - 1968'de elde edilen rakamlara göre, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin yıllık ortalama iş miktarı (400), İsviçre Federal Mahkemesi'nin (1000), Alman Yargıtay'ının (9.000 - 10.000), Fransa Yüksek Mahkemesi'nin (25 - 30 bin), Alman İstinaf Mahkemesi'nin ise (50 - 60 bin) civarındadır. Bizde, aynı dönemde Yargıtay'ın iş toplamı 196 bin küsurdur. (Yargı Yılı Açış Konuşmaları 1943 - 1978, sh. 249).

Bu rakamlar Alman ve Fransız Yargıtay'larının hukuk bölümlerinden çıkan kararlar sayıları ile karşılaştırılır ise, Türk Yargıtay'ının Alman Yargıtay'ından 40 kat ve Fransız Yargıtay'ından 20 kat fazla iş çıkardığı anlaşılır. Türk Yargıtay'ı mevcut işlerin % 90'dan fazlasını karara bağladığı halde, Alman Yargıtay'ında bu oran % 50, Fransız Yargıtay'ında % 35, civarındadır (Fransız Yargıtay'ına ait rakamlar Cornu ve Foyer'in procédure civil adlı eserinden, S. 210, Alman Yargıtay'ına ait rakamlar ise, Federal Adalet Bakanlığı'nın 1962 yılına ait raporundan alınmıştır).

Yargıtay'da haftanın Pazartesi günleri Ceza Genel Kurulu, Çarşamba ve Cuma günleri de Hukuk Genel Kurulu toplantı halindedir. Kanunen bu günlerde Genel Kurullara katılan Üyeler dışında kalan üyelerle dairelerde çalışılması mümkün değildir. O halde, normal olarak hukuk daireleri haftada 3 gün çalışmaktadır. 45 günlük adli tatil ile, millî ve dinî bayram günlerini hesaba katarsak yılda 205 gün çalışılmaktadır. Günde 8 saat mesai üzerinden gelen dosya miktarı gözönünde tutularak her dosyaya ayrılabilcek çalışma süresi 8 - 10 dakika olabilmektedir.

Bu durumda dosyaların gereği gibi incelendiği iddia edilemez.

Feragatlı Yargıtay Hâkimleri, sağlıkları bahasına da olsa, günlük çalışma saatlerini taşıran zamanlarını, hatta tatil günlerini, resmî işlere hasretmelerine ve birikime sebebiyet vermemek hususundaki insan üstü çabalarına rağmen, bu kadar yoğun işin altından çıkamamakta, devir önlenememekte, aksine her yıl artmaktadır.

Mahkemeler de aynı şekildedir. Gündemine 30 - 40 duruşma koyan mahkemeler çoğunluktadır.

Bu ağır iş yükü, hâkimin sağlığını, muhakeme kudretini olumsuz yönden etkilemektedir. Bilimsel eserleri, Yargıtay içtihatlarını ve mevzuatı izleme, öğrenme şöyle dursun, dava dosyasını bile gereği gibi incelemek imkân ve fırsatı bırakmamakta, oturumların sık sık ve uzun aralıklarla ertelenmesine, davaların sürümce mede

birakılmasına neden olmaktadır. Bu durumun, başka bir olumsuz sonucu da, hakkın zammında ve gerçeğe uygun şekilde ortaya çıkmasına engel olması ve kararlardaki isabeti azaltmasıdır. 15-20 yıllık davalara çokca rastlanmaktadır. 1981 yılında temyiz incelemesi sırasında, taşınmaza ilişkin bir dava dosyasının 39 yıl sonra ilk kez Yargıtay'a geldiğini görmüş ve bu yüzden dairece çok üzül-müştük.

Bu kadar ağır bir iş yükü altında çalışan Yargıtay daireleri, çoğu kez, aynı konuda değişik kararlar vermekte, birbirinin içti-hatlarını takip etme imkânını bulamamaktadırlar.

Yargıtay'ın kuruluş amacından söz ederken, bunun, hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını incelemek, hukuk uygulamasında birliği sağlamak, başka deyimle hukuk kurallarına mahkemelerce aynı anlam verilmesini sağlamak olduğunu ifade et-miştik. Ağır iş yükü, Yargıtay'ın bu görevini gerektiği gibi yapma-sını engellemektedir. O halde, yapılacak en önemli iş, Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmektir.

Ö N L E M L E R

İş yükünün hafifletilmesi için;

- 1 — Yargıtay daire sayısını ve buna paralel olarak üye sayı-sını artırmak,
- 2 — Yasalarda değişiklik yaparak iş yükünü hafifletmek,
- 3 — Yargıtay ile ilk mahkemeler arasında bir üst derece mah-kemesi (İstinaf) kurmak,

Şeklinde bir çok önlem ve öneri ileri sürülmektedir. Bu öne-riler üzerinde çok geniş bir biçimde durmak mümkündür. Ancak, yazımızın çerçevesi ve yeri bunların ayrı ayrı incelenmesine ve tar-tışılmasına el vermemektedir. O nedenle, biz şu sıralarda Yargıtay Kanununun değiştirilmekte olduğunu fırsat bilerek, uygulamadan çıkardığımız sonuçlara göre, önerilerimizi açık ve kısa bir şekilde özetlemeye çalışacağız :

- 1 — Yargıtay daire ve buna bağlı olarak üye sayısının artırıl-ması yolu, şimdiye değin sürekli bir biçimde denenmiş ise de, iyi bir sonuç alınmamıştır. Esasen bu yol, kaynağı o kadar zengin olmayan Yargıtay Hâkimlerinin sayısını artırmakta, bu durum

yüksek mahkemeyi bir ilk mahkeme durumuna sokmaktadır. Bugüne kadar tutulan istatistik rakamları, daireler sayısının çoğaltılmış oluşunun bir ferahlık yaratmadığını göstermiştir.

Artan iş sayısına göre daire kurmanın, soruna bir çözüm getirmediği herkes tarafından kabul edilmektedir. Biz, geçici tedbirlerden öteye köklü çareler üzerinde durmayı yeğliyoruz.

2 — Yasalarda değişiklik yapılması,

3 — Üst Mahkemelerin kurulması, suretiyle Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilebileceğine inanmaktayız. Gerçekten bu olağanüstü yük ancak köklü ve olağanüstü çarelere başvurularak hafifletilebilir.

• **A — Kurulların Küçültülmesi (Daireler ve Genel Kurullar)**

a — Dairelerde bir başkan ve dört üye ile karar verilmektedir. Bu yol, işleri geciktirmektedir. Bütün işlerin 5 hâkim ile verilmesi zorunlu değildir. Yargıtay dairelerinde görülen işler :

aa — Özelliği bulunmayan ve benzeri sık sık dairelerden geçen, işler,

bb — Özelliği bulunan işler.

Yargıtay'da incelenen işlerin % 90'ını özelliği bulunmayan ve benzeri sık sık dairelerden geçen işler oluşturmaktadır. Daire çalışmalarında olabildiği ölçüde verimin sağlanabilmesi için, bu tür işlerin başkandan sonra gelen kıdemli üyenin başkanlığında kurulan üç kişilik kurulda incelenmesinde hiç bir sakınca bulunmamaktadır. Karara bağlanmalarında uygulanacak hukuk kuralı veya bu kuralın anlamı üzerinde görüş ayrılığı bulunan, yanî özelliği olan işler ile, delillerin takdiri veya hukukî çözüm bakımından üç kişilik kurulda, görüş ayrılığı bulunan işler ve cezada resen temyize tabî bulunan işler ise, asıl kurul olan beş kişilik daire kurulunda görüşülerek çözüme bağlanabilir.

Yargıtay Kanununda bu doğrultuda bir değişiklik yapılarak, dairelerin bir kaç küçük kurul halinde çalışmaları ve dolayısıyla işlerin süratle incelenmesi sağlanmış olur.

b — Çok sayıda üyenin daire işleriyle meşgul olmalarını sağlamak için, Yargıtay Divanı, Yönetim Kurulu üye sayılarının azaltılması, Yargıtay Genel Sekreterliğinin üye niteliğini taşımayan bir görevli tarafından yürütülmesi uygun olabilir.

c — Genel Kurulların üye sayılarının azaltılması : 1977 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na bir önceki yıldan 968 iş devir olunmuş, aynı yıl içinde 1322 iş gelmiş, bunun ancak 967'si karara bağlanmıştır, 1978 de devirle birlikte gelen iş 2576, çıkarılan iş 1250, 1979 yılında devirle birlikte gelen iş toplamı 3283, çıkan iş 1654; 1980 yılında gelen iş 5001, çıkan iş 3273; 1981 yılında toplam olarak gelen iş 2958, çıkan iş 1047 ve 1982 yılına 1911 iş devir olunmuştur. Şu durumda bir işin Hukuk Genel Kurulu'nda 1-2 yıldan fazla beklediği anlaşılmaktadır. Bu kurul, olağanüstü bir gayretle çalıştığı halde, işleri bitirememektedir. Sonuçta halkın adalet hizmetlerine güven duygusu zayıflamakta, adaletten şikayetler artmaktadır. Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ilgili daireler sayısının iki katı üye sayısı ile toplanmakta ve ayrıca bu kurullara Yargıtay Başkanı yahut Yargıtay Birinci Başkan Vekillerinden birisi başkanlık etmektedir. Buna göre, anılan kurulların toplanma ve bir işi görüşme yeter sayıları, Hukuk Genel Kurulu için 31, Ceza Genel Kurulu için 19 olmaktadır. Bu sayı kabarık olduğu için toplanabilme bir sorun haline gelmektedir. Belli sayıda başkanın genel kurul toplantılarına katılması söz konusu olduğundan, bu kurullar dışında dairelerin toplanıp çalışmaları kanunen mümkün olmamaktadır.

Toplanma ve karar vermeyi ve Genel Kurullar dışında dairelerin resmen çalışmalarını sağlamak için, Genel Kurulların toplanma yeter sayılarının azaltılması gerekir. Örneğin; Bu kurullar ayrı ayrı ilgili dairelerden birer üye alınmak suretiyle kurulabilir.

• **B — Yargıtay'a yeni bir daire eklenmesi :**

İş cetvelleri incelendiğinde, her yıl ortalama olarak 19.000-20.000 işin mahkemelerce yanlış dairelere gönderildiği ve dosyanın asıl dairece incelenmesine değin bazan 5,6 ay daireler arasında dolaştığı ve inceleme işinin geçiktiği görülmektedir. Oysa, Yargıtay'da bir İlk İnceleme (Dilekçe Dairesi) olsaydı, dosyalar isabetli bir biçimde dairelere tevzii edilecek ve böylece işlerin daha süratli bir biçimde incelemeleri mümkün olacaktı.

Bu daireye, ayrıca görevsizlik, yetkisizlik, davanın açılmamış sayılması, af sebebiyle davanın ortadan kaldırılması gibi, basit kararların temyizden incelenmesi işi de verilebilir. Böylece işlerin çabuk kolay ve ucuz bir şekilde bitirilmiş olması ilkesi gerçekleştir-

rilmiş olur. 1730 sayılı Yargıtay Kanununun bu öneriler bakımından ele alınıp değiştirilmesi gerekir.

• C — Yargıtay ve mahkemeler güçlü hâkimlerle takviye edilmelidir :

İstatistik rakamlara göre, Yargıtay, mahkemelerden gelen kararların % 50 sini bozmaktadır. Kararlarda isabet oranının yüksekliği sağlanırsa işler o derece çabuk bitmiş olur. Hâkimler ağır iş yükü altında ezilmekte, okuma ve Yargıtay içtihatlarını izleme imkânını bulamamaktadırlar. Kanunlarımız sayıca çok ve dağınıktır. Bu nedenle çeşitli biçimde yorumlanabilmektedirler.

a — İyi kanunlar yapılmalıdır. Norm koyma tekniği geliştirilmelidir. Kanun taslağı mutlaka bir hukukçu tarafından hazırlanmalıdır. Kanunun konusunu ilgilendiren işte uzman olanların görüşleri alınmalı, ancak hazırlama işi hukukcuya bırakılmalıdır. Kanun sayısı azaltılmalı, dağınık olanlar toplanmalı, aynı konuda tek bir kanuna yer verilmelidir.

b — Hâkimin meslek öncesi ve meslek içi eğitimine önem verilmelidir. Bugünkü staj yetersiz ve lüzumsuzdur. Batı ülkelerinde olduğu gibi, Hâkimler Yüksek Okulu, yahut Adalet Akademisi açılmalı, Hâkimler en azından üç yıl bu okulda hem nazarî hem de uygulama yönünden yetiştirilmelidirler.

c — Hâkimlik mesleği özenilir hale getirilmeli ve bu suretle hâkim açığı giderilmelidir.

Hâkim devletin yargı erkini kullanan kimsedir. O, yetkisini doğrudan doğruya Anayasadan alır; tıpkı yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi gibi...

Yargı yetkisi demek, haklı olanı, haksız olandan ayırt etmek ve haklının hakkını vermek, veya haksız durumu ortadan kaldırmak veya suçluyu cezalandırmak yetkisi demektir. Hâkim bu yetkileri kullanan Devlet görevlisidir.

Devletimiz, Yeni Anayasanın Başlangıcında ve ikinci maddesinde açıklandığı üzere, bir Hukuk Devletidir. Hukuk Devleti, her işinde veya her işleminde, hukuk kurallarına uyması gereken ve her işi veya işlemi Hâkimlerin yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet demektir. Anayasamıza göre; Yargı yetkisi, Anayasa Mahkemesi, Adli Mahkemeler, İdari Mahkemeler, Askerî Mahkemeler ve itiraz ve şikâyetler bakımından Seçim Kurulları tarafından kulla-

nılır. Bütün bu mahkemeler, birbirlerine karşı eşit hukukî durumda olup, birisinin diğerinden üstün veya aşağı olduğu ileri sürülemez.

Anayasanın Hukuk Devletini benimseyerek Hâkime tanıdığı son sözü söyleme yetkisi dolayısıyla Hâkim, diğer bütün görevlilere ve organlara göre, özel bir durum ve Hâkimlik özel bir önem kazanmaktadır.

Gerçekten, Yasama Meclisince yapılan bir kanunun Anayasaya aykırılığından ötürü iptâlî Anayasa Hâkimine, yürütme organı ve yönetim yerlerinin Anayasaya yahut öbür yasalara veya hukuk kurallarına aykırı bir şlem veya işlerinden doğan zararların tazminine hüküm verilmesi İdare Hâkimlerine, suç işleyerek kamu düzenini bozanların cezalandırılması ve yine özel hukuk alanındaki haksızlıkların giderilmesi ise, Adli Hâkimlere bırakılmıştır.

Mala, cana, aileye, devletin yapısına ve hatta varlığına ilişkin son kararları veren kimselerin gördüğü işin önemi şüphe yok ki, pek özel bir nitelik gösterir. İşte bundan dolayıdır ki Hâkimin görevi, diğer Devlet görevlilerine düşen ödevlerden daha ağırdır.

Eflâtun, «Âdil bir mahkeme, Devletin en sağlam direğidir», demiştir. Mahkemede yargı işi gören kimse ise, hâkimdir. Gerçekten bu sözler çok derin bir anlam taşımaktadır.

Yasa koyucu, Hâkime çok ağır bir görev verirken onun kişisel haklarını da görevinin ağırlığına göre belli etmek durumundadır. Hukuk sistemimizde bütün hâkimlerin durumlarını düzenleyen genel bir yasa yoktur. Bu hükümlerin Hâkimler ve Savcılar Kanununda açıkça belli edilmesi gerekmektedir.

Hâkimlerin tarafsızlıklarını koruyabilmeleri için, devletin de onlara bir takım yollardan yardımcı olması, oturacak konut, dinlenme yeri Ankara'da bir konuk evi, aylık ve ödeneklerini gösteren ayrı bir kanun yapması, daha açık ve kesin deyimle, teminat ve bağımsızlık açısından uygulamada ortaya çıkan huzursuzluğu ve ekonomik açıdan belli olan sıkıntıyı gidermesi ayrıca adalet hizmet binaları ve ihtiyaç duyulan diğer araç ve gereklere sağlanması şarttır.

Ancak bu yollarla mevcut kadro açığı giderilebilir ve hatta kurulmasında zorunluluk bulunan üst mahkemelerin kurulması sağlanabilir. Adaletin sayılamayacak kadar bitmeyen sorunları vardır.

Biz bir kısmını yukarıda özet olarak açıkladık. İçten bir yaklaşımla bunların çözümlenmesi isteniyorsa gösterilen önlemlerin bir an önce yetkililerce alınması şarttır.

• **D — Usul kanunlarında değişiklik yapılmalıdır :**

1 — Kanun yolları daraltılmalıdır.

a — **Adi Hastalar :** Yazı, hesap hataları taraflara ait isim yanlışlıkları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 80. maddesi hükmüne göre her zaman düzeltilebilmektedir. 300 - 500 liralık Avukatlık Ücretinin, 100 liralık mahkeme giderinin yanlış hesaplanması nedeniyle hükümlerin Yargıtay'ca bozulduğu çokca görülmektedir. Bunlar bugünkü ekonomik koşullar karşısında bir değer taşımamaktadır. Bir dosyanın gidip gelmesi bu meblâğları çok aşmaktadır. İşte bu gibi basit ve hukukî olmayan meselelerde Hâkimin, hükmü yeniden ele alarak hataları düzeltbilmesi mümkün olmalıdır. Tarafların başvurusu üzerine hâkim hatayı düzeltmeli ve bu yola başvurulmadan temyiz yoluna gidilmemelidir.

b — **Temyiz edilmezlik sınırı genişletilmelidir :** Bugünkü mevzuata göre 10000 lira değerindeki menkul ve alacak davalarına ait hükümler kesindir. Oysa, Almanya'da 40000 DM'a kadar davalar İstinaf mahkemelerince kesin olarak karara bağlanmaktadır. Ancak ilke bakımından bazan temyiz yolu açılabilir. Bizde İstinaf Mahkemeleri olmadığına göre, bugünkü ekonomik ölçülere göre temyiz edilmezlik sınırı 50.000 liraya çıkarılabilir.

c — **Takip hukukuna ilişkin işler ile, niteliği bakımından acele görülmesi gereken işlerde ve kamulaştırma işlerinde, bozmaya karşı direnme yolu kapanmalıdır.** Çünkü bu değerler kısa zamanda çok büyük değişiklik göstermektedir.

d — **Karar düzeltme :** Karar düzeltme, dairelerin ve Genel Kurulların verdikleri kararların bir daha aynı kurulca incelenmesini amaçlayan bir kanun yoludur. Bu yolla kararın düzeltilmesi oranı rakamlara göre çok düşüktür. Ancak, hâlen Yargıtay karar düzeltme taleplerini bir temyiz talebi gibi incelemektedir. Bu durum bir işin birkaç kez daire ve kurullarca incelenmesi sonucunu doğurmakta ve işlerin geçikmesine neden olmaktadır. Dünyada çok az sayıda ülkelerde mevcut olan bu yolun bizde terk edilmesi gerekmektedir. Özellikle Üst Mahkemeler kurulursa, bu yola hiç gerek kalmayacaktır.

• E — Vakit geçirilmeden İkinci Derece Mahkemeleri olan Üst Mahkemeler kurulmalıdır. Meslek cazip hale getirilirse, Üst Mahkemelerin gereksinimi olan Hâkim kadrosu kolaylıkla sağlanabilir. Bunlar, şimdilik sınırlı sayıda ve sınırlı bölgelerde kurulmalı, gerekirse daha sonra yaygınlaştırılmalıdır.

Üst Mahkemelerin ülkemiz için faydaları oldukça çoktur :

a — Yargıtay bir Yüksek İçtihat Mahkemesi olarak çalışma imkânına kavuşacak,

b — Üst Mahkemeler, bazı işleri kesin olarak karara bağlayarak adalette sürati sağlayacak,

c — Üst Mahkemeler, ilk mahkemeleri denetleyerek daha iyi ve daha verimli çalışmalarında etkili olacak,

d — Üst Mahkemeler, Yargıtay ve İlk Mahkemeleri epeyce meşgul eden yetki ve görev uyuşmazlığı meselelerini ve bazı itirazları çabukca inceleyip sonuçlandırarak, hem hak sahiplerinin gecikmeye dayanan sızlanmalarını, hem de Yargıtay ve İlk Mahkemelere aşırı iş akımını önleyecektir.

e — Hüküm Mahkemeleri, Üst Mahkemeyi hesaba katarak daha dikkatli kararlar verirler. Gerçekten bu yönden Üst Mahkemeler, taraflar için ikinci bir güvence sayılır.

f — Üst Mahkemeler çok hâkimlidir. Daha deneyimli ve bilgilidirler.

g — Vatandaş her dava için Yargıtay'a gelmek külfetinden kurtulur.

h — Gelişmiş ülkelerde Üst Mahkemeler vardır. Bugün Fransa'da bu mahkemelerin kaldırılması değil, geliştirilmesi üzerinde durulmaktadır. Bizde de vakit geçirilmeden üst mahkemeler kurulmalıdır.

HUKUK MAHKEMELERİNDE KISA KARAR VE GEREKÇELİ
KARAR SORUNU

Mustafa Sadrettin AYKONU (*)

PLÂN: I — Konu. II — İnceleme: A — Yasal durum. B — Uygulama-
daki durum. III — S o n u ç .

I — KONU

Uygulamada mahkemelerce davayı sonuçlandıran kararların yazılışı ve sözlü bildirim (Tefhim) inde değişik yöntemlerin izlendiği ve Yargıtay'ın bu konuda değişik kararlar vermekte olduğu görülmektedir. Konu sadece davanın taraflarını ilgilendirmekle kalmayıp, Anayasa'nın 141. maddesinde ifadesini bulan, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olarak yazılması ilkesi ile; yani toplumun hukuksal güvenliği ile de yakından ilgili bulunmaktadır. Bu nedenle uygulamanın biran önce Anayasa'nın ve Yasanın amacı doğrultusunda birleştirilmesini sağlamak için konu aşağıda ayrıntılarıyla ele alınıp incelenerek açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

II — İNCELEME

A) Yasal Durum

HUMK.nun 151/2. maddesi duruşma tutanağının «ittihaz olunan kararın sureti tefhimi»ni de ihtiva edeceğini hükme bağlamıştır. Burada sözü geçen «karar» dan maksat, Usulün 388. maddesindeki «gerekçeli karar» olmayıp, o kararın sadece «hüküm fıkrası», yani sonuç bölümüdür. (Usulün 389. maddesine göre, hüküm fıkrasında iki tarafa yükletilen ve verilen görev ve haklar şüphe ve tereddüdü gerektirmeyecek derecede gayet açık olarak yazılmalıdır.) Usulün 157. maddesi uyarınca muhakeme celsesinin sonunda tutanak hazır bulunan hâkimlerle tutanak yazarı tarafından derhal imzalanmalıdır. Bunlar duruşma tutanağına ilişkin hükümlerdir

Usulün 375. maddesine göre tahkikatın sona erdiği bildirildikten sonra 376. ve 377. maddeler uyarınca tarafların sözlü açıklama

(*) Yargıtay 13. HD. Üyesi.

maları dinlenir. Usulün 16.7.1981 günlü, 2494 sayılı Yasa ile değişik 381. ve değişik 489. maddelerine göre sözlü açıklamalardan sonra dava hüküm verilebilecek derecede aydınlanmış ise mahkeme yargılamanın bittiğini bildirip kararını gerekçesi ile yazarak imza ve tefhim eder. Bu mümkün olmazsa, Mahkeme gerekçeli kararın tefhimi için 15 günü geçmemek üzere başka bir oturum günü tayin eder. Bu karar Usulün 388. maddesinde sözü edilen hususları içeren «gerekçeli karar» dır. Aynı oturumda, Usulün yukarıda sözü edilen 151/2. maddesi uyarınca duruşma tutanağına da gerekçeli kararın «hüküm fıkrası» ile bunun «sureti tefhimi» nin, yani sözlü bildirim biçiminin yazılıp imzalanması zorunludur.

151/2. maddede sözü edilen ve duruşma tutanağına geçirilmesi gereken «karar», Usulün 388. maddesinde sözü edilen ve davayı sonuçlandıran «gerekçeli karar» deyildir. Çünkü 388. maddede gösterilen ve bir kararda bulunması gereken hususlar duruşma tutanağında yer almaz. Duruşma tutanağına nelerin yazılacağı Usulün 151 den 158'e kadar olan maddelerinde gösterilmiştir. Duruşma tutanağına tahkikat ve muhakematın cereyanı kaydedilir ve şifahi muhakemenin tarzı cereyanı ancak tutanak ile isbat olunabilir. Duruşma tutanağının hâkim ve tutanak yazarı tarafından imzalanacağından 152. maddede söz edildiği halde, yazılan kararların kararı veren hâkimle tutanak yazarı tarafından imzalanmasından 390. maddede ayrıca söz edilmiştir. Nihai kararın, yani davayı sonuçlandıran gerekçeli kararın nasıl verileceği, nasıl yazılacağı ve nasıl tefhim edileceği konuları Usulün değişik 381. ve 388. ilâ 393. ve değişik 489. maddelerinde düzenlenmiştir. Duruşma tutanağı tek nüsha olarak yazıldığı halde, gerekçeli kararın davanın taraflarından iki fazla olarak yazılıp imzalandıktan sonra kararın aslının mahkemenin evrak mahzeninde başkâtip tarafından saklanacağı, suretlerinde asılları gibi imzalanmakla beraber bunların mahkemenin mühürü ile mühürleneceği, suretlerden birisinin dosyasında saklanacağı, öteki suretlerin taraflara verileceği ve bunlara «ilâm» denildiği 391. ve 392. maddelerde açıklanmıştır.

Demek ki, Hukuk Usul Muhakemeleri Kanununda duruşma tutanağının yazılmasıyla, hükmün yazılması hususları ayrı ayrı düzenlenmiş bulunmaktadır. Yasanın bu düzenleme biçimine göre, yargılamanın sonunda verilen gerekçeli kararın hüküm fıkrasının ayrıca duruşma tutanağına geçirilerek hâkim ve tutanak yazarı tarafından imzalanmak suretiyle tutanağın kapatılması zorunludur.

Aynı oturumda, usulün 388. maddesindeki unsurları içeren gerekçeli kararın da ayrıca yazılmış ve imzalanmış olarak tefhim edilmesi gerekmektedir. Şayet, sözlü açıklamalardan sonra mahkeme aynı oturumda bu işlemleri yerine getirme olanağını bulamamış ise o takdirde Usulün 2494 sayılı yasa ile değişik 381/2. ve değişik 489/2. maddeleri uyarınca mahkeme yazılacak gerekçeli kararın tefhimi için onbeş günü geçmemek üzere başka bir oturum günü tayin eder. O gün yukarıda yazılı işlemler aynen yerine getirilir. Bu işlemler bir-birinden ayrılarak bir kısmı bir oturumda, diğer kısmı öteki oturumda yerine getirilemeyeceği gibi, oturumda sadece tutanağa hüküm fıkrası yazılarak gerekçeli kararın sonradan duruşma dışında yazılması ve dosyaya konulması da mümkün değildir. Duruşma tutanağına hüküm fıkrasının hiç yazılmaması veya eksik yazılmasıyla yetinilip, sadece gerekçeli kararın yazılması da usule aykırıdır.

Hukuk Usulünden «kısa karar» diye bir karar türü yoktur. Yani sadece duruşma tutanağına yazılan «hüküm fıkrası» davayı sonuçlandıran bir karar niteliğinde değildir. Davayı sonuçlandıran karar Usulün 388. maddesinde unsurları belirtilen «gerekçeli karar»dır. Böyle bir karar yazılıp imzalanarak duruşmada sözlü olarak açıklanmadıkça dava sonuçlandırılmış olmaz. Usulün 388. maddesindeki gerekçeli kararın yazılıp duruşmada tefhim edildiğinin bir kanıtı olmak üzere Usulün 151/2. maddesi uyarınca bu kararın hüküm fıkrası ve tefhim edildiği duruşma tutanağına yazılarak imza edilir. Gerekçeli kararın yazılıp açık oturumda tefhim edildiği ancak duruşma tutanağı ile ispat edilebilir. Bu nedenle, gerekçeli karar yazılıp imza edilerek tefhim edilse bile, şayet duruşma tutanağına 151/2. maddenin öngördüğü hususlar yazılmamış veya eksik yazılmış ise, gerekçeli kararın duruşmada yazılıp tefhim edildiği başka suretle ispat edilemez ve böyle bir karar duruşmada yazılmış bir karar sayılamaz.

Yukarıdaki açıklamalara göre hukuk mahkemelerinde dava hüküm verilebilecek safhaya gelmişse mahkemece önce gerekçeli karar yazılıp imzalanmalıdır. Bundan sonra açık oturumda bu karar taraflara tefhim edilmeli ve bu işlemlerin yapıldığına bir delil olmak üzere Usulün 151/2. maddesi uyarınca, tefhim edilen gerekçeli kararın hüküm fıkrası ve sureti tefhimi duruşma tutanağını eksiksiz olarak geçirilerek imzalanmalıdır. Böyle yapılmayıpda, sanki gerekçeli karar yazılmış ve tefhim edilmiş gibi duruşma tutanağına hüküm fıkrası yazılıp tefhim edilir, fakat gerekçeli ka-

rar yazılmamış ve açık duruşmada tefhim edilmemiş olursa, mahkemece gerçeğe aykırı tutanak düzenlenmiş sayılır. Çünkü, aslında yapılmamış bir işlem yapılmış gibi tutanağa geçirilmiş olmaktadır. Tutanaktaki hüküm fıkrası kararın aslını oluşturmaz; gerekçeli kararın yazılıp tefhim edildiğinin delilini oluşturur. Açıklanan durumda dava sonuçlanmış sayılamaz. Şayet temyiz süresi kararın tefhimi ile başlıyorsa, henüz karar verilmiş sayılamayacağından temyiz süresi de işlemeye başlamaz. Taraflar bu durumda, gerekçeli karar yazılıp tefhim edilmek üzere yeni bir oturum gibi tayin edilmesi için mahkemeye dilekçe ile başvurabilirler. Ayrıca delil tesbiti yolu ile bu durumun tesbitini mahkemeden isteyerek haklarını saklı tutabilirler. Mahkemenin sonradan duruşma dışında gerekçeli kararını yazarak bu karara önceki oturum tarihini atıp dosyaya koyması usule aykırıdır. Çünkü mahkemenin duruşma dışında ve duruşma bittikten sonra karar vermesi mümkün değildir. Hatta kanımızca bu durumdaki bir hâkim, kanunen icabetmeden reyini beyan etmiş sayılacağından, Usulün 29/2. maddesi uyarınca taraflarca reddedilirse sonradan tayin edilecek celsede gerekçeli kararı da veremez. Daha önce verilmiş karar hukuken var sayılamayacağından, yeniden tayin olunacak oturumda başka bir hâkim tarafından davaya bakılarak karar verilmelidir.

Tarafların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dava hüküm verilebilecek derecede aydınlanmış ise hâkim gerekçeli kararını tarafların huzurunda yazmak zorunda değildir. Oturuma bir süre ara vererek gerekçeli kararını yazdırıp tutanak yazarı ile birlikte imza ettikten sonra oturumu açarak bu kararını açık oturumda taraflara tefhim eder ve duruşma tutanağına da uulün 151/2. maddesi uyarınca hüküm fıkrasının ve kararın tefhim edildiğini yazdırarak tutanak yazarı ile birlikte imza ederler. Şayet aynı gün davaların çokluğu nedeni ile bu işlemlerin yerine getirilmesine olanak bulunmazsa, o oturumda sadece hüküm fıkrası duruşma tutanağına geçirilerek bunun tefhimiyle yetilip, gerekçeli kararın sonradan yazılıp dosyaya konulması yoluna gidilemez. Bunun nedenlerini ve doğuracağı sakıncaları yukarıda ayrıntılarıyla açıklamaya çalıştık. Bu durumda Usulün 2494 sayılı Yasa ile değişik 381/2. ve değişik 489/2. maddeleri uyarınca mahkeme yazılacak gerekçeli kararın tefhimi için 15 günü geçmemek üzere başka bir oturum günü tayin etmelidir. O güne kadar gerekçeli karar yazılıp imzalanarak dosyaya konulur. Karara, yazıldığı günün tarihi atılır. Tayin edilen oturum gününün tarihini atmaya gerek yok-

tur. Çünkü bu karar tefhim edildiği andan itibaren hüküm ifade edecektir. Şayet hâkim gerekçeli kararını yazıp imzaladıktan sonra, ölüm, istifa, emeklilik, tayin gibi nedenlerle kararı tefhim edemeyecek duruma girerse, bu karar hükümsüz kalmaz. Çünkü usül hükümlerine uygun olarak verilmiş bir karardır. Bu karar, o hâkimin yerine gelen başka bir hâkim tarafından, tayin edilen oturum gününde taraflara tefhim edilebilir. Şayet gerekçeli karar yazılıp imzalanmadan hâkim, ölüm, istifa, emeklilik, tayin gibi nedenlerle görevinden ayrılmış ise onun yerine gelen hâkim gerekçeli kararı yazamaz. Çünkü Usulün 383. maddesi uyarınca kararı ancak şifahi mürafaada (sözlü açıklama oturumunda) hazır bulunmuş olan, yani tarafların sözlü açıklamalarını dinlenmiş olan hâkim verebilir. Bu hüküm toplu hâkimli mahkemeler için konulmuş ise de, tek hâkimli mahkemeler için de geçerlidir. Bu durumda yeni hâkimin gelecek oturum gününde tarafların sözlü açıklamalarını dinledikten sonra kararını vermesi gerekir.

Duruşma gizli olarak yapılmış olsa bile, Usulün 382. maddesi uyarınca karar açık oturumda tefhim edilir. Gene Usulün 410. maddesine göre, hükmün tefhimi için tayin edilen oturumda taraflar hazır bulunmasalar bile hüküm, hazır imişler gibi yüzlerine karşı verilmiş sayılır. Yasanın bu hükümlerinden anlaşılıyor ki, kararın tefhimi sadece davanın taraflarını ilgilendiren bir işlem olmayıp, Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerin verdikleri kararları herkesin öğrenmesi ve toplumun, kendi adına kullanılan yargı yetkisini denetlemesi sağlanmak istenmiştir. Böyle olunca, kaynağını Anayasa'dan alan bu kuralların kamu yararı amacıyla konulmuş olduklarını ve bu nedenle kamu düzeniyle ilgili bulduklarını kabul etmek gerekir.

Kamu düzeniyle ilgili olduklarını belirttiğimiz sözkonusu kurallara aykırı olarak verilmiş olan bir kararı hukuken yok saymaya da olanak yoktur. Çünkü, mahkemenin görevi dışındaki bir davaya bakması kamu düzeniyle ilgili bulunduğu halde görevsiz mahkemenin verdiği karar hukuken yok sayılmamış, Usulün 428/2. maddesi uyarınca temyiz vukuunda mutlak bozma sebebi sayılmış; vekil veya mümessil olmayan kimseler huzuruyla davaya bakılması veya davaya bakmaktan çekinmeye kanunen mecbur olan hâkim tarafından verilen kararlar da hukuken yok sayılmamış, sadece talebe bağlı olarak iadeimuhakeme sebebi sayılmıştır. Buntar gibi, kamu düzeni amacı ile konulmuş olan gerekçeli kararın duruşmada verilip tefhim edilmesi kuralına aykırı olarak bir mah-

kemenin duruşma dışında yazıp imzalıyarak dosyaya koyduğu gerekçeli kararı da hukuken yok saymaya olanak yoktur. Böyle bir karar usule aykırı olmakla birlikte hukuken var sayılır. Ancak duruşmada tefhim edilmediği için, şayet temyiz süresi tefhimden itibaren işlemeye başlayan kararlardan ise (örneğin İş Mahkemesi kararları), Temyiz süresi tefhimden itibaren işlemeye başlamaz, kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlar. Hüküm fıkrası duruşma tutanağına hiç yazılmamış fakat gerekçeli karar sonradan duruşma dışında yazılıp dosyaya konulmuş ise bu karar da hukuken yok sayılamaz. Duruşma tutanağına sadece hüküm fıkrası yazılmış fakat gerekçeli karar sonradan duruşma dışında yazılarak dosyaya konmuş ise bu karar da usule aykırı olarak verilmiş olmakla birlikte hukuken var sayılır. Bütün bu örneklerde, verilen gerekçeli kararlar taraflara tebliğ edildiği halde taraflarca süresinde temyiz edilmezse, usule aykırı olmalarına rağmen kesinleşirler ve kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğururlar. Oysa, bu tür kararlar hukuken yok sayılacak olsa idi, ortada temyizi kabil bir karar bulunmadığı için temyiz süresi işlemeyecek, hiçbir zaman kesin hükmün sonuçlarını doğurmuyacaktı. Bu sonuç kamu düzenini ihlal edeceğinden benimsenemez. Bu tür kararların temyizi halinde, temyiz dilekçesinde ileri sürülmemiş olsa bile, şayet dava dosyasından gerekçeli kararın sonradan duruşma dışında yazılarak dosyaya konulduğu anlaşılıyorsa, kamu düzeniyle ilgili bulunan bu aykırılığın Yargıtay'ca re'sen nazara alınarak, hükmün esası incelenmeksizin, kararın, usule aykırılıktan dolayı bozulması gerekir.

HUMK.nun 381. ve 489. maddelerinin 16.7.1981 günlü, 2494 sayılı kanunla değiştirilmesinden önceki metinlerine göre de, kararların verilmesi ve tefhimi yöntemi yukarıda açıkladığımız gibi idi. 2494 sayılı Yasa bu konuda yeni bir hüküm getirmiş olmayıp, sadece konuya biraz daha açıklık getirmiştir. Değişiklikten önce de, hukuk mahkemelerinde kararların açık oturumda gerekçeli olarak yazıldıktan sonra tefhim edilmesi gerekiyordu. Fakat uygulamada bu kurallara pek uyulmadığı içindir ki, 381. ve 489. maddelerde değişiklik yapılarak konuya açıklık getirilmek istenmiştir.

Yukarıda açıkladığımız kurallar, hukuk davalarına bakan bütün mahkemelerde, yani sulh hukuk, asliye hukuk, ticaret, tapu, tescil ve iş mahkemelerinde; yazılı, sözlü ve basit yargılama usulüne tabi bütün davalarda uygulanması gereken kurallardır. Bu mah-

kemelerin hiçbirisinde gerekçeli karar yazılıp tefhim edilmeden duruşmaya, daha doğrusu davaya son verilemez.

CMUK.nunda ise durum Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak düzenlenmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 266/2. ve 268/1. maddelerine göre duruşma tutanağına sadece hüküm fıkrasının yazılarak tefhim edilmesi ve böylece davanın sonuçlandırılmasına olanak verilmiştir. Burada, duruşma tutanağına yazılan hüküm fıkrası davayı sonuçlandıran karar niteliğindedir ve kararın esasını oluşturur. Kararın, gerekçesiyle birlikte tutanağa yazılması ve tefhimi zorunlu değildir. Ancak CMUK.nun 261/3. maddesine göre, hükmün tefhimi tehir olunmuş ise gerekçesi tefhimden önce yazılır. Hükmün tefhimi duruşmanın bitişi gün yapılmışsa tutanağa sadece hüküm fıkrası yazılabilir. Ve yüze karşı verilen kararlarda temyiz süresi bu andan itibaren işlemeye başlar. 268/1. maddeye göre bu durumda hükmün gerekçesi tefhimden itibaren 3 gün içinde yazılarak dava dosyasına konulur. CMUK.nun 312/2. maddesine göre hüküm, temyiz eden tarafa gerekçesi ile birlikte tefhim edilmemişse, temyiz olduğunu mahkemenin öğrendiği tarihten itibaren bir hafta içinde tebliğ olunur 314/1. maddeye göre bu tebliğden bir hafta içinde mahkemeye temyiz sebeplerini içeren bir layiha da verilebilir.

Görülüyor ki CMUK.nda, HUMK.ndan farklı olarak, duruşma tutanağına yazılan hüküm fıkrası sadece hükmün verildiğini kanıtlamakla kalmayıp aynı zamanda davayı sonuçlandıran kararın esasını da oluşturmaktadır. Bu yüzden, sonradan yazılıp dosyaya konulan gerekçeli karardaki hüküm fıkrası ile, duruşma tutanağındaki hüküm fıkrası arasında aykırılık bulunursa, Yargıtay'ca bu husus bozma sebebi sayılmamakta, tutanaktaki hüküm fıkrasının esas olduğu kabul edilerek temyiz incelenmesi yapılmaktadır. Bu uygulama kanuna uygundur. Çünkü, ceza mahkemesinin sonradan duruşma dışında hüküm tesis etmek yetkisi yoktur. Duruşmadan sonra sadece hükmün gerekçesini yazıp dosyaya koyabilir. Bunu vazarken, tutanaktaki hüküm fıkrasını da yinelemesi kararın bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan bir işlemdir. Şayet tutanaktaki hüküm fıkrası yasaya aykırı ise, sonradan düzenlenen gerekçeli karardaki hüküm fıkrası yasaya uygun olsa dahi hüküm gene bozulur. Çünkü hükmün esasını duruşma tutanağındaki hüküm fıkrası oluşturur. Ceza Mahkemesinde sadece hüküm fıkrasının duruşma tutanağına yazılıp tefhim edilmesiyle davayı sonuçlandıran karar verilmiş olur. Onun için temyiz süresi bu andan itibaren işlemeye başlar. Şayet sonradan hükmün gerekçesi yazılıp dosya-

ya konulmamış olsa bile temyiz incelemesi yapılır ve CMUK.nun 308/7. maddesi uyarınca hüküm, gerekçe eksikliği nedeniyle bozulur. Hukuk Usulünde ise bu durumda temyiz incelemesi yapılamaz. Çünkü ortada henüz temyizi kabil bir karar var sayılamaz.

Kanımızca HUMK.nundaki düzenleme Anayasaya uygundur. CMUK.nundaki düzenleme Anayasaya uygun düşmemektedir. Kişilerin hak ve özgürlüklerini ve kamu düzenini daha çok ilgilendiren Ceza Mahkemesi kararlarının da hukuk mahkemesi kararlarında olduğu gibi her zaman gerekçesiyle birlikte yazılıp tefhim edilmesi Anayasanın 135. maddesine daha uygun olur.

B) Uygulamadaki Durum

Uygulamada mahkemelerin her zaman yukarıda açıklanan kuralara uygun davrandıklarını söylemeye olanak yoktur. Çoğu kez, duruşma tutanağına hüküm fıkrasını bile yazmadan gerekçeli kararı sonradan duruşma dışında yazıp, önceki oturum tarihini atarak dosyaya koydukları görülmektedir. Bütün bu yanlış uygulamalar, HUMK.nun konuyla ilgili hükümlerinin anlamlarının iyice açıklığa kavuşturulamamış olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk Mahkemelerinde davaya nasıl son verilebileceğini yukarıda etraflıca açıklamaya çalıştık. Uygulamada gerek davanın tarafları gerekse mahkemeler bu kurallar üzerinde fazla durmamaktadırlar. Oysa bu kurallar tarafların iradelerine terkedilmiş olmayıp, kamu düzeniyle ilgili buyurucu kurallardır. Bu nedenle Yargıtay'ca re'sen gözönünde bulundurulurak hükmün bozulması gerekir. Oysa uygulamanın bu yolda olmadığı görülmektedir. Burada Yargıtay'ın konuyla ilgili olarak rastlayabildiğimiz bir kaç kararı üzerinde durmak istiyoruz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6.3.1963 günlü, 4/99-37 sayılı kararında konumuzla ilgili olarak şunlar yazılıdır :

«Sözlü yargılama Usulündeki, Usulün 473/2. maddesi yoluyla 151/2. maddesi gereğince, verilen kararın bildirme şeklinin duruşma tutanağında gösterilmesi şarttır. Temyiz olunan İş Mahkemesi kararının ne olduğu ve nasıl bildirildiği duruşma tutanağında gösterilmiş olmayıp, duruşmanın bittiğini gösteren sözlerle sona ermektedir. Tutanakta ekli kararın okunmuş olduğunu bildiren bir yazı dahi yoktur. Dosyadaki ilâmda kararın tarafların yüzlerine karşı bildirildiği yazılı ise de, duruşma tutanağına dayanmayan bu yazının bir değeri olamaz. Nitekim mahkeme ilâm-

'larındaki gerekçelerin duruşma tutanağına uygun olmaması hali, kararın sonucu üzerinde etkili ise, bozma sebebi sayılır. Bu sebeplerle kararın yüze karşı verilmemiş sayılması ve ilâmın tebliği üzerine 3 gün içinde mahkemeye verilen temyiz dilekçesinin süresinde olduğunun kabul edilmesi gerekli görülmüş ve işin esası incelenmiştir.» denilerek hüküm esastan bozulmuştur(1).

Bu kararda, temyiz süresinin tebliğden itibaren başlatılması görüşüne ve gerekçesine katılıyoruz. Ancak bu gerekçe aynı zamanda kararın duruşmada yazılmadığını ve tefhim edilmediğini de göstermektedir. Bu durumda işin esasına girilmeyerek, kararın, Usulün kamu düzeniyle ilgili buyurucu kurallarına aykırı olarak verildiği anlaşıldığından, usule aykırılıktan dolayı bozulması gerekirdi. Kararın hem usule aykırı olarak verildiği kabul edilmiş, fakat bu aykırılık bozma sebebi sayılmak gerekirken, sanki ortada usule uygun olarak verilmiş bir karar varmış gibi, hüküm esastan bozulmuştur ki, bu görüşe katılamıyorum.

Başka bir olayda iş mahkemesince duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrasında davalı SSK. lehine Avukatlık ücretine hükmedildiği halde, gerekçeli kararda avukatlık ücretine hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Hükümün davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nce hâkimin yargılamayı bitirdikten sonra gerekçeli karar vermediği gerekçeli kararı sonradan yazıp dosyaya koyduğu kabul edildiği halde bu husus bozma sebebi sayılmamış, gerekçeli kararda avukatlık ücretine hükmedilmemesi usul ve kanuna uygun olduğundan, gerekçeli kararın onanmasına karar verilmiştir. Bundan sonra davalı tarafından mahkemeden tazvih istenmiş, mahkemece avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya ödenmesine karar verilmiş ve bu kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine 10. Hukuk Dairesi'nce; olayda hâkimin yargılamayı bitirdikten sonra gerekçeli karar vermediği anlaşıldığından, duruşma tutanağına geçirilen kısa kararın hukukca yok sayıldığı, bunun için, isabetli olarak avukatlık ücretine yer olmadığı kaydını taşıyan ve hukukca var olan gerekçeli kararın onandığı, şayet daire, tefhim edilmiş kısa kararı var saysaydı, yerleşmiş görüşüne aykırı olarak Kurum yararına avukatlık ücretine hükmeden bu kararı bozacağı, yada düzelterek onayacağı açıklanarak, tazvih isteminin

(1) Adalet Dergisi, Yıl: 1963, Sayı : 5-8, Sh. 790-791.

kabulüyle Kurum yararına avukatlık ücretine hükmedilmesini usul ve yasaya aykırı bularak hükmü bozmuştur (2).

Duruşma tutanağında yeralan «hüküm fıkrası» ile, gerekçeli karardaki «hüküm fıkrası» arasında uyumsuzluk bulunması tavzih nedeni olamaz. Tavzih ancak, gerekçeli kararın müphem ve kapalı olması veya çelişik fıkraları ihtiva etmesi durumunda sözkonusu olabilir. Çünkü davaya son veren, temyize konu olan, kesin hükmün sonuçlarını doğuracak olan ve kararın esasını oluşturan «gerekçeli karar» dır. Hukuk usulünde, davayı sonuçlandıran «kısa karar» diye bir karar türü yoktur. Duruşma tutanağına «ittihaz edilen karar»ın yazılmasıyla dava kararı bağlanmış ve duruşma sona erdirilmiş olmaz. Duruşma tutanağına hüküm fıkrasını yazıp imzalamaktan maksat, gerekçeli kararın yazılıp açık oturumda tefhim edildiğini kanıtlamaktır. Çünkü duruşma tutanağı bu yönden sadece bir isbat belgesidir. (CMUK.nda ise durumun farklı olduğunu yukarıda açıklamıştık).

Bu açıklamalara göre, Yüksek Onuncu Hukuk Dairesi'nin, tavzih kararını bozması yerinde ise de, gerekçesine katılamıyoruz. Çünkü, gerekçeli kararın duruşma bittikten sonra yazılıp dosyaya konulduğu, duruşmada gerekçeli kararın tefhim edilmediği kabul edildiği halde, usule aykırı olarak verilmiş olan bu karar onanmıştır. Böylece mahkemelerinin duruşma dışında gerekçeli karar vermeleri usule aykırı sayılmamış veya bu aykırılık sonucu etkili görülmemiştir. Oysa bu hususun kamu düzeniyle ilgili olduğunu yukarıda açıklamıştır.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin bu konudaki içtihadı ise şöyledir :

«Duruşmanın bitmesi üzerine tutanağa geçen karar özeti ile hüküm çeliştiğinde, hüküm esas alınır. Tutanakta davalı yararına vekalet ücreti takdir edilmişken, mahkeme ilâmında buna yer verilmemiş olması bozma sebebidir. Davalı ise hükmü temyiz etmemiş, böylece vekalet ücreti bakımından davacı yararına kazanılmış hak doğmuştur. Buna rağmen davalının isteği üzerine ilâma vekalet ücretine ait bir bölümün eklenmesi yanlıştır. Çünkü, Usulün 455. maddesinde yeralan «çelişme» deyimini, ilâmda birbiri ile çelişen hüküm fıkraları ile ilgilidir. Mahkemece bu kuralın genişletilmesi, ilâma vekalet ücretinin ilâve edilmesi doğru değildir.

(2) YKD., Cilt : 1, Nisan - 1975, S: 4, Sh. 68-70.

Çünkü tavzih yolu ile hükme yeni bir unsur eklenemez. Bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır.» denilerek tavzih sonunda verilen hüküm bozulmuştur (3).

Bu olayda da, gerekçeli kararın duruşmadan sonra yazılarak dosyaya konulduğu anlaşılmaktadır. Buna rağmen temyiz edilmediği için kesinleşmiştir. Duruşma tutanağına geçirilen (hüküm fıkrası), Avukatlık ücreti yönünden gerekçeli kararla çelişmede gerekçeli kararın tavzihi istenemez. Ancak gerekçeli karar süresinde temyiz edilmiş olsaydı, Yüksek İkinci Hukuk Dairesi'nin de Onuncu Hukuk Dairesi gibi gerekçeli kararı esas alarak, duruşma dışında verilmiş olsa bile esas yönünden temyiz incelemesi yapacağı izlenimi doğmaktadır. Fakat bozma kararında «Tutanakda davalı yararına vekalet ücreti takdir edilmiş iken, mahkeme ilâmında buna yer verilmemiş olması bozma sebebidir.» denilmekle Yüksek Onuncu Hukuk Dairesi'nin içtihadından farklı bir içtihadın benimsendiği izlenimi de doğmaktadır. Çünkü Onuncu Hukuk Dairesi bu durumda kısa kararı yok sayarak, gerekçeli kararda avukatlık ücretine hükmedilmemesini usul ve kanuna uygun bulmuş ve gerekçeli kararı onamıştır. Yani duruşma tutanağındaki hüküm fıkrasıyla gerekçeli karar arasında bu yönden çelişme bulunmasını bozma sebebi saymamıştır. Oysa İkinci Hukuk Dairesi bu durumun bozma nedeni olacağını açıklamaktadır. Bu yönden, her iki karar arasında içtihat aykırılığı bulunduğu kanısı uyanmaktadır.

Yukarıdaki kararlar HUMK.nun 16.7.1981 günlü, 2494 sayılı Yasa ile değişmesinden önce verilmiştir. Ancak Yasada yapılan değişiklik bu konuda bir yenilik getirmemiş, sadece ilgili hükümlere açıklık getirmiştir. İçtihat aykırılığı, duruşma tutanağına geçirilen «hüküm fıkrası» ile «gerekçeli karar» arasındaki uyumsuzluğun başlı başına bozma sebebi sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Kanunda yapılan değişiklik bu soruna bir çözüm getirmiş değildir. Usulün 437. maddesinde yapılan değişiklik ile Sulh Mahkemelerinden verilen kararlara karşı da temyiz süresinin ilâmın taraflara tebliğinden itibaren işleme başlayacağı kabul edilmiş ise de konumuz, temyiz süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı ile ilgili değildir. Konu gerekçeli kararın yazılışı ve tefhimi ile ilgilidir. Temyiz süresi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlasa da, yukarıdaki içtihat aykırılığının gene sürmesi olasılığı vardır. Ve bu nedenle aykırılığın giderilmesi gerekir. Kaldı ki, özel bir usul yasası olan 5521 sayılı İş Mahkeme-

(3) YKD., C: 6, Mayıs - 1980, S. 5, Sh. 644 - 645.

leri Kanununun 8. maddesine göre, iş mahkemesinin nihai kararları tefhim tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir. Bu bakımdan İş Mahkemelerinde gerekçeli kararın tefhimi daha çok önem arz etmektedir.

III — SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, Yargıtay İkinci ve Onuncu Hukuk Daireleri'nin kararları arasındaki içtihat aykırılığı vesilesiyle konunun ele alınıp etraflıca incelenerek, duruşma tutanağına geçirilen «hüküm» fıkrası ile (gerekçeli karar) arasında uyumsuzluk bulunması halinde, gerekçeli kararın duruşmadan sonra yazılıp dosyaya konulduğu kabul edilerek bu durumun mutlak bozma sebebi sayılması ve böylece uygulamada mahkemelerce gerekçeli karar yazılmadan ve tefhim edilmeden davaların sonuçlandırılmasının önüne geçilmesini ve uygulamada birliğin sağlanmasını dilemekteyiz.

FRANSA'DA İSPAT KÜLFETİ İLE İLGİLİ SON İÇTİHAT GELİŞMELERİ

Dr. Cevdet YAVUZ (*)

PLÂN : Giriş. I — İspat külfeti konusunda ana kural ve bu kuralın Fransız Yüksek Mahkemesinin içtihatlarında uygulanış tarzı. 1 — Sigorta konusunda ispat külfeti ile ilgili içtihat. 2 — Fransız Yüksek Mahkemesinin ispat külfetinin yer değiştirmesi için esas mahkeme kararını bozması. 3 — Sözleşmelerin tarihini ispat külfeti hakkında Yüksek Mahkeme Kararı. II — İspat külfeti konusunda bazı tali kurallar ve Fransız Yüksek Mahkemesinin içtihatlarında uygulanış tarzı. 1 — Görülen hizmetin ücretli veya ücretsiz olduğunu ispat külfeti hakkında Fransız Yüksek Mahkemesi kararı. 2 — Postayla yapılan sözleşmelerde ispat külfeti hakkında Fransız Yüksek Mahkemesi kararı. 3 — Satılanın kalitesi hakkında itiraz vaki olmuşsa ispat külfetinin kime düşeceği hakkında Yüksek Mahkeme kararı. 4 — Bir borç ilişkisinin varlığını ispat külfeti hakkında karar. — S o n u ç .

Giriş

İspat külfeti, davada belirli bir vakianın taraflardan biri tarafında ispat zorunluluğunu ifade eder. İspat ise bir vakianın doğruluğuna hâkimi inandırmaktır. Taraflar arasındaki ihtilaf, maddi vakıaların varlığında olabildiği gibi bu maddi vakıalara ilişkin olabilecek hukuki sonuçlar hakkında da olabilir (1) İkinci durumda ihtilaf, hukuki nitelikte olduğundan tarafların bu konuda sadece hâkime yardımcı olmaları sözkonusudur. Çünkü hâkim hukuk kurallarını re'sen uygular.

Buna karşılık ihtilaf maddi vakıalar hakkında olunca, bu olayların doğruluğu hakkında hâkimi inandırmak gerekecektir. İspat ile kastedilen de budur. Şu durumda ispat maddi vakıalara ilişkin olmalıdır.

Fakat hangi hususların ispat edilmesi gerektiğini tesbit etmek de yeterli değildir. Bu defa karşımıza ispatı gereken maddi vakıa-

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Asistanı.

(1) Madde vakıalara ilişkin olabilecek hukuki ihtilaflar, maddi vakianın belirli bir hukuk kuralının kapsamına girip girmediği konusunda olabileceği gibi bizatihi sözkonusu hukuk kuralının kapsamında da olabilir. Konumuza dahil olmadığı için üzerinde durmuyoruz.

yı kimin ispat etmesi gerektiği problemi çıkmaktadır. Gerçekten bu konuda getirilecek ispat ve ispat külfetinin paylaştırılması (tevvizi) ile ilgili kurallar iki bakımdan büyük önem taşımaktadır.

İlk olarak ispat külfetinin taraflardan birine veya ötekine yüklenmesinin taraflar açısından önemini tesbit etmemiz gereklidir. Şöyle ki : İspat külfeti taraflardan biri için mecburiyet olduğuna göre böyle bir mecburiyet altında bulunan taraf, bu külfeti yerine getirmese, ispat konusu vakıa ispat edilmemiş sayılacak ve hukuki sonuçlar buna göre belirlenecektir. Dava, ispat külfetini yerine getirmeyen taraf aleyhine sonuçlanacaktır. İspat külfetini yerine getirmeyen taraf davacı ise davası red olunacaktır. Eğer davacı bu külfetini yerine getirmişse bu defa ispat külfeti yer değiştirecek ve davalı, savunma olarak ileri sürdüğü vakıaları ispat külfetinde olacaktır. Bu yapılmazsa dava, davalı aleyhine sonuçlanacak, yani davacının davasının talep neticesine mahkum olacaktır. Bu bakımdan adli gerçek, seyrek de olsa ilmi gerçekten farklı olabilmektedir.

İkinci olarak ispat külfeti ile ilgili kuralların davaya bakan hâkimin vereceği karar açısından da önemi açıktır. Gerçekten gösterilen delillerin hâkime dava hakkında bir kanaat hasıl etmemesi durumunda hâkim hüküm vermekten kaçınamayacaktır. Çünkü bu durum, ihkak-ı hak'tan imtina mahiyetinde olur, hukuki ve cezai sorumluluklara yol açar. Şu durumda hâkimin, kendisine arz olunan meselede behemahal bir karar vermek mecburiyetinde olması sözkonusudur ve o, işi sürüncemede bırakmaya mezun değildir. Burada hâkim, olayı ele alış tarzı bakımından tarihçi gibi davranmaktadır. Fakat tarihçi geçmişte cereyan etmiş bir vakıanın gerçek durumunu tesbit edememesi halinde hüküm verip vermemekte serbesttir. Halbuki hâkim için böyle bir imkan yoktur. Hâkimi, çözümü güç bu muammanın içinden kurtaracak olan yol, ispat külfetinin taraflardan hangisine ait olduğunu tesbit etmektir. Şu durumda ispat külfeti taraflardan hangisine terettüp ediyorsa, davayı onun aleyhine sonuçlandıracaktır (1a).

(1a) Bu konuda bkz. **Postacıoğlu**, İlhan E., Medeni usul hukuku dersleri, 6. bası, İstanbul 1975, s. 72-73, 527-528, 533-534; **Kuru**, Baki, Hukuk muhakemeleri usulü, 3.bası, Ankara 1974, s. 361; **Bilge**, Necip / **Önen**, Ergun, Medeni yargılama hukuku dersleri, 3.bası Ankara 1978, s. 498 vd.; **Üstündağ**, Saim, Medeni yargılama hukukunun esasları, İstanbul 1973, s. 376; **Berkin**, Necmeddin, Medeni usul hukuku esasları, Ankara 1969,

Biz bu çalışmamızda ispat külfeti ile ilgili olarak Fransız Yüksek Mahkemesinin (Cour de cassation) çeşitli yıllarda vermiş olduğu kararları ele aldık. Bu kararlardan bazıları, ispat külfeti ve paylaşılması konusundaki ana kuralın uygulanması niteliğindedir. Bu bakımdan bunları, çalışmamızın bu esas kuralı ele alan bölümünde inceledik. Diğer bazıları ise ana kurala bağlı olarak çıkarılabilecek bazı (yan) kuralları ele aldığımız bölüme aldık. Bu incelemelerden sonra da ispat külfeti ile ilgili olarak bazı sonuçlara varmaya çalıştık.

I — İSPAT KÜLFETİ KONUSUNDA ANA KURAL VE BU KURALIN FRANSIZ YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN İÇTİHATLARINDA UYGULANIŞ TARZI

Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 1315. maddesinde borçların ispatı ile ilgili olmakla beraber bütün ispat hallerine yaygınlaştırılması gereken ispat külfetinin paylaşılması ile ilgili olarak (2) bazı kurallar getirilmektedir. Gerçekten söz konusu maddeye göre şöyle denilmektedir :

Art. 1315. — Celui qui réclame l'exécution d'une obligations doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit extinction de son obligation.

m. 1315. — Bir borcun ifa edilmesini talep eden kimse, bu borcu ispata mecburdur.

Karşılık olarak, borçtan kurtulduğunu iddia eden kimse, ifayı ya da borcun sona ermesini sonuçlandıran vakıyı ispat zorundadır.

Hükümden anlaşıldığı üzere ilk fıkrada bir borcun varlığını iddia edenin ispat yükünde olduğu, ikincisinde ise ispat yükünün yer değiştirmesi durumu düzenlenmiştir.

İşte bu hükümden kaynaklanılarak Fransa'da da ispat külfetinin paylaşılması konusunda normal durum kıstası başlıca ölçüyü teşkil etmektedir. Taraflardan biri normal durum kıstasına dayanmak durumunda değilse iddiasının bütün unsurlarını ispat

s. 172; Umar, Bilge, İspat yükü, İstanbul 1968, s. 2 vd.; Legeais, Raymond, Les règles de preuve en Droit civil «Permanences et transformations», Paris 1955, s. 1-2.

(2) Legeais, a.g.e., s. 173-176. Ayrıca Fransız Usul Kanununun ilgili hükmü için bkz. aşağıda dn. 33.

mecburiyetindedir (3). Şimdi bu kriteri uygulayan bazı Fransız Yüksek Mahkemesi kararları üzerinde durmak istiyoruz.

1 — Sigorta Konusunda İspat Külfeti İle İlgili İçtihat

Önce olayı özetleyelim : Bir otomobil sahibi otomobilini sigorta ettirir. Fakat aracın sürücü ehliyeti olmayan bir kimse tarafından kullanılması sebebiyle meydana gelecek zararlar sözleşme dışı bırakılmıştır. Ancak otomobilin sürücü ehliyeti olmayan bir kimse tarafından kullanılması, sigortalının (araba sahibinin) bilgisi dışında ve onun açık yasaklamasına rağmen olmuşsa, sigortacı, meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Sigortalının sürücü ehliyeti olmayan oğlu tarafından bir kazaya sebebiyet verilir. Sigortalı, uğradığı zararın tazmini için sigortacıyı dava eder. Davada şu durum ihtilaf konusu olur : Sigortalının oğlunun arabayı kullanması, babasının izni ile mi yoksa onun bilgisi dışında ve açık yasaklamasına rağmen mi olmuştur? Bu durumlardan ilkinin ispatlanması davanın sigortacı lehine, ikincisinin ispatı ise sigortalı lehine sonuçlanmasını sağlayacaktır. Şu halde ispat külfeti hangi tarafın üzerindedir?

Paris İstinaf Mahkemesi, ispat külfetinin davalı (sigortacı) tarafın üzerinde olduğu sonucuna varır. Gerçekten bu mahkemenin kararına göre sigortacı, meydana gelen zarardan sorumludur. Ancak sigortalının oğluna arabayı kullanması hususunda izin verdiğini ispatlayabilirse sorumlu olmayacaktır.

Fransız doktrininde eleştirilen bu çözüm (4), Fransız Yüksek Mahkemesi'nce bozulmuştur. Fransız Yüksek Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesinin kararında şöyle denilmektedir : İspat edilmesi gereken, sigortacının sorumluluğu için bütün vakıaların varlığıdır. Madem ki sigortacının sorumluluğu için ehliyetsiz sürücünün arabayı kendi bilgisi dışında ve açık talimatına rağmen kullanması gerekmektedir. Şu halde sigortalının, sigortacıyı sorumlu tutabilmesi için ehliyetsiz oğluna arabayı kullanması hususunda izin vermediğini, daha doğrusu kendi bilgisi dışında ve açık talimatına rağmen oğlunun arabayı kullandığını ispat etmesi gereklidir. 7 Temmuz 1960 Tarihli bu karara göre ispat külfeti, sigortalının (yani davacının) üzerinde olmaktadır (5).

(3) Postacioğlu, a.g.e., s. 548-549.

(4) Tunc'un notu ve andığı diğer yazarlar, Rev. trim. 1960, c. 53, s. 677, r. 54.

(5) Karar için bkz. Rev. trim. 1960, c. 58, s. 676-677 n. 54 (Tunc'un notu ile).

Fransız yazar Tunc'un da itiraz kabul etmeyecek nitelikte bulunduğu sözkonusu kararın çözümünü, ispat külfeti ile ilgili genel kural mahiyetindeki CC art. 1315 açısından değerlendirmek istiyoruz. Bu maddeye göre «bir borcun ifa edilmesini talep eden kimse, bunu ispat etmek mecburiyetindedir» (f.1). olayda da davacı sigortalı, daha önce yaptıkları bir sözleşme uyarınca sigortacıdan bir borcu yerine getirmesini istemektedir, yani davacı normal durumun aksini iddia etmektedir. O halde iddiasını bütün unsurlarıyla ispat etme durumunda olacaktır (6). Davacının iddiası, bir sigorta sözleşmesinin varlığı yanında bu sigorta sözleşmesi gereği sigortacının sorumlu olması için gerekli bütün unsurların gerçekleştiğini de kapsamaktadır. Ehliyetsiz otomobilini kullananın bu kullanmasının onun bilgisi dışında ve açık talimatına rağmen olduğunu ispat etmek de bu iddia içinde bulunmaktadır. Çözümün norm teorisi açısından da isabetli olduğu görülecektir. Çünkü bu teoriye göre bir hukuk normunun uygulanabilmesi veya bir hukuk normunda öngörülen hukuki sonucun doğduğunun kabul edilebilmesi için, o hukuk normunun unsur vakıalarının gerçekleştiğinin ispat edilmesi gerekir. Bu konudaki ispat külfeti, normun lehine sonuç doğurduğu taraf üzerindedir (7). Olayda da dayanılan hukuk normu sözleşmedir. Bunun bütün unsurlarıyla ispat edilmesi gerekir. Bu konudaki ispat külfeti de sözkonusu normun lehine sonuç doğurduğu taraf olan sigortalıya aittir. Şu durumda sigortalının lehine sonuç doğuracak olan hukuk normunun unsurlarından biri de oğlunun araba kullanmasının, onun bilgisi dışında ve açık talimatına rağmen olup olmadığı hususudur. Sigortalı, bu hususu da ispat külfetindedir.

Olayda aynı zamanda baba-oğul ilişkisi sözkonusu olduğundan oğulun arabayı kullanması hususunda baba, izin vermediğini ispat bakımından daha kolay delil tedarik etme imkanına sahiptir. Bu nedenle dürüstlük kuralı gereği de ispat külfetinin onun üzerinde olması gerekir. Fakat bir baba-oğul ilişkisi sözkonusu olmasa da aynı sonuca ispat külfeti konusundaki genel kural gereği varılması mümkündür. Gerçekten sözkonusu sigorta sözleşmesinde, zarara yol açan kişinin sürücü ehliyetinin olmaması dolayısıyla normal olarak sigortacının sorumlu olmaması gerekecektir. O halde sigortalı, bunun aksini iddia ettiğinden (sorumluluğun sigortacıya dönmelerini sağlamak istediğinden) bunun için gerekli olan araba kul-

(6) Postacıoğlu, a.g.e., s. 549

(7) Umar, a.g.e., s. 32-33.

ınmanın kendi bilgisi dışında ve açık talimatına rağmen olduğunu ispat etmelidir.

CC art. 1315 al.1'in uygulanış tarzı ile ilgili bu içtihat yanında aynı maddenin ikinci fıkrası için örnek olabilecek başka bir içtihat üzerinde durmak istiyoruz. Bu da ispat külfetinin yer değiştirmesi hali ile ilgilidir. Hatta bu kararda mahkemenin, davacının f.1 gereği borcun varlığını ispat etmemiş olmasına rağmen davalının ikrarını bölerek ispat külfetinin yer değiştirmesi yolunda karar verdiğini görmekteyiz.

2 — Fransız Yüksek Mahkemesi'nin İspat Külfetinin Yer Değiştirmesi İçin Esas Mahkeme Kararını Bozması

Önce olayı özetleyelim : Cassegrain Ortaklığının pay sahibi olan Bayan Kerneis, maliki bulunduğu sözkonusu ortaklığın 2500 adet pay senedini Bay Tricot'ya 9.6.1966 tarihinde satmıştır. Satıcının erkek kardeşi, Bayan Kerneis'in bir kaç gün önce bu pay senetlerini bir sözlü anlaşma ile kendisine sattığı iddiasıyla satımın hükümsüzlüğünü talep etmektedir. Bayan Kerneis ise, bu anlaşmanın 3.6.1966 tarihinden önce satım parasının ödenmesi geciktirici şartına bağlı olduğunu ve bu süre içinde ödemenin yapılmaması dolayısıyla anlaşmanın hükümsüzleştiğini ileri sürmüştür. Bayan Kerneis'in iddialarını bir yazılı delil başlangıcı olarak nazara alan mahkeme 23 Şubat 1968 tarihinde bir tahkikatın yapılmasına karar verdi. Elde edilen bilgilere göre 3 Haziran 1966'dan önce ödeme şartının gerçekleştiği ispat edilmediğinden davacı erkek kardeşin talebini red etti. Yüksek Mahkeme, kararında, 28 Kasım 1968 tarihli Rennes İstinaf Mahkemesinin kararını bozdu. Çünkü ispat külfetinin yer değiştirmesi gerektiği halde bu yapılmadığından CC art. 1315 ihlal edilmiştir. (22 Mayıs 1970 Tarihli Birinci Hukuk Dairesi kararı). Loussouarn, bu kararla mahkemenin ikrarın bölünmezliği kuralına az önem verdiği sonucuna varmaktadır (8).

Karar tahlil edildiğinde, Bayan Kerneis'in bu ikrarıyla erkek kardeş ispat külfetini yerine getirmiş sayılabilecek midir sorunuyla karşılaşılır. Bayan Kerneis'in sözlü anlaşmanın varlığını kabul etmekle beraber bağlı olduğu şartın gerçekleşmediği savunmasını, İstinaf Mahkemesi, yazılı delil başlangıcı olarak kabul etmektedir.

(8) Karar için bkz. Rev. trim. 1971, t. 69, s. 634 n. 13 (Loussouarn'ın notu ile).

Fakat ispat külfeti erkek kardeşin üzerindedir. Yüksek Mahkeme ise, geciktirici şartın varlığını iddia edenin Bayan Kerneis olması dolayısıyla onun ispat külfetinde olduğu sonucuna varmaktadır.

Gerçekten bu kararda ikrarın bölünmezliği kuralı ihlal edilmiştir (9). Halbuki Fransız hukukunda ikrarın bölünmemesi esası, Medeni Kanunda yer alan açık kural gereğidir (CC art. 1356 a.3). Olayda Bayan Kerneis'in ikrarının konusu, erkek kardeşi ile arasında bir sözlü anlaşmanın var olduğu fakat bunun 3.6.1966 tarihine kadar satış bedelinin ödenmesi şartına bağlı olduğu ve bu şartın gerçekleşmediği olmaktadır. Yargıtay, ispat külfetini Bayan Kerneis'e yüklemekle onun ikrarını bölmüş olmaktadır. Çünkü bu durumda erkek kardeş, sözleşmenin varlığı ispat edilmiş sayıldığından ispat külfetini yerine getirmiş olmakta; Bayan Kerneis ise ikrarında ileri sürdüğü vakiaları ispat edemediğinden dava onun aleyhine sonuçlanmaktadır. Bu sonucun ise, bu konudaki kurala aykırılığı açıktır. Şu durumda bize göre ispat külfeti erkek kardeş üzerindedir. O, ispat külfetini anlaşmanın varlığını ya da davalının iddia ettiği geciktirici şartın olmadığını ispatlayarak yerine getirmek durumundadır.

Daha eski tarihli bir kararda ise yine normal durumun aksini iddia edenin iddiasının bütün unsurlarını ispat etmesi aranmıştır.

3 — Sözleşmelerin Tarihini İspat Külfeti Hakkında Yüksek Mahkeme Kararı

Karara konu olan olayda tarihsiz bir sözleşmenin tarihinin ispatının hangi tarafa düştüğü hususu tartışılmıştır. Önce şu bilgiyi vermemiz gereklidir : Fransa'da Medeni Kanun hükümlerine göre boşanma davası sırasında yapılan mal ortaklığının karı-koca arasında tasfiyesine dair anlaşmalar geçersiz sayılmaktadır. Davada koca, tarihsiz fakat karı-koca arasında mal ortaklığının tasfiyesine dair yapılmış bir yazılı anlaşmaya dayanmaktadır. Yargıtay'a göre burada anlaşmanın yapıldığı tarih hakkı doğuran bir unsur teşkil etmektedir. O halde böyle bir anlaşmaya dayanarak hak iddia etme durumunda koca olduğundan tarihsiz yazılı anlaşmanın tarihini ispat kocaya düşmektedir. Esasen boşanma davasında bu gibi anlaşmaların yapılması yasağına faydalı bir şekilde riayet edilip edilmediğinin ancak bu husustaki ispat külfetinin böyle bir anlaşmayı dermeyesn edene yükletilmesi suretiyle sağlanabileceği

(9) Postacıoğlu, a.g.e., s. 554 vd.

ayrıca gözden kaçırılmamalıdır (11 Nisan 1964 Tarihli Birinci Hukuk Dairesi kararı) (10).

Gerçekten bu çözüm, ek gerekçeler olmaksızın ispat külfeti konusundaki ana kural bakımından da isabetlidir. Burada kocanın ispat külfeti, dayandığı yazılı anlaşmanın hüküm ifade etmesine etkili olabileceğinden unsur niteliğindeki tarihin ispatını da ihtiva ettiği kabul edilmelidir. Yoksa sadece yazılı anlaşmanın hüküm ifade etmesini engelleyen bir tarihte yapıldığını iddia ettiği için ispat külfetinin kariya ait olduğu sonucuna varmak, ispat külfetinin paylaştırılması gibi önemli bir konuda adaletsiz sonuçlara yol açabilecekti. Zaten Yüksek Mahkemenin de belirlediği gibi olayda tarih, hakkın meydana gelmesinde kurucu rol oynamaktadır. O halde sözleşmeye dayanan davacı tarihini de ispat etmelidir.

II — İspat Külfeti Konusunda Bazı Yan (Fali) Kurallar Ve Fransız Yüksek Mahkemesi'nin İçtihatlarında Uygulanış Tarzı

İspat külfetinin hangi tarafta olduğunun belirlenmesinde görünen ve normal durum kıstası başlıca ölçü olmakla beraber bunun yanında ayrıca yan (tali) kurallar da vardır. Örneğin ispat külfetinin taraflar arasında paylaştırılmasında doğruluk kurallarına uyma zorunluluğu ve bu sebeple ispat külfetinin gerektiğinde delil tedarikini kolaylıkla başaracaklara yüklenmesi kabul edilmektedir. Bu bakımdan ispat külfetinin paylaştırılmasında tatbik edilecek kurallar az çok kaypaklığa müsaittir (11).

Hatta bazı yazarlar, çekişmeli vakıaları ispat için tarafların her birinin kendi görüşünü destekleyen delilleri ikame etmeleri gerektiğini ve hangi taraf görüşünü daha çok gerçeğe yakın gösteriyorsa onun tarafından ileri sürülmüş vakıaların sübutuna karar vermenin daha doğru olacağını savunmaktadırlar (12).

O halde ispat külfetinin paylaştırılması konusunda şunları söyleyebiliriz: «Tarafların dava sırasında delillerini ibraz ederken kendi nokta-i nazarlarına yaklaştıkları nisbette ispat külfetinin

(10) Karar için bkz. Rev. trim. 1965, s. 114-115 n. 6 (J. Chevallier'nin notu ile). Postacıoğlu'nun da aynı sonuca vardığını sanıyoruz (a.g.e., s. 547 dn. 31 bis).

(11) Postacıoğlu, a.g.e., s. 538-539; Kuru, a.g.e., s. 361; Üstündağ, a.g.e, s. 376; Berkin, a.g.e., s. 173.

(12) Legeais, a.g.e., s. 169 vd.

karşı tarafa geçtiğini kabul etmek ve neticede delillerin heyeti umumiyesi muvacehesinde hangi tarafın noktai nazarına daha ziyade yaklaşmış olduğu ve ispat külfetini bu suretle karşı tarafa intikal ettirmiş olduğu neticesine varmak lazım gelecektir ki, bu suretle ispat külfeti bütün dava sırasında karşılıklı olarak yer değiştirecek ve neticede iddia ettiği vakıalarla iddiasına, diğerine nazaran daha uzak kalmış olan taraf ispat külfetini yerine getirmemiş sayılacaktır. Böylelikle ispat külfeti, belki davanın bidayetinden ziyade nihayetinde hasıl olacak duruma göre taayyün etmiş olacaktır» (13).

Fakat bu görüşlerde aşırılığa kaçmamak gerekir. İspat külfetinin taraflar arasında ne yolda paylaşılacağına dair teorik görüşlere büsbütün sırt çevirme imkanı yoktur. Zaten dava sırasında âdeta mekik dokur gibi ispat külfetinin yer değiştirmiş sayılması, yine ispat külfeti ile ilgili olarak benimsenmiş kural ve ölçülerin uygulanması sonucu olmaktadır (14).

Normal durum kıstasının uygulanmasının kesin bir tarzda olmaması gerektiği konusunda başka bir durum olarak şunu söyleyebiliriz : İkrarın bölünmemesi kural olmakla beraber bazı durumlarda belirlediğimiz kıstaslar sonucu olarak ikrarın bölünmesi mümkün olabilecektir (15). Bu kuralın uygulanması ile ilgili olarak aşağıdaki Fransız Yüksek Mahkemesi kararını anabiliriz.

1 — Görülen Hizmetin Ücretli Veya Ücretsiz Olduğunu İspat Külfeti Hakkında Fransız Yüksek Mahkemesi Kararı

Mahkeme kararına konu teşkil eden olay şu şekilde cereyan etmişti : Davacı, oğlunun boşanmasından sonra eski gelini aleyhine açtığı davada, eşlerin evlilikleri sırasında, inşa ettikleri bir gayrimenkulün inşaatında çalıştığı için hizmet sözleşmesine dayanarak ücret talep etmişti. Karardan davacının niçin kocadan değil de gelininden ücret talep ettiği anlaşılammaktadır. Fakat bunun tahmin edilebildiği gibi çözüm bakımından önemi de yoktur. Esas mahkemesi isteğe hak verir ve eski gelini ücret ödemeye mahkum eder. Bunun üzerine davalı, borcun sebebinin ispatının savunmaya bırakılmış olmasından dolayı, ispat külfetinin paylaşılması ile ilgili kuralların ihlal edildiği gerekçesiyle temyiz yoluna baş-

(13) Postacıoğlu, a.g.e., s. 539.

(14) Postacıoğlu, a.g.e., s. 539-540.

(15) Postacıoğlu, İlhan E., İspat külfeti, İHFM, C. 39, sayı 1-4, s. 499 (kronik).

vurur. Yüksek Mahkeme temyiz talebini red etmiştir. Gerçekten 8 Ocak 1964 Tarihii Birinci Hukuk Dairesi kararına göre ne Bayan Camin'ne de kocası iş yapıldığını inkar etmemektedir. Bu şekilde gerçekleşen fakat parasız (ücretsiz) sözleşme niteliği taşımayan hizmetlerin yapılmasının ücretli olduğunun kabulü normal durumun gereğidir. O halde çekişme konusu işlerin parasız yapıldığını ispatlamak, bunu iddia eden Bayan Camin'e düşmelidir (16).

Chevallier, bu çözüm hakkında şunları yazmaktadır: Bayan Camin ve kocasının, davacının iş gördüğüne itiraz etmemeleriyle tarafları bağlayıcı bir sözleşmenin varlığı ispat edilmiş sayılabilir. Eğer, artık ispat külfetinin kime düştüğünü araştırmaya gerek yoktur. Çünkü hizmet sözleşmesi gerek varlığı gerek niteliği itibarıyla sabit ise artık bu yolda karar vermekten başka çare yoktur. İspat külfetinin bu takdirde yer değiştirdiğini söylemek bir çeşit safsatadan ibarettir. Bu bakımdan temyiz talebinin borcun sebebinin ispatının davalıya yüklenilmiş olmasını bir bozma sebebi yapma şeklinde sevk edilmesi sebepsiz değildir. Gerçekten kayınpederin inşaatta çalıştığı sabit olduğuna göre, mahkeme, bir takım karine ve emarelerle ve taknir hakkını kullanarak bir ücretli hizmet sözleşmesinin varlığını sabit gördükten sonra, davalı, mahkemenin delli takdirine Yüksek mahkemenin müdahale edememesi kuralı karşısında kurtuluş çaresi olarak borcun sebebinin ispatının davalıya tevcih edilmiş olmasını bir bozma sebebi olarak göstermek istemiştir. Böylece temyiz talebinin meseleyi hakiki sahası içinde ele almamasının da bu çözüme etkili olduğu söylenebilir (17).

Postacıoğlu ise, bu kararlar ile ilgili olarak yazdığı bir inceleme yazısında, ne Chevallier'nin ne de esas mahkemesi ve yüksek mahkemenin görüşlerine katılmadığını belirttikten sonra özetle şunları söylemektedir: Chevallier'nin ispat külfetinin bir saat rakkası gibi yer değiştirmesine karşı çıkması yersizdir. Çünkü tahkikat ilerledikçe, sunulan delillerin ispat gücüne göre ispat külfetinin davanın seyri içinde yer değiştirmiş olmasında yadırganacak bir taraf yoktur. Oğulun inşa ettirdiği bir yerde babanın çalışmasında ücretli bir sözleşmenin varlığı sonucuna varmak isabetli değildir. En azından Türk âdetleri bakımından böyle bir durumda ücret konuşulmadığı halde çalışmanın ücretsiz sayılacağı kabul edilme-

(16) Karar için bkz. Rev. trim. 1964, t. 62, s. 732-733 n. 7 (J. Chevallier'nin notu ile).

(17) Chevallier, yukarıda sözü geçen not, s. 733-734.

si, hadiselerin genel cereyan ediş tarzına uygun düşer (18). Belki olayı şu tarzda açıklamak mümkün olabilir: Kayınpeder, büyük bir ihtimalle ve özellikle eski işini terk etmek gibi bir durum oımadan kendiliğinden bu işte çalışmışsa, bunu oğluna ve gelinine karşılıksız bir yardımda bulunmak amacıyla yapmıştır ve bu amacı açıklayan saik de, gençlerin hayatlarının sonuna kadar birlikte yaşamayı düşüncesi olmuştur. Bu nedenle bozucu şarta bağlı bir bağışlamadan söz etme imkanı vardır. Bozucu şart gerçekleştiğinde artık kayınpederin hizmetinin, hiç olmazsa gelin yönünden haksız bir iktisap teşkil ettiği söylenebilecektir. Bu bakımdan kayınpederin, gerçek ve dışarıdan tanınabilir iradesinin bu yolda yani boşanma durumunda bozucu şarta bağlı bir bağışlama olduğunu ileri sürebilmesi pekâlâ mümkündür (19).

Biz Poctacioğlu'nun gerek Chevallier'ye ve mahkeme kararlarındaki çözümlere katılmamasındaki gerekçelerine ve gerekse sonunu değişik bir açıdan ortaya koyuş tarzına aynen katılmakla beraber çalışmamızın konusu gereğın, Fransız Yüksek Mahkemesinin kararında yer alan temel düşünceyi şöylece açıklayabilmemiz mümkündür: Olayda davacının iddia ettiği hizmet ilişkisinin varlığı davalı tarafca kabul edilmiştir. Olaya bakan mahkeme, durumun özelliklerini değerlendirerek bu şekilde bir hizmetin, ancak ücretle görülebileceği kanaatini taşımaktadır. Yani normal durum, bu çeşit hizmetlerin ücretli görülmesidir. Bunun aksini iddia etme durumunda olan Bayan Camin ispatla yükümlüdür. Şu durumda görülmektedir ki normal durum kıstası, davanın seyrine göre bir tarafın ya da diğer tarafın lehine işleyebilmektedir. Nitekim bu olayda başlangıçta bir hizmet ilişkisinin varlığını ispat etmek, normal durumun aksini iddia etmek olduğundan davacıya ait idi. Fakat bunun davalı tarafından kabul edilmesiyle ispat külfeti yerine getirilmiş oldu. Çünkü sadece ihtilafli vakıaların ispatı istenebilir. Fakat davalı, hizmetlerin yapıldığını kabul etmekle beraber bunun ücretsiz yapıldığını iddia etmektedir (20). Halbuki bu gibi işler,

(18) Nitekim Türk Yargıtayı, kızı tarafından yapılan inşaata para vermiş olan annenin, bu tediyesinin -hilafı sabit oluncaya kadar- bağışlama olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Y. 3.HD., 12.9.1960 tarihli karar, AD. 1961, s. 342).

(19) Postacioğlu, İlhan E., Borçlar Hukuku ile ilgili Fransız Mahkemesi İçtihatları, MHAD. 1967, yıl 1 (Yeni seri), No. 1, s. 133-134.

(20) Fakat Bayan Camin, Yüksek Mahkemenin esas mahkemesinin delilleri takdir yetkisine müdahale edilememesi yolundaki prensibi aşmak için temyiz sebebi olarak borcun sebebinin isbatının savunmaya yüklediğini ileri sürmüştür.

genel hayat tecrübelerine ve o çevredeki telakkilere göre ücretli görülmektedir. Davalı bunun aksini iddia ettiğinden ispat külfeti ona geçmiştir. Normal durum kıstasının uygulanmasında ikrarın bölünmezliği kuralının yumuşama durumunda olduğunu görmekteyiz. Bu durumun ise adaletin gerçekleşmesinde ispat külfetinin paylaştırılmasının oynayacağı rol bakımından önemi açıktır.

Normal durum kıstasının sözleşmelerin kuruluşunu ispat bakımından da uygulanabilmesi mümkündür. Bu konuda Fransız Yüksek Mahkemesinin aşağıdaki kararını alıyoruz.

2 — Postayla Yapılan Sözleşmelerde İspat Külfeti Hakkında Yüksek Mahkeme Kararı

Mahkeme kararına konu olan olay şöyle cereyan etmiştir: Racing-Club de Vichy, Rennes'de bir kafe-bar işleten Stade Rennais'nin eski futbolcusu Ascensio'ya takımında oyuncu-antrenör olarak görev alması için teklifte bulunur. Ascensio, bu teklifi 11 Mayıs 1970'de alır. 25 Mayıs 1970'de de aynı klüp, Ascensio'ya sonu imzalı bir mukavele ile 5.000 franklık bir çek gönderir. Racing-Club de Vichy cevap vermez. Karı-koca Ascensio, Rennes'e gidecekleri zannıyla işletmelerinin işletilmesi hususunda Bay Lopez ile anlaşma yaparlar. Fakat Racing-Club da Vichy'den cevap gelmediği için Ascensio'lar, bu ikinci sözleşmeyi ifa edemezler. Bu sebeple Bay Lopez onları dava eder. Davada Ascensio'lar racing-Club de Vichy'ye rücu ederler. Burada Racing-Club de Vichy ile Ascensio arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı ihtilaf konusu olur. İhtilafın kaynağı da, Ascensio'nun teklif ettiği değişikliklerin sözleşmenin esasına ilişkin olup olmadığı noktasındadır.

İstinaf Mahkemesi sözleşmenin kurulmadığı kanısındadır. Çünkü Racing-Club de Vichy değişiklikler hakkında muvafakatini bildirmemiştir.

Fransız Yüksek Mahkemesi, istinaf mahkemesinin sözkonusu kararını bozar. Çünkü klubün 25 Mayıs 1970 tarihli mektubunda varlığını tanıdığı bir rıza durumu sözkonusudur. Ascensio'nun bu rızaya müdahale ederek talep ettiği değişikliklerin önem ve niteliğinin sözleşmenin kurulmasını engelleyecek durumda olduğunu ispat Racing-Club de Vichy'ye düşmektedir (15.6.1973 Tarihli Birinci Hukuk Dairesi kararı) (21).

(21) Karar için bkz. Rev. trim. 1974, t. 72, s. 151 (Y. Loussouarn'ın notu ile).

Lousouarn, bu kararlarla ilgili olarak şunları yazmaktadır : Yüksek Mahkemenin, istinaf mahkemesi kararını CC art.1315'e aykırı olması sebebiyle bozması, olaya bakan mahkemeden daha az şekilci olduğunu göstermektedir. Söz konusu karar, kanuni istisnalar dışında sözleşmeler konusunda uyulmaya devam edilmesi gereken bir karardır ve çözümünü rızaların uyuşmasını ispat konusunda manıktır (22).

Bu karardaki çözüme norm teorisi açısından yaklaşmak gerektiğinde görürüz ki «istemi elde dememek tehlikesinden ibaret müeyyideyi bertaraf etmek için taraflardan» Ascensio'ya düşen, «gerekli vakıa» olan sözleşmenin varlığını «iddia ve bunun varlığı hususunda hâkimi ikna» olmaktadır (23). Şu durum karşısında gerekli vakıa olan sözleşmenin kurulmasının ispatı için Ascensio'nun, talep ettiği değişikliğin sözleşmenin kurulmasını engellemeyecek nitelikte (tali) olduğunu —hakkın kurucu unsuru niteliğinde olduğundan— ispat etmesini aramak gerekecektir. İstemi elde dememek tehlikesinden ibaret olan müeyyidenin bertaraf edilmesini sağlamak için bu gereklidir. Fakat bu durumun hak doğurucu mu yoksa hakkın doğumunu engelleyici bir norm mu olduğu belirsizdir. Bu nedenle norm teorisi, bazı durumlarda olayları açıklamada gerekli açıklığı sağlayamamaktadır.

Postacioğlu'nun savunduğu (24) normal durumun aksini iddia edenin ispat külfetinde olması görüşü açısından çözüme şöyle yaklaşabiliriz : Normal durum, borçlandırıcı sözleşmenin mevcut olmamasıdır. Ascensio, sözleşmenin varlığını ispatla bu yoldaki ispat külfetini yerine getirmiştir. Ascensio'nun talep ettiği değişikliğin dış vakialardan önemli olmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmeyle bağlılığını açıkça kabul etmiş olan klubün, yapılan değişikliğe itiraz etmemesi, onun sözleşmeyi değişik şekliyle kabul ettiği yolunda bir fiili karine meydana getirmektedir. Bu karinenin aksine iddia eden ispat külfetinde olmalıdır. O da Racing - Club de Vichy'dir. Böylece Fransız Yüksek Mahkemesi'nin fiili karine esasını usulîlikle kullanarak çözüme vardığını söyleyebilmemiz mümkündür.

Fakat şunu belirlemek gerekir ki burada sözleşmenin yapılan değişiklik teklifleriyle kabul olduğu yolundaki fiili karine, bu hususta Racing-Club de Vichy'nin kendisini bağlayıcı susması ile

(22) Lousouarn'ın sözü geçen notu, n. 11.

(23) Umar, Bilge, İspat yükü kavramı ve bununla ilgili diğer bazı kavramlar, İHFM, C. 28, sayı: 34, s. 792.

(24) Postacioğlu, a.g.e., s. 538.

meydana gelmektedir. Gerçekte susan kişi bir şey yapmış değildir, ona olumlu veya olumsuz irade beyanında bulunduğu isnadı yapılamaz. Ancak olayımızdaki durumda sonuca ulaşmak üzere olan akdi ilişkiler sözkonusudur. Bu bakımdan kurulmakta olan sözleşmeyle bağlı olmak istemeyen tarafın dürüstlük kuralı gereği olarak bunu açıkça bildirmesi zorunluluğu vardır. Bu yapılmadığına göre sözleşme kurulmuştur. Kurulmadığını iddia eden Racing-Club de Vichy iddiasını ispatlamalıdır.

3 — Satılanın Kalitesi Hakkında İtiraz Vaki Olduğunda İspat Külfetinin Kime Düşeceği Hakkında Yüksek Mahkeme Kararı

Fransız Yüksek Mahkemesi, bu sorunun çözümünde de normal durum kıstasını büyük bir beceriyle uygulamıştır.

Olay şudur: Satıcı olan davacı, sözkonusu satım sözleşmesi gereği davalının satım parasını ödemediğinden bahisle satım parasının ödenmesini talep etmektedir. Davalı, domuzlarını beslemek için yem satın aldığı kabul etmekle beraber yemlerin kalitesine itiraz ederek bedeli ödemeyi red eder. Mahkemenin başvurduğu uzmanlar da birbirleriyle çelişik raporlar verirler. Bu durumda davanın konusu olan ihtilaf çözülememiştir. Fakat hâkimin önüne gelen olay hakkında mutlaka karar vermesi gerektiğine göre ispat külfetinin kimde olduğunu tesbit etmek ve onun bu külfeti yerine getirmemesi halinde davayı onun aleyhine sonuçlandırmak gerekir.

Esas mahkemesine göre ispat yükü, davacı (satıcı) dadır. O halde satıcı taahhütlerine uygun bir teslimi gerçekleştirdiğini ispat etmelidir. Bu yapılmadığından davasının reddine karar verir.

Yüksek Mahkeme ise bu kararı bozar (25.10.1961 tarihli Ticaret Dairesi Kararı). Yüksek Mahkemeye göre bu kararla CC art.1315 al.2 ihlal edilmiştir. Gerçekten bu hükme göre bir borçtan kurtulduğunu iddia eden, ödemeyi veya borcu sona erdiren başka bir vakianın varlığını ispat etmelidir. İstinaf mahkemesi bu kuralı unutmamıştır. Hatası, ispat külfeti konusundaki ana kuralı çok sert uygulamasıdır. Zira taahhüde uygun bir teslimin yapıldığının ispatını satıcıya yüklemektedir. Halbuki satıcı ifayı ispat etmekle ispat külfetini yerine getirmiştir. Yapılan ifanın sözleşmeye uygun olmadığını ise alıcı ispat etmek durumundadır (25).

(25) Karar için bkz. Rev. trim. 1962, t. 60, s. 514-515, n. 22 (M. André Tunc'un notu ile).

Gerçekten her ne kadar satıcı normal durumun aksini iddia etmekte ve bu yüzden iddiasının bütün unsurlarını ispat külfetinde ise de bu kuralı çok sert uygulamamak gerekir. Doktrinde bu ana kuralın uygulanmasını yumuşatan bazı prensipler kabul edilmiştir. Mesela bir vakianın yeter derecede gerçekleştiğinin ispatı ile ispat külfeti yerine getirilmiş sayılmalıdır (26). Şu durumda olayda da ilk göze çarpan teslimin yapılmış olmasıdır. Ayrıca bu teslimin sözleşmeye uygun yapıldığının da ispatını aramak kuralın adaletsizliklere yol açabilecek bir uygulaması olurdu. İspat külfetinin yer değiştirdiği kabul edilerek alıcının, ifanın sözleşmeye uygun olmadığını ispat külfetinde olmasının kabulü yolundaki çözüm isabetli olmalıdır.

Diğer taraftan satım sözleşmesi gereği kendisine teslim edilen satım konusu hakkında ayıp itirazında bulunacak olan alıcının bunu nasıl yapması gerektiği özellikle yasa kurallarıyla düzenlenmiştir. Belli süreler içinde satıcıyı ayıptan haberdar etmek gibi. Bunu yapmayan alıcı dava hakkını kaybedecek, ancak kendisine karşı açılacak bir davada bu durumu defii olarak ileri sürebilecektir. Bu bakımdan bu son durumda alıcı, iddia eden mevkiinde olduğundan iddiasının bütün unsurlarını ispat etmelidir. Bunun yanında muayyen süreler içinde ayıp ihbarında bulunmayan alıcı kendisinden bekleneni yapmış değildir. O halde alıcı ifanın ayıplı olduğunu ispat etmelidir. Bu yönden de Fransız Yüksek Mahkemesi'nin çözümünün haklılığı, açıktır.

4 — Bir Borç İlişkisinin Varlığını İspat Külfeti Hakkında Yüksek Mahkeme Kararı

Fransız Yüksek Mahkemesi, bir başka kararında ise, bir tarafın zımni muvafakatinin (kabulünün) bulunduğu hareket ederek ispat külfetinin yer değiştirmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Olay şudur : Davacı, davasında verdiği ödücün geri verilmesini istemektedir. Davalı ise, % 5 faizini ödediğinden bahisle talep edilen meblağı itiraz etmeksizin kabul etmekle beraber sözkonusu paranın kendisine bağışlama olarak verildiğini iddia etmektedir. Mahkeme, davalının bu ikrarına dayanarak ispat külfetinin yer değiştirmesine karar vermiş ve bağışlamanın sözkonusu olduğunun ispatını bunu iddia eden davalıya yüklemiştir. Kararın davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yüksek Mahkeme, şu gerekçeyle

(26) Legeais, a.g.e., s. 169 vd.

temyiz talebini red etmiştir : Faiz oranına ve % 5 faiz ödendiğine itiraz edilmemiştir. Davalının % 5 faiz ödemesinin ise bir bağış-ımanın sonucu olması mümkün değildir. Kabul etmek gerekir ki vakıayı bağımsız olarak değerlendirme yetkisi mahkemenindir (25 Ocak 1965 Tarihli Birinci Hukuk Dairesi kararı) (27).

Chevallier (28), Yüksek Mahkemenin bu çözümünü eleştirmek bakımından şunları yazmaktadır : Bir kere Yüksek Mahkeme ciddi bir itiraza çok az önek vermiştir. Olayda davalı, % 5 faiz ödendiğini açık olarak kabul etmiş olsaydı bu durumda mevsuf ikrar durumu söz konusu olacaktı ve mevsuf ikrar bölünemeyeceğinden davacının, bir ödünç sözleşmesinin hiç olmazsa iade borcunu gerektiren başka bir sebebin varlığını ispat külfetinde olması gerekcekti. Halbuki davacı, ödünç sözleşmesinin dolayısıyla iade borcunun varlığını ispat etmiş değildir. Diğer taraftan davalı, % 5 faiz ödenmesine sadece itiraz etmemiştir. Faiz ödenmesinin inkar edilmiş olmasından bahisle bunun zımnen kabul edildiğinden hareket ederek davalının iade borcunun bulunduğu sonucuna varmak ışın niteliğiyle bağdaşmaz. Çünkü davalı, yapılan ödemenin bağış-ıama olduğunu ileri sürmektedir. Bir yazılı delil başlangıcı olmadıkça faiz ödenmesi, delil olarak kabul edilebilecek bir husus teşkil etmez. Yine Yüksek Mahkeme, hâkimin yapacağı değerlendirmenin konusu hakkında hiç bir açıklamada bulunmaksızın hâkimin hal ve şartları serbestçe değerlendirebileceğini (takdir hakkı) söylemektedir. Ortada bir sözleşmenin varlığı ispatlanmış ve davanın konusu da tarafların bu sözleşmeye verdikleri anlamın yorumlanması olsaydı, o zaman hâkimin serbest takdir hakkından söz etmek gerekirdi. Halbuki davanın konusu borcun varlığı noktasındadır. Böyle bir borcu doğuran sözleşmeyi ispat davacıya düşer. Hâkim, arz edilen delillerin ispat değerini serbestçe takdir ederek karar veremez. İspat vasıtalarının kabul edilebilir olması ışın mahiyetine bağlıdır.

Chevallier'nin eleştirisini bir tarafa bırakarak Fransız Yüksek Mahkemesinin çözümü şöyle tahlil edebiliriz : Davacı, davalıya bir ödeme yapmıştır. Davacıya göre bu ödeme bir ödünç sözleşmesine dayanmaktadır. Davalı ise dava konusu meblağı aldığını kabul etmekle beraber bunu bir bağışlamaya binaen aldığından iade borcu bulunmadığını iddia etmektedir. Mahkemeye göre faiz ödendiğine

(27) Karar için bkz. Rev. trim. 1965, t. 63, s. 640-641, n. 6 (J. Chevallier'nin notu iel).

(28) Chevallier, yukarıda sözü geçen notu.

itiraz edilmediğine göre bu husus zımnen kabul edilmiş olmaktadır. Böylece bir normal durum karinesi meydana gelmekte ve bağışlamanın varlığını iddia eden davalı, normal durumunun aksini ileri sürdüğünden, sözkonusu olanın bağışlama olduğunu ispat külfetindedir.

Mahkemenin çözüm için kullandığı hukuki yol isabetli olmakla beraber Chevallier'nin aktardığımız tenkitlerine katılmak gerektiği kanaatini da muhafaza etmekteyiz. Hâkim, sadece ispat bakımından gerekli olan hallerde normal durum kıstasına başvurmaktadır. Aksi halde hâkim, davada gerekenden çok daha fazla aktif bir rol oynamış olur. Gerçekten CC art.1315 al.1, önce bir borcun varlığının iddia edence ispatını aramaktadır. Davacı tarafından ödücün varlığı ispat edilmeden davalının % 5 faiz ödediğini inkar etmemesinden hareket ederek normal durum karinesi oluşturmak ve bunun aksini iddia eden davalı olduğundan ispatı davalıya yüklemek ispat yükünün paylaşılması konusundaki kurallarla uyum halinde değildir.

Bu karardan şu sonucun çıkarılması mümkündür : Mahkeme davalının ikrarının kapsamında % 5 faizi de kabul etmiştir. Halbuki bağışlamada faiz kararlaştırılamaz. O halde onun ikrarının bir bölümü tabii duruma aykırı düşmektedir. Bu bakımdan ikrar bölünerek iade borcunun olmadığını davalı ispat etmelidir. Açıkça % 5 faiz kabul edilmesi sözkonusu olmadığına göre bu çözüm şartının isabeti şüpheli olacaktır. Diğer taraftan bağışlama ancak birbirine yakınlık duyan kişiler arasında olur. Olayda böyle bir duruma delalet eden bir açıklık yoktur. Bu bakımdan Yüksek Mahkemenin çözümünün isabetsizliği sonucu, o kadar kolay varılabilecek bir sonuç olmasa gerektir. Eğer olayda böyle bir yakınlık yoksa bağışlama sözkonusu olduğunu ileri süren davalının bu ikrarı normal durumunun aksini iddia etmek olmaktadır. İkrarın bölünmesi yasağının, ikrar edenin ikrarının normal duruma aykırı olması halinde ihmal edilmesi gerektiğini daha önce belirlemiştik. Olayımızda da böyle bir durum sözkonusu olabileceğine göre davalının iddia ettiği bağışlamanın varlığını ispat etmesi istenebilecektir. Böylece belirli bir meblağın alındığı ispat edilmiş sayılacak fakat bunun bir bağışlamaya müsteniden alındığını bunu iddia eden davalı ispat edecektir.

SONUÇ

Hukuk davalarında adaletin gerçekleşmesinde önemi çok açık olan ispat külfeti ve ispat külfetinin paylaşılması ile ilgili kural-

ların tesbitini, «bir takım şekli mantık kaidelerine irca etmenin doğru olmayacağı teslim olunmalıdır». «Sosyal bir ilim olan hukukta karşılıklı menfaatler ve hususi durumlar nazara alınmadan tatbik edilecek şekli mantık kurallarının faydalı neticeler vermediğini söylemek» mümkün görünmektedir (29).

Fransız Yüksek Mahkemesinin incelediğimiz içtihatlarında bu durumu çok açık bir şekilde görmekteyiz. Gerçekten Yüksek Mahkeme, sigorta sözleşmesinin ispatı ile ilgili kararında (30), sözleşmenin uygulanmayacağı istisnai durumun dahi gerçekleşmediğinin ispatını bu sözleşmeye dayanarak hak elde etme durumunda olan davacıya yüklerken —ki bu olayda sözleşmenin varlığı kabul edilmiş olmakla beraber otomobil sahibinin bilgisi dışında ve açık yasaklamasına rağmen kullanılıp kullanılmadığı hususu ihtilaf konusu idi—, diğer taraftan görülen hizmetin —ücretsiz olduğunu iieri sürmekle beraber— varlığını kabul eden tarafa ispat külfetini (hizmetin ücretsiz görüldüğünü ispat etmeyi) yükleyerek (31) karar vermekle çelişkiye düşmemiş olmaktadır. Çünkü Yüksek Mahkemenin ispat külfetinin paylaşılmasında ısrarla ve isabetle uyguladığı açık ve normal durumun aksini iddia edenin ispat külfetinde olması prensibinin esas unsuru olan açık ve normal durumun ne olduğunu esas mahkemesi takdir edecektir. Bu yapılırken genel hayat tecrübelerine ve çevredeki telakkilere dayanılması gerekir. Hatta Yüksek Mahkemenin bu gerekçeyle ana kuralı çok katı uygulayan esas mahkemesi kararlarını bozduğunu da görmekteyiz (32).

Yine mahkemeler, ispat külfetinin bir taraf üzerinde olmasında ısrar etmemelidirler. Hâkim, pekâlâ her iki taraftan da iddialarını ispat zımında delil ikame etmesini isteyebilmelidir. Karşılıklı ikame edilen deliller tartışıldıktan sonra taraflardan birinin, iddiasını ispat edememiş olmasına rağmen, hâkim, gerçeğe daha çok yaklaştığı kanaatine varırsa davayı onun lehine sonuçlandırabilmelidir. İspat külfetinin bu taraf üzerinde olmasının bu yolda karar vermeyi engellememesi gerekir. Bu yüzden mahkemenin, is-

(29) Postacıoğlu, a.g.e., s. 546 dn. 30.

(30) Bkz. yukarıda dn. 5.

(31) Bkz. yukarıda dn. 16.

(32) Bkz. yukarıda dn. 21.

pat külfetinin taraflar arasında yer değiştirmesine karar verebilmesi mümkün olmalıdır (33).

K I S A L T M A L A R

AD.	: Adalet Dergisi
al.	: alinéa (fıkra)
art.	: article (madde)
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
CC.	: Code civil (Fransız Medeni Kanunu)
HD.	: Hukuk Dairesi (Chambre civile)
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
n.	: numara
Rev. trim.	: Revue trimestrielle de droit civil
s.	: sayfa
t.	: tome (cilt)
Y.3.HD.	: (Türk) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi

(33) Yeni Fransız Usul Kanununun (1976) ispat yükü ile ilgili genel kural niteliğinde olabilecek řu hükmünü de çalışmamıza ilave etmek istiyoruz.

Nouveau Code de procédure civile, art.9.— Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

Yeni Hukuk Usulü Kanunu, m.9.— Taraflardan her biri, iddiasını haklı kılmak için zorunlu vakıaları kanuna uygun olarak ispat zorundadır.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

I. — Genel kitap, monografi ve makaleler :

- BERKİN, Necmettin** : Medeni usul hukuku esasları, İstanbul 1979.
- BİLGE, Necip -** : Medeni yargılama hukuku dersleri, 3. bası,
- ÖNEN, Ergun** : Ankara 1978.
- KURU, Baki** : Hukuk muhakemeleri usulü, 3.bası, Ankara 1974.
- LEGEAIS, Raymond** : Les règles de preuve en Droit civil «Permanences et transformations», Paris 1955.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.** : Medeni usul hukuku dersleri, 6.bası, İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.** : İspat külfeti, İHFM, c. 39, sayı: 1-4, (Kronik), s.496 vd.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.** : Borçlar hukuku ile ilgili Fransız Mahkeme içtihatları, MHAD. 1967, yıl: 1 (Yeni seri), no. 1, s.133-134.
- UMAR, Bilge** : İspat yükü, İstanbul 1968.
- UMAR, Bilge** : İspat yükü kavramı ve bununla ilgili diğer bazı kavramlar, İHFM, c.28, sayı: 3-4, s. 792 vd.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : Medeni yargılama hukukunun esasları, İstanbul 1973.

II — Yararlanmış Fransız Yüksek Mahkemesi Kararları :

- 1 — Sigorta konusunda ispat külfeti ile ilgili karar, Rev. trim. 1960, t 58, s. 676-677, n. 54 (Tunc'un notu ile).
- 2 — İspat külfetinin yer değiştirmesi ile ilgili karar, Rev. trim. 1971, t. 69, s. 634, n. 13 (Y. Loussouarn'ın notu ile).
- 3 — Sözleşmelerde yapıma tarihini ispatı ile ilgili karar, Rev. trim. 1965, t. 63, s. 114-115, n. 6 (J. Chevallier'nin notu ile).
- 4 — Hizmetin ücretli veya ücretsiz görüldüğünün ispatı ile ilgili karar, Rev. trim. 1964, t. 62, s. 732-733, n. 7 (J. Chevallier'nin notu ile).
- 5 — Postayla yapılmış sözleşmelerin ispatı ile ilgili karar, Rev. trim., 1974, t. 72, s. 151, n. 11 (Y. Loussouarn'nın notu ile).
- 6 — Kötü ifanın ispatı ile ilgili karar, Rev. trim. 1962, t. 60, s. 514, n 22, (M. André Tunc'un notu ile).
- 7 — Borç ilişkisinin varlığının ispatı ile ilgili karar, Rev. trim. 1965, t. 63, s. 640-641, n. 6 (J. Chevallier'nin notu ile).

ANAYASAL DENETİMİN KİMİ SORUNLARI

Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU (*)

Hukuk devleti olmanın en belirgin özelliklerinden biri, Anayasanın üst normu, başka bir deyişle hukuksal çerçeveyi ve sınırları oluşturması, öteki yasaların ona bağlı ve ona uygun olmasını gerekli kılmasıdır. Yasaların Anayasaya uygunluğunu sağlamanın en etkili yolu ise Anayasal yargı denetimi olduğu kuşkusuzdur. Yargı denetiminin, Anayasa Mahkemesi gibi bir üst Mahkeme eliyle yapılması, Anayasal denetimde dağınıklığı, değişik kararların verilmesini önler ve böylece uygulamada birliği sağlar.

1961 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesi'ne verilen Anayasaya uygunluğu yargı yoluyla sağlama yetkisinin 20 yılı aşkın bir süredir kullanılmasında kimi sorunların su yüzüne çıktığı gözlenmiştir. 1982 Anayasasıyla, söz konusu sorunların kimilerine çözüm aranırken, bir kesimine dokunulmamış, bu arada tartışmalara neden olabilecek yeni kurallar getirilmiştir.

Bu yazıda bu sorunlardan ve çözüm yollarından söz etmekte yarar görülmektedir :

1 — YASA BOŞLUĞU SORUNU

Bir yasanın iptaliyle, parlamentonun yeni bir yasa yapması arasında geçecek süre içerisinde hangi yasanın yürürlükte kalacağı yargı yerlerinde ve öğretide ayrı yorumlara neden olmakta, çok halde, iptal edilen yasanın yerine, varsa yürürlükten kaldırıldığı eski yasaların kendiliğinden tekrar yürürlüğe giremeyeceği sonucuna varılmaktadır (1).

(*) **Anayasa Mahkemesi Üyesi.**

(1) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.5.1977 günlü, 14-1960/489 sayılı kararı.

— Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.5.1982 günlü, E.1982/1, K.1982/1 sayılı kararı : Bu kararda, 4753 sayılı Çift-

Geniş kitleleri ilgilendiren bir yasanın iptali durumunda, iptal kararı ile, bu yasanın getirdiği düzenleme ortadan kalkmaktadır. Bu durumlarda, Anayasa Mahkemesi, çoğunlukla, bir yılı geçmemek kaydıyla iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırmaktadır. Süre verilmesiyle güdülen amaç, genel nitelikteki düzenleyici bir yasa hükmünün ortadan kalkmasıyla meydana gelebilecek boşluğu dolduracak yeni bir yasanın bu sürede yapılmasıdır. Ancak bir çok örneğiyle görüldüğü gibi, parlamento bu süre içerisinde yeni bir yasa çıkarmamakta ve bu durumda uygulanacak yasanın ne olacağı tartışma konusu olmaktadır. İptal edilen yasanın yerine verilen süre içerisinde yeni bir yasa çıkarılmaması ve bu yasanın yürürlükten kaldırdığı (varsa) yasaların da kendiliğinden yürürlüğe girmeyeceğinin kabul edilmesi durumunda, bir yasa boşluğu meydana gelmekte, başka bir deyişle iptal edilen yasaya bağlı toplumsal çözüm bekleyen sorunların askıya alınması sonucu doğmaktadır. Her ne kadar yeni Anayasanın 153. maddesinde «... Türkiye Büyük Millet Meclisi iptal kararının orta-

çiyi Topraklandırma Yasasını yürürlükten kaldıran 1757 sayılı yasayı Anayasa Mahkemesi'nin iptal etmesi sonucunda 4753 sayılı Yasanın kendiliğinden tekrar yürürlüğe girmemesi Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına uygun olduğu belirtilmesine karşın, mülkiyet hakkında 4753 sayılı yasayla getirilen kısıtlamanın devam ettiği, başka bir deyişle 4753 sayılı yasa yürürlükte olmasa dahi, bu yasanın 57. ve 58. maddelerinde yer alan yükümlülükler uylmaması durumunda bu yasadan doğan geri alma hakkının kullanılabilceği görüşü savunulmuştur. R.G., 5.7.1982, Sayı: 17745.

— Kanımca, başka bir yasayı ya da yasaları yürürlükten kaldıran bir yasanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi durumunda ilk yasanın kendiliğinden yürürlüğe girmesi, hukuka aykırı düşmeyeceği gibi, Anayasa Mahkemesi kararının geriye yürüdüğü anlamına da gelmez. Çünkü yasalar, belirli zaman kesitleri içinde yürürlüklerini devam ettirirler ve yürürlükten kalktıktan sonra dahi olay zamanındahi hukuksal kural olmaları durumunda ilke olarak uyumsuzlukların çözümünde kullanılırlar. Bu açıdan yürürlükten kalkan kuralın öldüğünden değil, ancak yeni olaylarda uygulanacak metin olarak geçerliğini kaybettiğinden söz edilebilir. Eski yasayı yürürlükten kaldıran yeni yasa, eski yasanın belirli bir zaman kesidinden sonraki olaylarda uygulanmasını engellerse de, eski yasayı ortadan kaldırmaz. Eski yasa çok halde yürürlük zamanına ilişkin uyumsuzlukların çözümünde uygulanmaya devam eder. Eski yasayı yürürlükten kaldıran yasanın Anayasa Mahkemesi'nce iptali durumunda ise, ilk yasanın yürürlüğünün devamını engelliyen hüküm ortadan kalkmış olur ve eski yasa yeniden yürürlüğünü devam ettirir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihten itibaren geçerli olmaları nedeniyle, yönetsel yarıdan farklı olarak, ortadan kaldırıcı değil, yürürlükten kaldırıcı işlem niteliğindedirler.

ya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifi ni öncelikle görüşüp karara bağlar» hükmü varsa da, bu hükme uyulmaması durumunda ne olacağı belli değildir. Bu açıdan 1982 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin bir süre vererek iptal ettiği bir yasa yerine, süresinde yeni bir yasa yapılmaz ise bu sürenin bitiminde, varsa, iptal edilen yasanın yürürlükten kaldırdığı yasanın, ya da yasaların yeniden yürürlüğe gireceği; iptal edilen yasanın yürürlükten kaldırdığı bir yasa yoksa, bu durumda hükümetin, bu konuda bir yetki yasası varmışçasına Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda kanun hükmünde kararname çıkarmaya yetkili olduğu kurallarına yer verilmesi kanımca daha uygun olurdu. Yeni Anayasada ortaya çıkabilecek yasa boşluğunu doldurucu nitelikte bir hüküm bulunmaması karşısında, sorunun çözümlenebilmesi mahkemelerin getireceği yoruma bağlı kalmaktadır.

2 — ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ İLKESİ VE İPTAL KARARLARININ SONUÇLARI

1961 Anayasası'nın 152. maddesi, iptal kararlarının «geriye yürümezliği» ilkesini getirmiş, yine aynı maddede, iptal edilen hükümlerin gerekçeki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, gereken hallerde Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği, bu sürenin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçmeyeceği belirtilmiştir. 1982 Anayasasına da bu kurallar aynen alınmıştır (m. 153).

Öteyandan yeni Anayasanın 152. maddesine göre, mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin, itiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine verdiği kararlara uymak zorundadırlar. (1961 Anayasası m. 151).

Bu hükümlere göre yapılan uygulamada, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuran mahkeme, itirazın haklı görülerek yasanın ya da bir kuralın iptali durumunda iptal edilen hükmü yok kabul ederek kararını vermektedir. Bu durum, uyuşmazlıkların olay tarihindeki kurallara göre çözümlenmesi gerekeceği biçimindeki ilkeye uymadığı, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararının geriye yürüdüğü izlenimini vermektedir. Konuyu biraz daha genişletirsek, itiraz yoluyla başvuru üzerine iptal edilen hükümle ilgili benzer nitelikteki başka uyuşmazlıkların çözümündeki uygulama nasıl olacaktır, sorusunu sorabiliriz. Örneğin, bir mahkemenin elinde benzer nitelikte 50 dava dosyası olsa, iptal hükmüne göre karar verebilmesi için bunların tümünü Anayasa Mahkemesi-

ne götürmesi gerekecek midir, yoksa birini gönderip ötekileri bekleterek, Anayasa Mahkemesinin vereceği karara göre hükme bağlaması yeterli olacak mıdır?..

Konuyu öteki mahkemeler yönünden ele aldığımızda, itiraz yoluyla başvuru üzerine iptal edilen hükmü benzer işlerde uygulama durumunda olan başka mahkemelerin, kararlarını iptal edilen hükme mi yok kabul ederek mi, yoksa olay tarihindeki hükme göre mi vereceklerdir, sorusunu sormak gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından yalnız Anayasaya aykırılık itirazında bulunan davadaki taraf yararlanır. Anayasa Mahkemesi'ne gelinmeyen öteki benzer işlerde iptalden önceki kural uygulanır dersek haksız ve adaletsiz bir durum ortaya çıkacak, iptal edilen kuralı Anayasa Mahkemesi'ne gelinmeyen benzer işlerde yok kabul edersek, bu defa da, iptal hükmünün geriye yürüdüğünden söz edilebilecektir.

Konuyu biraz daha genişleterek, Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırması durumundaki güçlüğü ortaya koymak istiyorum;

Anayasa Mahkemesi'nin, iptal hükmünün bir yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar verdiğini varsayalım. Anayasa Mahkemesi'ne itirazda bulunan mahkeme kararını vermek için bir yıl beklemek zorunda olmadığına göre hangi hükme dayanacaktır. Mahkeme, iptal kararını esas alsın bu hüküm henüz yürürlüğe girmemiştir. Kararını eski duruma göre verse anayasaya aykırılık itirazında bulunan taraf kendi başvurusu üzerine iptal kararı verilmesine karşın, bu hükümden yararlanamamış olacaktır ve daha önemlisi mahkeme, Anayasa Mahkemesinde Anayasaya aykırı olduğu saptanan hükme göre kararını vermek durumunda kalacaktır.

Aynı soru, itiraz yoluna başvurulmamış öteki benzer işler için de sorulabilir.

Yüksek mahkemelerin uygulaması her iki yönde olmuştur. Mahkemeler kimi zaman iptal hükmünü yalnız itirazda bulunan dava dosyasıyla sınırlı tutmuşlar, kimi zaman ise, benzer işlerde de iptal hükmünü esas alarak aynı uygulamaya gitmişlerdir. Süre verilen işlerde genellikle iptal hükmünün yürürlüğe girmediği gerekçesiyle eski hükümlere göre karar verilmektedir (2).

(2) Danıştay 13. Dairesi'nin kıdem tazminatının vergiledirilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda verdiği kararlar: 30.12.1981 günlü, E.1981/1541, K.1981/3865.

Kanımca, durumun iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesiyle de çelişen bir yönü yoktur. Çünkü bir konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi varsa önce Anayasaya aykırılığı saptar ve o hükmü iptal eder. «Anayasaya aykırılığın saptanması» ile «iptal hükmü» ayrı şeylerdir.

Geriye yürümeyen iptal hükmüdür. Anayasaya aykırılığın saptanması ise bir yasanın anayasaya uygunluğu açısından durumun Anayasa Mahkemesi'nce belirlenmesidir. Bu belirleme bir zaman kesitiyle sınırlı tutulamaz. Öte yandan 1982 Anayasası'nın 11. ve 138. maddelerine (1961 Anayasası'nın 8. ve 132. maddelerine) göre hâkimler önce Anayasaya göre ve Anayasaya uygun karar vermelidirler. Bir yasa hükmü Anayasa Mahkemesine iptal edilmiş ise, hâkim, bakmakta olduğu aynı nitelikteki uyuşmazlıkları çözümlerken kararını, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuru dosyalarında olduğu gibi, Anayasanın 11. ve 138. maddelerinin kendisine verdiği yetkiyle bu kuralı yok kabul ederek vermelidir. Ancak yerel mahkeme kararını verdikten sonra Anayasa Mahkemesi iptal kararını vermişse bu durum, kararı temyizden inceleyen yüksek mahkeme için alt derece mahkemesinin kararını kusurlayıcı ve bozmaya götürücü bir neden olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca belirlemesi durumunda anayasaya aykırılığı saptanmış ancak iptal hükmü henüz yürürlüğe girmemiş bir yasanın varlığı söz konusudur. Başka bir deyişle, anayasaya aykırılığı saptanan bu yasa bu süre içerisinde yürürlüktedir. Ancak bu yasanın yürürlüğü mahkemelerden çok yürütme organları içindir. Hâkim iptal edilen ancak verilen süre nedeniyle iptal hükmü henüz yürürlüğe girmeyen yasa, ya da yasa hükmünü Anayasanın 11. ve 138. maddelerine göre yok kabul ederek ortaya çıkan duruma göre karar verebilir.

Yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız görüşün pratikteki yararları; Anayasaya aykırı olduğu saptanan bir kuralın uygulanmasından doğan sakıncaların azaltılması, iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin korunmuş olması, iptal hükmünden yararlanabilmek için benzer işlere ilişkin tüm dava dosyalarının itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine gitmesine gerek kalmaması, işlerin hızlanması, bu yöndeki kararların hakkaniyet ve adalet anlayışına daha uygun düşmesidir.

3 — ANAYASA MAHKEMESİNİN «BİÇİM» DENETİMİ

1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin biçim yönünden yaptığı Anayasal denetim çok halde tartışma konusu olmuş ve yerleşik hale gelmiş yasaların, yapılarındaki ufak bir «biçim» noksanı nedeniyle iptal edilmemeleri gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.

1961 Anayasası'nda ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında 44 sayılı Yasada hangi biçim eksikliklerinin Anayasaya aykırılığı oluşturacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. 1961 Anayasası'nın 147. maddesinde Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerinin «Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğu»nu denetler denilmesine ve bu yasalar için ancak Anayasadaki biçim koşullarına uyulmamasının iptal nedeni olabileceğinin belirlenmesine karşın, yasalarla ilgili yapılacak denetimde bir sınırlama getirilmeden Mahkeme, yasaların ve Meclisler İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli kılınmıştı. Mahkemeyi iptal kararına götüren biçim eksikliklerinin ne olduğunun, daha çok Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda Mahkemenin fazla başarılı olduğunu açık ve belirleyici ilkeler ve ölçütler koyduğunu söylemekte kanımca güçlük vardır ve biçim yönünden iptal edilen yasalarla ilgili eleştirilerde haklılık payının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Yirmi yıllık uygulama, Anayasa Mahkemesinin biçim yoluyla yapacağı denetime bir sınırlama getirilmesinin yerinde olacağı görüşünü güçlendirdi ve bu konuda üç görüş ileri sürüldü :

- a) Biçim denetiminin «ön denetimle» yapılması ve bir yasa yürürlüğe girdikten sonra bir daha o yasa hakkında «biçim» noksanlıkları ileri sürülerek iptal isteminde bulunulamaması. Bu görüşe göre bir yasa Meclislerden çıktıktan sonraki, ancak Cumhurbaşkanınca yayımından önceki süre içinde Anayasa Mahkemesine başvurularak biçim yönünden denetletirebilmelidir. Bu süre içinde bir itirazda bulunulmayan, ya da bulunulduğu halde Anayasa Mahkemesince eksikliği görülmeyen yasalara karşı bir daha biçim yönünden bir itiraz yapılamamalıdır.

Bu görüş pratik bulunsa da aşağıdaki sakıncaları beraberinde getirir :

(1) Çok önemli biçim eksikliklerini içeren bir yasanın dahi, politik görüşlerle ve çıkarlarla, yayımından önce Anayasa Mahkeme-

sıne götürülmemesi durumunda biçim yönünden iptali istenemeyecektir.

(2) Ön denetim süresi kısadır. Bu süre içinde eksiklik görülmemiş, başvuru yapılamamış olabilir.

(3) Bir yasanın yayımından önce biçim yönünden, yayımından sonra da esas yönden olmak üzere iki kez Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi olasılığı ortaya çıkabilecek, böylece Mahkemenin işi artacaktır.

• b) Biçim denetiminin yalnız «iptal» davalarıyla sınırlandırılması,

Bu uygulama yoruma yer vermeyen iyi bir çözüm sayılabilirse de, bu durumda Anayasada değişiklik yapan yasaların yalnız biçim açısından incelenebilmeleri nedeniyle itiraz yoluyla anayasal denetim yolları kapanacaktır. Ayrıca, milletvekilleri ya da partiler, genellikle, kendi çıkarlarına ilişkin yasalara karşı iptal davası açmayacaklarına göre, itiraz yoluyla biçim denetimi de kalkınca, bu tür yasalarda ağır biçim kusurlarının dahi incelememesi durumu ortaya çıkabilir.

• c) Yasa yapımcısının iradesini saptıran biçim eksikliklerini iptal nedeni saymak.

Bize de en fazla uygun gelen bu görüşe göre, Anayasada kuralla bağlanan ve Anayasayla Meclislerin içtüzüğüne bırakılan biçim eksikliklerini yasa yapımcısının iradesini saptıran iptal nedenleri olarak kabul etmek ve biçim denetimini bu kapsamla sınırlamak gerekir.

Bu görüşün bir değişik şekli, 1982 Anayasası'nda olduğu gibi biçim denetimini konuyla sınırlandırarak, bir yasanın yapımındaki biçim eksikliklerinden hangilerinin yasanın iptaline neden olabilecek nitelikte olduğunun Anayasada açıkça belirlenmesidir. Bu çözüm biçimi iptal yetkisinin yorumla genişletilmesine olanak vermeyeceği gibi, biçim açısından ufak eksiklikler nedeniyle bir yasanın iptalini de önler. Ancak bu yöntem, konunun kapsamının çok dar tutulması durumunda biçim denetiminin aşırı sınırlandırılması sakıncasını da beraberinde getirebilir.

1982 Anayasası'nın Danışma Meclisi'nce kabul edilen tasarısında, biçim açısından denetimi «yasaların yayımlanma süresi» içinde yapılacak başvuruyla, başka bir deyişle öndenetimle sınırlamışken, tasarının Millî Güvenlik Konseyi'nce görüşülmesi sırasında

bu hüküm «kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz» şekline dönüşmüştür. Anayasanın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, biçim yönünden yapacağı incelemede, yasalarda «son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı», Anayasa değişikliklerinde ise, «teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına» uyulup uyulmadığına bakacaktır (m. 148).

Sonuç olarak, 1982 Anayasası, biçim denetimi iptal davası, on günlük başvurma süresi ve konu ile sınırlandırmıştır.

1982 Anayasası iptal davalarında biçim açısından 10 günlük, esas yönden başvurularda ise 60 günlük ayrı süreler tanınması, aynı yasaya karşı on günlük süre içinde biçim, 60 günlük süre içinde ise esas yönden olmak üzere iki dava açılmasına neden olabilecektir. Çünkü biçim açısından açılacak davalarda tanınan 10 günlük süre çok halde davanın esas yönden açılması için gereken inceleme ve hazırlık aşamasına yeterli olmayacaktır.

4 — ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİĞİ

Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı anayasaya uygunluk denetiminin yerindeliği ve etkinliği büyük oranda kendisini oluşturan üyelerin niteliğine bağlıdır. Yasaların Anayasaya uygunluk denetimini yaparken Anayasayı yorumlamak, devletin hukuksal yapısına anayasal çerçeve içinde yön vermek ve niteliğini belirlemek ve böylece anayasanın koruyuculuğunu yapmak durumunda bulunan Anayasa Mahkemesinin gerçekten seçkin hukukçulardan oluşması gerekir. Bu durumun sağlanabilmesi Anayasa Mahkemesi üyeliğinin çekişliliği kadar çalışma ve görev yapabilme yöntemlerine de bağlıdır.

1961 Anayasası'nın 145. maddesine göre Anayasa Mahkemesi 15 asıl ve 5 yedek üyeden kurulu iken, 1982 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi 11 asıl 4 yedek üye ile kurulmaktadır (m. 146). Anayasaya göre Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi Üyelerini, Yargıtay'ın iki asıl ve iki yedek üyelik için, Danıştay'ın iki asıl bir yedek üyelik için, Askeri Yargıtay'ın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin ve Sayıştay'ın birer asıl üyelik için genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday; bir asıl üyeyi Yükseköğretim Kurumu'nun kendi üyesi olmayan öğretim üyelerinden göstereceği üç aday; üç asıl ve bir yedek üyeyi ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer.

Anayasa Mahkemesi'ne Yüksek Mahkemeler ve Sayıştay'dan, asıl veya yedek üye seçilebilmek için Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ya da Sayıştay'da başkanlık, üyelik, yapmış olmak; öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından seçilebilmek için ise, kırk yaşını doldurmuş, yüksek öğrenim görmüş ve öğrenim kurumlarında en az onbeş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az onbeş yıl fiilen çalışmış veya onbeş yıl avukatlık yapmış olmak gerekir. Seçilebilme koşulları açısından asıl üyelerle yedek üyeer arasında bir ayırım yoktur. Her ikisinde de aynı görev için aynı nitelikler aranmaktadır.

1961 Anayasası'nda bulunan asıl - yedek üye ayırımı, 1982 Anayasası'nın Anayasa Komisyonu ve Danışma Meclisi tasarılarında yer almamış iken, tasarının Milli Güvenlik Kurulu'nda görüşülmesi sırasında yeni Anayasaya da girmiştir.

1961 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi üyeleri açısından getirdiği asıl - yedek üye ayırımının yirmi senelik uygulama sonucunda olumlu sonuç vermediği söylenebilir. Çünkü, yedek üyeler bu süreçte, uzman oldukları konularda dahil, hangi toplantıya girip, hangisine girmeyeceklerini çoğunlukla son ana kadar bilememişler, kendi Başkan ve Başkanvekili seçimlerine; Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı seçilebildikleri halde bu mahkemenin Başkanlık seçimlerine katılamamışlardır. Böylece aynı kurulda aynı görevi yürüten üyeler arasında ayrımlı bir durum meydana gelmiştir.

Yedek - asıl üye ayırımıyla güdülen amaç, kararların sık sık değişmemesi, başka bir deyişle kararlarda istikrar sağlanmasıdır. Ancak 20 yıllık uygulamada sık sık yapılan seçimler sonucunda yıllarca toplanlara ve kararlara katılan yedek üyelerin yerlerini, Anayasa Mahkemesinde hiç çalışmamış olmalarına karşın asıl olmaları nedeniyle hemen kurula katılan üyeler almıştır. Böylece kurul üyeleri sürekli değiştiği gibi aranan istikrar da sağlanamamıştır.

Öteyandan 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek tekrar başvuruda bulunulamıyacağı kuralını getirmekle (m. 152), aynı konuda değişik karar verilmesini biraz da gereğinden uzun bir süre için önlemiş, böylece istikrar, on yıllık bir süre için bir Anayasa kuralıyla korunmuştur. Bu durumda Mahkemenin sürekli aynı üyelerle toplanmaması, kararların istikrarlı olması ilkesinin zedelenmesine neden olamaz.

Ayrıca yedek üyelik, ayrılmı uygulama sonucunda daha az çekici duruma gelirse, ya bu üyeliklere istekli bulmakta güçlük çəkilecek, ya da kurul bir kısmı daha az nitelikli üyelerle görev yapabilecektir.

Kaldı ki, Avusturya dışında Avrupa Anayasa Mahkemelerinde yedek üyelik bulunmamaktadır. Fransız Anayasa Konseyinde, konseyin kaydı hayat şartıyla üyesi olan eski Cumhurbaşkanı hariç 9 üye (Anayasa m.56), Alman Anayasa Mahkemesi'nde 16 üye (mad.94), Avusturya Anayasa Mahkemesinde 14 üye ve 6 tamamlayıcı üye (mad.147), İtalyan Anayasa Mahkemesinde 15 üye (m.135), İspanyol Anayasa Mahkemesi'nde 12 üye (m.159), bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ndeki yedek üyelik durumu, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndaki yedek üyeliklere benzetilemez. Çünkü bu kurullardaki yedek üyelerin Yargıtay ya da Danıştay'daki asıl görevleri devam etmektedir. Anayasa Mahkemesine yedek olarak seçilen üyelerin ise eski kurumlarıyla ilişkileri kesilmektedir. Anayasa Mahkemesindeki durum Yargıtay, Danıştay gibi Yüksek Mahkemelerdeki uygulamaya benzetilebilir. Bu Yüksek Mahkemelerin dairelerinde çoğunlukla dörtten fazla üye bulunmasına karşın, asıl-yedek gibi bir ayırım bulunmadığından kurula bir iş sırasına göre katılmaktadır.

Sürekli yedekliği önlemeye dönük bir çözüm olarak, yedek üyelerin kendi geldikleri kurumlara ait kontenjanlarda boşalma olması durumunda asıl üyeliğe seçmeleri akla gelebilirse de, kanımca bu düşünce yerinde değildir ve kimi sakıncaları beraberinde getirir. Çünkü bu görüş Anayasa Mahkemesi üyeliğini temsil sisteme dayandırır ve mahkemenin temsil esasına göre toplanmasını gerekli kılar. Bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesi üyeleri çeşitli kurumlardan belirli kontenjanlara göre seçildiğine göre, mahkeme olarak toplanıldığında da kurulun aynı yapıya sahip olması, kararın verilmesinde bu kurumların Anayasa'da ön görülen oranla temsil edilmeleri gerekir. Böylece Anayasa Mahkemesi üyelerinin Mahkemenin üyeliği sıfatları seçtikleri kuruluşların temsilcisi olmak niteliğiyle özdeşleşmektedir.

Kanımızca «temsil» görüşü, Anayasa Mahkemesi üyelerine Anayasaca verilen işleve uygun düşmemektedir. Çünkü temsil görevi, öncelikle temsil ettiği kurumun çıkarlarını kollamayı, ya da görüşlerini savunmayı gerekli kılar. Halbuki Anayasa Mahkemesi üye-

si, kendi vicdanı ve hukuk bilgisine göre özgür iradesini kullanarak karar vermek durumdadır. Temsilcilik anlayışı, Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmaz.

Kaldı ki, bu sistemin yürüyeceği de çok kuşkuludur. Çünkü 1982 Anayasası'na göre Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay kontenjanından yedek üye seçilmemektedir. Bu görüş esas alındığında, yedekleri olmayan kontenjanlıklardaki üyeliklerin boşalması durumunda yeni üye seçilinceye kadar, ya da bu üyelerin özürlü oldukları günlerde, Mahkeme toplanamayacaktır. Aynı şey öteki kurumlardan gelenler için dahi söz konusu olabilir. Çünkü öteki kurumların Yargıtay hariç, birer yedek üye kontenjanları vardır. Birden fazla asıl üyenin görevden ayrılması durumunda da aynı sonuç ortaya çıkacaktır.

Öteyandan, her ne kadar 1982 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi asıl ve yedek üyeden kurulmakta (m. 146) ise de, kanımca 1982 Anayasası'ndaki yedek üyeliklerin durumu 1961 Anayasasında oldukça farklıdır.

1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin bazı görevleri - Danıştay üyesi seçimi gibi - asıl ve yedek üyelerinin üye tamsayısının çoğunluğuyla yapacağı belirlenmesine karşın, 1982 Anayasası'nda, Başkan ve Başkanvekili seçimi ile üyeliğin sona ermesiyle ilgili maddelerde asıl ve yedek üye tamsayısı yerine «üye tamsayısı» denmektedir (m. 146,147). Buradaki üye tamsayısı sözü asıl ve yedek üyelerin toplamı olan 15 sayısı olmak gerekir. Nitekim 1982 Anayasası'nda, Mahkemenin çalışma ve yargılama usulü belirlenirken «Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir» (m. 149) denilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa, Mahkemenin bir başkan ve on üyeyle toplanmasını istediği yerlerde «salt çoğunluktan», Mahkemenin asıl ve yedek üyelerle toplanmasını öngördüğü yerlerde de «üye tamsayısının salt çoğundan» söz etmiştir.

Nitekim, 1961 Anayasası'nın uygulamasında da «üye tamsayısının salt çoğunluğu» deyimi, asıl ve yedek üyeler tamsayısı anlamına gelmiş ve 146. maddede geçen üye tamsayısının salt çoğunluğu sözcüğü, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu hakkındaki 44 sayılı Yasanın 15. maddesinde asıl ve yedek üyeler tamsayısının salt çoğunluğu biçiminde açıklanarak yer almıştır.

1982 Anayasası'nın 146. maddesinde, Anayasa Mahkemesi, Başkanını asıl üyeleri arasından, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçeceği öngörüldüğüne göre, yeni Anayasa uyarınca yapılacak Baş-

kan ve Başkanvekilliği seçimlerinde şimdiye kadarki uygulamadan ayrı olarak yedek üyelerin de oy vermeleri gerekir. Uyuşmazlık Mahkemesiyle ilgili 158. maddede de «Bu Mahkemenin Başkanlığını Anayasa Mahkemesince, kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar.» denmesi ve «Anayasa Mahkemesi 11 asil ve 4 yedek üyeden kurulur» hükmü (m.146) karşısında, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanının da asil ve yedek üyelerden oluşan kurulca yani üye tamsayısıyla seçilmesi gerekir.

5 — «RET» KARARLARININ KESİNLİĞİ

1961 Anayasası'nın 152. maddesindeki «Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir», hükmü 1982 Anayasası'nın 153. maddesine aynen alınmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği bu kararlara karşı başvurulacak başka bir organın bulunmaması, bu kararların Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, yönetsel kuruluşları, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması anlamındadır. Bir kararın kesin olması ile, kesin hükmü (kaziyye-i muhkeme, res iudicate) birbirine karıştırmamak gerekir. Bir kararın kesinliği, bu kararın ayrı bir onay veya işleme gerek kalmadan hukuksal yaşamda yerini alması, uygulanabilir bir nitelik ve geçerlik kazanması demektir. Kesin hüküm ise, bir davanın kesin sonuca ulaşmış, mahkemelerce son sözün söylenmiş olması, bu karar hakkındaki hiç bir yargı yerine başvurulamaması ve yeniden dava konusu edilememesi anlamına gelir. Kesin hüküm ancak kesin çözüme bağlanan dava, o davanın konusu ve tarafları için söz konusudur. Aynı konunun başka kişilerce dava edilmesi durumunda mahkemenin eski kararı emsal oluşturur, ancak yeni davanın incelenmesini engellemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarını da aynı o görüşle ele almak gerekir. İptal kararı dava konusu edilen yasayı ya da bir hükmünü yürürlükten kaldırdığına göre, aynı yasa ya da hükme karşı yeniden dava açılmaz. Çünkü davanın konusu kalmamıştır. İşin esasına girilerek verilen ret kararından sonra ise, ilke olarak, aynı hükme karşı Anayasa Mahkemesine yeniden başvurulabilir. Ancak, 1982 Anayasası'na göre, ret kararının Resmî Gazete'lerde yayımlanmasından sonra, on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı ileri sürülecek yeniden başvuruda bulunulamaz (m. 152).

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olması aynı konunun on yıl sonra açılacak başka bir dava nedeniyle yeniden incelenme-

sini engellemez ve Anayasa Mahkemesi'nde, iptal davalarında, aynı konuda ve aynı tarafça dava açılması dışında kesin hükümden söz edilemez. Çünkü inceleme değişen tarafların başvurusu üzerine yapılmaktadır. Kaldı ki, itiraz yoluyla başvurularda Anayasa Mahkemesine açılmış gerçek anlamda **bir davanın varlığından söz edilemez.**

1961 Anayasası'nda zaman açısından sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, Anayasa Mahkemesince açılan davanın reddedilmesini takiben kısa bir süre sonra aynı yasaya karşı yeniden Anayasaya aykırılık itirazı yapılabilmekte idi. Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya uygun bularak verdiği «Ret» kararından kısa bir süre **sonra, yeni bir başvuru üzerine, aynı konuda iptal kararı vermesinin** hoşa gitmemesi, mahkemenin Anayasaya uygunluk anlayışında kuşkular doğurması doğaldır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya uygun bulunarak iptali istemi reddedilen bir yasa ya da kurala karşı iki ya da üç sene geçmeden yeniden Anayasa Mahkemesine başvurulamaması yerinde olur.

Ancak, bu sürenin uzun tutulması, ya da yasa hakkındaki «Anayasa'ya uygunluk» yargısının hiç değişmeyecek biçimde ortaya konduğu görüşü, toplumun dinamizmine, gelişimine ve değer yargılarındaki değişime uygun düşmeyecektir. Yasalar kişiyle kişi ve kişiyle devlet arasındaki ilişkileri düzenler. İnsanları belirli yargılara götüren değer yargıları ise, insan ilişkilerinin dinamik ve değişken niteliğine koşut olarak değişirler. Bu değişim ve gelişim sürecinin yargı kararlarıyla dondurulmaya çalışılması yaşamın gerçeklerine uymayacağı gibi sosyal patlamalara neden olabilir.

Anayasa Mahkemesinin işin esasını inceleyerek verdiği «ret» kararından sonra aynı konunun yeniden incelenebilmesi için belirli bir süre geçmesi uygun olmakla beraber, kanımca, bu sürenin uzun olması «on yıl» yerinde olmamıştır.

6 — ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE ULUSAL İRADE

Politik tartışmalarda, yasamanın yada ulusal iradenin üstünde Anayasa Mahkemesi olamaz sözlerini zaman zaman duymaktayız. Anayasa, Devletin temel çatısını kurarken ulusal iradenin oluşum biçimini de saptar ve kendisi de en üst norm olarak kaynağını ulusal iradeden alır. Anayasa'ya göre, Anayasa'ya uygunluğu yargı kararıyla sağlamakla görevli Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkisini kullanmasının ulusal iradeyle çelişen bir yanı yoktur. Ana-

yasa Mahkemesi Anayasal denetim görevini yaparken ulusal irade- nin ne üstünde ve ne de altındadır. Ulusal irade, başka bir deyişle ulusal yaptırım gücü, Türk Ulusu adına Anayasa'nın koyduğu ilke- lere göre yetkili organlar eliyle kullanılır. Bir yetki, anayasaya uy- gun bir biçimde kullanıldığı sürece ulusal iradeye de uygundur. Yasa yapmak parlamentonun, Anayasa'ya uygunluk denetimini sağlamak ise Anayasa Mahkemesinin yetkisidir. Aynı yetkiler kul- lanılan bu iki kurum arasında aslık üstlük ilişkisinden söz edilemez.

7 — YENİ BİR UYGULAMAYA YOL AÇACAK HÜKÜM TESİSİ

1982 Anayasa'sı, 153. maddesinin 2. fıkrasıyla 1961 Anayasa- sında bulunmayan «Anayasa Mahkemesi bir karar veya kanun hük- münde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak bi- çimde hüküm tesis edemez.» kuralını getirmiştir. Görüldüğü ka- dıyla, bu kuralla, yasaların ya da kanun hükmündeki kararna- melerin Anayasaya uygunluk denetiminin sınırı belirlenmek isten- miştir.

İlerki günlerde çok yönlü tartışmalara neden olabilecek bu fıkrayla ilgili görüşlerimizi daha sonraya veya uygulamaya bırak- makla beraber şimdilik konuya bir miktar açıklık getirmeye ça- lışarak, ilerde yapılacak yorumlara yardımcı olmayı dilemekteyiz.

Bu kural düşünsel kaynağını, 1961 Anayasası'nın 20.9.1971 gün ve 1488 sayılı Yasayla değişik 114. maddesinde «Yargı yetkisi, yü- rütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun ola- rak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.» biçimiyle yer alan ve 1982 Anayasası'nın 125. maddesine daha da genişletilerek «Yar- gı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygulanmasının dene- timi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçim- de yargı kararı verilemez.» biçimiyle yer verilen kuraldan almak- tadır.

Kanımcı bu metinlerle güdülen amaç, Anayasa Mahkemesi- nin, yasama denetimi nedeniyle Anayasanın 7. maddesine göre devredilemeyen ve Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Mec- lisi'ne ait olan yasama yetkisi alanına; idari yargı mahkemelerinin ise, yönetsel işlemlerin yasalara uygunluk denetimi adıyla idareyi de içeren yürütme yetkisi alanına kısmen de olsa girmelerini ön- lemektir.

Burada, konununun idari yargı ile ilgili kısmı bir yana bırakılarak daha çok anayasal denetimle ilgili kesimi üzerinde durmak istiyoruz.

Yasama işlemleri, genel düzenleyici hukuk kuralları olup, getirdikleri düzenlemelerle objektif ve genel hukuksal durumlar yaratırlar. İçerdikleri ilkelerin ayrıklı (istisnai) durumları genellikle kendi içlerindedir. Yasanın hak doğurucu kurallarından yararlananlar ya da yararlanmıyanlar, yasanın getirdiği hükümlerle kimi haklarını kaybetme durumuna girenler, tümüyle yasadan olumlu yada olumsuz yönde etkilenen kişilerdir. Bir yasa ya da yasa hükmü, bazı kişilere kimi haklar verirken, aynı durumdaki diğerleri için bu hakkı vermiyorsa haktan yararlanamıyanları kapsam dışı bırakan olumsuz bir yasama işlemi sözkonusudur. Başka bir deyişle, bir yasa ya da yasa hükmü genel kural veya uygulama hükmünü getirirken başka bir hüküm ile ayrıklı durumları belirlemiş olabilir. Yasamanın yargı yoluyla denetimi yasama işleminin olumlu, yada olumsuz etkiler doğuran, genel kural koyan yada ayrıklı durumlar getiren kesimleriyle tümüyle incelenebilmesidir. Aksi halde etkin bir anayasal denetimin varlığından söz edilemez. Ayrıklı hükmün anayasaya aykırı bulunması ve iptali durumunda, yasanın koyduğu ilke kuralın genel uygulayıcı hüküm olması, Anayasa Mahkemesi'nin, «Kanun koyucu gibi hareket etmesi, demek değildir. Çünkü kanun koyucu yasa yapar, Anayasa Mahkemesi ise, Anayasaya aykırı bulursa yasanın tümünü, yada aykırı bulduğu hükümlerini iptal eder. Biri kural koymak, diğeri Anayasaya aykırı bulduğu hükmü iptal etmek şeklindeki iki ayrı yetkinin bir birinin yerine geçmesi sözkonusu olamaz.

Anayasa Mahkemesi, bir yasayı ya da bir hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal etmesi durumunda doğal olarak yeni bir uygulamaya neden olacaktır. Çünkü anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen bir yasa ya da bir hüküm, iptal ile ortadan kalkınca, uygulama, yürürlükteki kurallara, ya da yeni çıkarılacak anayasaya uygun bir yasaya göre yapılacaktır. Anayasa Mahkemesince verilecek her iptal hükmü yeni bir uygulamaya yol açar. Ancak, Anayasanın 153. maddesinde sözü edilen ve getirilen yasaklayıcı hüküm, Mahkemenin kanun koyucu gibi «kural koyarak», yeni bir uygulamaya yol açmamasını önlemek içindir. Anayasa Mahkemesi, 20 yılı aşkın uygulamasında sanırım kanun koyucunun yerine geçip kural koyarak yeni bir uygulamaya yol açmamıştır. Bir kuralı iptal etmekle, kural koymak ayrı şeylerdir ve ancak ayrı yetkilerle yapılabilir.

Öteyandan Anayasa Mahkemesi'nin ayrıklı bir kuralı inceleyerek hüküm tesis etmesi, yasama işlevi alanına, ya da takdirine girmek sayılmaz. Yasama organı, takdir hakkını, Anayasanın belli kurallarına aykırı kullanmış, yaptığı yasa tümüyle, ya da kimi hükümleriyle anayasaya aykırı bulunmuş olabilir. Örneğin yasa, getirdiği kimi haklardan (A) ve (B) yi yararlandırırken, sırf sevmediği yada kendisinden kabul etmediği için aynı durumdaki (C) yi bu haktan yararlandırmamışsa, yasanın bu yöne ilişkin kesimi Anayasa Mahkemesince Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bir hüküm olarak görülüp, iptal edilebilir. Çünkü yasama organı (C) yi kapsam dışı bırakarak olumsuz bir işlem kurmuş, Anayasa Mahkemesi için bu yönünü inceleyip, (C) yi genel kuruldan ayrı tutan hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmekle yetinmiştir. Anayasa Mahkemesi, hiç bir zaman, bu yasadan (C) de yararlanmalıdır diye bir kural koyamaz. Ancak (C) ayrık kuralın iptali sonunda yasayla getirilen genel kuraldan yararlanırsa, bu durum, Anayasaya Mahkemesinin yasama yerine geçip hüküm tesis etmesi anlamında değil, (C) hakkındaki Anayasaya aykırı işlemin iptali ve genel kuralın (C) ye de uygulanmasıdır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi (C) için kural koymamakta, sadece Anayasaya aykırı bulduğu hükmü ortadan kaldırmakla yetinmektedir. Bu da tamamen anayasal denetim sınırları içindeki bir uygulama sayılır.

Anayasada sözünü ettiğiniz bu hükmün Anayasa Mahkemesi'nin ayrıklı yasa hükümlerini denetlemeyeceği biçimde bir yorum; kanımca, Anayasanın 148. maddesiyle kendisine verilen göreve aykırı düşeceği gibi.

1 — Hakkında Anayasa Mahkemesi'ne dava açılan yada itiraz yoluyla getirilen yasadaki ayrıklı hükümlerin Anayasaya aykırılığının saptanması durumunda dahi iptal edilememesi ve böylece anayasal denetimin büyük oranda sınırlandırılması, yasa yapımında anayasal denetimden bilerek kaçınılacak bir uygulamaya yol açılabilmesi;

2 — Anayasaya aykırılık savı, yasanın bir maddesine yada bir hükmüne ilişkin de olsa, iptal isteminin yasanın tümüne yöneltilmesi;

gibi durumlara neden olabilir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, ister genel kural koyucu, ister genel kurulla birlikte ayrıklı hükümler içerici, ya da başlıbaşına ayrık hüküm getiren bir yasa ya da hükmü, Anayasaya

aykırı bulması durumunda iptal edebilmesi, kendisine Anayasanın 148. maddesiyle verilen Anayasal denetim görevinin bir gereğidir. Mahkemenin görevi Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmak ve tüm hukuk sisteminin anayasal sınırlar içinde kalmasını sağlamaktır.

YENİ DOĞMUŞ ÇOCUĞUN ÖLDÜRÜLMESİ

Prof. Dr. Faruk EREM (*)

PLÂN : 1 — Hükümün niteliği. 2 — Çocuk terki. 3 — Suçun failleri. 4 — Yeni doğmuş çocuk kavramı. 5 — Şeref kurtarma saiki. a — Kasıtlı suçlar. b — Kavramın kapsamı.

TCK.nun 453. maddesine göre : «Kasten katil cürmü failin veya karısının yahut anasının veya kızının ve torununun yahut kız evlâtlığının veya kız kardeşinin haysiyet ve namusunu kurtarmak için yeni doğmuş çocuk aleyhine işlenmiş ise» fail cezalandırılır. Böyle bir hal için kanunun tayin ettiği ceza adam öldürme cürmünün cezasından çok az bir cezadır.

1 — HÜKMÜN NİTELİĞİ

Mehaz kanun «yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi» ni Adam öldürmenin cezasını indiren sebep sayıyordu, yeni İtalyan Kanunu bu hali müstakil suç saymıştır (1). Kanunumuzun 453. maddesinde bahis mevzuu olan hâl «Cezayı azaltıcı kanunî sebep» dir. Suç vasfı değişmiş sayılamaz, 453. madde «Kasten katil cürmü...» diye başlamakla bunu teyit etmektedir (2).

2 — ÇOCUK TERKİ

Yeni doğmuş bir çocuğun terkedilmesi halinde bir ayrımda bulunmak doğru olur. Çocuk, ölmesi için terkedilmiş ise (kimsenin yardım edemeyeceği bir yere bırakılmış olması gibi) fail hakkında —diğer şartları mevcut ise— 453. madde, çocuğun ölmesini sağlamaktan gayri bir maksatla terkedilmiş olması halinde ise (çocuğun bir yetimhane kapısının önüne bırakılmış olması gibi) 475. madde tatbik olunmalıdır. Eğer failde öldürmek veya terk etmek kastı bulunmamakla beraber tedbirsizlik mevcut ise hakkında 455. madde tatbik olunmalıdır. Fransız Yargıtayı yeni doğmuş bir ço-

(*) Avukat.

(1) Fiore (c.), Infanticido (Enciclopedia del diritto, XXI, 1971), s. 395.

(2) Manzini, VII, n.2385; Aksine İtalyan Yg. Kararı, 29.10.1904 (Bruno, m. 369).

çuğu öldürmek isnadı ile mahkemeye verilmiş olan bir kadın hakkında, öldürmek kastının sabit olmaması ve fakat gereken ihtimamın ihmal edilmesi yüzünden çocuğun ölmüş bulunmasının anlaşılması neticesinde taksirli adam öldürme hükmünün tatbikine karar vermiştir (3).

Yeni doğmuş çocuk bakımından «haysiyet ve namusunu kurtarmak» (TCK. 453), çocuk terki suçunda «namus kurtarmak» (TCK. 475), çocuk düşürmede «şeref ve namus kurtarmak» (TCK. 471), aynı anlamda kavramlar olduğu halde kanunumuz —lüzumsuz yere— farklı deyimler kullanmıştır.

3 — SUÇUN FAİLLERİ

453. maddede tasrih edilmiş olan kimselerden gayrisi tahfif sebebinden faydalanamaz. Yeni doğmuş çocuğunu öldüren ana, karısının gayrı meşru çocuğunu öldüren veya karısının fiiline iştirak eden koca, anasının veya kendi kızının veya kız torununun veya kız evlâtlığının gayrı meşru çocuğunu öldüren kardeşin cezası azaltılır. Kanun tahfif sebebinden faydalanacakları tahdidi olarak saymıştır. Bu itibarla meselâ nişanlısının gayrı meşru çocuğunu öldüren erkek veya herhangi bir şahıs meselâ kadının sevgilisi, bunu kadının şerefini kurtarmak için yapmış olsa bile tahfifden faydalanamaz (4). «Başkası ile evli olan ve yasa dışı cinsel ilişkisinden doğan çocuğun annesinin yasal kocası olmayan sanık TCK.nun 453. maddesinde sayılan kişiler arasında düşünülemez. Bu nedenle çocuğu öldürmesi eylemi TCK.nun 448. maddesinin kapsamı içinde kalır» (5). Yeni İtalyan Ceza Kanunu me'hazdan ayrılmış, bu hükümden faydalanacakları saymamış, sadece «yakın akraba» deyimini kullanmıştır (6). Kanunun bu maddesinde sayılan akrabalık bağına sahip bulunmayan suç ortakları cezayı azaltıcı sebepten faydalanamaz.

Madde hükmünden faydalananların fiiline aynı maksatla katılanların yasal tahfifden faydalanmaları mümkün olamayacaktır. Çünkü ceza kanunumuz «şiddet sebeplerinin sirayeti» ne benzer sirayeti tahfif sebepleri için, kabul etmemiştir. Yeni İtalyan Kanu-

(3) Fransız Yg. Kararı, 23 nisan 1859, D.P. 59, 5. 214.

(4) Aynı mahiyette İtalyan Yg. Kararı, 19.7.1911 (Bruno, m. 369; Aynı mahiyette İtalyan Yg. Kararı, 29.10.1904 (Bruno, m. 369); bk. Antolisei, I, n. 14, B.

(5) CGK. 23.1.1978, 1-380/14, (YKD. 1979, n. 3. s. 261).

(6) Bk. Yeni İtalyan CK. 578; kşz. TCK. 259.

nu, yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde bu boşluğu maddeye bir fıkra ekleyerek doldurmuştur (7).

4 — YENİ DOĞMUŞ ÇOCUK KAVRAMI

Öldürülenin «yeni doğmuş çocuk» olması lâzımdır. Mehaz kanunun «Henüz nüfus siciline kaydolunmamış ve doğumundan beş gün geçmemiş çocuk» un öldürülmesinden bahseder (Mehaz K. 369). Mehaz Kanunu şerheden müelliflere göre nüfus siciline kayıt ile çocuğun varlığından cemiyet resmen haberdar olmuştur (8).

Kanunumuzun 453. maddesi 2275 sayılı Kanunla değiştirilmeden evvel Mehaz kanundaki kayıtları ihtiva ediyordu. Kanun şu gerekçe ile değiştirilmiştir : «Bu maddede sayılan hısımlık ve akrabanın mahza haysiyet ve şeref kurtarmak saikası ile evlilik mahsulü olmayan bir çocuğu öldürmek fiilinden dolayı kaatilin hafif cezaya mahkûm olması için nüfus siciline kaydından evvel ve doğmasından beş gün içinde olmak üzere bir kayıt yazılı bulunmalıdır. Halbuki bu fiilde failin hafif cezaya uğraması ancak bir ailenin haysiyetini kırarak gayri meşru bir çocuğun doğması anında irade üzerinde yapacağı tesir nazara alınarak tecviz edilmiş olup, doğduktan beş gün içinde öldürme fiili olursa bunun yine bir muhaffef sebep telâkkisi kabule değer bir mülâhaza olmayacağından zikrolunan kayıtlar maddeden çıkarılmış ve yalnız o kabil çocuğun doğarken veya doğar doğmaz öldürüldüğü halde hafif ceza verilmesi muvafık görülmüş ve madde ona göre kaleme alınmıştır.»

Bu sarıh gerekçe karşısında «Yeni Doğmuş» tabirini «Doğmakta olan veya henüz doğmuş olan çocuk» a hasretmek lâzımdır. Bu suretle TCK. cezayı azaltıcı sebebin sahasını, mehaza nazaran daha fazla tahdit etmiş bulunmaktadır. Henüz doğmuş sayılması mümkün olmayan ve fakat buna pek yakın bir zamanda öldürülmüş bir çocuk bahis mevzuu ise yargıç herhalde 59. maddeye müracaat eder.

Yeni İtalyan Kanunu da (m. 578), kanunumuzun tadilinden sonraki şekline uygun bir hüküm kabul etmiştir. Bununla beraber yeni İtalyan Kanunu «doğum esnasında» (doğmakta olanı) öldürmeyi de hükümde açıkca tasrih eylemeyi uygun görmüştür. Bu suretle çocuk düşürme ile yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi arasın-

(7) Bk. TCK., 66, 67, Yeni İtalyan CK. 578/2.

(8) İmpallomeni, n. 137.

da yer alan bir çeşit «cenin öldürülmesi» (= feticido) suçu meydana çıkmış olmaktadır (9).

Öldürülenin «yeni doğmuş çocuk» olması maddenin uygulanması için şart koşulmuş olması nedeniyle «kaç günlük olduğu lâ-yıkı ile tahkik edilmeden yeni doğmuş addi ile 453. maddenin uygulanması» yolsuz sayılmıştır (10). «On günlük olduğu iddia edilen çocuğun yeni doğmuş olarak kabulü ile 453. maddenin tatbiki isabetsiz görülmüştür (11). O halde yeni doğmuşluğun ölçüsü ne olacaktır?

«Yeni doğmuş çocuk» kavramının kesin değil, görelî (izafi) bir kavram olduğu, bu halin «doğum buhranı»nın devam ettiği süreye indirgeli kalacağı ileri sürülmektedir (12).

Şeref ve haysiyeti kurtarmak saikine dayanan bu tahfif sebebinin ruhi buhran halleri ile karışması mümkündür. «Doğum psikozları» Ceza Doktrininde tetkik edilmiş konulardandır (13).

Yargıtayımız «Buhran hali» ne yer vermiş gibidir: «Sanığın evli olduğu halde meşru olmayan bir çocuğu doğurduğu, emzirmemek suretiyle aynı gün öldürdüğü, doğumdan meydana gelen ruhi ve bedeni buhranın tesiri altında doğumdan sonra öldürmüş olduğu anlaşıldığına göre sanık anne hakkında 453. maddenin uygulanması gerektiğine» karar verilmiştir (14). «453. madde mehz kanuna uygun olarak, doğan çocuğun (nüfus siciline kayımdan evvel ve doğmasından beş gün zarfında işlenmesi halini gözönünde tutmuş iken) madde tadil edilerek bu şartlar kaldırılıp yeni doğmuş çocuk aleyhine işlenmiş olması keyfiyeti kabul edilmiş ve mucip sebep olarak da gayrı meşru çocuğun doğması anında irade üzerinde yapacağı tesir gözönünde tutularak bu maddenin tadil edildiği ve böylece bir çocuğun doğarken veya doğar doğmaz öldürülmesi halinin hedef tutulduğu bildirilmiş» tir, (15). Bu içtihada göre «yeni doğmuş çocuk» kavramı «buhran hali» ile saptanacaktır.

(9) Bk. Antolisei, II, n. 14 A.

(10) I.CD. 12.3.1951, 543/501.

(11) I.CD. 2.1.1953, 483/224.

(12) Fiore, s. 396.

(13) Bk. Erem, Adalet psikolojisi (1961), s. 26.

(14) I.C., 13.10.1967, 1955/2367.

(15) I.CD., 2.8.1965, 283/1618.

5 — ŞEREF KURTARMA SAİKİ

Yeni doğmuş bir çocuğun öldürülmesi suçu hakkında TCK. hükümlerini tetkik etmeden evvel bu konunun doktrindeki gelişimi üzerinde durmakta fayda vardır.

Yeni doğmuş çocuğu öldürmeyi teammüden katil sayan ve ölüm cezası ile cezalandırılmasını isteyenler vardır. Fransız Ceza Kanunu (m. 300,302) bu düşünceyi kabul etmişti (16). Fransız Kanununun bu düşünceyi benimsemesine sebep şudur : Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde teammüd daima mevcut farzolunabilir. Çünkü yeni doğmuş bir çocuğun bir hiddet veya nevret tevlit etmesi ve bu yüzden öldürülmüş olması mümkün değildir. Yeni doğmuş çocuk ancak sevgi ve şefkât hissi tevlit edebilir. Bir suçun işlenmesi ne kadar kolay ise, cezası da o nispette fazla olmalıdır. Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde ise kolaylık azami haddine varır. Gayrı meşru çocuğun doğumu ekseriya gizli tutulacağından suçun meydana çıkmaması ihtimali de fazladır. Kaldı ki yeni doğmuş çocuğun öldürülmesine ekseriya çok evvelden karar verilmiştir. Fakat teammüdün ispatı kabil olmaz (17). Fakat 1941 yılında Fransız Kanunu da değiştirilmiş ve yeni doğmuş çocuğu öldürmenin cezası azaltılmıştır (18).

Carrara (19) bu suçun ana tarafından korku ve heyecan içinde işlendiği kanatindedir. Beccaria (20) ananın bir zaaf anında veya bir cebir neticesi bu hale düşeceği ve bu suç ile en iyi mücadele şeklinin zayıfın kuvvetliye karşı kanunî hükümlerle korunması merkezinde olduğu fikrindedir.

Bazı kanunlar Fransız Kanununun tesiri altında kalarak yeni doğmuş çocuğun öldürülmesini şiddet sebepli bir adam öldürme saymakla beraber, failin suçu şerefsizlik korkusu altında işlediği takdirde bir mazeret sebebinden faydalanmasını kabul etmişlerdir. Belçika kanununda olduğu gibi (m. 396).

Fakat sorunun şöyle çözülmesini isteyenler de vardır : Yeni doğmuş çocuğunu öldüren ana ekseriya ruhî bir buhran ve manevi bir zaruret içinde suçu işlemiştir. Bu itibarla cezanın azaltılması istisna değil, kaide olmalıdır. Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi

(16) Bk. Fransız Yg. kararı, Juillet, 1847, D.P. 47. 4. 297.

(17) Bk. İmpallomeni, m. 137; Alimena (Enciclopedia...), IX, ss. 585.

(18) 2 Sept. 1941 Tarihli K. Bu hususta bk. D. Critique 1943, Juris, 34.

(19) S. 1209, 1214.

(20) Beccaria, XXXVI; bk. Antolisei, I, n. 12A; n. 14; Granata, ss. 197.

halinde, failin saiki takdirde değer. Kötü olan husus bu saikin tatbik şeklidir. Şeref kurtarmak kaygısı ile suç işleme arasındaki ruhî mücadelenin mevcudiyeti failde daha az bir suçluluğa delâlet eder. Esasen yeni doğmuş çocuğu öldürmenin şiddet sebebi adam öldürme sayıldığı memleketlerdeki suç istatistikleri bu çeşit hadiselerde hemen daima suçlu lehine Yargıcın genel tahfif sebebine ilişkin hükümleri tatbik ettiğini göstermektedir. Bu itibarla o memleketlerde istisna, dolayısı ile kaide haline gelmektedir (21).

a) Kasıtlı Suçlar : 453. maddedeki azaltıcı sebebin ancak «Kasden katil cürümleri» nde tatbik olunacağı maddenin metninde zikredilmiş bulunmaktadır. «Kasten Katil» tabirinden iki anlam çıkarmak mümkündür : Kanun kasten katil tabirini «Taksirli katil» (TCK. 455) hallerini hariç bırakmak için kullanmıştır. Bu birinci anlam makul sayılamaz. Çünkü yeni doğmuş bir çocuğun şeref kurtarmak saiki ile ve taksirli bir şekilde öldürülmesi tasavvur edilemez. İkinci anlama gelince o da şudur : Kanun bu tabir ile «adiyen katil» (TCK. 448) haline işaret etmek ve «Esbabı Müşeddideli Adam Öldürme (= mevsuf katil) hallerini bu tahfif sebebinden hariç bırakmak istemiştir. Bu ikinci anlayış daha makuldür. Yeni doğmuş çocuğun zehirlenmek suretiyle (TCK. 449,b.3), canavarca his sevki ile işkence ve tazip ile (TCK. 450,b.3) öldürülmesi hallerinde fail hakkında cezayı indirmek için sebep yoktur.

«Kasdı aşan haller» (TCK. 452). «Kasten katil» olmadıklarından, bunlar hakkında 453. madde tatbik olunamaz.

b) Kavramın Kapsamı : 453. maddenin tatbiki için ana şart suçun «haysiyet ve namusu kurtarmak saiki» ile işlenmiş olmasıdır (Kşz. TCK. 453,447,475). Bundan başka saiklerle (meselâ çocuğun mirasçı olmasını önlemek, hatta hilkat garibesini yarattığı yok etmek saiki ile) suçun işlenmesi halinde 453. madde tatbik olunmaz (22).

«Şeref» ve «Haysiyet» kavramının kabulünde görelî ölçülerden hareket etmek ve bu kavramları cemiyette onlara verilen kıymete göre değerlendirmek lâzımdır. Bu itibarla failin şerefine zarar gördüğü kanaati ile hareket etmiş olması kâfi değildir. Ortada anneye atfı mümkün bir manevi kusur mevcut olmayan hallerde de şeref ve haysiyeti kurtarmak bahis mevzuu olabilir.

İrzina geçilmiş olması neticesinde gebe kalan kadının yeni doğmuş çocuğunu öldürmesi halinde 453. madde tatbik olunabilir.

(21) Bu husus hakkında bk. Alimena (Enciclopedia...), IX, ss. 585.

(22) Fiore, s. 397.

Çünkü sosyal telâkkiler —mahal olmasa bile— bu çeşit bir anneliği, annenin şahsı için bir değersizlik haline sokmuştur. Fakat buna rağmen Fransız Yargıtayı çocuğun, kadının ırzına geçilmesinden husule gelmiş olması, mazeret sebebi değildir» neticesine varmıştır (23). Buna karşın ırza geçme sonucu gebelik halinde, yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde, gebe kalan annenin kusuru olmadığı, bu sebeble şerefsizlikle suçlanamayacağı ileri sürülebilirse de üçüncü kişilerin bu konuda tam bilgileri olamayacağı, toplumsal horgörünün önlenemeyeceği belirtilmektedir (24).

İtalyan Yargıtayı (25) doğum sırasında meşru evlilik halinde bulunan eşlerin, döllenişi nikâh tarihinden evveline raslayan çocuğun öldürülmesinde bu hükmün uygulanacağına karar vermiştir. Gerekçe şudur: Yasanın amacı «nesep» in sahih olup olmadığı değil, geleneksel ve sosyal bir değer olan «şeref» ve «haysiyet» in kurtarılması «saik» ini esas tutmaktır. İtalyan Yargıtayının bu anlayışı «Ümanist Doktrin» açısından tartışılabilir. Fakat Yargıtayımız da aynı görüştedir: «Karı koca olan her iki maznunun, resmen evlendikten kısa bir süre sonra tezahür eden gebeliğin duyulmasından endişe ederek köylerini terkedip il merkezine geldikleri ve bu suretle gebelik tezahür eder etmez haysiyet ve namuslarını kurtarmak endişesine düştükleri anlaşılmış olmasına göre 453. maddenin şartlarının oluştuğuna» karar verilmiştir (26).

«Şeref ve haysiyeti kuruarmak», şerefsizliği, haysiyetsizliği önlemek anlamındadır. Şeref, namus, haysiyet kurtarmak, bunların zaten kesin kayba uğradığı hallerde (kurtarmanın olanaksızlığı halinde) kabul edilemeyecektir (27) genelev kadınlığı gibi.

Kimin «haysiyet ve namusunu kurtarmak için» hareket edilmiş olmalıdır? Örneğin anne razı olmadığı halde erkek kardeşin çocuğu öldürmesi halinde madde hükmü uygulanacak mıdır? Sadece annenin değil, «aile şerefi» nin bahis konusu olduğu yolundaki düşünce, hükmün aşırı derecede genişletilmesi ile sonuçlanabilir (28). Bu nedenle «annenin şeref ve haysiyeti» esas tutulmalıdır.

(23) Fransız Yg. Kararı, 20.8.1855, D.P. 55. 1. 427; kşz. Antolisei, I, 14. c.

(24) Bk. Fiore, s. 398.

(25) İtalyan Yg. Kararı, 2.7.1939, Fiore (— den naklen), s. 398.

(26) I.CD., 1.12.1959, 971/3458.

(27) Fiore, s. 397.

(28) Kşz. Fiore, s. 398.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TELLÂLLİK SÖZLEŞMESİ

Yazan: Dr. H. BECKER

Çeviren: Dr. Suat DURA (*)

PLÂN : Madde : 412 (BK. m. 404). A — Kavram ve şekil. I — Hukuki niteliği. II — Tellâlin borcu. 1 — Fırsat gösterme. 2 — Aracılık etme. 3 — Gönderme. 4 — Tellâlin başka borçları. III — Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması. 1 — Tellâllik sözleşmesinin kurulması. 2 — Tellâlin borçları. 3 — Müvekkilin borçları. 4 — Sona erme nedenleri. 5 — Birden çok tellâl. Madde : 413 (BK. m. 405). B — Tellâllik ücreti. 1 — Esası. I — Tellâhk ücreti isteme hakkının koşulları. 1 — Esas sözleşmenin kurulması. 2 — Elde edilmek istenen sözleşmeey uygunluk. 3 — İlliyyet. 4 — Tellâlm çalışmasının yasaya uygunluğu. II — Ücret ve giderler hakkında özel taahhütler. Madde : 414 (BK. m. 406). II — Tesbiti. I — Genel olarak. II — Tellâllik ücretinin miktarı. 1 — Sözleşme. 2 — Tarifeler. 3 — Mutat ücret. 4 — Yüzde nisbeti. Madde : 415 (BK. m. 407). III — Hakkın düşmesi. I — Koşulları. II — Sonuçları. Madde : 416 (BK. m. 408). IV — Evlenme aracılığı. I — Genel olarak. II — Dava edilmezliğin kapsamı. Madde : 417 (BK. m. 409). V — Ücreti indirme. I — Genel olarak. II — Koşulları. Madde : 418 (BK. m. ...). C — Kanton hukukunun saklılık koşulu.

Madde 412 (BK. 404)

A. KAVRAM VE ŞEKİL

Tellâllik sözleşmesiyle tellâl, ücret karşılığında bir sözleşmenin kurulması fırsatını göstermeğe veya bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeğe vekâlet alır.

Tellâllik sözleşmesi, genel olarak adi vekâlet hakkındaki hükümlere bağlıdır.

(*) Yargıtay 13.HD. Başkanı.

(Bu çeviri, yazarın «Schweizerisches Obligationendeckt, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse = İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri» adlı eserinin 577, 595 inci sayfelerinden yapılmıştır).

Bibliyografya : H. Reichel, Die Mäklerprovision, 1913; E. Heymann, Der Handelsmakler, in Ehrenbergs Handb. d. HR, 5¹, 1. Hälfte, 321-476. - J. Eigenmann, Der Mäklervertrag nach schweiz. OR, unter besonderer Berücksichtigung der Liegenschaftsmäkler, Bern. Diss. 1904; Louis-Pierre Minola, Le Contrat de Courtage spécialement au point de vue du salaire du courtier, Diss., Lausanne 1921.

Dayanaklar : Exp. Komm. 1475 a; E 09 1475 a; BGB 652; Ad HG 66 Vd.; HGB 93; C Comm. Ital. 29 Vd.

I — HUKUKÎ NİTELİĞİ

- 1 Tellâllık sözleşmesi, bir sözleşmenin, esas sözleşmenin, kurulmasına aracılık için veya kurulması fırsatını göstermesi için müvekkilin tellâla bir ücret vaadettiği bir sözleşmedir. Adi vekâletin aksine, tellâllık sözleşmesinde tellâlin müvekkil için faaliyette bulunması yükümlülüğü şart değildir; fakat tellâl ücretini yalnız sözleşme koşulları gerçekleşirse alabilir. Aracılık edilen işin meydana gelmesi yalnız tellâllık ücretinin ödenmesi borcunun hukukî bir koşuludur. Şu hâlde tellâllık sözleşmesi sadece ücret vaadetmedir. Bizim yasanın lafzı şüphesiz bu kavram tanımlamasına aykırı görünmektedir. Çünkü yasa tellâlin bir sözleşmenin kurulmasına aracılık «vekâletini» alacağını söylemektedir. Bundan tellâlin uygun bir faaliyet ve çalışma göstermekle yükümlü olduğu sonucu çıkarılabilir. Fakat yasa hükmünün oluş tarihinin gösterdiği gibi, yasanın amacı bu olamaz. Çünkü 1909 tasarısı, md. 1475 a da açıklıkla «Tellâllık sözleşmesiyle tellâl... bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmekle yükümlü olur» hükmünü koymuştur. Bu madde yasada değiştirildi: Çünkü tellâl yükümlü olmamalıdır ve bu nedenle böyle bir vekâletin ifası için dava açılmaz (Huber, Sten Bull Nat R 1909 715). O hâlde md. 412 / BK. 404 deki «Vekâlet» kelimesi, OR. md. 394 / BH. 386 daki teknik mana da anlaşılmalıdır.

- Her hâlde tellâlin bir çalışma göstermesi yükümlülüğünün kaldırıldığı sözleşmeleri, tellâllık sözleşmesi hükümlerinden uzak bırakmak kasdı hiç bir zaman var olmadı, yoksa örneğin, böyle bir yükümü red eden bir iş bulma (iş aracılığı) bürosuna karşı, Or. md. 417 / BK. 409 gereğince ılımlaştırma usulü de uygulanamazdı. Bu tanımlamadan kolaylıkla acantalık sözleşmesiyle olan farklılık anlaşılmaktadır. Acantalık sözleşmesi vekâlet veya hizmet sözleşmesi hakkındaki hükümlere bağlıdır ve bu yüzden müvekkil için çalışma yükümünü üzerine almayı şart kılar.

- 3 Genel olarak ticarî acante, müessesenin sürekli vekilidir (süreklilik HGB 84 gereğince zorunludur). Buna karşılık tellâl yalnız tek (münferit) işlemlere aracılıkla görevlendirilmiştir. Fakat kavram itibariyle tellâlin da genel bir vekâleti haiz

- olması imkânsız değildir (karş. Heymann, a.g.e., 367). Örneğin, donatanın deniz işleri tellâli veya bir işverenin iş aracısı böyledir (Heymann 367). Bununla birlikte hakim görüş âksi yöndedir (Örneğin, BGE 29² 109; BLZÜ R 22 97 Vd. Nr. 52).
- Vekâletin âksine, tellâllık sözleşmesi prensipte ivazlı bir sözleşmedir. Bundan başka her iki taraf borçlara sahip, özellikle sözleşmenin kurulmasına kusuruyla engel olmamakla yükümlü bulunduğundan iki taraflı sözleşme söz konusudur (Heymann, a.g.e., 360 vd.).

II — TELLÂLIN BORCU

Borcu, sözleşmenin kurulmasına aracılık veya sadece bu hususta fırsat göstermektir. Buna göre, aracı tellâli ve gösterme tellâli ayırımı yapılır. Yasa, sadece fırsat göstermeği bile ifa olarak kabul ettiğinden, ilgili olayda tarafların iradesinin bir aracılık çalışmasına yönelmiş bulunduğunu, işi veren müvekkil ispat etmekle yükümlüdür. Yasal kurala uygun olarak arazi ve iş yeri aracılığında ödev, tereddüt halinde, sadece kurulma için fırsat göstermeğe inhisar eder. Fakat ticarî tellâllıkta mutaden aracılık kuralıdır. (bunun için karş. Staub Komm. ön düşünce § 93 açıkl. 6; Reichel, a.g.e., 152; J. Eigenmann 38; BLZÜ R 14 155 Nr. 69).

- 6 Burada tamamlayıcı hukuk söz konusu olduğundan her münferid olayda tellâlin borcunun sınırı tarafların iradelerine bağlıdır. Bu konuda aşağıdaki noktalar önemle belirtilmelidir.
- 7 **1 — Fırsat gösterme :** Bundan sözleşmenin kurulması fırsatına ait bilginin temini anlaşılmalıdır. Bir fırsat'ın söz konusu olması zorunludur. İş aracılığında, tellâlin, iş arayana sadece bir yerde ilgili mesleği icra eden ustaların adresini bildirmesi, borcunu yerine getirmiş olmak için yeterli değildir; ona açık olan iş yerlerinin nerede olduğunu söylemesi zorunludur.
- 9 **2 — Aracılık etme :** Aracılık tellâli, iki tarafı bir araya getirmeye ve muhtemel düşünce uyuşmazlıklarını gidermek için uğraşmaya mecburdur. Kural olarak aracı tellâlin ödevine şunlar dahildir; a) — Sözleşme isteklisi üçüncü kişiyi ziyaret, b) — Müvekkilin sözleşme temayülünü üçüncü kişiye bildirmek), c) — Üçüncü kişiyi «kazanmaya çalışmak» ve üçüncü kişinin sözleşme temayülünü müvekkile bildirmek. Fakat kavram olarak bu çalışmaların hepsinin yerine getirilmesi zorun-

lu değildir. Tellâlnın her hangi bir surette sözleşmeyle öngörülen veya hal ve şartlar gereği olan biçim ve usulde üçüncü kişinin iradesi ve kararı üzerine tesir etmesi ödevini yerine getirmesine yeter (karş. Riesenfeld, Der Zivilmäkler, in Gruehots Beiträgen 37 268; Eigenmann, a.g.e., 42; BGE 34² 732; 40² 530). Buna karşılık müvekkiline, üçüncü kişinin yalnız adını bildiren ve konuşmayı tamamen ona bırakan aracılık tellâlı ödevini yerine getirmemiştir. — Bir vekâletin sadece fırsat gösterilmesi işinin havalesi olarak düşünüldüğü lehinde karine bulunduğundan, iş verilirken her hangi bir surette aracılık ödevi ifade edilmeli veya bu yön hal ve şartlardan ya da âdetten anlaşılmalıdır. «Evi kim satarsa, % 1 alır» şeklindeki taahhüt satın almak isteyenine sadece gösterilmesiyle yerine getirilmiş olmaz (Bern, JZ 14 831 Nr. 297 = ZBJV 53 340); Fakat tellâlnın, akdin kurulmasında müvekkili temsili gerekli değildir

9 **3 — Gönderme :** Tellâl müvekkile bir karşı âkit göndermekle görevlendirilse, üçüncü kişinin müzakerelerde bulunmak üzere müvekkile başvurmasına sebebiyet vermeye mecburdur. Bundan dolayı gönderme, fırsat göstermeden daha geniştir.

11 **4 — Tellâlnın başka borçları :** Tellâlnın borçları sözleşmeyle genişletilebilir : Örneğin tellâla para almaya vekâlet verilir veya tellâl sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin sorumluluğu üzerine alır. Eğer borsa tellâlı, üçüncü kişinin adını bildirme saklı kalmak kaydıyla diye aracılıkta bulunursa ve sonrada müvekkilin ismini söylemezse, üçüncü kişi için tekeffül etmeye zorunludur. (Vivante a.g.e., 1 384 Nr. 237). Müvekkil sözleşmeyi (örneğin açık formül kâğıtlara imza atmak suretiyle) o şekilde yapmışsa, üçüncü kişinin adını bile öğrenmek hakkını haiz değildir. Fakat tellâl müvekkil için karar veremez. Böyle bir davranış sırf aracılık yapmanın niteliğine aykırı olurdu (Fick, Komm. md. 412 açıkl. 13; BGE 34² 660); Bununla birlikte tellâlnın aracılıkta bulunduğu belirli bir sözleşmeyi müvekkil için imza etmekle veya diğer formalitelere katılmakla vazifelenirilebilmesine hiç bir engel yoktur. Ticarî âdet gereğince tellâl, satın alınan malı müvekkil için teslim etmeye, tartmaya, muayene etmeye, depolamaya ya da taşımaya da tevki edilmektedir. Tereddüt halinde tellâl böyle uğraşmaları için vekâlet sözleşmesi prensiplerine göre özel bir ücret talebi hakkına sahiptir (Vivante a.g.e. 1. 383 Nr. 236); Hatta mal onun tarafından kusurlu bulunarak itirazına uğrasa bile. — Tellâlnın

12

üçüncü kişinin kredi yaraşırlığını araştırmak yükümlülüğü ve bunun şartları çekişmelidir. Fırsat gösterme tellâllığı için bir bilgi verme borcu kolaylıkla red olunmalıdır; çünkü o genel olarak esas sözleşmenin şartlarıyla yakından meşgul olmak zorunluğunda değildir ve bu nedenle onun kredi verilip verilmeyeceği veya teminat (Rehin v.s.) gerekip gerekmediği, ve teminatın türü meselesiyle de uğraşmak borcu yoktur; Bu itibarla fırsat gösterme tellâlı için üçüncü kişi hakkında ne biliyorsa müvekkiline onu bildirmesi borcunu yerine getirmesine kafi gelir. Aracılık tellâlı için durum başkadır. Her ne kadar bu tellâl da üçüncü kişinin krediye lâyık olduğunu (hatta esas sözleşmenin akdi sırasında dahi) tekeffül etmeye mecbur değildir. Fakat dikkatli bir tellâlin gözünden kaçması mümkün olmayan elverişsiz vakıaları tanımadığı veya bildirmediği için meydana gelen zarardan sorumludur (karş. keza Reichel, a.g.e. 230 v.d.; âksi J. Eigenmann 64 Vd. onun görüşüne göre tellâl yalnız aleyhte olan hadiseleri saklarsa sorumludur).

III — VEKÂLET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI

- 13 Tellâllık sözleşmesi âdi vekâletin bir tali türü değil, tersine kendine has olan türden bir sözleşme olduğundan âdi vekâlet sözleşmesi hakkındaki hükümlere olan atıf, bu hükümlerin tellâllık sözleşmesinin niteliğine aykırı düşmediği ölçüde uygulama olanağı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır.
- 14 1 — Vekâlet sözleşmesi gibi, tellâllık sözleşmesinin kurulması şekle bağlı olmadan yapılır. Şu hâlde sözlü de olabilir (Genf, JZ 21 305 Nr. 254; Waadt, JZ 20 292 Nr. 209). Delâlet eden fiillerle dolaylı şekilde de. Örneğin, tellâlin arazi satma işini kendisine vermesi teklifi üzerine, taşınmazın sahibinin ona plânları göndermesi gibi. Her hâlde bir vekâletin verildiği sonucu çıkarılan bir davranış gereklidir. Şu hâlde tellâlin bir kimse için vekil olarak hareket etmek kasdı yeterli değildir (B Ger in JZ 4 44 Nr. 116). Tellâlin lehine müzakerelerde bulunmak istediği kişinin aracılık faaliyetinden bilgisi olması ve bir itirazda bulunmaması da yetersizdir: Çünkü bu kişi haklı olarak, işin tellâla diğer tarafca tevdi olunmuş olması imkânını hesaba katabilir (karş. keza Zürich, JZ 17 185 Nr. 133).
- 2 — Tellâlin borçları.
- 15 a — OR. md. 398 / BK. 390 gereğince vekil, vekâleti üçüncü kişiye geçirmeye mezun değilse veya âdet uyarınca buna

selâhiyetli olarak telâkki edilemezse, şahsen yerine getirmeye mecburdur. Tellâllık sözleşmesinde böyle bir âdetin varlığı kabul edilebilir (BGE 35² 65 E 2).

16 b — Tellâl, müvekkil için faaliyet göstermeye ve çalışmaya katiyen yükümlü değilse de, buna rağmen bir faaliyette bulunursa sadakatle ve özenle hareket etmeye mecburdur. Özen açısından hâl ve şartlara göre haber ve malûmat soruşturmak (kredi yaraşırılık hakkında, karş. yukarıda N. 12 açıkl.), müvekkili uygun tarzda durumdan düzenli olarak haberdar etmek (Reichel, a.g.e. 199) ve muhtemel ispat vasıtalarını sağlamak ödevleri meydana çıkmaktadır. Gerekli olduğu takdirde, tellâl müvekkiline bir sözleşme âkidi gönderdiğinde, bunu ona haber vermekle yükümlüdür. Bu suretle müvekkil, tellâllık ücreti ödenmesi zorunlu bir işlemi yoksa ücret ödenmiyecek bir işlenmi yaptığını bilecek ve şartları tespit ederken bu hususu dikkate alabilmek imkânını bulacaktır (karş. Reichel, a.g.e. 200; BLZÜ R 6 67 Nr. 41).

17 Tellâl için bağıllık (sadakat) borcu da vardır. Tellâl çatışan çıkarları temsile yetkili değildir. Bununla birlikte piyasada rekabet yapanların vekâletini kabul etme, Örneğin birden çok satış vekâleti gibi, tellâllık sözleşmesine ilişkin hükümler anlamında çatışma hali olarak sayılmaz. Rekabet, çatışma değildir. Hatta karşı tarafca aynı iş hakkında verilen her vekâlet çatışma hali değildir. Eğer tellâlin ödevi, sadece sözleşmenin kurulması fırsatını göstermek veya her iki tarafa gerçeğe uygun bilgiler temin etmek veya sözleşme şartlarını tanımlamak ya da her iki tarafa uygun ödeme koşullarını ortaya çıkarmak olduğu takdirde ikili vekâlet kanunen mümkündür (karş. BGE 35² 65 Vd.; Zürich, JZ 8 259 Nr. 70). Fakat tellâlin vazifesi satım konusunu övmek ise veya vazifesi olmadan kendiliğinden bunu yaparsa, bir çatışma durumu mevcut olabilir (BLZÜ R 15 10 Nr. 14 = JZ 13 200 Nr. 170; BGE 35² 64 Vd.); Böyle bir davranış çifte vekâletle birlikte bulunamaz. Bundan başka tellâlin, müvekkilin çıkarlarına aykırı çalışması karşılığı, diğer tarafın ücret vaadine razı olması çatışma halidir: Örneğin, tellâl alıcı tarafından satıma ucuz fiyatla aracılık etmek ve karşı tarafca ona vaad olunmuş ücreti tasarlanan satış bedeline ilâve etmek üzere görevlendirilirse (RG in Ziv. 4 293), veya karşı tarafın, sözleşme müvekkili için ne kadar elverişsiz netice verirse o nisbette yüksek bir ücret verme taahhüdünü kabul etmişse (karş. BGE 26² 448; 30² 417; 35² 67);

ya da somut hâl ve şartlara göre ikili vekâletin kabulü esasen objektif iyi niyete aykırı ise: Örneğin, bir iflâs masa memuru, alıcıların ücret ödeme vaadine razı olursa (BGE 26² 442 Vd.).

- 18 Tellâlin, müvekkil tarafından belli olacak biçimde izlenen sözleşme gayesinin gerçekleşmesine engel olması da, bağlılık (sadaikat) borcuna aykırı olur (Reichel, a.g.e. 247); Örneğin, müvekkil bir taşınmaz inşaat yeri olarak satın almak için teşebbüs eder ve tellâl daha önce bir komşunun irtifak hakkı ile inşaat yasağı temin etmesine sebebiyet verirse böyledir (karş. bundan başka md. 415 şa ait açıklama).
- 19 Bağlılık (sadaikat) borcu bir sır saklama borcunun da esasını teşkil edebilir. Bilhassa sözleşme âkidine karşı: Eğer müvekkil durumunu kurtarabilmek için arazisini mümkün olduğu kadar acele olarak satmaya mecbur olduğunu tellâla açıkca söylerse, o bu hususta karşı âkide bilgi veremez. Fakat tellâl kural olarak dahi, vekâletin tam bir surette uygulanması için kendisine söylenmiş sırları ve müvekkilin fark edilebilir arzuna göre gizli kalması gereken yönleri kendisine saklamaya mecburdur (tıpkı işçi gibi, mahrem hususları veya meslek sırlarını üçüncü kişilere ifşa etmeye yetkili değildir).
- 20 c — Vekâlet ile bağlı olan temsil yetkisi hakkındaki OR. md. 396¹¹ / BK. 388¹¹ hükmünün, gerçek tellâllık çalışması hakkında uygulanma olanağı yoktur. Çünkü tellâl sözleşme kurulmasına sadece aracılık yapmakla yetinmelidir. Bu nedenle tellâl tahsile yetkili değildir (aynı hüküm C Comm. Ital. 30).
- 21 3 — Müvekkilin borçları: Tellâllık ücreti bir yana, müvekkilin borçları tellâllık sözleşmesine ait bölümde düzenlenmemiştir. Âdi vekâlet sözleşmesi hükümlerinden anlaşılacağına göre, müvekkil, tellâla gerekli dayanak noktalarını verecek yardım etmekle mükelleftir. Müvekkil, tellâllık konusu işi tevdi ederken, daha önceden, başarısından tellâlin yararlanmayacağı üçüncü bir kişi ile müzakerede bulunuyorsa, tellâlin boş yere çalışmaması için, bunu (BLZÜ R 22 170 Nr. 96) veya işi tellâla verdikten sonra esas sözleşmeyi kendisinin yaptığını tellâla bildirmeye mecburdur.
- 22 4 — Sona erme nedenleri: Genel olarak vekâlet sözleşmesi hakkındaki hükümler uygulanır. Tellâlin İflâsı, sözleşmenin sona ermesini meydana getirir. İflâs halinde bulunan bir tellâl, nadir olarak uygun bir aracı kişi olabilir. Fakat tel-

lâl yalnız akdin kurulması imkânını göstermekle borçlu olsa da, tellâllık sözleşmesi son bulur; Bu türlü iş görmeleri borçlanma, iflâs masası idaresinin görevleri arasında olamaz (Heymann 469). Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, tellâllık sözleşmesinde de geri alma, bir sona erme sebebidir (Alman Hukuku için keza RG in Ziv. 101 210 v.d.). Fakat serbestce geri almadan vazgeçilip vazgeçilemeyeceği tartışmalıdır: Yani satış konusunun tellâla belirli bir süre için kesin olarak bırakılması hakkındaki sözleşme koşulunun geçerli olup olmadığı çekişmelidir. Tellâllık sözleşmesinin niteliği, geri alma hakkından bir süreli vaz geçmeye izin verilmesi lehindedir ve bu nedenle geri almanın vaz geçilmezliği OR. md. 404 / BK. 366 da bâriz ve kesin olduğuna göre bu maddenin tellâllıkta kıyasen uygulanması imkânsız addedilmektir. Buna rağmen belirli bir zaman üzerine akdedilmiş olan bir sözleşme dahi tamamıyla feshi ihbar edilemez değildir. Eğer önemli nedenler mevcutsa, böyle bir sözleşme feshi ihbar olunabilir; her şeyden evvel tellâlin tenbel veya ehliyetsiz olduğu meydana çıkarsa, hatta her hangi bir kusuru olmasa bile, Örneğin, hastalanmasında olduğu gibi.

23 Bir tellâl görevlendiren kimse, bu suretle işleri onun bir faaliyeti olmadan kendisinin yapması ve hazırlamasından henüz muhakkak vaz geçmiş sayılmaz (Waadt JZ 3 137 Nr. 443). Fakat müvekkil böyle bir vaz geçmeyi beyan edebilir. Böyle bir şart (iş kendisinin yapmıyacağı şartı) geri almaya ilişkin vaz geçmeden ayırtehdilmelidir. Bu şart geçerlidir, fakat şu var ki lügat manasında anlaşılmamalıdır: Müvekkil her zaman kendisi esas sözleşmeyi akdetmeye yetkilidir, fakat aynı zamanda tellâllık ücretini de ödemekle yükümlüdür (Reichel, a.g.e. 207).

24 5 — Birden çok tellâl: Birden çok tellâl birlikte tevkil edilirse, OR. md. 403 / BK. 395 uyarınca, aralarında pasif teselsül meydana gelir. Elbette bazı durumlarda aktif teselsülde olabilir: özellikle aralarında teselsül hakkını yaratan ortaklık münasebeti mevcut olursa. Şu hâlde vekâlet, aralarında âdi ortaklık kurmuş tellâllar topluluğuna verilirse, OR. md. 544^{III} / BK. 534^{III} dolayısıyla, sadece pasif teselsül hali bulunur (ve her bir tellâl yalnız kendi hissesini dava edebilir. Zürich, JZ 12 132 Nr. 97 = BLZÜ R 14 1 Nr. 1). Halbuki tellâllar bir kolektif şirket teşkil ediyorlarsa, her hangi birisi müteselsil alacaklı olarak hareket edebilir.

25 Birden çok tellâl ayrı ayrı, herkes kendisi için vazifelen-
dirilmişse, müvekkilin bunlardan birisi ile olan ilişkisi diğeri-
ne etkili olmaz. Bu nedenle telâllık ücreti birden çok telâllar
arasında bölüştürülemez (BGE 26² 578). Fırsat gösterme tel-
lâllığında ilkin akit kurma imkânını müvekkile kim bildirmiş-
se ücreti o elde eder. Aracılık tellâllığında başarının meydana
gelmesine kim sebep olmuşsa tellâllık ücretini o kazanır. Şu
var ki esas sözleşmenin kurulması, bütün telâlların beraber ça-
lışması sonucu ise hepsi ücret talep hakkına sahiptir ve hem
de her biri bütün ücreti talebe yetkilidir.

28 Bir tellâl diğeri ile alt tellâl ilişkisi içinde bulunabilir.
Onların aralarında bir tellâllık sözleşmesi olabilir: Alt tellâl,
tellâl hesabına, müşekki ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme-
nin kurulmasına aracılık etmek veya müvekkile sözleşmenin
kurulmasına fırsat göstermek için görevlendirilir. Fakat genel-
likle alt tellâlın görevi, sadece müvekkile sözleşmenin kurul-
ması imkânını göstermesi veya kurulmasına aracılık etmesi
için gerekli dayanağı tellâla temin ve tedarik etmekten oluş-
maktadır (RG in Ziv. 88 2 vd.). Böyle bir sözleşme ise tel-
lâllık sözleşmesi değildir. Çünkü yalnız yardımcı hizmetler söz
konusu olmaktadır ve burada alt tellâlın görevi müvekkille
akit yapma fırsatını göstermek veya kurulmasına aracı olmak
değildir. Bu sözleşme bir vekâlet de değildir. Çünkü alt telâl,
tellâl gibi belirli bir çalışma göstermeğe yükümlü değildir. Şu
halde hakkında tellâllık sözleşmesinin bazı prensiplerinin uygu-
landığı, kendisine hâs bir sözleşme söz konusudur. Vekâletin
serbestce geri alınabilirliği gibi. Telâllık sözleşmesinde olduğu
gibi, keza alt tellâl tarafından tedarik edilen dayanakları kul-
lanmak isteyip istemek tellâlın takdirine bırakılmıştır. Hatta
bunlar, bu amaç için elverişli olsalar bile tellâl kullanmak zo-
runda değildir ve bu nedenle tazminat ile borçlu olmaz, me-
ğerki tellâl alt tellâlın faaliyeti sonucunu benimsemesine rağ-
men, doğruluk kuralına aykırı olarak bunları red etsin (RG
in Ziv. 88 4).

Madde 413 (BK. 405)

B. TELLÂLLIK ÜCRETİ

1 — Esası

Tellâlın fırsat göstermesi veya aracılığı sonucu sözleşme
tahakkuk eder etmez, tellâllık ücretine hak kazanılır.

Sözleşme bir geciktirici koşul ile yapılırsa tellâllık ücreti ilkin, koşulun tahakkukunda istenebilir.

Sözleşmede tellâla giderler için bedel vaad edilmişse, iş tahakkuk etmese de tellâl bunu isteyebilir.

Dayanaklar : Exp. Komm. 1475 b; E 09 1475 b; BGB 652.

Bibliyografya : H. Reichel, Abhängigkeit der Mäklerprovision von der rechtzeitigen Zustande kommen des herbeizuführenden Vertrags, in JZ 12 21 Vd..

I — Tellâllık Ücreti İsteme Hakkının Koşulları

- 1 1 — **Esas sözleşmenin kurulması** : Tellâllık ücretini isteme hakkı, tellâllık sözleşmesinin hemen kurulmasıyla değil, tersine ilkin esas sözleşmenin aktedilmesiyle meydana gelir. Tellâl tarafından kendisine teklif olunan esas sözleşmeyi yapmak isteyip istememek, tamamiyle müvekkilin arzu ve takdirine bırakılmıştır (BGE 27² 473 BLZÜ R 19 9 Nr. 3; Bern Jz 11 79 Nr. 66 = ZB JV 50 418; Genf JZ 12 81 Nr. 19; Schaffhausen, JZ 22 219 Nr. 41; Keza RG in Ziv. 47 255). Üstelik iş kendi çıkarına hizmet etmeğe elverişli bulunsa da müvekkil tellâla karşı sözleşmeyi kurmaya mecbur değildir. Fakat müvekkil, sonradan tellâlin araya girmesi olmaksızın onun faaliyetinin semerelerini kendine mal etmek için teklif olunan sözleşmeyi red edemez. Aksi takdirde bu yasal koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde önlemek olur (Reichel, Mäklerprovision, 7 Vd.; karş. bundan başka BGE 26² 350 ve 577 Vd. ve BLZÜ R 19 103 Nr. 57). Müvekkil teklifi red ederse, her hangi bir ücret ödemeye mecbur değildir ve aksi kararlaştırılmamışsa, giderleri de tazmin etmek borcu yoktur (karş. bu konuda Solothurn, JZ 9 193 Nr. 169 ve 10 228 Nr. 65). Bu nedenle tellâllık sözleşmesinde hazırlık hareketlerinin hiç bir önemi yoktur (Lazar, Vorbereitung zu einer Leistung, Erlanger Diss. Königs berg 1916, 85). — Ancak esas sözleşmenin, tellâllık sözleşmesinde muhtemelen ön görülen sürede meydana gelmesi yeterlidir (BGE 26² 349). Bununla birlikte genel olarak tellâlin çalışmasının bir süreye bağlı olmadığı benimsenmelidir. Fakat bir sürenin ön gördüğü halde de müvekkil dürüstlük kurallarına aykırı olarak sürenin geçmiş olmasına dayanmaya yetkili değildir : Müvekkil tellâlin uğraşmalarının ürününü kendisine mal etmesine rağmen, onu tellâllık ücretinden mahrum bırakamaz. Aracılık yapılması gereken

- taşınmaz mal satımında süre içinde resmî tescil muamelesine kadar başka her türlü hazırlıklar yapılmış ve bu da süre geçmesinden sonraki günde meydana gelmişse ücret buna rağmen
- 3 ödenmelidir (Reichel, Mäklerprovision 26). — Sözleşme hukuken geçerli şekilde kurulmuş olmalıdır (BGE 27² 472 E. 5; R. Suter, a.g.e. açıkl. 2). Her şeyden evvel şekil şartı gereğine uyulmalıdır: Resmî şekilde yapılması gerekli taşınmaz mal satımı veya satış vaadinden bir taraf şekil şartı yerine getirilmeden önce dönerse ücrete hak kazanılmaz (BGE 46² 394; BLZÜ R 13 82 Nr. 26). Esas sözleşmenin iptali mümkün olan durumda da keza bir ücret istenemez. Örneğin, ahlâk ve adaba aykırılık dolayısıyla (BLZÜ R 17 14 Vd. Nr. 6). Fakat sözleşme, geçerli bir icazetle hukuken muteber olur. Her halde icazet vermek müvekkil için en az zararlı durumu teşkil ediyorsa ücrete hak kazanılmaz: Örneğin müvekkil iptal edilebilen sözleşmeye dayanarak önce ifade bulunmuş ve zenginleşmeye dayanan istirdat hakkı örneğin faiz haddi dolayısıyla, sözleşmeden doğan talep hakkından daha az kıymette ise (Reichel, Mäklerprovision 27 Vd.). Esas sözleşmenin bağlayıcı olmaması, bizzat müvekkilin tasvip edilmeyen bir hareketinden ileri geliyorsa, tellâl bu yönü esas sözleşmenin kurulması zamanında bilmemesi kaydiyle, müvekkil tellâla karşı buna dayanamaz. Bağlayıcı olmama define, hile repliği ile karşı çıkar.
- 4 — Esas sözleşme kesin bir sözleşme olmak gerekir. Geciktirici koşul varsa tellâllık ücretine ilkin koşulun tahakkukunda istihkak kazanılır: Hatta koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesi müvekkilin iradesine bırakılmış olsa bile (BGE 44² 498 = Pra. 8 5 Nr. 4). Fakat sadece mehilde (önelde) veya bozucu (infisahî) koşul halinde durum değişik olmaktadır. Mühletli bir sözleşme kesindir. Bozucu koşulun varlığında ücret kazanılmıştır; fakat bozucu (infisahî) koşulun gerçekleşmesi halinde tekrar geri verilmesi zorunludur; meğerki mevcut hal ve şartlara göre müvekkil söz konusu iş ile takip ettiği amaca bozucu koşullu sözleşme aracılığıyla ulaşmış olsun. Örneğin daha iyi bir teklif karşısında geri dönme saklılık kaydında olduğu gibi (indiem addictio, karşı. Reichel, a.g.e. 54 ve
- 5 Heymann, a.g.e. 419). — Yasa gereği tellâl, esas sözleşmenin ifası ile uğraşmak zorunluğunda değildir. Şu halde geçerli bir sözleşmeye rağmen ifa etmeme tellâllık ücretine herhangi bir zarar vermez (BGE 19 883; 27² 472 Vd. Genf, JZ 12 163 Nr. 132). Bu itibarla tellâl, bu konuda komisyoncudan daha iyi durumdadır (R. Suter, a.g.e. 64). Fakat taraflar, sözleşmeyle,

ücret alacağıının mukatderatını esas sözleşmenin ifa edilmesine bağlayabilirler. Böylece bir anlaşmanın varlığını, örneğin tarafların ücretin ödenmesini mülkiyetin tapu sicilinde devir ve ferağına kadar talik ettiklerinde de kabul edip etmeme tartışmalıdır. Tereddüt halinde bu durumu bir geciktirici koşul değil, bir mehil saymak gerekir (bu fikirde BGE 27² 472). Fakat hal ve şartlar özel durumlarda aksini ortaya çıkarabilir (karş. BLZÜ R 4 56 Nr. 39 ve Zirich JZ 8 323 Nr. 326). Yasal düzenlemeden ayrılan taraflar iradesinin, özellikle mevcut bir adete ses çıkarmadan uymak yoluyla, sadece delalet edici davranışlarla zımni olarak ifade edilmesi imkansız değildir (St. Gallen İstinaf Mahkemesince kabul edilmedi, JZ 20 185 Nr. 37 E 5). Örneğin, savaş teslimatına aracılıkta, ücrete ilkin ifa ile hak kazanılacağı adet olarak görülüyordu ve buna riayet ediliyordu (RG in DJZ 24 597). Keza fazla kazanç sağlamayı amaç edinen muamelelere (Thurgau, JZ 19 122 Nr. 25) veya yabancı para birimi ile işlemlere aracılıkta da aynı idi (Zürich, BLZÜ R 23 5 Vd. Nr. 4); Genellikle bu hallerde herhangi bir işlem yapmak zor değildir; fakat ifa yetenekli ve borcunu yerine getirmede istekli kişilerle sözleşme yapmak tercih edildiğinden, aracılığın değeri, sözleşmenin tamamen yerine getirilmesine bağlı idi. Bununla birlikte değiştirilen Borçlar Kanununun, 413 üncü maddedeki kuralı koymak suretiyle hukukî emniyeti yaratmak gayesi tehlikeye sokulmak istenmiyorsa, bir zımni anlaşmanın kabulünün önemsiz sayılamıyacağı itiraf edilmelidir. Tarafların iradesi gereğince, ücret için esas sözleşmenin ifa edilmesi gerekiyorsa, müvekkilden karşı tarafı ifaya zorlaması beklenmiyen hallerde, örneğin, karşı akidin yabancı memlekette dava edilmesi zorunlu ise, ücret talebi hakkı düşer (BGE 52² 83 Vd. = Pra 15 155 Vd. Nr. 48). Buna karşılık esas sözleşmenin ifa edilmemesi tamamiyle müvekkile yüklenirse, tellâllik ücretine daima hak kazanılmıştır (BLZÜ R 8 317 Nr. 177; 18 365 Nr. 182).

- 6 **2 — Elde edilmek istenen sözleşmeye uygunluk :** Müvekkil tarafından istenen amaca erişmek için gerekli olduğu kadarıyla, kurulan sözleşme istenene uygun olmalıdır. Fakat ayniyet, yani bütün belirli vasıfların isabeti zorunlu değildir. Hatta hukukî tipin uygunluğu bile gerekmez. Esas olan akdedilen işlemin, iktisaden amaca erişmek için, yani müvekkil tarafından elde edilmek istenen sözleşme ile tasarlanan mal sürümüne uygun bir araç olarak görünüp görünmediğidir

(Reichel, JZ 8 335; karş. keza R Suter 58). Şu halde aracılık yapılmış olan sözleşme, elde edilmek istenen işe eş değerde olmak gerekir (Reichel, Mäklerprovision, 92 vd., ve Heymann, a.g.e. 421). Bunun için yorum yaparken müvekkil tarafından anlaşılabilir şekilde izlenmiş olan amacı her şeyden evvel dik-kate almak gerekir (Reichel, Mäklerprovision 93 Vd.). Satış için tellâl tevkil etmede bu amaç, ilgili maddenin devridir. Eğer ele geçecek para için belirli bir miktar şart olarak konmamişsa, farzedilenden daha aşağı fiatla anlaşma yapılması ücret isteme hakkını haleldar etmez (BLZÜ R 7 128 Nr. 61 E 4). Satışın ümit edilen satım isteklisi yerine onun etkisinde bulunan bir ticaret şirketine yapılması da aynı şekilde ücret talebine zarar vermez (RGE 40² 529). Fakat müvekkilin kendisinin dahil olduğu bir kollektif şirkete satış halinde, kural olarak amaca ulaşılmış olunmaz (Bern JZ 18 29 Nr. 16). Müvekkil yerine onun dahil olduğu bir şirket için iktisap halinde amacın eide edilip edilmediği maddî bir sorundur (karş. BLZÜ R 5 11 Nr. 4). Amacın kısmen elde edilmesi halinde, ücretin bir kısmına hak kazanılmalıdır. Kısmî imkânsızlıkta da aynı şekilde karara varılmalıdır : Satım için tevdi olunan taşınmazın bir kısmı, vekâletin verilmesinden sonra istimplâk edilirse vekâlet geri kalan kısım için geçerlidir (B Ger in BL HE 16 326 v.d.).

7 **3 — İlliyet :** Esas sözleşmenin kurulmasına, tellâln çalışması neden olmak gerekir : Tellâl ücretini aracılık veya fırsat gösterme için elde eder. Burada tellâln tellâlhk sözleşmesinde emredilen veya şart koşulan çalışmayı göstermesi gerekir. Eğer tellâl aracılık yapmakla mükellef ise, sırf akit yapma fırsatının gösterilmesi yetişmez. Diğer taraftan ikame işlemi yeter : Örneğin, şahsen ifa kararlaştırılmış olsa bile, bir alt tellâl vasıtasıyla aracılıkta olduğu gibi (RG in Ziv. 31 289; Reichel, Mäklerprovision 8 125).

8 **Sözleşme kurulması, tellâln bu çalışmasına irca edilme-**lidir. Bu sonucu ona borçlu olmak gereklidir. Burada tazminat hukuku anlamında bir illiyet bağı değil, bil'akis psikolojik bir illiyet söz konusudur. Fırsat göstermeye ilişkin sözleşmede bu illiyet, müvekkilin evvelce sahip olmadığı bilginin tedarik ve temin edilmesinde mevcuttur (karş. fakat BLZÜ R 23 102 Nr. 66). Aracılık tellâlhğında, tellâl olumlu veya olumsuz üçüncü kişinin iradesine tesir etmiş olmak zorundadır : Saikler aklına koymak suretiyle olumlu, engelleri ortadan kal-

dürmek suretiyle olumsuz. Bunun üzerine esas sözleşmenin meydana gelmesi, tellâlin hizmeti olarak addedilebilir (Reichel, Mäklerprovision 129; BGE 21 1242 Vd., 36² 531). Üçüncü kişinin sözleşme kurulmasına, hazır olmasına, tellâlin etkisinin neden olması yeter (BL HE 14 38); Fakat üçüncü kişinin kararı, münhasıran tellâlin çalışması sonucu olması gerekli değildir (Reichel, Mäklerprovision 160). Keza illiyetin doğrudan doğruya olması da zorunlu değildir. Aracı tarafından başlatılmış müzakerelerin kesilmesi, psikolojik illiyet mevcut olmak şartıyla, tellâla zarar vermez (BGE 36² 14 Vd.).

9 Buna göre aracı tellâlin bilerek şuurlu bir etkisi gereklidir (Bern JZ 11 245 Nr. 194 = ZBJV 50 608). Sözleşme, tellâlin gönderdiği kişi ile değil de, aksine o kişi tarafından tesadüfen akit yapma imkânı hakkında dikkati çekilen üçüncü kişi ile meydana gelirse, bilerek tesirli olma hali yoktur (BLZÜ R 3 50 Vd. Nr. 33). Bu unsur tellâl tarafından aracılık edilen işlemlerden sonra, onun karışma ve etkisi olmadan yeni işlemler yapıldığı takdirde de noksandır ve bu nedenle tellâl bu işlemler için ücretten yararlanamaz, meğer ki bunlar ilkinki ile iktisaden birlik teşkil etsin ve bunların kurulması daha önce tellâlin çalışmasında düşünülmüş ve yapılması tasarlanmış olsun (BLZÜ R 17 66 Vd. Nr. 30).

10 İlliyeti ispat borcu tellâla düşer (BGE 40² 531). Fakat tellâl elverişli bir çalışma gösterdikten sonra, müvekkil tellâli katmaksızın sözleşmeyi kendisi yaparsa, tellâlin faaliyetinin yararlı olduğuna dair fiili bir karine vardır (BGE 20 1142 E 6).

11 **4 — Tellâlin çalışmasının yasaya uygunluğu :** Tellâlin çalışması kınanabilir bir çalışma olmamalıdır. Şu halde bağlılık (sadakat) borcu ihlâl edilmemek gerekir (karş. md. 412 Nr. 17 ve md. 415 deki açıklamalar). Tellâl mal satışı amacına tamamen ulaşılmasını kötü niyetle başarısızlığa uğratar ve bu nedenle, bu amaç kısmen elde edilirse, ücretini istemek hakkını tamamen kaybeder (Reichel, Mäklerprovision 133 Vd.). Keza müvekkilin zararına başka surette çalışırsa da aynı şekilde ücret isteyemez. Örneğin, değersiz kıymetli evrakı ödeme yerine kabul etmek için müvekkilini teşvik ederse (BLZÜ R 3 69 Nr. 43), veya tellâl esas sözleşmeyi tahakkuk ettirmek için ahlaka aykırı vasıta kullanırsa böyledir (Freibier zur scheinbaren Erhöhung der Frequenz einer Wirtschaft, Reichel, a.g.e. 257). Bazı durumlarda ihlâl edilmesi başka taraftan akdi yükümlülükleri gerektiren esas sözleşme kurulması da buraya

girer : Özellikle, ilgili akdi borçların ihlâli ahlâk ve adaba aykırı olursa (karş. Reichel, a.g.e. 253; Bge 44² 499; BGE 35² 66 çok daha ileri gidiyor).

II — Ücret Ve Giderler Hakkında Özel Taahhütler

12 Tellâlin giderler karşılığını tellâllık ücretinde arama zorunluğu ve tellâllık ücretinin, çalışması sonucu sözleşmenin tahakkuk etmesine bağlı olduğu kuralı tamamlayıcı hukuktur. Taraflar başka bir düzenleme yapabilirler. Böyle bir düzenleme, Örneğin, ücret için «mutlaka» ödeneceği hususunda anlaşılmışsa mevcuttur ve bu durumda esas sözleşme tellâlin herhangi bir çalışması olmaksızın meydana geldiği zaman dahi ücret verilmelidir. Buna rağmen tereddüt halinde, tellâlin hiç olmazsa o iş için gayret sarfetmesi mecburiyeti kabul edilmelidir (BL HE 302 Eigenmann 81). Esas sözleşme hiç tahakkuk etmezse de ücret ödeneceği kararlaştırılabilir. Tereddüt halinde böyle anlaşmalar dar yorumlanmalıdır. Çünkü bunlar tellâllık sözleşmesinin amacına daha az uygundur (karş. Pra 9 v.d. Nr. 3). Fakat kanımca böyle anlaşmaları bir bağışlama olarak kabul etmek doğru değildir (aynı görüş, Reichel, 226 ve benzer Pra 7 9 Nr. 3). Çünkü nede olsa tellâlin gayret göstermesi şart kılınmıştır ki, bu suretle bağışlama iradesi var olamaz : Bu nedenle bağışlama taahhüdünün şekil koşulu zorunlu değildir.

13 Yasa giderler bakımından bir yorum kuralı koymaktadır : Giderlerin ödenmesi kabul edilmişse, sözleşme meydana gelmesi dahi giderler ödenmelidir. Fakat giderlerin ödenmesi taahhüt edilmemiş ise, bu takdirde gider karşılığı hiç bir suretle ödenmez (hatta vekâlet sözleşmesi prensiplerine göre de olmaz. (karş. Waadt, JZ 21 376 Nr. 310). Giderleri isteyen tellâl, gider ödenmesi için yapılan anlaşmayı, giderler miktarını ve bunların işle olan illiyetini ve makul olduğunu ispatla yükümlüdür. Giderlerin verileceği taahhüdü, ses çıkarmaksızın zımnen de vukubulabilir: Örneğin, gider için avans vermek suretiyle.

Madde 414 (BK. 406)

III — Tespiti

Ücret miktarı tespit edilmemişse, varsa tarife uygulanır ve tarife mevcut değilse mutata olan ücret mukavele edilmiş sayılır.

Dayanaklar : Exp. Komm. 1475 c; E 09 1475 c; BGB 653².

I — GENEL OLARAK

- 1 Prensip itibariyle tellâllik sözleşmesi ücretli bir sözleşmedir. Fakat satım ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi, tarafların karşılığın miktarını tayin etmeleri gerekli değildir. Daha ziyade taraflarca, tellâln ediminin ücretli telâkki edilmesi yeterlidir. Hâl ve şartlara göre, tellâln edimi yalnız ücret karşılığında beklenebilirse, bu şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir; Şu hâlde her şeyden önce, tellâllik işlerini esas veya yardımcı meslek olarak yapan bir kimsenin kullanılması söz konusu olduğu durumda.

II — TELLÂLLİK ÜCRETİNİN MİKTARI

- 2 **1 — Sözleşme :** Bunun yorumu hakkında genel prensipler uygulanır. Özellikle bu yolla, tarafların iradesi gereğince kararlaştırılan ücretin hangi hâllerde uygulanması icap ettiği belirlenmek gerekir. Bir olayda, dünya savaşından önce anlaşmaya varılan sürekli bir ücretin, savaş tehlikelerinin sigorta ettirilmesinde uygulama olanağı olmadığına karar verildi. Çünkü burada sözleşmenin kurulması sırasında asla hesaba katılması mümkün olmayan şartlar söz konusu olmaktadır (Baselstadt, JZ 14 123 Nr. 93). Yasanın lafzı gereğince, sözleşme daima tarife'den önce gelir: Yasanın açıkca tarifelerin tamamlayıcı hukuk olarak tezahür ettiği hâlleri gözönünde bulundurduğu anlaşılıyor. OR. md. 418 / BK. 409 gereğince, iş bulmaya aracılıkta mümkün olduğu gibi, bir tarife mutlak olarak tarafları bağlayıcı karaktere sahipse, tabiatıyla tarife uygulanır.
- 3 **2 — Tarifeler :** Bundan ücreti tespit eden idarî makamların çıkardığı yönetmelikler anlaşılır. Bir tellâllar derneğince çıkarılan tarifeler ancak zımnen sözleşme eki yapıldığı takdirde hukuken önemi haizdir. Derneklerin tarifeleri hukukî manada tarife değildir (aksi görüş Fick, md. 414 açıkl. 9).
- 3 — Mutat Ücret :** Bundan kastedilen, tellâln iş merkezinin bulunduğu yerdeki mutat ücrettir (Bern ZB JV 36 269; J. Eigenmann 95 Vd.). Bir teamülün varlığı ispat edilemezse, hâkim, teamüle ait delil bulunmadığından dolayı talebi reddetmek yetkili değildir (BGE 20 1143; J. Eigenmann 98; Fick md. 414 Nr. 28; keza Kober, bei Staudinger Komm. 653 açıkl. 5 lit. e). Burada hakim başka iş sahalarında benzer hâl ve şartlar veya başka yerlerde aynı nitelikteki ilişkiler için uygulanan ücret-

leri gözönünde tutmaya zorunlu olup, sadece harcanan çalışma ve zahmete dayanmaya yetkili değildir (aynı BLZÜ R 12 19 Nr. 12). Çünkü âksi hâlde tellâllık ücretinin emeğin değil, başarı ve neticenin karşılığı olduğuna ilişkin özelliği tanınmamış olabilir. Arazi alış-verişlerinde % 1-2 oranında ücretler mutattır (Zürich de % 1, JZ 2 178 Nr. 846; Solothurn da % 1, JZ 22 360 Nr. 306; St. Gallen de keza aynı).

- 5 4 — **Yüzde Nisbeti**: Tellâllık ücreti yüzde ile hesaplandığı için müvekkilin elde ettiği edimin değeri önemlidir. Çünkü müvekkil buna ulaşmak için bir tellâlı kullanmıştır. Esas sözleşmede edim para ile ifade edilmişse bu para miktarı esas alınmalıdır. Hatta sonradan bu para ediminin yerine aynen eda geçse bile (karş. BLZÜ R 6 177 Nr. 111). Edim para ile belirlenmemiş ise, değeri takdir edilmelidir. Bununla birlikte karşı edim bir para borcu ise, genel olarak bunun üçüncü kişinin aynen ifasının değerine uygun olduğundan hareket edilebilir. Buna göre trampada müvekkil tarafından trampa edilen malın değeri ücrete esas olur. Bir iştirah hakkının müvekkilce iktisabında ücret, bunun için ödenecek meblâğa göre hesaplanmak gerekir (BLZÜ R 17 306 Nr. 167).

Madde 415 (BK. 407)

III — HAKKIN DÜŞMESİ

Tellâl, sözleşmeye aykırı şekilde diğer taraf lehine hareket ederse veya objektif iyi niyet kuralları hilâfına karşı âkiten ücret taahhüt ettirirse, müvekkilinden ne ücret ne de giderler için bir karşılık talep edebilir.

Dayanaklar: Exp. Komm. 1475 d.; E 09 1475 d.; BGB 654.

I — KOŞULLARI

- 1 1 — Sözleşmeye aykırı eylemler genel sözleşme hukukuna göre, müvekkile tazminat isteme hakkını verir. Müvekkilin haklarının ihlâlinde, genel olarak veya ekseriya, boşa çıkarılan şansların değerlendirilmesi söz konusu olduğundan, zararın takdir ve tahmini zordur ve daima güvenilir şekilde yapılamaz. Bunun için yasakoyucu, tazminat isteme hakkına mâni olmaksızın özellikle ağırlaştırıcı durumların mevcudiyetinde ücret ve giderlerin ödenmesini isteme hakkının, tamamen düşeceğini kabul etmek suretiyle müvekkilin durumunu teminat altına alma yolunu üstün tutmuştur.

- 2 — 2 — Yasanın, hakkın düşmesi sonucunu bağladığı ağırlaştırıcı durumlar, sözleşmenin zıddına çalışma yapma ve objektif iyi niyet kurallarına karşı olarak diğer âkidin ücret vaadini kabul etmedir: Tellâl, müvekkilin arkasında onun çıkarlarına aykırı bir çalışmasından kendisine yarar sağlarsa böyledir (karş. md. 412 açıkl. Nr. 17; Bundan başka fakat biraz genel olarak, Genf, JZ 22 330 Nr. 271). Keza bu madde hükümünden dolayı kaçınmak da tellâln haklarının hükümsüzlüğününe neden olur: Tellâl, karşı âkidin işine ortak olur veya karşı tellâln ücretinden faydalanırsa böyledir (BGE 34² 47). Fakat her zaman ağır bir durum söz konusu olmalıdır: Önemsiz borç ihaleleri ücret hakkının kaybı ile cezalandırılmamalıdır. OR. md. 83 / BK. 82 gereğince edimin ifasından imtine etmedeki gibi ayırık bir yasa hükmü söz konusu olduğundan, önemsiz sözleşme ihlâli için bu hükmün uygulanması haklı olamaz (karş. Heymann, a.g.e. 427, açıkl. 124 ve md. 82 Nr. 1 ilişkin düşünceler).

II — SONUÇLAR

- 3 — 1 — Hakkın kaybedilmesi yasal bir hukukî sonuçtur, yalnız bir def'i üzerine değil, resen (görevden ötürü) gözönüne alınır. Bununla birlikte müvekkil buna rağmen isteği kabul edebilir. Tellâln hatalı hareketini bilmesi koşulu ile, müvekkilin ücreti ödemesinde bir kabul mevcuttur. Nevarki bilmeme hâline dayanma, müvekkilin ihmalinin büyüklüğü dolayısıyla, ZGB md. 3¹¹ / MK. 3¹¹ gereğince caiz değilse, bilmek zorunluğu bilmeye eşittir. Mevcut hâl ve şartlara göre, ödemede hakkın düşmesinin sonuçlarını ileri sürmeden bir vazgeçme söz konusu edilemezse, ödeme geri istenebilir.
- 4 — 2 — Karşı taraf ile eskiden mevcut ilişkileri nedeniyle, müvekkil ile bir çıkar çatışmasına düşebilecek olan tellâl, ücret isteme hakkını kaybetmemek için, vekâleti kabul etmeden önce müvekkili durumdan haberdar etmeğe mecburdur. İlk defa sonradan bir çıkar çatışması meydana gelirse: Örneğin, mirasla, aynı şekilde hareket edilmek gerekir (karş. Bern, JZ 2 92 Nr. 454).

Madde 416 (BK. 408)

IV — EVLENME ARACILIĞI

Evlenme aracılığından, dava edilebilen bir tellâllık ücreti talep hakkı meydana gelmez.

Dayanaklar: Sten bull Str. 1910 226 Art. 1475 d bis.; HGB 456

I — GENEL OLARAK

- 1 Her ne kadar çok ince bir hisse aykırı ise de, ücret karşılığında evlenme aracılığı, esasında gayri ahlâkî addedilemez (Gierke, Deutsches Privatrecht 3 717). Bu nedenle burada bir borç, bir yükümlülük meydana gelir. Fakat Alman BGB modeli gereğince, şahsî mes'uliyet hariç tutulmuştur ve bu nedenden işlem dava edilemez olarak kabul edilmiştir. Tabii bir borç vardır, ödenebilir fakat zorlayıcı biçimde dermayan edilemez : Şu halde takas veya bir kambiyo senedi düzenleme suretiyle de ileri sürülemez. Burada durum tamamiyle aynen kumar ve bahisteki gibidir (karş. bu hususta Schwerin, Schuld und Haftung 35).

II — DAVA EDİLMEZLİĞİN KAPSAMI

- 2 Dava edilememe, sadece tellâllık ücretine taalluk eder. Fakat karşılığı tellâllık ücreti olan giderler de dava edilemez : Şu hâlde ödenmesi taahhüt edilmeyen bütün giderler buraya girer.

Madde 417 (BK. 409)

V — ÜCRETİ İNDİRME

Hizmet veya taşınmaz satımı sözleşmeleri kurma fırsatını göstermek veya bunların kurulmasına aracılık etmek için fahiş bir tellâllık ücreti kararlaştırılmışsa, borçlunun isteği üzerine bunu hâkim makûl (emsal) bir miktara indirebilir.

Dayanaklar : Exp. Komm. 10. III. 1909 2 ve Mad. 1475 e; E 09 1475 e; BGB 655.

I — GENEL OLARAK

- 1 Cezaî şartta olduğu gibi aynı sebeplerden dolayı bir indirme söz konusudur. Tellâllık çalışması, yalnız hizmet sözleşmesi veya taşınmaz satımına ilişkin olduğu hâllerde indirme caizdir. Şu hâlde bu madde ödünç, taşınmaz kirası, sigorta sözleşmelerine ve borsadaki satım veya ödünç işlemlerine aracılıkta uygulanmaz. Özel ekonomik hayatın hürriyetine bir tecavüz söz konusu olduğundan, indirmeye ancak önemli bir kamu yararı varsa ve büyük ve vahim kötüye kullanma görülüyorsa yer verilmelidir. Bu yüzden indirme, iş aracılığında hizmetle yükümlü olanın (gerçi yalnız eşitlik nedenlerinden ötürü iş veren ayrık tutulmamıştır) ve taşınmaz alım ve sa-

tımında sıkışık durumda olan taşınmaz sahibinin himayesi ve fakat aynı zamanda mal fiyatlarının ölçsüz derecede tellâllık ücretleri dolayısıyla çok yükseltilmemesi için iktisap edenlerin korunması amacı ile haklı olur.

II — KOŞULLARI

- 2 Edim ve karşı edim arasında bir oransızlık bulunması zorunludur. Fakat tellâllık sözleşmesinin baht ve tesadüfe bağlı karakteri dolayısıyla, tellâln olayda göstermiş olduğu çalışmanın, kararlaştırılmış ücrete orantısını esas almak doğru olmaz: Tellâln uygun tesadüfler dolayısıyla az çalışma ile iyi bir sonuca ulaşması, bir indirme sebebi yapılmamalıdır (değişik BGE 20 1143; BL HE 14 37 ve Oser, Konm. 417 açıkl. 2 lit. b). Esas olan, tellâln ediminin değerinin, ifa yerindeki mutad ücrete olan nisbetidir. Tarafların kabul ettikleri tellâllık ücreti mahallî teamül ücretini önemli ölçüde, bunun için yeter nedenler olmaksızın, geçiyorsa, o takdirde indirmeye yer verilmelidir. Tellâllık ücreti, kazancın bir payından ibaret olsa bile indirme caizdir (aynı Züriç. BLZÜ R 18 273 Nr. 140 E 3; Aksi Solothurn JZ 19 153 Nr. 120). İndirmede tellâln görevinin yalnız sözleşme kurma fırsatını gösterme veya bir sözleşmeye aracılık olup olmadığı gözönünde tutulur; Yüksek ücretin, tellâlı özellikle yorucu bir çalışma yapmaya teşvik ederek maksada acele ulaşmak için istenip istenmediği de önemlidir.

Madde 418 (BK. ...)

C. KANTON HUKUKUNUN SAKLILIK KOŞULU

Kantonların, borsa tellâlı, sensal ve iş (yeri) aracısının borçları hakkında hususi hükümler koymak hakkı saklıdır.

Dayanaklar: aOR 405; E 05 1461; E 09 1475 Vd.

Bibliyografya: W. Speiser, La Bourse de Bâle, Basel 1892; Rudolf, Das Recht der Börsenagenten in Frankreich und der Schweiz, Zürcher Diss, 1913; H. Koehler, in Reichesberger Handwörter - buch der Volkswirtschaft, Artikel Börsenwesen.

Genel olarak

- 1 418. maddedeki saklılık koşulu, hem kamu hukuku hem hususi hukuk alanındaki düzenlemelerle ilgili bulunmaktadır.

Kamu hukuku yönünden böyle bir kayıt gerekli değildir. Çünkü ZGB. md. 6 gereğince kantonların yetkisi genel olarak mevcut bulunmaktadır. Bu nedenle yargı hakimiyetine sahip olan kantonlar, örneğin avukatların çekişmeli alacağın satışına aracılık yapmaya yetkili olup olmadığını tayin edebilirler (Pra. 4 396 Nr. 164). Buna mukabil özel hukukla ilgili saklılık koşulu borsa tellâhı, sensal ve iş aracısının ilişkilerine münhasırdır. Ancak bu ilişkilerin düzenlenmesi konusunda kantonlar muhtardır (B ger in JZ 5 8 Nr. 8). Ve kanton mevzuatı Borçlar Kanunu hukuk normlarından önce gelir (BGE 441 89).



(1) Almanca metnideki «Börsenmäkler» = «Borsa tellâhı» ve «Sensal» kelimelerinin eş anlamda olduğu ifade edilmiştir (Karş. Gautschi, Georg, Obligationen - Recht, 2.Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 407-425, Bern 1964, Art. 418, Açıkl. 1). A. Suad Dura.

ARSA PAYI KARŞILIĞI BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLE BİÇİMİ

(I)

Bilâl KARTAL (*)

PLÂN : BİRİNCİ BÖLÜM : Giriş. I — Sözleşmenin tanımı. II — Sözleşmenin unsurları. 1 — İş sahibinin arsa paylarının devrini yüklenmesi. 2 — Yüklenicinin kat yapımını yüklenmesi. 3 — İş sahibi ile yüklenicinin anlaşması. **İKİNCİ BÖLÜM :** Sözleşmenin düzenlendiği çeşitler. 1 — Belli arsa paylarının yükleniciye devri. 2 — Arsanın tamamen yükleniciye devri. 3 — İnşaattaki aşamaya göre arsa paylarının devri. 4 — Bir sözleşme ile arsa paylarının satış vaadi yoluyla devrinin ve ismarlananın da inşaatı yapmayı yüklenmesi. a — Satış vaadinin mahiyeti. b — Satış vaadinin biçimi. c — Satış vaadinin hükümleri. **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM :** Sözleşmenin hukuki niteliği ve hükümleri. I — Sözleşmenin niteliği. a — Sürekli, geçici borç ilişkisi doğurması bakımından. b — Karma - iki tipli olması bakımından. II — Sözleşmenin hükümleri. 1 — Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında görüşler. a — Çeşitli tiplerin birbirini bertaraf etmesi. b — Soğurma görüşü. c — Birleştirme görüşü. d — Yaratma (kıyas) görüşü. 2 — İşin yarıda bırakılması veya yüklenicinin temerrüdü. a — Yüklenicinin yaptığı işe orantılı olarak kâr da alabilmenin gerekçeleri. b — Yüklenicinin nedensiz zenginleşme kurallarına göre talepte bulunacağını savunanların gerekçeleri. **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM :** Sözleşmenin biçimi. 1 — Yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmenin biçimi. a — Genel olarak. b — Kapsam ve hükümleri. c — Yargıtay'ın 24.4.1978 gün ve 1978/3-4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı. 2 — Yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenen arsa paylarının devrine ilişkin sözleşmenin biçim ve hükümleri. **BEŞİNCİ BÖLÜM :** Biçime uyulmasının sonuçları. S o n u ç .

GİRİŞ

Ülke nüfusunun hızla artması, köydeki iş olanaklarının sınırlı kalması sonucu köyden kente nüfus akımının hızlanmasına neden olmuştur. Bu akımın sonunda, pekçok sorunla birlikte önemli ölçüde konut gereksinmesi açık bir şekilde kendini göstermiştir.

Kent nüfusunun artışı, iş alanlarının genişlemesi ve gelişmesi zorunluğunu doğurmuş, bununda sonucu olarak kentin belli böl-

(*) Yargıtay 14.HD. Tetkik Hâkimi.

gelerinde yerleşme ve işyeri açma gereksinmesi önplâna çıkmıştır. Bu durum, belli bölgelerde daha çok iş ve oturma yeri yapma zorunluğunu doğurmuştur. Devletin olanaklarının yetersizliği ve bu alanda verimli bir şekilde kullanılmaması nedeniyle, özel girişimler sorunu çözmeye kalkışmışlardır. Maliyetin düşürülmesi de gözönünde tutularak, ya boş arsalara, yada eskiden yapılmış tek veya çift daireli binalar yıktırılarak daha fazla kat ve daireli inşaatların yapılması yoluna gidilmiştir. Bu da arsa sahibi yönünden parayı gerektirmiştir. Parası olmayan arsa sahibi, para yerine arsasından belli payları müteahhide devretmek suretiyle karşılığında belirli dairelerin yapılması için anlaşma yoluna gitme gereğini duymuştur. Böylece hem arsa sahibi arsasını daha iyi değerlendirerek bir daire veya oturacak ev yerine, fazla daire almış olmakda, hemde para ödemededen arsasından belli paylara karşılık bu sonucu elde etmiş olmaktadır.

Böyle bir sözleşme yüklenici için de yarar sağlamaktadır. Bir taraftan yeni iş yapma olanağı doğmakta, diğer taraftan da iş sahibinden inşaata karşılık aldığı arsa paylarını satarak tüm inşaatı tamamlamakta ve kâr sağlamaktadır. Böylece heriki tarafta ortaya bir para koymamaktadır. İş sahibi arsasını, yüklenici de girişimci gücünü koymaktadır. İnşaatta yüklenicinin iş sahibinden aldığı arsa paylarının üçüncü kişilere satılması sonucu sağlanan para ile tamamlanmaktadır.

Sözleşme konusunun bu çekiciliği nedeniyledir ki, son onbeş yıldan bu yana konu büyük bir gelişme göstermiştir. Son birkaç yıldan bu yana görülen durgunluğun nedeni, ülke ekonomisinin içinde bulunduğu darboğazlar ve inşaat sektöründeki maliyet yüksekliklerinin bir sonucudur. Ancak konut sorununa duyulan aşırı gereksinme, nedeniyle bu durgunluk uzun süre devam edemeyecektir.

İşte bu ekonomik ve sosyal gereksinmelerin bir sonucu olarak gerek teoride (1) ve gerekse yargı kararlarında (2), Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi adı verilen bu sözleşme türü ortaya çıkmıştır. Uygulamada bu sözleşmenin, «İnşaat sözleşmesi», «Kat yapımı sözleşmesi», «Taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi» gibi isimler altında düzenlendiğini görmekteyiz. Sözleşmedeki bu isim

-
- (1) Sungurbey İsmet : Medeni Hukuk Sorunları; İst. 1980, s. 457, Karahasan, M. Reşit : İnşaat İmar İhale Hukuku; Ank. 1979, s. 300.
 - (2) Örnek olarak. 15.HD.nin 26.4.1978 gün ve 978/188-892, Karahasan, a.g.e., s. 302, 27.1.1981 gün ve 981/1739-2078 ve HGK.nun 29.1.1982 gün ve E. 980/15-2467, K. 982/62 (yayımlanmamıştır).

farklılıklarına karşın amaçları aynıdır. Bu da iş sahibinin arsasına yüklenicinin, iş sahibinden alacağı belli arsa paylarına karşılık bir bütünlük arzeden binayı ve dolayısıyla bağımsız bölümleri yapıp teslim etmesidir.

Sözleşmenin adı ve kapsamı, hukukumuzdaki sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu niteliği itibarıyla, yürürlükteki hukuk kuralları ile de çelişmemektedir. Ancak sözleşmenin uygulamada sorunlar yaratmasının nedeni, ilerde de açıklanacağı üzere ayrı biçim koşullarına ve hukuk kurallarına bağlı olan eser sözleşmesi (inşaatın yapılması) ile taşınmaz mülkiyetinin devri (arsa paylarının yükleniciye temliki) sözleşmelerinin bir arada ve birbirine bağımlı olarak yapılmasında kaynaklanmaktadır.

Bunun içindir ki, incelememizde sözleşmenin yapısındaki özellik nedeniyle teori ve uygulamada başvurulan çözüm yollarını açıklarken, yeri geldikçe düşüncelerimizde belirtmeye çalıştık. Bugün yerleşmiş gibi görünen uygulamaya karşın, konunun getirdiği tüm sorunların çözümlendiği kabul edilemez.

BİRİNCİ BÖLÜM

I — SÖZLEŞMENİN TANIMI

Arsa karşılığı kat yapımı sözleşmesi BK.nda düzenlenen ve iş görme akidlerinden olan bir eser sözleşmesidir. Bu sözleşme, BK.nun 355. maddesinde «... bir akiddirki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.» şeklinde tanımlanmıştır. Buna bağlı kalınarak konumuz olan sözleşmeyi; onunla bir taraf, diğer tarafın arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümlerin inşaa edilerek bütünlük arzeden binanın yapılmasına yönelik anlaşma olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımdan çıkarılan unsurları inceledikten sonra, sözleşmenin yapısına uygun olan adının da ne olması gerektiğini belirteceğiz.

II — SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

1 — İş Sahibinin Arsa Paylarının Devrini Yüklenmesi

Eser sözleşmesinde ücret, sözleşmenin önemli bir ölçütüdür. Yapılan işin karşılığında ücret ödenmesi kararlaştırılmamış veya

işin niteliği itibariyle ücret ödenmeyebiliyorsa, bu bir eser sözleşmesi olamaz. Vekalet sözleşmesi veya bağışlama olabilir. Ücret BK.nun 355. maddesinde «semen» sözcüğü ile ifade edilmiştir.

Ücretin mutlaka para olması şart değildir. Arsa karşılığı kat yapımı sözleşmesinde ücret, para yerine yükleniciye devredilecek arsa paylarıdır. Bir tür aynı ifa söz konusu olmaktadır. Ayrıca sözleşme ile yükleniciye devri öngörülen arsanın tamamı değil, arsadaki belli paylardır. Bu nedenle sözleşmedeki «arsa» sözcüğü yerine «arsa payı» sözcüklerini kullanmak daha doğru olacaktır.

Sözleşme ile ücrete karşılık olarak verilen arsa, bir taşınmaz parçasıdır. Başka bir deyimle, kapalı bir çizgi ile sınırları belli edilen toprak kesimidir.

Taşınmaz malların nitelik ve mülkiyetini düzenleyen Medeni Kanunda ve diğer ilgili yasalarda arsanın tanımı yapılmamıştır. Arsayı, köy ve kasaba içinde olup üzerinde bina, ağaç olmayan genişçe toprak parçası olarak tanımlayabiliriz (3). 1319 sayılı Emlâk Vergisi Yasasının 1610 sayılı Yasa ile değişik 12. maddesinde «Belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır.» «Belediye sınırları içinde veya dışında bulunan parsellenmemiş araziden hangilerinin bu kanuna göre arsa sayılacağı Bakanlar Kurulu kararı ile belli edilir.» hükmü yer almıştır. Buna göre, yasal olarak bir arazi parçasının arsa sayılabilmesi için, ya belediye sınırları içinde ve belediyece parsellenmiş olması gerekecek eğer bu nitelikleri taşııyorsa, Bakanlar Kurulunca arsa olduğuna karar verilmiş olacaktır. Bu güne değin Bakanlar Kurulu'nun konu ile ilgili olarak 19.8.1972 gün ve 7/4897, 16.5.1974 gün ve 7/8258 ve 26.5.1976 gün ve 7/12074 sayılı kararları yayımlanmıştır.

Bu tanım ve ayırımdan hareketle, bir arazi parçasının kat yapım sözleşmesine konu olabilmesi ve ücret yerine kabul edilebilmesi için arsa niteliğinde olması koşulu akla gelebilir. Halbuki arzın, teoride ve yasadaki tanıma uygun bir yer olması şart değildir. İnşaatın yapılacağı yer üzerinde yıkılması öngörülen bir yapı da bulunabilir. Hatta tapulu olmasıda şart değildir. Sözleşmede belirtilen ve taraflarca üzerinde anlaşılan amacın gerçekleşmesine hukuken ve fiilen elverişli bulunması yeterlidir. Örneğin, sözleşme ile birden fazla katlı binanın yapılması öngörülmüş işe, bunun zımmat mevzuatına aykırı bulunmaması, yerde işyeri veya mesken yapılmasının yasaklanmamış olması gerekir. Yargıtay bir kararın-

(3) Türk Hukuk Ansiklopedisi : Ali H. Berki, s. 1309.

da (4), İmar Yasası uyarınca sözleşme konusu parselde inşaat yapımına izin verilemeyeceğine göre, sözleşme konusunun yerine getirilme olanaksızlığı doğduğunu, artık tarafların sözleşmeye dayanarak istemde bulunamayacaklarını belirtmiştir. Buna karşın sözleşme ile varılması istenen hedef, yerde kat mülkiyetinin kurulmasıdır. Başka bir ifade ile, sözleşmede öngörülen kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulması değil, fakat yerde bu tür bir mülkiyet hakkı tesis edilemezse, sözleşme tarafların iradelerine uygun olarak ifa edilmiş olmaz. Ancak yerde bu mülkiyet hakları kurulmadanda yüklenici adına arsa paylarının tesciline karar verilebilmektedir (5). Böylece sözleşmenin amacına uygun yorumlandığı ifade edilmektedir.

Aslında yüklenicinin arsa üzerinde yapacağı inşaatın bedeli olarak yalnızca kuru bir arsa payına sahip olmayı amaçladığı kabul edilemez. Yerde henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış olmasına karşın kararlar, yüklenicinin korunması için ileriye bir adım daha atılmış olmaktadır. Böylece yüklenici, MK.nun ayrılmaz parça (mütemmim Cüzü) ilkesi gereğince ilerde arsa paylarına özgülenen bağımsız bölümlerin sahibi olacaktır.

Sözleşme konusu taşınmaz üzerinde takyid varsa, sözleşme geçerli olmakla birlikte ifa olanağı bulunamayacaktır. Tapu kaydı üzerinde 4753 ve 755 sayılı yasalarda belirtilen şerh varsa, yasalar-daki takyid süresi bitmeden sözleşmenin ifa olanağı yoktur (6).

2 — Yüklenicinin Kat Yapımını Yüklenmesi

Konumuz olan sözleşmede «kat yapımı» unsuru, eser sözleşmesinde «bir şey imal etmek» sözcükleri ile ifade edilmiştir.

Yasalarımızda kat'ın tanımı yapılmamıştır. 6785 sayılı İmar Yasasının 1. maddesinde yapının tanımı verilmiş ve bunun, «... karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişikliklerine ve tamirlerine, sabit ve müteharrik tesisler...» olduğu belirtilmiştir.

Kat; bir apartmanda, bir binada, iki döşeme arasında yer alan aynı düzeydeki dairelerin veya odaların tümü olarak tanımlana-

-
- (4) Yargıtay 15.HD.nin 14.6.1979 gün ve 979/979-1468 (YKD. C. 6, Sayı: 2, s. 260).
 (5) Yargıtay 14.HD.nin 8.4.1980 gün ve 980/844-1970 ile aynı dairenin 7.5.1981 gün ve 981/2913-3223 sayılı kararı.
 (6) Yargıtay 14.HD.nin 27.1.1981 gün ve 980/6426 E., 981/537 K.

bilir (7). Adı «Kat Mülkiyeti Kanunu» olan 634 sayılı Yasada da kat'ın tanımı yer almamıştır Yasanın 2. maddesinde; «... anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup; bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm... bu bölüme sahip olanlara da kat maliki...» deneceği belirtilmiştir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kat a bağımsız bölüm niteliği tanınmamıştır.

Bu tanım ve değerlendirmelerden hareket edilirse, sözleşmeye konu olan ve müteahhit tarafından yapımı yüklenilen kısımların kat değil, daire, dükkân gibi arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler olduğunu kabul etmek gerekir. Bu cümleden olarak sözleşmedeki «kat» yerine «bağımsız bölüm» sözcüklerini kullanmak daha doğru olacaktır. Çünkü Kat Mülkiyeti Yasasında birim, kat değil, daire veya dükkân gibi bağımsız bölümlerdir. Tabii ki, bir katta bulunan birden fazla bağımsız bölümün arsa paylarına karşılık olarak yapılması sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu halde iş sahibi aynı katta birden fazla bölümün sahibi olur.

Ayrıca sözleşme ile istenen amaç, yalnız iş sahibine ait bölümlere ilişkin dairelerin yapılması değil, yüklenicinin ücretine karşılık aldığı arsa paylarına bağlı bölümlerinde tamamlanıp bütünlük taşıyan anayapının ortaya çıkarılmasıdır. Yine bağımsız bölümlerin kat durumu ve sayı olarak sözleşmede öngörülen paylaştırmaya göre gerçekleşebilmesi için, inşaatın yapıldığı yer itibariyle imar mevzuatının uygun bulunması gerekir. Örneğin, sözleşme ile kararlaştırılan kat veya daire sayısının yapılmasına imar mevzuatı izin vermiyorsa, tam veya kısmi imkânsızlık sözkonusu olabilir.

Böylece sözleşmenin iki unsurunun açıklanmasından sonra varılan sonuca göre, «Arsa Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi» adının «Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapımı Sözleşmesi» olarak düzeltilmesinin daha doğru olacağı kanısındayız. Çünkü iş sahibi yükleniciye yapacağı inşaat karşılığında arsanın tamamını değil, bağımsız bölümlere özgülenmiş veya özgülenecek belirli arsa paylarını devretmekte, yüklenici de buna karşılık iş sahibine kat veya katlar değil, daire veya dükkân gibi bağımsız bölümlerin yapımını üstlenmektedir. Tabii ki, yüklenicinin edimini yerine getirmiş olabilmesi için, bütünlük arzeden inşaatın sözleşme gereğince tamamlanması gerekir. Yoksa sadece iş sahibine verilecek bağımsız bölümlerin yapılması ile yetinilmesi uygun olmadığı gibi, çoğu kez böyle bir durum maddeten imkânsızda olabilir.

(7) Meydan Larouse. Cilt: VII, s. 66.

3 — İş Sahibi İle Yüklenicinin Anlaşması

Bir sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, sözleşmenin konusu ve koşulları üzerinde taraf iradelerinin birleşmesi gerekir. İradelerin birleşmediği durumlarda sözleşmede yok sayılır. Ayrıca iradelerin birleşmesinin kabulü için, yasada öngörülen biçim koşullarına uygun olarak açıklanmaları gerekir. Öngörülen biçimde yapılmayan sözleşme, taraflar için hak ve yükümlülükler doğurmazdır.

Yukarıda iki unsurunu belirttiğimiz arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinin, karma iki tipli bir sözleşme olduğunu görmekteyiz. Arsa paylarının devri taşınmaz mülkiyetinin satışına, bağımsız bölümlerin yapımında eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.

Taşınmaz satışı veya satışının vaadedilmesine ilişkin sözleşme, biçim koşuluna bağlı olduğu halde, eser sözleşmesinin geçerliliği biçim koşuluna bağlı değildir. MK.nun 634. maddesi, taşınmaz devrine ilişkin sözleşmelerin resmi biçimde yapılmadıkça geçerli olmayacağını, BK.nun 213. maddesi, taşınmaz satımının geçerliliği için resmi senede bağlanmasını, 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddesinde, taşınmazla ilgili işlemlerin resmi biçimde tapu muhafızları veya memurları tarafından düzenlenmesini, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60. maddesinde, noterlerin yapacakları işler arasında taşınmaz satış vaadi de belirtildikten sonra, aynı Yasanın 89. maddesinde bu tür sözleşmelerin düzenleme biçiminde yapılması gerektiği öngörülmüştür. Maddelerde de açıkça ifade edildiği gibi, aranan biçim ispat değil bir geçerlilik koşuludur. Bu biçime uygun olarak yapılmayan sözleşme, kural olarak taraflar için bağlayıcı olmayacaktır. Bu kural BK.nun 11/2. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. O halde konumuz olan sözleşmenin, arsa paylarının devrine ilişkin kısmının hukuki sonuç doğurabilmesi için resmi biçimde yapılması gerekmektedir. Resmi biçimden amaç, resmi bir makam tarafından sahip olduğu yetkiye dayanılarak ilgililerin tasaya uygun irade beyanlarına göre tanzim edilen belgenin düzenleme yöntemidir. Buna düzenleme biçimi adı verilmektedir. Düzenleme biçiminin yöntemi Noterlik Yasasının 84. maddesinde belirtilmiştir. Bu duruma göre haricen yazılıp imza onayı biçiminde düzenlenen sözleşmeler, taşınmaz satışı veya vaadi gibi işlemlerle ilgili oldukları takdirde geçerli olamayacaklardır.

Sözleşmenin inşaatın yapılmasına ilişkin bölümünün bir eser

sözleşmesi olup geçerliliğinin biçim koşuluna bağlı olmadığını belirtmiştik. Böyle bir sözleşme sözlü olarak yapılabileceği gibi, icab ve kabulün zımni şekilde olmasında mümkündür (8). Ancak taraflar sözleşmenin belli bir biçimde yapılmasını kararlaştırmışlarsa, buna uyulmadan yapılan sözleşmenin bağlayıcı olamayacağı BK.nun 16/1. maddesinde belirtilmiştir. Tabii ki, sözleşmenin geçerliliği için biçim koşulu aranmıyorsa varlığının kanıtlanması ve hükümleri HUMK.daki biçim koşuluna bağlıdır. Yargıtay bir kararında (9) sözleşmenin değeri 500 (2494 sayılı Yasa ile 5000) lira-yı geçen bir işe ilişkin olduğuna göre senetle kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir.

Konumuz olan sözleşme 2490 sayılı Yasa ile düzenlenen işlerle ilgili ise, geçerli olabilmesi için bu yasanın 25. maddesinde belirtildiği gibi noterliğe teşkil ettirilmesi gerekmektedir. Bu maddedeki teşchilden amaç, taraflara ait imzaların Noterlik Kanununun 90. maddesine göre onanması ve aynı Yasanın 108. maddesinde belirtilen sicil defterine yazılmasıdır. Yoksa sözleşmenin düzenleme biçiminde tanziminin gerektiği maddede öngörülen bir geçerlilik koşulu değildir (10).

Ayrıca her sözleşmede olduğu gibi, arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinde de, görülecek boşlukların ve ortaya çıkacak uyuşmazlıkların BK.nun 18. maddesindeki genel kural gereğince taraf iradelerinin amaçladıkları sonuca uygun olarak yorumlanması gerekir (11).

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DÜZENLENDİĞİ ÇEŞİTLER

Konumuz olan sözleşme, gerek biçim ve gerekse kapsam olarak çeşitli tiplerde düzenlenmektedir. Bu bölümde uygulamada en çok karşılaşılan birkaç tip üzerinde duracağız. Bunlar sayılı ve sınırlı olmayıp en çok karşılaşılan çeşitlerdir.

(8) Tandoğan, H. İmran Ökteme Armağan, Ank. 970, s. 324.

(9) Yargıtay 15.HD.nin 15.5.1979 gün ve 979/1080-1142.

(10) Yargıtay HGK.nun 14.1.1981 gün ve E.979/4-259, K.981/10.

(11) Yarg. 14.HD.nin 25.1.1977 gün ve E.976/6278, K.977/518 ve 8.4.1980 gün 980/844-1970 ile HGK. 6.6.1979 gün E.978/14-190, K.979/799.

1 — Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri

İş sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ilerde bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini tapuda yükleniciye devir etmektedir. Ayrıca taraflar arasında birde eser sözleşmesi düzenlenmektedir. Bu sözleşmede, inşaatın başlama - bitim süreleri, iş sahibine verilecek dairelerin nitelikleri ve diğer koşullar yer almaktadır.

Bu halde iş sahibinin haklarının güvence altına alınması için, yükleniciye devir edilen paylar üzerine arsa sahibi lehine ipotek tesis edilmektedir. Teminat ipoteği (12) olarak da isimlendirilen böyle bir güvencenin çoğu kez arsa sahibinin haklarını karşılamadığı görülmektedir. Çünkü bu halde yüklenici ipotek bedelini ödeyerek onu çözüme yoluna da baş vurabilmektedir. Konulan bu ipotek anlaşma gereğince, inşaatın ulaştığı aşamalara paralel olarak bölümler halinde kaldırılmaktadır.

Yine benzer bir durumda, iş sahibi arsa paylarını satış yoluyla yükleniciye devir etmekte, bedelini aldığını belirtmekte ve kendi adına yapılacak bağımsız bölümlerin sözleşme gereğince teslimi içinde yine lehine, iş sahibine devir edilen paylar üzerine ipotek konulmaktadır.

2 — Arsanın Tamamen Yükleniciye Devri

Arsa tapuda bütünü ile yükleniciye devir edilmektedir. Ayrıca bir eser sözleşmeside yapılmaktadır. Bu sözleşmede, yapılacak bağımsız bölümlerin bölüştürülmesi, nitelikleri ve diğer koşullar yer almaktadır. Bu durumda arsa üzerinde kat irtifakının kurulmuş olmasında gerekmemektedir. Kat irtifakı kurulmadığına göre, bağımsız bölümlere özgüleme söz konusu olamayacağından, arsanın belli bir payıda satış şeklinde gösterilerek yükleniciye devir edilmiş olabilir. Tapuda satış olarak belirtilmesine karşın gerçekte satış yoktur. Bu devir işleminin nedeni (ileti) eser sözleşmesinde belirtilen arsa payları karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesidir. Bu halde de, iş sahibi lehine yükleniciye devredilen arsa veya arsa payları üzerine ipotek konulmaktadır. Bu çeşit uygulamaya daha çok, yerde kat irtifakının kurulmadığı durumlarda ve iş sahibinin bu tür yükümlülüklerini azaltmak amacıyla baş vurulmaktadır.

(12) 14.HD.nin 17.6.1980 gün ve 980/2442-3414.

Belirtilen bu iki durumda, taşınmaz satışı ve inşaat yapımı sözkonusu olduğundan, devir işlemide tapuda yapıldığından ilk bakışta çözümü gereken bir sorun yokmuş gibi görünmektedir. Böyle bir sonuca varılabilmesi için, arsa veya arsa paylarının tes-cilinden ayrı olarak yapılan inşaat sözleşmesinin, bu tescilin nede-ni olduğunu, tapuda satış olarak belirlenen nedenin (illetin) ger-çek olmayıp, asıl illetin bağımsız bölüm yapma olduğunu, devir ile inşaat sözleşmesinin bir arada ve bütün olarak değerlendirilmes-i-nin gerektiği daima gözönünde tutulmalıdır.

3 — İnşaattaki Aşamaya Göre Arsa Paylarının Devri

İş sahibi ile yüklenici arasında düzenleme biçiminde tanzim edilen sözleşmede, hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangi-lerinin iş sahibine ait olacağı belirtilmekte, ancak bir satış veya vaadinden bahsedilmemektedir. Yine sözleşme ile iş sahibi yük-leniciye bırakılan payların inşaatın belli aşamalara ulaşması duru-munda, üçüncü kişilere satışı için vekalet vereceği taahhüdü altına girmektedir. Böyle bir sözleşme ile, satış veya vaadinden bahsedil-memiş olursa dahi, biçim koşulu gerçekleşmiş ise, tarafların söz-leşmede kullandıkları sözlere bakılmaksızın, amaçladıkları huku-ki sonuçlara göre sözleşmeyi yorumlamak suretiyle, bu sözlerin bir satış vaadi olduğunu kabul edip uyuşmazlığı çözümlenmek ge-rekir (13).

4 — Bir Sözleşme İle Arsa Paylarının Satış Vaadi Yoluyla Devrinin Ve İsmarlananın da İnşaatı Yapmayı Yüklenmesi

İş sahibi, belli arsa paylarının satışını vaadetmekte, buna kar-şılık yüklenicide, bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmekte-dir. Uygulamada en çok karşılaşılan sözleşme türüdür. Sözleşme-de, hem taşınmaz satış vaadi, hemde inşaatın yapımı öngörülmek-tedir. Tam karşılıklı yükümlülükler getiren bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Bir taraftan arsa paylarının satışı vaadedilir-ken, bir taşınmaz satış vaadi, diğer taraftan inşaatın yapımı ön-görülürken bir eser sözleşmesi sözkonusu olup ikiside bir arada tanzim edilmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve ilerdeki açıklamaları-mıza kolaylık sağlaması bakımından, satış vaadi sözleşmesinin bi-linmesinde yarar vardır.

(13) Yargıtay, 14.HD.nin 8.4.1980 gün ve 980/844-1970.

a) Satış Vaadinin Mahiyeti

Sözleşmenin mahiyeti teoride tartışmalıdır. Baskın görüş, bunun sözleşme yapma vaadi «ön akid» olduğudur (14). Yargıtay da bu görüşü benimsemiş ve içtihatlar (15) kararlılık kazanmıştır.

Buna karşı olan görüş ise (16), eski hukukta, hukuki sonuç doğurabilmesi için sözleşme konusunun belirtilmiş olması gerekli idi. Eğer konusu belirtilmeyip belirtilebilir nitelikte olursa, bu bir sözleşme kurma vaadi oluyordu. Halbuki modern hukukta, sözleşme konusunun belirli olması koşulu aranmamakda, belirtilebilir olması yeterli görülmektedir. Bundan dolayıda bir şeyin satışı vaadedilirken, bu vaad satım sözleşmesi yapmaya yönelik bir ön sözleşme olmayıp, doğrudan doğruya satım sözleşmesidir.

Satış vaadi sözleşmesinin bu niteliği, sonucu ve hükümleri bakımından önem taşımaktadır. Ön sözleşme olarak kabul edilirse, noterlerin düzenledikleri satış vaadi sözleşmelerinin ifası için ayrıca tapu sicil muhafızlıklarında buna dayalı satım sözleşmesinin düzenlenmesi gerekecektir. Çünkü noterlerin satım sözleşmesini düzenleme yetkileri yoktur. Noterler sözleşmeyi satım olarak düzenleseler dahi, bunun satış vaadi olarak kabul edilmesi zorunludur. Ayrıca satış vaadinde bulunan asıl sözleşmeyi yapmaya yanaşmazsa, yargıçtan vaadde bulunanın asıl sözleşmeyi yapmaya zorlanması için ilk hüküm, sonrada MK.nun 642/1. maddesi gereğince mülkiyetin tanınmasını sağlayan ikinci bir hüküm alınması gerekecektir.

Satış vaadi sözleşmesinin doğrudan doğruya bir satış sözleşmesi olduğunu belirtenlere göre, noterlerde satış sözleşmesi düzenleyebileceklerdir. Noterlerde düzenlenen satış vaadi sözleşmeleri aslında bir satım sözleşmesi tanzimine gerek yoktur. Satış vaadinde bulunan bu vaadini yerine getirmesse, satım alan MK.nun 642/1. maddesi uyarınca yargıçtan mülkiyetin tanınmasını isteyebilir. Bundan önce satım sözleşmesini yapmaya zorlanması için bir hüküm almaya gerek yoktur.

(14) Elbir H.K. - Saymen F.H. : Eşya Hukuku Dersleri. Cilt. I, s. 134, Tandoğan Haluk : Özel Borç İlişkileri, s.178-179, Çenberci Mustafa : Satış Vaadi Ank. 1973, s.9, Velidedeoğlu, H.V. - Esmer G. Gayrimenkul tasarrufları, S. 452.

(15) Yarg. 14.HD. 24.11.1981, 981/5910-6806, 30.6.1981, 981/3051-4576, 24.4.1978 gün ve E.978-3-4, İBK.

(16) Sungurbey, İ. Medeni Hukuk Sorunları, İst. 1980, C. 4, s. 393, Karahasan, M.R. a.g.e., s. 391.

Uygulamada, tapu sicil muhafızlıklarında satış vaadi veya satış sözleşmelerine dayalı tescil talepleri için yeniden aynı sözleşme (17) olarak isimlendirilen yazılı belgeler imza ettirilmektedir.

Yargıtay, satış vaadi sözleşmesini bir ön akid olarak kabul etmesine karşın, vaadini yerine getirmeyen satıcıya karşı açılan tescile zorlama davası üzerine mahkemelerce MK.nun 642/1. maddesine göre mülkiyetin tanınmasına ve temliken tescile ilişkin kararlar uygun görülmektedir. Böylece satın alan önce satış vaadinde bulunanı satım sözleşmesi yerine geçecek bir hüküm almaya, sonrada tescile ilişkin ikinci bir karar alma yoluna gitmemektedir. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın teorik değerlendirmesi ile, uygulamada izlediği yol farklılık taşımaktadır.

Açıklandığı üzere, uygulamada hiçde yararı olmayan, zihinleri karıştırmaktan öteye gitmeyen satış vaadinin bir ön sözleşme olduğu düşüncesine katılmamaktayız. Eğer satış vaadi sözleşmesini, sözleşme yapma vaadi olarak kabul edersek, konusu belirsiz olan veya sözleşmede kullanılan ifadelerle göre belirlenemeyen sözleşmelerin de hukuki sonuç doğurdıklarını kabul etmek gerekecek. Halbuki, böyle bir sözleşmede tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlama olanağı bulunmayacaktır. Sözleşme konusu belirli veya belirlenebilir durumda ise, ayrıca bir satım sözleşmesine gerek kalmadan, satış vaadi sözleşmesi ile amaç elde edilmiş olacaktır. Örneğin, (A), (B)'ye mevkii, niteliği, tapu tarih ve numarası belirtilmeyen bir taşınmazın satışını vaddettiğine dair sözleşme yapsa, bunu bir ön akid olarak kabul edenlerin düşüncesine itibar edersek, bu sözleşmeye dayanılarak satım sözleşmesi yapma zorunluğu doğacaktır. Halbuki sözleşme konusu belirli olmadığı gibi, belirtilebilir durumda değildir. Eğer sözleşmede konu belirtilmişse, bu artık bir sözleşme yapma vaadi değil, doğrudan doğruya bir satım sözleşmesidir. Zaten uygulamada, satış vaadinde bulunana karşı açılan tescile zorlama davasında, mahkemelerce MK.nun 642/1. maddesi gözönünde tutularak yerin mülkiyetinin satın alan adına tescile karar verilmektedir. Görüldüğü gibi, tek bir dava ile sonuca varılmaktadır. Zaten doğru olanıda budur. Hükümle satım sözleşmesinin yapılmasına zorlama kararı verildiğini, bundan ayrı olarakda, tescil isteminin kabul edildiğini söyleyemeyiz. Talep ve hüküm aynı amaca yönelik olup, bu da satış vaadine konu olan taşınmaz mülkiyetinin satın alan adına temliken tescildir. Eğer satış vaadi sözleşmesi tescili değilse, sadece

(17) Saymen, F.H. - Elbir, a.g.e., s.188.

satım sözleşmesini yapmaya yönelik bir ön sözleşme olarak kabul edilse idi, hükümle vaadde bulunan yalnız satım sözleşmesini yapmaya zorlanacak ve buna karşın vaadde bulunan tescile yanaşmazsa, ikinci bir dava ile tescil istenebilecekti. Halbuki uygulamada böyle bir aşama sözkonusu değildir.

b) Satış Vaadinin Biçimi

Taşınmaz satış vaadi sözkonusu olunca, karşımıza biçim sorununda çıkmaktadır. Daha öncede belirttiğimiz gibi, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin, MK.nun 634, BK.nun 213, Tapu K.nun 26 ve Noterlik Kanununun 89. maddesinde belirtildiği üzere düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir.

Sözleşmeye konu taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulmuşsa; belli arsa paylarının, kurulmamışsa belli bir payın satışı vaadedilmektedir. Buradaki vadin kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kuruluşuna yönelik bir vaad olmadığını da belirtelim. Çünkü kat irtifakının kurulması idari bir işlem olup, tüm maliklerin tapu sicil muhafızlığınca düzenleyecekleri resmi sözleşme ile gerçekleşmektedir (Kat Mülkiyeti K. m. 1,12,13 ve 14).

Satış vaadi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, noterde yapılması yeterlidir. Ancak tapu memurluğunca yapılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Hatta bu durumda taraflarca gerekli belgeler sağlanmışsa, yerde kat irtifakı da sözleşme ile birlikte kurulabilecektir. Buna karşın uygulamada, tapu memurlarının işlerinin yoğun olması nedeniyle sözleşmeler noterde düzenlenmektedir.

c) Satış Vaadinin Hükümleri

Gerek yalın bir satış vaadi sözleşmesi ve gerekse konumuz olan, bağımsız bölümlerin yapımına karşılık arsa paylarının devrine ilişkin satış vaadi sözleşmeleri; iki yanlı tam borç yükleyen ve taraflar arasında hukuki sonuç doğuran, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen kişisel nitelikte borç meydana getiren sözleşmelerdendir. Bunun sonucu olarak sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözümünde BK.nun 81 ve devamı maddeleri de uygulanabilecektir. Ayrıca sözleşme ile taraflara sağlanan hakkın, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi için, tapu kütüğüne şerh konulması gerekir. Şerh yoksa, iş sahibinin yükleniciye satışını vaadettiği payların mülkiyetini üçüncü kişilere devri halinde, yüklenici iyi niyetli alıcıya karşı sözleşmeye dayanarak, tapu iptali ve tescil

davası açamayacaktır. Şerh konulmuşsa, alıcının tapu kütüğünün açıklığı karşısında hakkının üstün olduğu kabul edilmeyecektir (18). Tapu kütüğüne yazılan bu tür bir şerhle, kişisel hakka aynî bir nitelik kazandırılmamaktadır. Sözleşenler arasındaki borç ilişkisi, gene sözleşenler arasında kalmakta ve borçlu değişmemektedir. Ancak borç ilişkisinden doğan hakka aynî etkinlik kazandırılmakta ve üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilmektedir (19).

Şerhin tapu kütüğüne işlenmesi için tarafların bunu sözleşme ile kabul etmelerine gerek yoktur. Aksi belirtilmemişse yanlardan birinin (özellikle yüklenici) istemi üzerine tapu kütüğüne şerh konulur. Bu hükmün dayanağı, 2644 sayılı Tapu Kanununun 6217 sayılı Yasa ile değiştirilen 26. maddesidir (20).

İnşaatın yapımına karşılık arsa paylarının satışının vaadedilmesinden dolayı pekçok sorun bulunmakta isede, çözüm yollarını ilerdeki sayfalarda yeri geldikçe açıklamaya çalışacağız.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HÜKÜMLERİ

Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesine uygulanacak hükümler bakımından niteliğinin tesbitinde yarar vardır. Sözleşmenin mahiyeti belirlenmeden uygulanacak hükümleri isabetle saptamak olanaksızdır. Sözleşmenin niteliği itibarıyla birleşik, kendine özgü yapısı olan veya karma sözleşmelerden hangi tipe dahil olduğunun da saptanması gereklidir.

Birleşik sözleşme, birbirinden bağımsız ve ayrı tipteki sözleşmelerin varlıklarına zarar verilmeden birarada düzenlenmeleridir (21). Birinin geçerliliği diğerinin geçerli olmasına bağlıdır. Bu tip sözleşmelerde, her sözleşmenin tümü alınıp diğer bir veya birden fazla sözleşme ile birleştirilmiştir. Birleştirme ile sözleşmelerin bağımsızlıkları korunmaktadır. Her sözleşmeye kendine özgü hükümler uygulanmaktadır (22).

(18) Yargıtay 1.HD.nin 23.11.1970 gün ve 970/8660-7032; 14.HD.nin 13.4.1981 gün ve 981/2305-2658 sayılı kararları.

(19) Karahasan, M.R. Eşya Hukuku : Ank. 1977, s. 394.

(20) Daha geniş bilgi için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.2.1954 günlü genelgesi (izahname) incelenmelidir.

(21) Tandoğan H. a.g.e., s. 38.

(22) Tandoğan H. a.g.e., s. 38.

Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi olarak iki sözleşme var ise de, bunların bir arada yapılması ile iki sözleşme bağımsızlıklarını koruyamamakta ve her sözleşmeye kendine ait hükümlerin uygulanmasıyla da çözüm sağlanamamaktadır. Bu nedenle birleşik sözleşme üzerinde durmayacağız.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere gelince, bu tipe dahil sözleşmenin unsurları yasalarda düzenlenen sözleşmelerde yer almamaktadır (23). Bu da hukukumuzdaki sözleşme yapma serbestisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Konumuz olan sözleşmeyi bu tip bir sözleşme olarak da kabul edemeyiz. Çünkü eser sözleşmesi kategorisi içinde yer almakta ve eser sözleşmesindeki unsurları taşımaktadır. Ücret yerine arsa payının devri sözleşmeyi kendine özgü yapısı olan sözleşme haline dönüştürmemektedir. Bu açıklamalarımızın sonucu olarak sözleşmenin sürekli-geçici niteliği ile karma yapısı üzerinde duracağız.

1 — Sözleşmenin niteliği

a) Sürekli - Geçici Borç İlişkisi Doğurması Bakımından

Sürekli borç ilişkisini, edimin bir zamana yayılmış olarak yerine getirilmesi ve bu zaman süreci içinde yanlar arasında sözleşmeden doğan ilişkinin kurulmasında görmekteyiz. Gierke; Sürekli borç ilişkisini borcun muhtevasının bir süreye yayılmış edim borcunun teşkil ettiği ilişkiler olarak tanımlamıştır (24).

Eser sözleşmesi ve dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat yapma sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. Bu durum, sözleşmenin çözümü halinde hükümlerinin ileriye veya geriye etkili olmasında önem taşımaktadır. Sözleşmenin süreklilik taşıdığını kabul edenler, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere vergi kuralların, eser sözleşmesine de uygulanması gerektiğini (25) veya yasa koyucunun eser sözleşmesinin süreklilik niteliği taşıy bir ilişki olarak seçtiğini (26) veyahut da sözleşmenin çözümü halinde hükümlerinin ileriye etkili olabileceğini

(23) Tandoğan H. a.g.e., s. 12.

(24) Selici, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İst. 1977, s. 4.

(25) Sungurbey : a.g.e., s. 466.

(26) Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme : İst. 1975, s. 330.

ve sonuçları itibariyle süreklilik doğuran bir ilişki meydana getirdiğini (27) belirtmektedirler.

Sözleşmenin geçici borç ilişkisi doğurduğunu ileri sürenler de eser tamamlanmadan ısmarlayanın sözleşmeyi haklı olarak feshi halinde yüklenicinin ancak o zamana kadar yaptığı işin ve harca-
dığı malzemenin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alabileceğini veya (28) edim sonucunun gerçekleşmesi yaratılan eserin teslimi ile bir anda olduğundan eser sözleşmesinden doğan ilişkinin de âni edimli bir borç ilişkisi meydana getirdiği (29) ifade edilmektedir.

Yargıtay son yıllardaki kararlarında sözleşmeden dönme durumlarında sonuçlarının ileriye etkili olduğunu kabul etmekle eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımını, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul ettiği sonucuna varılabilmektedir (30).

Bazı eser sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurup-doğurmayacağı tartışma konusu olabilirse de, arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu kabul etmek gerekir. Bu sözleşmede edimler, bütünlük arzeden sonucun meydana getirilmesinden önce de bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir. Bu süreç içinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır. Eser bir bütün olarak tamamlanmadan inşaatın belli kesiminin yapılması ile, iş sahibinin yükleniciye belli bağımsız bölümlerin mülkiyetini geçirdiğini, eğer başlangıçta arsa payları yüklenici adına teşkil edilmiş ve iş sahibi lehine ipotek konulmuşsa, bu ipoteginde inşaatteki ilerleme aşamasına göre peyderpey çözüldüğünü görmekteyiz. Böylece, bu sözleşme ile bir bütünün oluşumu için edimler bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde sonucu meydana getirmeye yönelik bir şekilde ifa edilmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kategorisi içinde yer aldığı kanısını taşı-maktayız.

b) Karma - İki Tipli Olması Bakımından

Yasalarımızda karma sözleşme düzenlenmemiştir. Bu tipde, sözleşme yapma serbestisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

(26) Karahasan, M.R.: İnşaat İmar İhale Hukuku : Ank. 1979, s.269.

(28) Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku - Özel İlişkileri C. II, s. 47.

(29) Seliçi, Özer : a.g.e., s. 26.

(30) Yargıtay, 15.HD.nin 27.1.1981 gün ve 981/117-137 ve aynı Dairenin 10.5.1979 gün ve 979/629-1119 sayılı kararları.

Karma sözleşmeleri, birden fazla sözleşmelerde varlığı belirtilen unsurların yasada öngörülmemiş biçimde biraraya getirilmesiyle tanzim edilen sözleşmeler olarak tanımlayabiliriz (31). Bu sözleşme ile iki veya daha fazla sözleşmelerdeki unsurlar biraraya getirilmekte, bunlar birbiri ile kaynaştırılarak birleştirilenlerinde unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme ortaya çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi biraraya getirilerek karma bir şekilde düzenlenmektedir. Biraraya getirilen ve unsurları birleştirilen sözleşme sayısında nazara alınmış olacakki, «karma - iki tipli sözleşme» olarak nitelendirilmektedir (32). Bu nitelendirmenin doğru olduğu kanısındayız. Çünkü, arsa paylarının devrine ilişkin satım sözleşmesi ile bağımsız bölümlerin yapımına ait eser sözleşmesi olmak üzere ikisi birarada düzenlenerek herbirinin unsurlarını taşıyan karma-iki tipli bir sözleşme ortaya çıkmaktadır. İki sözleşmeden yalnız birine ait unsurların varlığı ile hukuki sonuç meydana gelmez. Eser sözleşmesine ait hüküm ve sonuçlar ile yanların istedikleri amaca ulaşamayacağı gibi, taşınmaz satışı veya vaadine dair sözleşme hükümleri ile de taraf iradelerine uygun sonuç elde edilemez. İnşaatın yapımına ilişkin bölümüne eser sözleşmesi ile ilgili hükümler, arsa paylarının devrine ait kısmında taşınmaz satımını içeren hükümler uygulanmak suretiyle uyumsuzluklar çözümlenemez. Çünkü iki sözleşme birarada yapılırken, ne bir taşınmaz alım-satımı, ne de bir eserin yani inşaatın bağımsız olarak yapımı düşünülmemiştir. Anlaşmanın bünyesinde taşıdığı iki sözleşmeden birinin hükümleri nazara alınmazsa diğeri zaten bir sonuç ifade edemeyecektir. Ne iş sahibi arsa paylarının bağımsız bölümler yapılmadan satımını öngörmüştür, ne de yüklenici arsa payları olmadan bir inşaat yapmayı kabul etmiştir.

Daha öncede belirtildiği gibi, bu iki sözleşmenin geçerliliği ayrı biçim koşuluna bağlıdır. Arsa paylarının devrine ilişkin sözleşme gerekli biçim koşuluna uygun yapılmadığı durumlarda geçersiz kabul edilirse, biçime bağlı olmayan bağımsız bölüm yapımı sözleşmesini geçerli kabul etmek, tarafların iradeleri ile öngördükleri bir sonuç yaratmak olur ki, bu da hukuk kuralları ile bağ-

(31) Tandoğan, H. : a.g.e., s. 33 ve vd.

(32) Karahasan, M.R. : a.g.e., s. 306 ve Yargıtay 15.HD.nin 4.12.1980 gün ve 980/1990-2594 sayılı kararı.

daşamaz. Bundan dolayıdır ki, Yargıtay'ın (33) inşaat yapımı için eser sözleşmesine ait hükümler, arsa paylarının devrine ilişkin kısmında satımla ilgili kuralların uygulanacağını belirten kararlarda uygunluk görmemekteyiz (34).

— DEVAM EDECEK —

(33) Yargıtay 15.HD.nin 5.12.1974 gün 974/1249-2188 ve 22.10.1976 gün ve 976/2015-3345 sayılı kararları.

(34) İki tipli sözleşmenin her tipine kendine özgü kuralların uygulanması gerektiği yönünde, bkz. Sungurbey, İ. - Kaneti : Toprakdan Kat Satışı ve Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı Sözleşmeleri, s.6-7.

İCRA HUKUKUNDA İSTİHKAK DAVASI (*)

(II)

Mustafa KAYGANACIOĞLU (**)

15 — İSTİHKAK PROSEDÜRÜ

A — Borçlunun Zilyedliği

• a — İstihkak İddiası Ve Süresi : İstihkak iddiası, haczedilen mal üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet veya rehin hakkı iddia etmesi veyahutta borçlu tarafından haczedilen malın üçüncü kişinin mülkü veya rehni olduğunu ileri sürmesidir. Haciz ister borçlu, ister üçüncü kişi huzurunda yapılmış olursa istihkak iddiasında bulunmasınlar, ister giyaplarında yapılmış olursa haczi herhangi bir yolla öğrenmiş olsunlar İİK.nun 96. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi hükmünce yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunmak zorundadırlar. Haciz sırasında istihkak iddiasında bulunurlarsa bu iddia haciz tutanağına geçirilir ve alacaklı ile borçluya bildirilir. Hacizden sonra istihkak iddiasında bulunacak olanlarda icra memuruna bir dilekçe ile başvurur veya icra tutanağına geçirilmek üzere sözlü bir beyanda bulunurlar.

Yedi günlük istihkak iddiası süresi hak düşürücü süre olduğundan mercice resen gözönünde tutulur. Yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunulmazsa artık o takipte bu iddiayı ileri sürme hakkı kaybedilmiş olur (36). Fakat bu kaybediş sadece o takip bakımındadır, başka bir takipte aynı mal için istihkak iddiasında bulunabilir.

(*) YD., Cilt: 8, Sayı: 4, Ekim - 1982'den devam.

(**) Yargıtay Onursal Üyesi.

(36) 13.HD. 5.3.1979 T. 450 E., 972 K.

(..... İlk hacizde istihkak iddiasında bulunmayan borçlu, aynı takipte aynı mal üzerine konan ikinci haciz üzerine istihkak iddiasında bulunamaz (İİK. m. 96/2).

NOT : Böyle bir durum haczin herhangi bir nedenle düşmüş olması halinde söz konusu olur.

Hacizde hazır olduğu halde istihkak iddiasında bulunmayan kişiye sonradan gereksiz yere yapılan ikinci haciz yeni bir hak, yeni bir süre sağlamaz (37).

• b — **Gıyabi Haciz, İstihkak İddiasının Tebliği Usulü : İİK.** nun 103. maddesine göre yapılacak tebliğatta istihkak iddiasına karşı ileri sürülecek itirazların üç gün içinde bildirilmesi gereği mutlaka açıklanmalıdır. Üç günlük süre verilmeden yapılan tebliğatlar geçersizdir (38).

Yine tefhim suretile yapılan tebliğatta da itirazın üç gün içinde yapılması gereği bildirilmelidir. İstihkak iddiasına karşı yapılacak itiraz üç gün içinde bildirilmezse İİK.nun 96/2. maddesi gereğince istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır. Alacaklı ve borçluyu böyle ağır bir sonuç verecek durumla karşı karşıya bırakmamak için yapılacak tebliğatta ve tefhimde itiraz süresi açıkça bildirilmelidir (39).

(37) 13.HD. 9.4.1974 T. 871 E., 816 K.

(.....Hacizde hazır bulunan borçlunun karısı istihkak iddiasında bulunmamış, yedi günlük süreyi geçirmiştir. Sonradan borçlunun, malın karısına ait olduğunu söylemesi süreyi yeniden başlatmaz.)

13.HD. 8.4.1980 T. 2030 E., 2257 K.

(..... Haciz sırasında istihkak iddia edilmiş olmasına rağmen yedi gün geçtikten sonra tekrar bir istihkak dilekçesi verilmesi, süresinde yapılan ilk istihkak iddiasını hükümsüz kılmaz.)

13.HD. 11.10.1979 T. 4596 E., 5012 K.

(..... İlk hacizde istihkak iddiasında bulunmayan kişiye sonradan gereksiz yere yapılan ikinci haciz yeni bir hak, yeni bir süre sağlamaz.)

(38) 12.HD. 12.3.1981 T. 970 E., 2432 K.

(..... Alacaklıya çıkarılan tebliğatta üç günlük mühlet verildiği yazılı olmadığı halde üç günlük sürede cevap verilmediğinden söz edilerek istihkak iddiasının kabul edilmiş sayılmasına karar verilmesi yanlıştır.)

12.HD. 5.10.1972 T. 9068 E., 9156 K.

(..... İİK.nun 96/2. maddesi gereğince icra memuru istihkak iddiasını alacaklı ve borçluya (itirazları varsa üç gün içinde bildirmeleri, sükûtları halinde iddiayı kabul etmiş sayılacakları) hususunu kaydederek tebliğ etmesi gerekir.)

12.HD. 17.3.1981 T. 1174 E., 2448 K.

(..... İstihkak iddiasının şikâyet yolu ile mercie değil, icra memurluğuna yapılması gerekir.)

12.HD. 2.2.1981 T. 8836 E., 825 K.

(..... İİK.nun 96. maddesi ıttılayı yeterli bulmamış, icra dairesinin istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığını bildirmek üzere alacaklı ve borçluya üç günlük mehil verilmesi öngörülmüştür.)

(39) 13.HD. 26.5.1977 T. 2518 E., 3005 K.

(..... İstihkak iddiasının tebliği üzerine alacaklı 96/2. maddeye göre üç gün içinde itirazda bulunmazsa iddiayı kabul etmiş sayılır.)

• c — **İstihkak İddiasından Vazgeçme Ve İddiayı Kabul** : İstihkak iddiasında bulunan bu iddiasmdan her zaman vazgeçebilir. Ancak vazgeçme sonradan istihkak müddeisi tarafından inkâr olunursa bu yönün ispatı haciz tutanağı ile mümkün olur. Haciz tutanağında istihkak iddiasından vazgeçildiğine ilişkin bir kayıt yoksa bu konuda tanık dinlenemez (40). İstihkak iddiasından vazgeçilmesi üzerine mahcuz satılarak alacaklı o mal bedelinden alacağını alır.

İstihkak iddiası alacaklı tarafından kabul edilirse haciz kalkar, iddia mülkiyete dayanıyorsa mal istihkak müddeisine teslim olunur. Eğer istihkak iddiası rehine dayanıyorsa haciz rehinli alacağı aşan bölümde devam eder.

İstihkak iddiasının kabulü iki şekilde olur. Ya haciz sırasında iddiayı alacaklı kabul eder haciz tutanağına geçerilir veya verilen üç günlük itiraz süresi içinde istihkak iddiasının gerçek olduğunu öğrenerek icra tutanağına geçirilecek bir beyanla olur. İstihkak iddiasına üç günlük mehil içinde cevap vermemek suretile de istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır (İİK. md. 96/2) (41).

• ç — **İstihkak İddiasına İtiraz Ve İtiraz Süresi** : İİK.nun 96/1. maddesinin açık hükmüne göre istihkak iddiası, haczedilen malın borçlu tarafından üçüncü kişinin mülkü veya rehni olduğunun yahut üçüncü kişi tarafından mahcuz mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı bulunduğu ileri sürülmesidir. İcra memuru bu iddiayı haciz tutanağına geçirir, borçlu ve alacaklı hazır ise itirazları olup olmadığını kendilerinden sorar. Alacaklı ve borçlu üçüncü kişinin istihkak iddiasını kabul ederlerse haciz kalkar ve mal üçüncü kişiye teslim olunur. İstihkak iddiası rehin hakkına dayandırılmış ise haciz, malın rehinli alacak tutarını aşan bölümünde devam eder. İstihkak iddiası yalnız borçlu tarafından yapılmış ise istihkak iddiasına karşı itirazı olup olmadığı sadece alacaklıdan sorulur.

96. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde, istihkak iddiasının (iki tarafa bildirileceği) yazılıdır. İcra takibinin tarafları alacaklı

(40) HGK. 9.4.1969 T. 68/780 E., 220 K.

(..... İstihkak iddiasından vazgeçildiği hususu ancak haciz tutanağı ile ispat olunabilir, tutanakta böyle bir kayıt bulunmadığına göre bu husus tanıkla ispat edilemez.)

NOT : Bu olayda iddiadan vazgeçmenin haciz sırasında olduğu anlaşılıyor.

(41) NOT : 39 numaralı dipnota bakınız.

ve borçlu olduğundan istihkak iddiası borçlu tarafından yapılırsa bile üçüncü kişiye tebliğat yapılması gerekmez. Çünkü borçlu tarafından üçüncü kişi adına yapılan istihkak iddiası aynı üçüncü kişi tarafından yapılmış gibidir (42).

Üçüncü kişi borçlunun yaptığı istihkak iddiasını red etmediği takdirde Prosedür yürütülecek ve dosya İİK.nun 97/1. maddesine göre bir karar verilmek üzere icra tetkik merciine gönderilecektir (43).

96/3. maddeye göre istihkak iddiasına karşı üç gün içinde itiraz edilebilir. Haciz sırasında alacaklı ve borçlu hazır ise itirazlarını hemen yapabilirler. İstihkak iddiasına karşı haciz sırasında itiraz yapılmak istenmez veya haciz giyapta yapılır yahutta alacaklı ve borçluya itirazları olup olmadığı sorulmamış olursa tefhim veya 103. maddeye göre yapılacak tebliğattan itibaren üç gün içinde itirazın yapılması şarttır. Aksi halde istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır.

• **d — Hacze İttılın İspatı :** Alacaklı, yedi günlük istihkak iddiası süresinin geçirildiğini, müddeinin daha önce haczi öğrendiğini iddia ettiği takdirde bu yönü kendisi kanıtlamalıdır. Kanıtlamadığı takdirde istihkak müddeisinin bildirdiği tarih hacze ittıla tarihi sayılır (44).

• **e — Tüzel Kişilerde Ve İştirâk Halindeki Terekede Hacze İttıla :** Tüzel kişilerde hacze ittıla tarihi, dava açmaya yetkili makamın ittıla günüdür (45). Tüzel kişiliğin dava açmaya yetkili ol-

(42) 13.HD. 7.7.1980 T. 3428 E., 3531 K.

(..... Borçlunun üçüncü kişi lehine yaptığı istihkak iddiasının üçüncü kişiye tebliğine gerek yoktur.)

(43) İİD. 2.3.1971 T. 2578 E., 2429 K.

(..... İcra Ve İflâs Kanununun 97/I. maddesinde sözü edilen takibin taliki veya devamı deyimi ile esas icra takibinin değil, hacedilen şeyle ilgili takip işlemlerinin ertelenmesi kasdolunmuştur. Mahcuz hakkındaki takibin durması bununla ilgili bulunmayan diğer icra işlemlerinde durmasını gerektirmez.)

(44) 13.HD. 21.3.1975 T. 2719 E., 1808 K.

13.HD. 4.2.1975 T. 784 E., 641 K.

(..... Hacze davacının daha önce muttali olduğunu ispat yükü bunu ileri süren davalı alacaklıya düşer. Aksi davalı alacaklı tarafından kanıtlanmadıkça davacının bildirdiği tarih ittıla tarihi sayılır.)

(45) 13.HD. 11.2.1975 T. 754 E., 838 K.

(..... Tüzel kişilerde hacze ittılın başlangıcı, dava açmaya yetkili merciin ittıla tarihidir.)

mayan organlarının haczi öğrenmeleri, istihkak iddiasında bulunmak için gerekli yedi günlük hak düşürücü süreye başlangıç olamaz.

İştirâk halinde bulunan bir mal veya miras payının haczi halinde paydaşlardan en sonuncusunun ıttıla tarihi hacze ıttıla tarihi olarak kabul edilmek gerekir. Diğer bir anlatımla, ister istihkak iddiasında bulunmak, ister istihkak davası açmak için konulmuş bulunan yedi günlük hak düşürücü sürenin başlangıcı son paydaşın ıttıla günüdür. Nitekim Hukuk Genel Kurulu şuf'a davalarındaki hak düşürücü sürenin bu şekilde hesaplanması gerektiğine karar vermiştir (46).

• f — **Hacze İttılada Kanuni Karine** : İİK.nun 96. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi ile istihkak iddia ve davasının kötüye kullanılmasını, aynı takipte birbiri ardına birçok davaların açılmasını önlemek için (istihkak iddiasının yapıldığı veya istihkak davasının açıldığı tarihte istihkak müddeisi ile birlikte oturan kimseler yahut bu şahısların iş ortakları, iddianın yapıldığı tarihte veya istihkak davası 97. maddenin 9. fıkrası gereğince açılmışsa davanın açıldığı tarihte malın haczine ıttıla kesbetmiş sayılırlar.) hükmü getirilmiştir. Bu hüküm alacaklı lehine getirilmiş bir ıttıla karinesidir.

Kanuni karinenin var sayılabilmesi için daha önce haciz nedeni ile bir üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması, sonradan istihkak iddiasında bulunan kişinin ilk istihkak iddiasını ileri sürenle birlikte oturması veya onun iş ortağı olması gerekir. 97. maddenin 9. fıkrasına göre dava açılması halinde de aynı kural uygulanır.

Haciz nedeni ile ister borçlu, ister üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunmuş olsunlar, istihkak iddiasında bulunan borçlu veya üçüncü kişi ile oturanlar yahut iş ortakları haczi aynı tarihte öğrenmiş sayılırlar. Örneğin; borçlu veya üçüncü kişi haczi öğrenip 10.10.1980 gününde istihkak iddiasında bulunmuş olsunlar, borçlu ve üçüncü kişi ile oturanlarda haczi aynı tarihte öğrenmiş sayılırlar. Bu nedenle 17.10.1980 gününe kadar istihkak iddiasında bulunmaları veya dava açmaları gerekir. Aksi halde istihkak iddia-

(46) HGK. 13.5.1977 T. 76/6-1965 E.

(..... İştirâk halindeki mülkiyette, hak sahiplerinin hepsinin satışı muttali oimalarının en son öğrenen paydaşın ıttıla tarihine göre hesap edileceği, hak düşürücü sürenin en son paydaşın ıttıla ile başlıya-
cağı.....)

sında bulunmak veya dava açmak için konulmuş bulunan yedi günlük hak düşürücü süreyi geçirmiş olurlar.

Buradaki kanuni karine kesin karine olup aksi kanıtlanamaz (47).

• **g — Hacze İttılada Fiili Karine :** Haczi öğrenmekle beraber borçlu veya üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunmamış olurlarsa, hacze ittıla bakımından borçlu veya üçüncü kişi ile birlikte oturanlar ile iş ortakları için fiili karine söz konusudur.

Kanuni karinede, haciz üzerine istihkak iddiasında bulunanla oturma veya iş ortağı olma söz konusu iken, fiili karinede haczi öğrendiği halde istihkak iddiasında bulunmayanla birlikte oturma ve iş ortağı olma söz konusudur. Diğer taraftan fiili karine kanuni karine kadar kuvvetli değildir. Kanuni karinenin aksinin kanıtlanamamasına karşın fiili karinenin aksi kanıtlanabilir. Ancak bu konuda çok duyarlı davranmak ve delilleri geniş biçimde takdir etmek gerekir. Çünkü bu günkü ulaşım ve haberleşme olanakları karşısında uzak yerlerde bulunanların bile haciz gibi bir haberi uzun süre duymamaları hayatın olağan akışına aykırıdır. Nitekim dairemizin bu işlere bakmaya başladığı 1973 yılından beri böyle bir iddiayı kanıtlayana pek raslamadık (48).

16 — İSTİHKAK DAVASI

• **a — Üçüncü Kişinin Hazırlık Safhası :** İstihkak iddiasına karşı alacaklı veya borçlu itiraz ettikleri takdirde icra memuru

(47) İ. Postacıoğlu: a.g.e., s. 367.

(48) 13.HD. 13.3.1980 T. 1294 E., 1651 K.

(..... Borçlu eşi ile birlikte oturan kadının haczi kanuni süresi içinde öğrendiğine fiili karine mevcuttur. Fiili karinenin aksi iddia ve ispat olunabilirsede olayda böyle bir kanıtta getirilmemiştir.)

13.HD. 15.11.1977 T. 4441 E., 5061 K.

(..... Kocasının borcundan dolayı kişisel mallarının haczedilmiş olduğunu ileri sürerek dört ay sonra dava açan kadının (haciz sırasında başka şehirde olsa bile) o zamana kadar haczi duymadığının ve davayı süresinde açtığının kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmektedir.)

İİD. 10.10.1969 T. 8676 E., 9205 K.

(..... İstihkak müddeisi borçlunun karısıdır, koca ile birlikte oturmaktadır. İstihkak davası hacizden sekiz ay sonra açılmıştır. Müşterek evde oturduğuna, haczin birlikte kullandıkları eşyalar üzerinde uygulanmış bulunduğuna göre haczi hak düşürücü süre içinde öğrenmesi tabiidir. İspat yükü olağan durumun aksini iddia edene düşer. Davacı haczi daha geç öğrendiğini ispatla yükümlüdür.)

dosyayı hemen tedkik merciine vermeye mecburdur, bunun için itirazda bulunanların bir istemine de gerek yoktur.

Dosya kendisine verilen merci hâkimi ya dosya üzerinde veya lüzum görürse ilgilileri davet ederek duruşma yapmak suretiyle takibin devamına veya ertelenmesine karar verir. Uygulamada genellikle dosya üzerinde karar verilmektedir.

Kural olarak istihkak konusu mal hakkındaki takibin durdurulmasına karar verilir. 97. maddenin birinci fıkrasına göre verilen takibin taliki kararı yalnız istihkak konusu mal hakkındaki takibi durdurur, diğer icra işlemleri yürür (49). Ancak istihkak iddiasının üçüncü kişi tarafından sırf satışı geri bıraktırmak gibi kötü bir niyetle yapıldığı anlaşılırsa takibin ertelenmesi talebi red edilir.

Takibin talikine karar verebilmek için istihkak iddiasında bulunanın ayrıca bir isteğine gerek yoktur. İstihkak iddia edilmesi takibin taliki talebini de kapsar.

Haciz üzerine üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması, alacaklı veya borçlunun istihkak iddiasına itiraz etmeleri, itiraz etmeleri, itiraz üzerine icra memurunun dosyayı mercie göndermesi, merci hâkimliğince takibin ertelenmesi veya devamı hakkında karar verilmesi istihkak davasının hazırlık aşamasını oluşturmaktadır. Takibin ertelenmesi veya devamı hakkındaki kararın istihkak iddiasında bulunana tebliği üzerine dava aşaması başlamış bulunmaktadır. İstihkak müddeisi iddiasında ısrar ettiği takdirde dava açmak zorundadır. Aksi halde alacaklıya karşı istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır. Fakat, genel mahkemelerde borçluya karşı sebepsiz zenginleşmeden dolayı dava açma hakkı saklıdır.

• **b — İstihkak Davası Açma Süresi :** Üçüncü kişi tetkik mercii tarafından takibin ertelenmesi veya devamı hakkındaki kararın tefhim yahutta tebliğinden itibaren yedi gün içinde istihkak davası açmaya mecburdur. İstihkak davası bu aşamada başlamış olur. Bazı mahkemeler 97. maddenin 1. fıkrasına göre takibin ertelenmesi veya devamı için karar verirlerken sanki ortada bir dava varmış gibi istihkak iddiasının reddine, veya kabulüne haczin kaldı-

(49) İİD. 2.3.1971 T. 2578 E., 2429 K.

(..... İstihkak iddiası üzerine mercie verilecek takibin devamı veya taliki hakkındaki karar sadece istihkak iddiasına konu teşkil eden mal ile ilgili olup bunun dışında kalan işlemlere şümulü yoktur.)

rılmasına biçiminde karar vermektedirlerki bu yanlıştır. Böyle bir karar ancak istihkak davası sonunda verilebilir.

İstihkak davası 97/1. maddeye göre verilen kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde açılmak gerekirse, istihkak müddeisi bu kararın tebliğini beklemedende da açabilir (50). İstihkak iddiasını alacaklının kabul etmemesi üzerine prosedür yürütülmezse istihkak müddeisi her zaman istihkak davası açabilir (51). Bunu 97. maddenin 9. fıkrasına göre açılan dava ile karıştırmamak gerekir. 9. fıkraya göre dava açacak kişi, kendisine daha önceki fıkralara göre istihkak talebinde bulunma imkânı verilmemiş olan üçüncü kişidir. Bu da hacze mahcuzun satışı aşamasında muttali olma gibi durumlarda söz konusu olabilir. Normal şekilde istihkak iddiasında bulunma olanağı varken prosedür yürütülmelidir. Çünkü prosedür istihkak müddeisi lehine konulmuştur. İstihkak iddiasının alacaklıya tebliği üzerine iddia kabul edilirse dava açmaya gerek kalmayacaktır. Prosedürü yürütme olanağı varken bunu beklemeden dava açılması olanağı vardır ve böyle bir dava prosedür yürütülmeden açıldı diye red edilemez. Ancak alacaklı davayı ilk celsede kabul ederse istihkak müddeisi boş yere yargılama giderleri ile sorumlu olur.

İstihkak davası açmak için kanun koyucu istihkak iddiasında olduğu gibi ittilaı yeterli bulmamış tebliğ veya tefhimi şart koşturmuştur. Tefhim veya tebliğe rağmen istihkak müddeisi yedi gün içinde dava açmazsa istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılacağı için icra takibine devam edilir, alacaklı mahcuzu paraya çevirtirerek alacağını tahsil eder.

• c — 97. maddenin 9 ve 10. fıkralarına Göre Açılacak İstihkak Davaları : 97. maddenin 9, 10. fıkraları ile normal istihkak prosedürüne istisnai bazı hükümler getirilmiştir. Normal prosedürün yürütülmesinin istihkak müddeisinin hakkının kaybolması sonucunu doğuracak durumlarda 9. fıkraya göre hacze ittila tarihinden itibaren yedi gün içinde istihkak davası açılabilecektir. Örne-

(50) 13.HD. 17.12.1975 T. 7858 E., 7955 K.

(..... 97. maddeye göre prosedür yürütülmüş olsa bile, takibin devamı veya ertelenmesi hakkında verilen kararın tebliğini beklemedende dava açılabilir. Çünkü tefhim veya tebliliğden önce yedi günlük süre işlemez.)

(51) 13.HD. 3.5.1977 T. 2073 E., 2548 K.

(..... İstihkak iddiası üzerine 96 ve 97/I. maddelerdeki prosedür yürütülmezse 97/6. daki yedi günlük dava açma süresi işlemez.)

ğın; takip satış aşamasında iken haczi öğrenen istihkak müddeisi hemen dava açıp takibin taliki hakkında bir karar almazsa, mahcuz satılıp bedeli alacaklıya ödenirse takip düşeceğinden artık istihkak iddiasında bulunma hakkını yitirecektir. Eğer dava açılıncaya kadar mahcuz satılıp bedeli henüz alacaklıya verilmemiş ise istihkak davası bedel için açılacaktır. Satıştan sonra mahcuzun aynı için dava açılmaz. İstihkak davası açma imkânı bulamadığı için malı satılarak borcu ödenen ve mal varlığında haksız bir artış olan borçlu hakkında sebepsiz zenginleşmeden dolayı dava açılabilirse de üçüncü kişiyi bu kabil zorluklarla karşı karşıya bırakmamak için takibin durdurup durdurulmaması hakkında acele karar verilmelidir. Bu karar acele bir karar olduğundan karşı taraf dinlenmeden de verilebilir.

9. fıkradaki gibi bir zorunluk durumu olmayan hallerde de hacze itiladan itibaren yedi gün içinde dava açılabilir. Yine hacizde veya daha sonrada icrada yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunmuş olan kişide (istihkak prosedürü yürütülmemiş olursa) istediği zaman dava açılabilir. Çünkü istihkak iddiasında bulunanın dava açma süresi 97/1. maddeye göre verilecek kararın tefhim veya tebliğinden itibaren başlayacaktır. Bu son iki hal normal istihkak prosedürünün yürütülmesi mümkün olan haldir. Üçüncü kişi normal prosedürü yürütmeden dava açabilirse de bu lehine olmayabilir. Çünkü prosedür istihkak müddeisi lehine konulmuş bir yoldur. İstihkak iddiası alacaklı tarafından kabul edilirse dava yoluna gitmeden haciz kalkacak, iddia mülkiyete dayanıyorsa mal istihkak iddia edene teslim olunacaktır. Şayet bu yolu seçmeden doğrudan doğruya istihkak davası açar ve alacaklı ilk celsede davayı kabul ederse üstelik yargılama giderlerinden de sorumlu olacaktır. Bu nedenle son açıklanan durumları 9. fıkraya göre açılan davalarla karıştırmamak gerekir.

97/10 - Dava açılmadan mal satılıp parası alacaklıya ödenmiş olursa takip düşmüş olduğundan artık istihkak davası açılmaz. Fakat dava devam ederken (takibin taliki kararı verilmemiş olmasından dolayı) malsatılıp parası alacaklıya ödenmekle takip düşmez, davaya devam edilir, davacı davayı kazanırsa mahcuzun bedelinin alacaklıdan geri alınmasına karar verilecektir (52). Mah-

(52) 13.HD. 14.3.1978 T. 572 E., 1097 K.

13.HD. 15.6.1981 T 3680 E, 4523 K.

(..... İİK.nun 97/10. madesi hükmünce mahcuz mal istihkak davası neticelenmeden satılıp bedeli alacaklıya ödenmekle icra koğuşturması düşmeyeceğinden davaya devam olunmak ve davacı davasını ıspat

cuzun satışına ilişkin ihale bozulursa mahcuzun aynı hakkında istihkak davası açma olanağı geri gelmiş olur.

17 — İSTİHKAK DAVALARINDA GÖREV - YETKİ - UYGULANAN USUL HÜKÜMLERİ

• — **Görev** : İİK.nun 97/6. maddesine göre istihkak davalarına bakmaya icra tetkik mercileri görevlidir. Sözü edilen madde ile görev bakımından usulün 512. maddesi değiştirilmiş, istihkak davalarına mahkemelerin değil, icra tetkik mercilerinin bakacağı öngörülmüştür. Haczin, ihtiyati veya icrai haciz olması görev bakımından fark doğurmaz. İİK.nun 261. maddesinin son fıkrası hükmünden ihtiyati hacizde de istihkak prosedürünün icrai hacizde olduğu gibi yürütüleceği anlaşılmaktadır.

Ayrı icra hâkimliği teşkilatı olan yerlerde istihkak davalarına bu hâkimler bakacaktır. İcra hâkimliği olmayan yerlerde bu görev asliye hukuk hâkimlerine aittir. Ancak asliye hukuk hâkimi davaya icra tetkik merci hâkimi sıfatıyla baktığını tutanakta ve kararda göstermelidir. İstihkak davası asliye hukuk mahkemesine açılırsa, dava dilekçesi görev yönünden red edilir. Davacı bu kararın kesinleşmesinden itibaren Usulün 193. maddesi gereğince on gün içinde tetkik merciine başvurması gerekir. Tetkik mercii kendisine açılan istihkak davasını yanlışlıkla görev yönünden red etse ve bu karar kesinleşse bile asliye hukuk mahkemesi bu kararla bağlı değildir, onunda görevsizlik kararı vermesi gerekir. Bu durumda görev uyuşmazlığı merci tayini suretiyle halledilecektir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna giren istihkak davalarına ise, icra tetkik mercileri değil, haczedilen malın değerine göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi bakacaktır (6183 s. Kanun md. 68) (53).

ettiği takdirde mal bedelinin alacaklıdan geri alınmasına karar verilmek gerekir.)

İİD. 21.1.1963 T. 414 E., 707 K.

(..... Paranın alacaklıya verilmiş oluşu, istihkak davasının reddi için yeterli bir sebep değildir. Bu takdirde mahcuzun bedeline hükmolunmak gerekir.)

(53) HGK. 29.6.1966 T. 625 E., 208 K.

İİD. 28.1.1971 T. 533 E., 970 K.

13.HD. 4.5.1976 T. 2030 E., 3634 K.

(1 — İhtiyati tedbir üzerine el konulan mallara ilişkin istihkak davasına mahkemeler,

2 — Haciz ve ihtiyati haciz nedeni ile el konulan mallara ilişkin istihkak davalarına icra tetkik mercii,

3 — 6183 sayılı Kanuna ilişkin istihkak davalarına mahkemeler bakar.)

• **b — Yetki :** İstihkak davalarında yetkiye ilişkin hükümleri İİK.nun değil HUMK.nu düzenlemiştir. Usulün 512. maddesi hükümünce istihkak davalarına eşyanın bulunduğu veya haczin vazolunduğu mahal mahkemesinde bakılır. Buna göre istihkak davalarına bakmaya yetkili icra tetkik mercileri;

- 1 — Mahcuz malın bulunduğu yer icra tetkik mercii,
- 2 — Veya haczin vazolunduğu yer icra tetkik merciidir.

Haczin vazolunduğu yer sözcükleri uygulamada tereddütlere yol açmaktadır. Haczin vazolunması demek haciz kararının verilmesi demektir. Haciz kararında icra takibinin yapıldığı icra daire-since verilecektir. Haciz kararını veren icra memurunun bağlı bulunduğu tetkik mercii istihkak davasına bakabileceği gibi, haczedilen mal icra takibinin yapıldığı yerden başka bir yerde bulunupta istinabe suretile haciz uygulanmış ise, haczi uygulayan icra memurunun bağlı bulunduğu tetkik mercisinde istihkak davasına bakabilecektir.

İİK.nun 360. maddesindeki yetki kuralı yalnız artırma ve ihale ile ilgili uyuşmazlıklara münhasır olup istihkak davası ile alakası yoktur.

6183 sayılı Kanuna giren davalarda yetkili mahkeme, haczi uygulayan tahsil dairesinin bulunduğu mahal mahkemesidir (md. 68) (54).

• **c — Yargılama Usulü; HUMK.nun 512. Maddesinde İstihkak Davalarının Seri Usulü Muhakemeye Tabi Olduğu Yazılı İse de :** İİK.nun 97. maddesinin II. fıkrası ile bu hükümler değiştirilmiş, istihkak davalarında basit yargılama usulünün uygulanacağı ilkesi getirilmiştir. İİK.nunu usul kanununa göre daha özel bir kanun

(54) 13.HD. 16.10.1978 T. 4236 E. 4155 K.

İİD. 26.3.1970 T. 3191 E., 3217 K.

(..... İstihkak davası eşyanın bulunduğu veya haczin konulduğu yer icra tetkik mercisinde açılabilir.)

13.HD. 29.4.1974 T. 1009 E., 1017 K.

İİD. 20.4.1965 T. 4743 E., 4857 K.

(..... Borç senedindeki yetki hükmü alacaklı ile borçluyu ilgilendirip, istihkak müddeisi üçüncü kişiyi bağlamaz. Üçüncü kişi usulün 512. maddesi hükmünce dava açabilir.)

İİD. 1.12.1967 T. 10570 E., 10468 K.

(..... İstinabe suretiyle yapılan hacizde, malın bulunduğu yerde istihkak davası açılabilirse, takibin talikine karar verme yetkisi (haciz kararını veren) icra dairesinin bağlı bulunduğu icra tetkik mercisine aittir.)

olduğundan hacizden doğan istihkak davalarına öncelikle özel kanun hükmünün uygulanması gerekir.

Basit yargılama usulü hükümleri HUMK.nun 507-511. maddelerinde düzenlenmiştir. Taraflara gönderilecek davetiyelere usulün 509 ve 510. maddelerindeki açıklamaların aynen yazılması şarttır. Açıklamalı davetiyeye rağmen duruşmaya gelmeyenin gıyabında duruşma yapılmasına karar veriliyorsa tekrar davetiye gönderilmez ve yargılamaya devam edilerek gıyapta karar verilir.

Davetiyeler 509 ve 510. maddelerdeki açıklamaları taşıyorlarsa bu davetiyelerin tebliğine dayanılarak gıyapta karar verilemez. Yeniden açıklamalı davetiye gönderilmesi gerekir.

Basit yargılama usulünde duruşma yapılması gerekir. İki tarafta duruşmaya gelmediği takdirde Usulün 409. maddesi gereğince dava yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir (55).

18 — İSTİHKAK DAVASININ SONUÇLARI (97/13, 97/14, 97/15)

• a — 97/13-14 Davanın Reddi Halinde : İstihkak davasının amacı, mahcuz mal üzerinde icra takibinin devamına olanak bulunup bulunmadığını saptamaktan ibarettir. Dava redle sonuçlanırsa mahcuz üzerindeki haczin ve icra takibinin devam edeceği kesinleşmiş olur. Alacaklı malı paraya çevirttirip alacağını alma hak-

(55) HGK. 16.2.1977 T. 75/II-866 E., 144 K.

İİD. 4.5.1973 T. 5109 E., 4808 K.

(..... Basit yargılama usulüne tabi işlerde de duruşmaya çağırılmış olmalarına rağmen taraflardan hiçbiri gelmezse dava yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir.)

13.HD. 19.4.1974 T. 868 E., 807 K.

(..... Usulün 509. maddesine uygun biçimde davetiye tebliğ edilmezse gıyapta karar verilemez.)

13.HD. 23.1.1974 T. 66 E., 172 K.

13.HD. 6.4.1978 T. 1978 E., 1575 K.

(..... İstihkak davasında davacıya tebliğ yapılamamış olur ve davalı duruşmaya gelerek davayı takip etmek isterse, davacıya davetiye tebliğ ettirmesi gerekir. Davayı takip etmek istemezse dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. Davetiye tebliğ edilmeden ve taraf teşkil olunmadan davanın ispatlanamadığından söz edilerek reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir.)

13.HD. 18.12.1974 T. 6383 E., 3701 K.

(..... İstihkak davalarında duruşma yapılması zorunludur. Şikâyete, istihkak iddiasına itiraza benzetilerek evrak üzerinde karar verilemez.)

kını kazanır. Takibin talikine karar alınmış idi ise bu kararda kal-
kar. İcra takibinin yürütülmesi için istihkak davasına ilişkin ilâm-
mın kesinleşmesine de gerek yoktur.

İstihkak ilâmları İİK.nun 363/7. maddesine göre kabili tem-
yizdir. Davacı istihkak davasının reddine ilişkin kararı temyiz et-
mek isterse 97/14. maddesi gereğince icra dairesinden mühlet ister
(İİK md. 36). Verilen mühlet içinde Yargıtay'dan tehiri
icra kararı getirilmezse takibe devam olunur.

Temyizin satışı durduracağına ilişkin İİK.nun 364. maddesi
hükmü burada uygulanmaz. Çünkü 364. madde yalnız takip huku-
kuna ilişkin kararların temyizine münhasır bir hüküm getirmiştir,
istihkak davalarına ilişkin kararları kapsamaz.

İstihkak davasının reddinin sonuçlarından biriside davacının
97. maddenin 13. fıkrası hükmünce tazminatla sorumlu tutulması-
dır. İstihkak iddiası üzerine takibin talikine karar verilmişse, ala-
caklının bu yüzden tahsili geciken alacak tutarının % 15'inden
aşağı olmamak üzere davacıdan tazminat alınmasına karar verile-
cektir.

13. fıkraya göre tazminata hükmedebilmek için, takibin tali-
kine karar verilmesi ve istihkak davasında üçüncü kişinin haksız
çıkması yani davanın red olunmuş bulunmasıdır. 15. fıkrada oldu-
ğu gibi ayrıca kötü niyet koşulu aranmaz. % 15'ine kadar olan bö-
lümünün ispatına gerek yoktur. Zarar tutarının % 15'den fazla ol-
duğu ileri sürülürse alacaklının bunu ispat etmesi gerekir.

• b — 97/15. **Davanın Kabulü Halinde** : Üçüncü kişi istihkak
davasını kazandığı takdirde iddia ettiği hakkın niteliğine göre mah-
cuz mal üzerindeki haciz kalkar veya davacının o mal üzerindeki
hakkına halel gelmemek kaydıyla devam eder. Örneğin; istihkak id-
diası mülkiyet hakkına dayanıyorsa mal üzerindeki haciz kalkar,
mal üçüncü kişi davacıya teslim olunur. Davacının malını ve ya-
tırmış olduğu teminatı geri alabilmesi için ayrı bir icra takibine
gerek yoktur, istihkak davasına ilişkin ilâm icra dairesine ibraz
edilerek mal ve teminat geri alınır.

İstihkak müddeisi mülkiyet hakkına değilde diğer sınırlı aynı
haklardan birine veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendi-
rilmiş kişisel haklara dayanarak dava açmış ise, davacının hakkı-
na halel gelmemek üzere haczin devamına karar verilir. Davacı
rehin hakkına dayanmış ise mal üzerindeki haciz rehinli alacak tu-
tarından arta kalan değer üzerinde devam eder.

15. fıkraya göre tazminata hükmedebilmek için alacaklı veya borçlunun üçüncü kişinin istihkak iddiasına kötü niyetle itiraz etmiş olmaları gerekir. Kötü niyetten maksat, mahcuzun üçüncü kişiye ait olduğunu bile bile istihkak iddiasına karşı koymak (itiraz) etmektir. Üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz yapılmadan doğrudan doğruya mercie dava açılırsa davacı lehine tazminata hükmedilemez. İtiraz eden alacaklı veya borçludan hangisi kötü niyetli ise tazminat yalnız onun hakkında uygulanır, her ikisinde kötü niyetli ise % 15 tazminat ikisi hakkında hükmedilir.

Tazminatın tutarı haczolunan malın değerinin asgari % 15 inden ibarettir. % 15 tazminatın asgari sınırı olup ispatına gerek yoktur. İspat edilmek koşulu ile % 15'den fazla olan zarara da hükmedilebilir.

13. fıkrada tazminat alacak tutarı üzerinden hükmedildiği halde 15. fıkrada mahcuz malın değeri üzerinden hükmedilmektedir. Alacağın, haczedilen değerinden az veya çok olması tazminat tutarına etkili değildir.

13. ve 15. fıkralardaki tazminatın genel mahkemelerde açılacak dava ile de istenebileceği 24.5.1974 T. 5/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilmiştir.

Tazminata hükmedebilmek için talebe gerek olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Talebe gerek vardır diyenlerde, yoktur diyenlerde mevcuttur. İçtihatlar arasında da birlik mevcut değildir. Ancak her iki fıkradaki (tazminat alınmasına hükmolunur) sözcüklerinin emredici niteliğine göre tazminata hükmedebilmek için talebe gerek olmadığı görüşündeyiz. Dairemizin 13. fıkraya ilişkin kararında talebe gerek olmadığı vurgulanmıştır. 15. fıkranın yazılışını aynı kesinlikte olmasına ve tazminat hükmedilmesinde alacaklı ile üçüncü kişi arasında denge sağlanması amaç tutulmuş bulunmasına göre bu fıkraya giren tazminata hükmedebilmek içinde isteğe gerek yoktur (56).

(56) İçt. Bir. K. 24.5.1974 T. 5 E., 7 K.

(..... Borçlu hakkında yapılan icra takibi sırasında haksız yere malı haczedilen üçüncü kişinin bu yüzden doğan zararının ödetilmesini genel hükümlere göre genel mahkemelerde açacağı ayrı bir dava ile isteyebileceğine...)

13.HD. 12.1.1978 T. 77/5170 E., 105 K.

(..... 97/13 göre alacaklı lehine tazminata hükmedebilmek için isteğe gerek yoktur.)

13.HD. 6.11.1974 T. 4576 E., 2796 K.

19 — İSTİHKAK DAVALARINDA MÜLKİYET KARİNESİ

İİK.nunu hacze ittılada olduğu gibi İstihkak davalarının ispatında da bazı karineler kabul etmiş ve bunları 97/a ile istihkak davalarında mülkiyet karinesi adı altında toplamıştır. Alacaklı, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemlere yabancı olduğundan, bunların hileli, muvazaalı, gerçek dışı olduğunu ispatlaması, bunlarla ilgili bir belge elde etmesi son derecede zordur.

Bu yönü gözönünde tutan kanun koyucu alacaklıları korumak için İİK.nun 97/a maddesi ile bazı karineler getirmiştir. Bu karineler ve son fıkradaki ispat koşulları sayesinde kötü niyetli borçluların üçüncü kişilerle anlaşarak alacaklıdan mal kaçırmak için istihkak davasını bir araç olarak kullanmaları nisbeten önlenmiş bulunmaktadır.

• a — 97/a nın Getirdiği Karineler : 1 — Bir menkul malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır; Hükümet gerekçesinde bu fıkra (bir menkul malın asli zilyedi onun maliki sayılır) biçiminde düzenlenmiş iken Millet Meclisi Komisyonlarında (asli zilyed) terimi kaldırılmış yerine (malı elinde bulunduran) terimi konulmak suretile fıkraya MK.nun 888, 889. maddelerinden daha geniş bir anlam verilmiştir. Bunun anlamı şudur; borçlunun menkul bir malın maliki sayılması için ali zilyed olması şart değildir, sadece elinde bulundurmuş olması yeterlidir (57).

2 — Borçlu ile üçüncü kişilerin menkul malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde sayılır. Örneğin,

13.HD. 9.2.1978 T. 349 E., 491 K.

(..... İstihkak davasının reddi halinde davacının tazminatla yükümlü tutulabilmesi için 97/13 çe göre takibin talikine karar verilmiş olması gerekir. 97/10. na göre paraya çevrilen mahcuzun bedelinin alacaklıya ödenmemesi yolunda duruşmada verilen merci kararından dolayı davanın reddi halinde davacının tazminatla sorumlu tutulması yasaya aykırıdır.)

13.HD. 26.2.1975 T. 2185 E., 1208 K.

(..... İİK.nun 96 ve 97/I. maddelerindeki merasime riayet edilmeden dava açılırsa alacaklı kötü niyetli sayılamaz.)

13.HD. 15.6.1974 T. 1061 E., 1470 K.

(..... 99. maddeye giren istihkak davalarında her iki tarafada tazminat hükmedilemez. Haciz nedeni ile hasar vesaireye dayanan tazminat davası genel hükümlere göre genel mahkemelerde görülür.)

(57) İİD. 15.5.1958 T. 2811 E., 2820 K.

(..... Mal borçlu elinde haczedildiđine göre mülkiyet karinesi onun lehinedir.)

borçlunun karısı, annesi, babası, kardeşi ile birlikte oturduğu evdeki eşyalar borçlunun elinde sayılır (58).

3 — Birlikte oturan yerdeki mallardan nitelikleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet san'at, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farzolanur. Örneğin; dikiş makinası kadına mahsus eşyalardan sayılır (59).

• b — 97/a'ya Göre İspat Külfeti : 97/a maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre ispat külfeti yukarıda açıklanan karine-lerin aksini iddia edene düşer (60).

Borçlu ile birlikte oturan eşi, annesi, babası, kardeşleri haczedilen menkul malın kendilerine ait olduğunu ileri sürdükleri takdirde ispat külfeti kendilerine düşecektir.

• c — 97/a'nın Son Fıkrasına Göre İspatı Gereken Yönler : İstihkak davacısı, 1 — Malı ne suretle iktisap ettiğini,

2 — Borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili sebep ve hadiseleri göstermek ve bunları ispat etmek zorundadır. Üçüncü kişi sadece malı iktisap ettiğini ispat etmekle yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. İktisap olanağına da sahip olduğunu,

(58) İİD. 23.3.1950 T. 1364 E., 1556 K.

(..... İstihkak iddia eden karı mahcuz mala müstakilen zilyed olmayıp borçlu koca ile birlikte ellerinde bulundurdıklarına göre olayda İİK.nun 99. maddesi değil 97. maddesi uygulanmalıdır.)

(59) İİD. 22.2.1960 T. 1285 E. 1289 K.

(..... Demir ticareti, kadından ziyade erkeğe mahsus bir meşgaledir.)
2.HD. 13.12.1963 T. 7371 E., 6960 K.

(..... Koca tarafından alınmış olsa bile, niteliği bakımından kadına ait olan eşyanın (dikiş makinası gibi) kadına bağışlanmış olduğunun kabulü gerekir.)

HGK. 10.5.1961 T. 10 E., 24 K.

(..... Tarafların evlenmeleri dolayısı ile verilen veya gönderilen hediyelerden, kadın tarafından kullanılması mutad olanlar kadının mülkiyetine geçer.)

İİD. 24.3.1969 T. 3129 E., 3129 K.

(..... Borçlu kocanın sanatını icra için atelyesinde kullandığı makina ve araçları ev kadını olan karısına bağışlaması alacaklıların takibinden mal kaçırma anlamına gelir.)

(60) İİD. 10.10.1969 T. 8676 E., 9205 K.

(..... Birlikte oturan yerdeki mallardan, mahiyetleri itibariyle kadın, erkek, çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılan veya örf ve adet, sanat ve meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farzolanur. Bu karinenin aksini ispat külfeti iddia eden kişiye düşer.)

yani malın karşılığı olan parayı sağlayabilecek güçte bulunduğunu makul şekilde kanıtlamalıdır (61).

Örneğin; mali olanakları elverişli olmadığı halde çok değerli bir malı veya mesleği ile ilgisi bulunmayan ve lüks sayılabilecek bir eşyayı aldığını üçüncü kişi şahitle ispat etse bile makûl görülmediği takdirde mercice bu deliller kabul edilmeyerek dava red olunabilir. Ancak 97/a'nın son fıkrasındaki ispat koşulları yalnız üçüncü kişilerin açtıkları istihkak davasında söz konusudur. Borç-

(61) HGK. 1.11.1972 T. 71-İİD/920 E., 900 K.

(..... Takibin kesinleşmesinden bir yıl sonra borçlunun sahip olduğu işletmeyi karısına devretmesi muvazaayı gösterir.

İstihkak müddeisi olan borçlunun karısı İİK.nun 97/a maddesi gereğince bu işletmeye sahip olmak için gerekli mali gücü nasıl elde ettiğini ispat etmesi gerekir.)

HGK. 14.9.1969 T. 69/İİD-358 E., 70 K.

İİD. 17.2.1973 T. 12145 E., 1524 K.

(..... Fatura, muameleyi yapan yarı bağlarsada, bu muameleye yabancı kişilere karşı kesin bir ispat vasıtası olarak kullanılamaz. Çünkü ticari alışverişlerde her isteyen kişi adına fatura düzenlenmesi mümkündür. Bu nedenle faturaların başka delillerle pekiştirilmesi, gerektiğinde faturayı verenlerinde dinlenmesi uygun olur.)

13.HD. 10.9.1973 T. 108 E., 108 K.

13.HD. 29.6.1978 T. 2993 E., 3143 K.

(..... Menkul mal alım satımı şekle bağlı olmadığından sonradan gerçek dışı fatura tedariki mümkündür. Faturadaki malların haczedilen mallar olup olmadığı araştırılmalıdır.)

HGK. 22.1.1958 T. 2 E., 2 K.

13.HD. 14.2.1975 T. 2010 E., 1523 K.

İİD. 28.5.1973 T. 5926 E., 5761 K.

(..... haciz borçluya ait yerde ve onun elindeki mallar üzerinde uygulanmıştır. Davacı bu malların kendisi tarafından satın alındığını iddia ile şahit dinletmiş ve motosikletin trafik kaydını ibraz etmiş ise de; trafik kaydı yalnız başına mülkiyetin delili sayılamayacağı gibi, motosikletin borçlu elinde bulunmasını gerektiren fiili ve hukuki sebepleri de ispat edememiş olduğundan davanın reddi gerekir.)

13.HD. 28.5.1974 T. 1448 E., 1324 K.

(..... Davacının, ortağı olan borçlunun işlerini ve mali durumunu iyi bildiği kabul edilir, bu nedenle borçludan devir suretiyle satın aldığı makinaları iyi niyetle satın aldığı ileri süremez. Kaldı ki, İİK.nun 44 ve 280. maddelerinde kabul edilen koşullarda yerine getirilmemiştir. Davanın reddine karar verilmek gerekir.)

HGK. 16.2.1972 T. 824 E., 100 K.

(..... Bir menkul malı elinde bulunduran kişi onun maliki sayılır. Eşyalar borçlunun evinde haczedilmiştir. Davacının, mahcuz eşyayı borçlunun başka bir borcundan dolayı icraen satışından aldığı anla-

nunan mahcuz mal üzerindeki mülkiyet hakkının sübut bulması için borçlu veya onun mülkiyetini iddia eden alacaklı bu kabil bir ispat rejimine tabi kılınmış değildir (62).

20 — İİK.NUN 99. MADDESİNE GÖRE AÇILAN İSTİHKAK DAVASI

A — Üçüncü Şahsın Zilyedliği

• a — Dava Açma Külfeti Ve Süresi : İİK.nun 97. maddesine giren hallerde mal borçlu elinde haczedildiği için dava açma külfeti üçüncü kişilere yükletilmiştir. Eğer mal borçlu elinde değilse üçüncü kişi elinde haczedilirse İİK.nun 99. maddesinin açık hükmü gereğince dava açma yükü alacaklıya düşer. Mahcuz mala borçlu ile birlikte zilyed olanlar üçüncü kişi sayılmazlar (63). Bu nedenle borçlu ile birlikte oturanların istihkak iddiasında bulunmaları halinde istihkak davası açma yükü kendilerine düşer. Yedinde haczedilen mal üzerinde üçüncü kişi tarafından istihkak iddiasında bulunulması halinde icra memuru alacaklıya yedi gün içinde istihkak davası açmasını bildirir. Bu bildiri yapılmazsa yedi günlük hak düşürücü süre işlemez. İcra memuru tarafından verilen yedi günlük süre içersinde alacaklı tarafından dava açılmazsa 99. maddenin son fıkrası hükmünce üçüncü kişinin iddiası kabul edilmiş sayılır. Üçüncü kişi mülkiyet hakkına dayanmış ise mal üzerindeki haciz kalkar ve mal üçüncü kişiye teslim edilir. Rehin hakkına dayanmış ise haciz rehinli alacağı aşan bölüm üzerinde devam eder.

şılmakta isede, borçlunun evinde bulundurulmasını gerektiren huku-ki ve fiili sebepleri ispat edememiştir. Bu yön gözetilmeden davanın kabulü yanlıştır.)

13.HD. 13.5.1972 T. 71/İİD-225 E., 324 K.

(..... Mal borçu elinde iken haczedilmiştir. Borçlunun yengesi olan davacı, mibzeri borçludan satın aldığı savunarak adi bir senet ibraz etmiş isede, aralarında yakın akrabalık bulunan borçlu ile davacının takipten mal kaçırmak maksadı ile ve muvazaaten böyle bir senet düzenlemeleri her zaman mümkündür. HUMK.nun 299. maddesinin 2. fıkrasında yazılı koşullar gerçekleşmedikçe gayriresmi bir senedin tarihi üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmez.)

(62) Postacıoğlu : a.g.e., s. 380.

(63) İİD. 15.2.1954 T. 248 E., 739 K.

İİD. 23.3.1950 T. 1364 E., 1556 K.

(..... Mahcuz malı borçlu ile birlikte elinde bulunduranlar üçüncü kişi sayılmazlar, çünkü bu durum MK.nun 898. maddesi anlamında bir zilyedlik olarak kabul edilemez.)

Alacaklı icra memuru tarafından süre verilmeden önce dava açabilir, bu davada süresinde sayılır (64). Prosedür yürütülmedi diye dava red edilemez.

Dava açma külfeti alacaklıya ait olan hallerde üçüncü kişi de külfeti üzerine alarak dava açabilir ve bu dava da hak alacaklının diye red edilemez (65). Ancak ispat külfetinde bir değişiklik söz konusu olmaz. Üçüncü kişi davacı durumunda olmasına rağmen ispat külfeti davalı yerinde bulunan alacaklıya aittir. Diğer bir anlatımla, kanuna uygun şekilde açılan davada ispat yükü kime düşüyorsa gene o ispatla yükümlüdür. Üçüncü kişinin açacağı dava süreyede tabi değildir (66). İcra memurunun alacaklıya dava açmak için süre vermede gecikmesi halinde üçüncü kişi alacaklının dava açmasını bekleme zorunluğu yoktur. Her iki tarafta dava açmış olur ve koşullarında varsa tevhit kararı verilir, tevlit koşulları yoksa biri diğerinin sonucunu bekler (67).

99. maddeye göre açılan dava üzerine icra takibi dava sonuna kadar durur. Takibin durması için 97. maddede olduğu gibi ayrıca

(64) 13.HD. 4.12.1975 T. 7415 E. 7699 K.

(..... İcra memuru süre vermeden dava açılırsa dava süresinde sayılır.)

(65) İİD. 8.10.1971 T. 9808 E., 9975 K.

(..... Dava açma külfetinin yanlış tevcihi davanın görülmesine engel değildir.)

13.HD. 8.2.1979 T. 98 E., 479 K.

(..... Mal üçüncü kişi elinde haczedilirse istihkak davası açma külfeti alacaklıya aittir. Ancak üçüncü kişide külfeti üzerine alarak dava açarsa red edilmez. Heriki tarafta istihkak davası açar ve talepte edilirse davalar birleştirilir, talep yoksa davanın biri diğerinin sonucunu bekler.)

(66) 13.10.1974 T. 4592 E., 2685 K.

(..... İcra memurunun, alacaklıya dava açması için yedi günlük mehil verilmesine ilişkin kararının tefhiminden sonra ayrıca tebliğe göndermesi, dava süresini geçiren alacaklıya yeni bir dava süresi sağlamaz.)

13.HD. 20.10.1975 T. 6691 E., 6356 K.

(..... Mal üçüncü kişinin elinde haczedilirse istihkak davası açma külfeti alacaklıya düşer. Ancak icra memuru alacaklıya dava açması için gerekli ihtarı yapmada gecikirse hacizli malı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olan üçüncü kişinin, icra memurunun alacaklıya ihtarını bekleme zorunluğu yoktur. Külfeti üzerine alarak istihkak davasını kendisi açabilir.)

İİD. 18.12.1967 T. 11859 E., 11799 K.

(..... İİK.nun 99. maddesine giren hallerde üçüncü kişi dava açarsa, davacı için süre söz konusu edilemez.)

(67) NOT: 65 no.lu dipnota bakınız.

bir karar vermeye gerek yoktur. Çünkü kural olarak istihkak davası hal edilmedikçe icra takibine devam edilmemelidir. 97. maddede bu kurala bir istisna getirilmiş tetkik merciince icranın devamı veya taliki hakkında karar verme yetkisi tanınmış isede 99. maddede böyle bir hüküm mevcut değildir. İstisnaların genişletilerek uygulanması da doğru değildir. Alacaklı davayı kazanırsa o takdirde takibe devam edilir.

• **b — 97. Madde İle 99. Madde Arasındaki Fark Ve Benzerlikler :** 1 — 99. maddeye göre açılacak istihkak davalarında prosedür 97. maddeden daha basittir. 96. maddenin 2. fıkrasına göre alacaklı ve borçluya tebliğata gerek yoktur.

2 — 99. maddeye giren istihkak iddialarında itiraz vaki olursa dosya 97/1. maddeye göre mercie gönderilmez. Çünkü burada merciin takibin durdurulması hakkında bir karar vermesine gerek yoktur. Takip kendiliğinden duracaktır.

3 — 99. maddeye giren davalarda husumet üçüncü kişiye yöneltilenektir. Borçluda hasım gösterilebilirsede, alacaklının iddialarına itiraz etmezse hasım gösterilmesine gerek yoktur (68).

4 — Alacaklıya dava açmak için yedi günlük mehili merci değil, icra memuru verecektir (69).

5 — Davalı üçüncü kişi ve davacı alacaklı davayı kaybederse yangılama gideri ile sorumlu olurlarsada 97. maddede olduğu gibi tazminatla sorumlu tutulamazlar (70).

(68) HGK. 6.2.1952 T. 18 E., 16/1 K.

(..... İİK.nun 99. maddesine göre açılan davada üçüncü kişiden başka borçlunun hasım gösterilmesine kanuni bir mani yoktur.)

NOT: borçlu muarazada bulunmaz, alacaklının iddiasını kabul ederse hasım gösterilmez.

(69) 13.HD. 6.5.1974 T. 1076 E., 1039 K.

13.HD. 3.11.197 T. 4314 E., 4816 K.

(..... İİK.nun 99. maddesine giren istihkak davalarında yedi günlük hak düşürücü dava açma süresinin başlangıcı, alacaklının hacze ittila tarihi değil, icra memurunun dava açmak için mehil verdiği tarihtir.)

(70) İİD. 15.1.1968 T. 249 E., 306 K.

İİD. 15.3.1973 T. 2798 E., 2723 K.

(..... 99. maddeye göre açılan istihkak davasının reddi halinde tazminata hükmedileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak genel hükümlere göre mahkemelerde dava açılabilir. Mercide açılmaz.)

NOT: Davanın kabulü halinde de durum aynıdır.

6 — 97. maddenin yargılama usulüne ilişkin 11, ispat edilecek yönlerle ilişkin 12 ve teminata ilişkin 14. fıkraları 99. maddeye göre açılan davalarda da uygulanır.

7 — 97. maddenin 17. fıkrası 99. maddeye göre açılan davalarda uygulanmaz. 24.2.1954 T.2/7 sayılı içtihadı birleştirme kararı buna engeldir (71). 97/17. madde istisnai bir hüküm olup bunu bütün iptal davalarına teşmil etmek doğru değildir. Fakat alacaklı borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki muamelenin muvazaa olduğunu ileri sürerse bu iddia dinlenir. Muvazaa iddiası yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışındadır (72).

• c — 99. Madde İle 89. Madde Arasındaki Farklar : Gerek 89 gerek 99. maddelere giren hallerde haczedilen mal üçüncü kişinin elinde olduğu için bu iki maddenin sınırını çizmek zorlaşmakta ve uygulamada da büyük güçlükler çıkarmaktadır.

İİK.nun 89. maddesinin amacı; haczedilen malın üçüncü kişi elinde bulunup bulunmadığını tesbit ederek onlara el koymak, telef masını, başkalarına geçmesini önlemektir. Alacaklı tarafından borçluya ait olduğu iddiası ile haczi talep edilen taşınır malın üçüncü kişinin elinde bulunup bulunmadığının tesbiti için haciz ihbarnamesi ile durum üçüncü kişiden sorulur ve yedi gün içinde cevap vermesi, aksi halde malın kendisinde mevcut sayılacağı bildirilir (İİK. md. 89/1). Üçüncü kişi malın kendisinde olmadığını veya ihbarnameden önce tükettiğini, kusuru bulunmadan telef olduğunu bildirirse mal üzerinde bir hak (istihkak iddiası) ileri sürülmediğinden alacaklı 89. maddeye göre hareket edecek ve cevabın gerçeğe uymadığını merci önünde ispat etmek suretiyle üçüncü kişinin cezaya ve tazminata mahkûm edilmesini isteyecektir (İİK. md. 89/4).

Eğer üçüncü kişi verdiği cevapta, malın kendinde bulunduğunu kabul etmekle beraber bu mal üzerinde mülkiyet, rehin hakkı

(71) (..... 97/17. maddeye göre karşılık dava olarak açılmayıp müstakilen açılan iptal davaları tetkik merciinde değil, mahkemelerde görülür.)

NOT : 99. maddeye göre açılan dava sonunda verilen kararı temyiz etmeyerek kesinleştirdikten sonra artık 97. maddeye görede dava açamaz.

(72) İİD. 4.10.1955 T. 4791 E., 5122 K.

Üçüncü kişinin istihkak iddiasının muvazaadan ibaret olduğu iddiası 24.2.1954 T. 2/7 sayılı içtihadı birleştirmenin konusu dışında kaldığından mercice incelenebilir.)

gibi bir hak iddiasında ise uyuşmazlık 89. maddeye göre değil, 99. maddeye göre çözümlenmelidir. İcra memuru yine alacaklıya istihkak davası açması için yedi günlük mehil verecektir. Alacaklı yedi gün içinde dava açmadığı takdirde üçüncü kişiden bir hak talep edemeyecektir.

Fiili haczin mevcut olduğu hallerde 89. madde söz konusu olmayacaktır. Çünkü üçüncü kişi tarafından malın inkârı olanağı yoktur. Ancak mal üzerinde istihkak iddiasında bulunabilirki bu iddia da 99. maddeye göre çözümlenecektir. Her iki madde arasındaki esaslı fark 99. maddeye giren hallerde haczin fiili olarak, 89. maddeye giren hallerde ihbarname ile yapılmasıdır (73).

— BİTTİ —

K I S A L T M A L A R

İİD.	: İcra Ve İflâs Dairesi
İİK.	: İcra Ve İflas Kanunu
md.	: Madde
a.g.e.	: Adı geçen eser
BK.	: Borçlar Kanunu
MK.	: Medeni Kanun
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
13.HD.	: 13. Hukuk Dairesi
12.HD.	: 12. Hukuk Dairesi (İİD)
96/1.	: 96. maddenin 1. fıkrası
96/2.	: 96. maddenin 2. fıkrası

(73) İ. Postacioğlu: a.g.e., s. 390-392; B. Kuru: a.g.e., s. 254; S. Üstündağ: a.g.e., s.236-237.

YARARLANILAN ESERLER

- İ. POSTACIOĞLU** : İcra Hukukunun Esasları İstanbul 1973
- B. KURU** : İcra Hukuku, Ajans - Türk Matbaası 1965
Ankara
- S. ÜSTÜNDAĞ** : İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Mat-
baası, İstanbul 1975
- N. BERKİN** : İflâs Hukuku Dersleri, İstanbul 1966
- B. GÜRDOĞAN** : İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966
- M. Reşit BELGESAY** : İcra Ve İflâs Hukuku, Cilt 2
- S. Şakir ANSAY** : İcra Ve İflâs Usulleri
- Kemal ARAR** : İcra ve İflâs Hükümleri, Cilt 2
- Sıtkı AKYAZAN** : İhtiyati Haciz Ve Hacze İştirâk Dereceleri,
İstanbul 1958
- B. KÖPRÜLÜ - S. KANETİ** : Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1972-1973
- S. BERTAN** : Ayni Haklar, Cilt I, Ankara 1976
- Z. İMRE** : Türk Miras Hukuku, İstanbul 1972
- E. ŞENER** : Miras Hukuku, Ankara 1977
- M. ÇENBERCİ** : Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1973
- N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** : Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959
- M. YALMAN - E. TAYLAN** : Adi Ortaklık, Ankara 1976
- M. Kemal OĞUZMAN -**
Özer SELİÇİ : Türk Eşya Hukuku, Cilt I Ankara 1965
- S. REİSOĞLU** : Türk Eşya Hukuku, Cilt I. Ankara 1965
- J. AKİPEK** : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1964
- S. S. TEKİNAY** : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İs-
tambul 1963
- İ. SUNGURBEY** : tstanbul 1963
- S. OLGAÇ - H. KÖYMEN** : Kazai Ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra Ve İf-
lâs Kanunu
- S. OLGAÇ** : İcra Ve İflâs Kanunu, İstanbul 1974
- Talih UYAR** : Gerekçeli - İçtihatlı İcra Ve İflâs Kanunu
Şerhi, İzmir 1975
- A. Tahir ÖGÜTÇÜ —**
- Ali ÇİTOĞLU** : Uygulamalı İcra Ve İflâs Kanunu
- E. CANSEL** : Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, 1975
- E. CANSEL** : Türk Menkul Rehni Hukuku, 1967

TAKİP HUKUKUNDA İTİRAZIN KESİN OLARAK KALDIRILMASI

(İİY. m. 68)

Avukat Talih UYAR (*)

PLÂN : Giriş. I — İtirazın kesin olarak kaldırılması kararının amacı. II — İtirazın kesin olarak kaldırılması istemine dayanak olabilecek belgeler. a — Belirli bir para borcu ikrarını (—kabulünü) içeren ve imzası ikrar (—kabul) edilmiş belgeler. III — İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler. IV — b) Belirli bir para borcu kabulünü içeren ve noterikçe düzenlenen senetler. V — c) Resmi dairelerin ya da yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri ve koşulsuz olarak borç kabulünü içeren makbuz ve belgeler. A — Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından düzenlenen ve «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler» hükmünde olan belgeler. aa — 506 sayılı Yasanın 79. maddesi gereğince düzenlenen belgeler. bb — 506 sayılı Yasanın 80. maddesi gereğince düzenlenen belgeler. B — Bağ-Kur tarafından düzenlenen ve «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler» hükmünde olan belgeler. VI — Yasalarda özel olarak İİY. 68/1 hükmünde olduğu belirtilmeyen belgeler. VII — bb) Resmi makbuzlar. VIII — Mühürlü ve parmak izli senetler. IX — İtirazın kaldırılma isteminin incelenme yöntemi. X — Tetkik merciince verilecek karar şekli. XI — Tetkik merciince verilecek kararların hukuki sonuçları. XII — Borçlunun sunduğu belge altındaki imzanın, alacaklı vekili tarafından inkârı halinde yapılacak işlem. XIII — Tetkik merciinde, «bekletici mesele» yapılabilecek olan iddia ve savunmalar. XIV — Tetkik merciince «görevsizlik kararı» verilmesinin yasaya uygun düşmediği durumlar. XV — Tetkik merciinde «icra inkâr tazminatı».

GİRİŞ

İİY. md. 68-70'de düzenlenmiş bulunan; itirazın kaldırılması kurumu, borçlunun itirazı ile duran icra takibine devam edilmesini sağlar. Gerçekten, borçlunun, hakkındaki —ilâmsız— takibe süresi —yedi gün— içinde yapacağı (İİY. md. 62) itiraz ile takip duracağından (İİY. md. 66), alacaklı bu durumda, itirazı hükümden düşürmek, duran takibe devam edilmesini sağlamak için ya mahkemeye başvurmak suretiyle «itirazın iptali»ni ister (İİY. md. 67) ya da tetkik merci'ne başvurarak «itirazın kaldırılması»ni

(*) Manisa Barosu Avukatlarından.

talepeden (İ.Y. md. 69, 68-a). Alacaklının elinde, - İ.Y. md. 68, 68-a'da nitelenen belgelerden birisinin bulunması halinde, alacaklının mahkemeye başvurarak «itirazın iptali» isteminde bulunması külfetli ve kendisine zaman kaybettiren bir yoldur. Bu nedenle, itirazın daha hızla takip hukuku bakımından hükümden düşürülmesini sağlayan «itirazın kaldırılması» kurumu düzenlenmiştir. Ancak, borçlunun bu şekilde kısa yoldan itirazının kaldırılması yöntemi düzenlenirken, borçlunun çıkarlara da gözetilerek, alacaklının ancak borçlunun gerçekten borçlu olduğunu gösteren belgelere sahip olması halinde, itirazın kaldırılması için tetkik mercii'ne başvurabileceği öngörülmüştür.

İtirazın takip hukuku içinde kaldırılması, teorik bakımdan sadece takip hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur. Gerçekten, itirazın bu yolda kaldırılmasına karar verilirken hiçbir şekilde, takip konusu alacağın maddi hukuk bakımından var olup olmadığı hakkında bir tesbit yapılmaz. Bu yolda, ancak var olan bir belgenin —o takip bakımından— takip konusu yapılabiliyor yapılamayacağı hakkında karar verilir. Bu nedenle de «itirazın kaldırılması kararı» bir «mahkeme hükmü» niteliğini taşımaz. Asıl hak (alacak) bakımından maddi anlamda «kesin hüküm» oluşturmaz (HUMY. md. 237). Borçlu, bu karara rağmen, İ.Y. md. 71 ve 72'den yararlanır (1).

İnceleme konusu olan —İcra ve İflas Yasasındaki 370. madde arasında en çok uygulanan (2)— bu maddede «itirazın kesin olarak kaldırılması» bundan sonraki 68-a ve 69. maddelerde de «itirazın geçici olarak kaldırılması» kurumu düzenlenmiştir.

• I — İtirazın kesin olarak kaldırılması kararının amacı: İtirazın kesin olarak kaldırılması'ndan amaç, borçlunun «takip konusu borca» itirazının kesin biçimde ortadan kaldırılmasıdır. Borçlunun «imzaya itirazı», itirazın geçici olarak kaldırılması'na (İ.Y. md. 68/a) konu olur.

Tetkik mercii, itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar verince, alacaklı, itiraz ile duran icra takibine devam edilmesini —yani borçlunun mallarının haczini— isteyebilir. Bunun için, itirazın ke-

(1) Üstündağ, S.: İcra Hukuku, sh: 108 - Postacıoğlu, İ.: İcra Hukuku, sh: 175 - Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, sh: 132 - Arslan, R.: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, sh: 65 vd.

(2) Akyazan, S.: İcra ve İflas Kanununun 68. maddesi üzerine bir inceleme (Ad. D. 1955/11, sh: 1047).

sin olarak kaldırılması kararının kesinleşmesine gerek yoktur, ancak, itirazın kaldırılması kararı kesinleşmeden satış yapılamaz (İİY. md. 364/III) (3).

• II — İtirazın kesin olarak kaldırılması istemine dayanak olabilecek belgeler : Alacaklı hangi durumlarda «itirazın kesin olarak kaldırılması» isteminde bulunabilir? Alacaklıya, «itirazın kesin olarak kaldırılması»nı isteme yetkisini veren belgeler, madde- nin birinci fıkrasında birer birer sayılar belirtilmiştir. Bu belgeler şunlardır :

a) Belirli bir para borcu ikrarını içeren ve imzası ikrar edilmiş bir âdi senet : Görüldüğü gibi, bu belgenin iki özelliği vardır :

aa — Senet, borç ikrarını içerecektir. Senetten, koşulsuz olarak bir borcun ikrar edilmiş olduğu anlaşılacaktır. Bu nedenle senet, borç ikrarını içermiyor da sadece bir paranın alındığını gösteriyorsa —örneğin bir makbuz gibi— o zaman bu senet, diğer belge ve senetlerle tamamlanıp hepsi birlikte borç ikrarını içermedikçe, sadece o senede dayanarak itirazın kaldırılmasına karar verilemez (4). Alacaklı olarak takipte bulunan kimse, borçluya karşı başvuru (= rücu) hakkını kullanmakta ise, o zaman makbuzun itirazın kaldırılmasında bir rolü olabilir (5). Aynı şekilde, fatura da tek başına itirazın kaldırılması kararına dayanak olamaz.

bb — Senet altındaki imza borçlu tarafından kabul (= ikrar) edilmiş olmalıdır. «Borçlu tarafından imzası kabul (= ikrar) edilmiş senet» ne demektir?

aaa) Borçlusu tarafından, itiraz sırasında imzası inkar edilmiş olan senet «imzası kabul (ikrar) edilmiş senet» sayılır. Gerçekten, İİY. md. 62/V ve 60/3 gereğince, borçlu itirazında, imzayı inkar ettiğini «ayrıca ve açıkca» bildirmezse, o takip yönünden senetteki imzayı kabul etmiş sayılır. Bu şekilde, takip konusu senetteki imza «ayrıca ve açıkca» borçlu tarafından itiraz sırasında inkar edilmemişse, alacaklı bu senede dayanarak, «itirazın kesin olarak kaldırılması»nı isteyebilir.

Borçlunun imzasını taşıyan bir senede dayanılarak yapılan icra takibine karşı, borçlu senedi kabul ve imzasını kabul etmekle beraber, borcun ödendiğini ya da alacaklısının kendisine süre verdi-

(3) Kuru, B.: İcra Hukuku, sh: 140.

(4) Kuru, B.: İcra Hukuku, sh: 141 - Postacıoğlu, İ.: a.g.e., sh: 177.

(5) Postacıoğlu, İ.: a.g.e., sh. 177.

ğini ileri sürebilir. Bu örnekte de, takip imzası kabul edilmiş bir senede dayanıyor sayılır (6).

bbb) Borçlu itirazında, alacaklının takip konusu yaptığı senedin altındaki imzayı inkar ettiğini «ayrıca ve açıkca» bildirmişse (İİY. md. 62/V, 60/3) alacaklı artık «itirazın kesin olarak kaldırılması»nı isteyemeyip, «itirazın geçici olarak kaldırılması» yoluna (İİY. md. 68/a) gidebilir. Ancak, borçlu, Tetkik Merciiindeki duruşmada, imzasını kabul ederse, tetkik mercii yargıcı artık «itirazın kesin olarak kaldırılması»nın gerekip gerekmediğini inceleyebilir (7).

• III — İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler : İki tarafa borç yükleyen sözleşmelere dayanarak, itirazın kesin olarak kaldırılması istenebilir mi? Yasa, 68. maddesinde; «borç kabulünden (= ikrarından) bahsetmektedir. Buradaki «borç kabulü (ikrarı) kavramına dar bir anlam vermemek gerekir.» «Koşula bağlı bir borç kabulü» ya da «iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedeki borç kabulü» de 68. maddeye göre «itirazın kesin olarak kaldırılması»nı sağlayabilir. Yeter ki, itirazın kaldırılması isteminin ileri sürüldüğü sırada koşul gerçekleşmiş ya da karşı edim yerine getirilmiş olsun (8). Alacaklı, borç kabulünde yer olan «koşulun gerçekleştiğini» ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşmede «kendisine düşen borcu (edimi) yerine getirdiğini», «sözleşmede yer alan bir kayıt ile» veya «borçludan aldığı bir başka belge ile» kanıtlayamamışsa, sözleşme ya da koşullu borç kabulü (ikrarı)na dayanarak, itirazın kaldırılmasını isteyemez (9).

Alacaklı, bazan borçlu ile arasında düzenlenmiş bulunan bir-biri ile ilişkisi bulunan birbirini tamamlayan, birden fazla belgeye dayanarak borçlunun itirazının kesin olarak kaldırılmasını isteyebilir. Örneğin, borçluya kredi açan banka ile bankadan para çeken borçlu arasındaki ilişkide, borçlunun bankadan ne kadar para çektiğini dolayısıyla ne kadar borçlanmış olduğunu banka, hem borçlu ile arasındaki «kredi açma sözleşmesi» ve hem de borçlunun buna dayanarak çektiği paraları belirten «makbuz, ödeme fişi, çek, po-

(6) Akyazan, S.: a.g.m., sh: 1048.

(7) Kuru, B.: İcra Hukuku, sh: 141, dipn. 41.

(8) Üstündağ, S.: a.g.e., sh: 110.

(9) Üstündağ, S.: a.g.e., sh: 110 vd. - Postacıoğlu, İ.: a.g.e., sh: 177 vd. - Kuru, B.: Ders Kitabı, sh: 122, dipn. 5.

lıçe, bono vs.» ile kanıtlayabilir. Alacaklı banka, bu belgeleri birlikte tetkik merciine sunarak, borçlunun borca itirazının kesin olarak kaldırılmasını isteyebilir (10).

Ancak hemen belirtelim ki, uygulamada Yargıtay, az önce belirtilen görüşlere katılmamaktadır. Yüksek mahkemeye göre; «iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler gereğince düzenlenen senetlere dayanılarak yapılan takiplerde, alacağın istenebilir duruma gelip gelmediği, yargılama yapılmasını gerektirip, uyuşmazlığa tetkik merciinde bakılamaz» (11) (12), «kredi sözleşmesi ve hesap hülasasına dayanan takiplerde borca yönelen itirazlar tetkik merciinde incelenemez» (13) (14). Görüldüğü gibi 12. Hukuk Dairesi, konuyu «tetkik merciinin görev alanı» açısından incelemiş ve belirtien tipteki uyuşmazlıkların «yargılamayı gerektireceği» sonucuna vararak, alacaklının Tetkik Mercii'nden itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteyemeyeceğini belirtmiştir. Halbuki, tetkik merciinin görev alanını bu kadar daraltmak takipleri çok daha uzatacağı gibi, belirtilen durumlarda, alacaklının elindeki belgeler birbirini tamamladığı, borç kabulünü içerdiği oranda, alacaklıya itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteme yetkisini verebilmelidir.

Kaldı ki, bu maddeye ait Hükümet Gerekçesinde de (15), «iki tarafa borç yükleyen bir mukaveleye müsteniden itirazın kaldırılmasını isteyen alacaklı, aynı zamanda bu mukavele mucibince kendisine terettüp eden borcun yerine getirilmiş olduğunu resmi veya imzası ikrar edilmiş bir makbuzla isbat etmek mecburiyetinde olacaktır» şeklinde aynı husus belirtilmiştir. Bu nedenle, bir satış sözleşmesine dayanılarak yapılan icra takibinde, alacaklı sattığı malı karşı tarafa teslim ettiğini ancak satış sözleşmesinde satılanın teslim edildiğine dair bir kayıt varsa —ya da karşı taraftan bir makbuz almış ve bu makbuz altındaki imza karşı tarafça inkar edilmemekte ise— buna dayanabilir. Aksi takdirde, alacaklı kendi edimi olan «teslim» durumunu kanıtlayamamış olduğu için,

(10) Kuru, B.: Ders Kitabı, sh: 123.

(11) Uyar, T.: İcra Tetkik Mercii'nin Görev Alanı, ABD. 1979/5, sh: 40.

(12) Uyar, T.: Tetkik Mercii'nin Görev Alanı (İçtihat Derlemesi), İKİD. s: 225, sh: 7141 (12.HD. 21.6.1979 T. 5371/5773; 12.6.1979 T. 4851/5419; 3.4.1979 T. 1736/2986; 26.2.1979 T. 1178/1530, 21.9.1978 T. 7426/7315).

(13) Uyar, T.: a.g.m., sh: 40.

(14) Uyar, T.: a.g. İçtihat deremesi, sh: 7144 vd. (12.HD. 17.5.1979 T. 5465/(616; 27.3.1979 T. 1707/2609; 13.12.1978 T. 714/1243).

(15) Bknz: Hükümet Gerekçesi (Uyar, T. Gerekçeli - İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, (:1, sh: 730).

itirazın kaldırılması isteminin reddedilmesi gerekecektir. Aynı şekilde, bir kira sözleşmesine dayanılarak kira bedelinin ödenmesi için yapılan icra takibinde, alacaklının kiralananı borçluya teslim ettiğini, İ.Y. md. 68/1'deki belgelerden biri ile kanıtlaması gerekecektir.

• IV — b) Belirli bir para borcu kabulünü içeren noterlikçe düzenlenen senetler : Bilindiği gibi, noterler iki şekilde senet düzenlerler : 1 — Düzenleme suretiyle (= re'sen) düzenlenen noter senetleri : Bu senetler doğrudan doğruya noterler tarafından düzenlenirler (Noterler Y. md. 84-89, 72, 82/II). Bu şekilde düzenlenen senetler, koşulsuz olarak borç kabulünü içeriyorsa, bunlar İ.Y. md. 38'e göre «ilâm hükmünde» olduğundan, ilâmlı takibe konu olabilirler. Bu nedenle, bu maddede bahsedilen «noter senetleri» bunlar değildir. Ancak hemen belirtelim ki, bu senetlere dayanılarak da ilâmsız icra yoluna gidilebilir. Borçlunun itirazı halinde bu itiraz «kesin olarak» kaldırılır. Fakat bu senetler, alacaklıya tanıdığı avantajlar bakımından genellikle «ilâmlı takibe» konu yapılır. 2 — İmzası noterlikçe onanan senetler : Bu senetler noterler tarafından düzenlenmeyip, taraflarca dışarıda hazırlanıp, sadece notere onama için sunulur. Noter, dışarıda düzenlenen senedi ilgililere imzalatır ve bu imzanın önünde atıldığı onaylar. İşte, İ.Y. md. 68/I'de bahsedilen «noterlikçe tasdik edilen senetler» bu senetlerdir. Noter tarafından yapılan bu imza onaylaması onaylanan imzanın ilgiliye ait oluşunu belgelendirme niteliğinde olup, hukuki işlemin içeriğini kapsamaz. Bu işlemlerde, imza ve tarih sahteliği kanıtlanıncaya kadar geçerlidir (Noterlik Y. md. 82/III). Yani, borçlunun noterlikçe onaylanmış senet altındaki imzayı inkar etmesi, alacaklının bu belgeye dayanarak Tetkik Mercii'nden itirazın kaldırılmasını istemesine engel olmaz. Çünkü, Tetkik Mercii, borçlunun ileri sürdüğü sahtelik iddiasını incelemeye yetkili değildir. Borçlu, noterlikçe onaylanmış olan imzanın kendisine ait olmadığını ancak açacağı «sahtelik davası» ile kanıtlayabilir (HUMY. md. 314).

İmzası noterlikçe onaylı senedin, itirazın kesin olarak kaldırılmasını sağlayabilmesi için, «koşulsuz borç kabulünü içermesi» ve «belirli bir paraya ilişkin olması» gerekir (16).

(16) Vural, P.: İcra ve İflas Kanunu ve Noterlik Kanunu Açısından Noterlik Senetleri.

• V — c) Resmi dairelerin ya da yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri ve koşulsuz olarak borç kabulünü içeren makbuz ve belgeler : Hemen belirtelim ki, bu «belge» ve «makbuzlar» resmi daireler ya da yetkili makamlar tarafından düzenlenmiş olduklarından bunlarda borçlunun imzası bulunmaz.

aa — Maddede bahsedilen «resmi belgeler»e örnek olarak; «borç ödemededen aciz belgesi» (İİY. md. 105, 143, 251) (17) ve «rehin açığı belgesi» (İİY. md. 152) gösterilebilir. İcra ve İflas Yasası dışında bazı özel yasalarda da «itirazın kesin olarak kaldırılması» kararına dayanak olabilecek resmi belgeler gösterilmiştir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası md. 81; 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası md. 54 bu düzenlemeye örnek olarak gösterilebilir.

Bunlardan, gerek Sosyal Sigortalar Kurumu ve gerekse Bağ-Kur tarafından düzenlenen ve takip hukuku bakımından «itirazın kesin olarak kaldırılması kararı»na dayanak olabilecek belgeleri —uygulamada bu belgelere dayanan takiplerle çok sık karşılaşıldığı için— daha yakından incelemekte yarar görüyoruz :

A) Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından düzenlenen ve «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler» hükmünde olan belgeler : 506 sayılı yasanın 81. maddesine (18); —İİY. md. 68/I'de sözü geçen— «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler» hükmünde olan, «kurumca düzenlenen ve işverenin prim borcunu gösteren» belgeler iki türdür. 506 sayılı yasanın 81. maddesi gereğince resmîlik tanınmış olan belgeler;

a) Hem, kurum tarafından «işverence verilen aylık sigorta prim belgelerine dayanılarak —506 sayılı Yasa md. 80 gereğince— düzenlenen, «prim tahakkuk ve takip belgeleri».

b) Hem de; ölçümleme yoluyla saptanmış olup da işverence yasanın belirlediği süre içinde itiraz edilmeyen ya da itiraz edilmiş olmakla beraber prim itiraz komisyonu tarafından reddedilen itiraz konusu prim borçları için —506 sayılı Yasa md. 79 gereğince— düzenlenen «prim tahakkuk ve takip belgeleri»dir.

(17) Umar, B.: İptal Davası, sh: 41 vd.

(18) 506 s. Yasa mad. 81: Bu kanuna göre alınacak sigorta primlerinin ödenmesi için kurumca işverene yapılacak bildiri üzerine prim borçları ödenmezse, kurumca düzenlenen ve işverenin prim borcu miktarını gösteren belgeler resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler hükmünde olup, icra ve iflas dairelerince, bunların tâbi oldukları hükümlere göre işlem yapılır.

Başka bir deyişle, 506 sayılı Yasanın 81. maddesi gereğince —İYY. md. 68/I'de sözü geçen «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler «hükmünde olan ve kurumca düzenlenip işverenin prim borcunu gösteren ve uygulamada «prim tahakkuk ve takip belgesi» adı ile anılan belgeler, kurum tarafından hem 506 sayılı Yasanın 79. maddesine göre «ölçümlemeye başvurularak» hem de 506 sayılı Yasanın 81. maddesine göre «İşverenin verdiği aylık sigorta prim belgelerine - uygulamada» bunlara, «aylık sigorta prim bildirgesi» denmektedir - göre, işverenin prim borcunun saptandığı durumlarda düzenlenmektedir :

aa) 506 sayılı Yasanın 79. maddesi gereğince düzenlenen ve İYY md. 68/I hükmünde olan «prim tahakkuk ve takip belgeleri» : 506 sayılı Yasanın 79. maddesine göre, işveren «bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların, sigorta primleri hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile sigorta primlerini gösteren —Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğünde, «Aylık Sigorta Primleri Bildirgesi» adıyla anılan— belge ve kayıtları kuruma bildirmek zorundadır.

İşte işveren, Sosyal Sigorta Yasasında öngörülen bu ödevini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemezse, kurumun ölçümleme denilen ve «yasal nedenlerin varlığı durumunda sigorta primleri hesabına esas tutulacak kazançlar toplamının bulunması işlemi» diye tanımlanan işleme başvurma hakkı doğmaktadır (19).

Kurum kendisine ölçümlemeye başvurma hakkı veren —ve 2167 sayılı Yasa ile beşe çıkmış olan (20) yasal nedenlerin varlığı halinde yaptığı ölçümleme sonucu saptadığı işverenin prim borcunu 506 sayılı Yasanın 81. maddesi uyarınca —15 gün içinde— ödemesi için işverene tebliğ eder. İşveren, bu süre içinde bildirilen prim borcunu ödemezse, bu kez kurum, «prim tahakkuk ve takip belgesi» düzenleyerek işverene gönderir.

İşveren bu borca karşı 30 gün içinde kuruma itiraz edebilir (506 s. Yasa md. 79/III).

(19) Bknz: Tunçomağ, K.: Sosyal Sigortalar, sh: 237 - Tunçomağ, K.: S.S.K. Uygulaması Açısından İşverenin Yükümleri (İHFM. 1972/1-4, sh: 411 vd. - Ozanoğlu / Yanlızoğlu / Tümer, Açıklamalı - İctihatlı Sosyal Sigortalar Mevzuatı, sh: 1025 vd. - Cuhruk / Çolakoğlu / Bükey, Sosyal Sigortalar, sh: 695 vd. - Çenberci, M.: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, sh: 583 vd.

(20) Çenberci, M.: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ek Kitap, sh: 137.

aaa — Eğer işveren, kendisine tebliğ edilen ölçümleme sonucu saptanmış prim borcuna karşı hiç ya da 30 günlük yasal süre içinde itiraz etmezse prim borcu kesinleşmiş olur. Hemen belirtilen ki, bu kesinleşme «idari aşamada» prim borcunun kesinleşmiş olduğunu, artık kesinleşen prim borcuna karşı, prim itiraz komisyonuna başvurulamayacağını belirtir (21). Bunun sonucu olarak, prim alacağı kurum bakımından «tahsil edilebilir» bir nitelik kazanır.

Kanımızca, prim borcunun bu şekilde kesinlik kazanması, işverenin İİY. md. 72 gereğince «ölçümleme yoluyla saptanıp kendisinden istenen prim borcunun gerçekte bulunmadığı» konusunda olumsuz tesbit davası açmasını önlemez. Yani, işveren, kendisine tebliğ edilen ölçümleme yoluyla bulunan prim borcuna karşı kuruma itiraz edecek yerde doğrudan —506 sayılı yasanın 79/III. maddesi gereğince— doğruya yetkili (yani; kurum merkezinin bulunduğu Ankara (HUMY. md. 9) ya da prim borcunu tahakkuk ettiren kurum şubesinin bulunduğu yerde (HUMY. md. 17) veya; icra takibinden sonra açılacak olan davalarda; takibin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yerdeki (İİY. md. 72/son) iş mahkemesinde «prim borcunun hiç ya da istenildiği kadar bulunmadığı konusunda» olumsuz tesbit davası açabilir (22). Böyle bir dava, kurumun yapmış olduğu icra takibini durdurmaz. Ancak, davaya bakan iş mahkemesi, İİY. md. 72 uyarınca, ihtiyati tedbir yoluyla «icra takibinin durdurulmasına» (İİY. md. 72/II) ya da «icra veznesindeki paranın alacaklı kuruma verilmemesine» (İİY. md. 72/III) karar verebilir.

bbb — İşveren, kendisine tebliğ edilen ölçümleme sonucu saptanmış prim borcuna karşı, kuruma, 30 gün içinde itiraz edebilir (506 sayılı Yasa md. 79/III). İşverenin bu itirazı üzerine, kurum yeniden dosyayı inceler ve bunun sonucunda ya itirazı haklı bulur ya da itirazı red eder. Kurumun bu konudaki yeni kararına karşı işveren yine 30 gün içinde —itiraz edilen miktarın % 10'u tutarındaki parayı peşin olarak kuruma ödemek suretiyle— Prim İtiraz Komisyonu'na başvurabilir.

Eğer işveren —belirtilen sürede ve belirtilen şekilde— Prim İtiraz Komisyonu'na başvurmazsa, ölçümleme yoluyla bulunan ve

(21) Akgül, A.: Sosyal Sigortada Ölçümleme ve İtiraz Yolları, sh: 41 - Bknz: 10.HD. 10.5.1976 T. 8964/3438.

(22) Aynı görüşte; Kuru, B.: Sosyal Sigortalar Kurumu'nun Prim Alacaklarının İlâmsız İcra Yolu İle Tahsilî (Prof. H. Furgoç'a Armağan, sh: 376).

kendisine bildirilen prim borcu —yine idari aşamada— kesinleşmiş olur.

Kanımızca, —az önce belirtildiği gibi— işveren bu şekilde idari aşamada kesinleşen prim borcu hakkında, İİY. md. 72 uyarınca «olumsuz tesbit davası» açabilir.

Eğer işveren, Prim İtiraz Komisyonu'na başvurmuşsa, Prim İtiraz Komisyonu'nun itirazını haklı bulan ya da bulmayan kararına karşı da iki şekilde davranabilir: İşveren, Prim İtiraz Komisyonu'nun kararının kendisine tebliğinden itibaren iki ay içinde, yetkili iş mahkemesine başvurarak «prim itiraz komisyonu kararının iptalini» isteyebilir. Ya da, bu karara karşı yetkili iş mahkemesinde itirazda bulunmaz. Bu taktirde, prim borcu —idari aşamada— kesinleşmiş olur. İşveren yetkili iş mahkemesine başvurmaması halinde artık, «Prim İtiraz Komisyonu Kararına» karşı dava hakkını kaybederse de, bu durum, ölçümleme yoluyla saptanan ve idari aşamada kesinleşmiş olan prim borcu konusunda, «böyle bir borcu bulunmadığı»nın —İİY. md. 72'ye göre— tesbitini isteyebilir. İşverenin, 506 sayılı yasanın 79. maddesinin 3. fıkrasına göre Prim İtiraz Komisyonu Kararı'na karşı, iş mahkemesine iki ay içinde başvurmaması sadece prim itiraz komisyonu kararının kesinleşmesine yol açar. Buna karşın işveren, prim itiraz komisyonu kararını tartışma ve dava konusu yapmaksızın, genel hükümler (İİY. md. 72) uyarınca, olumsuz tesbit davası açabilmelidir. Örneğin, işveren, Prim İtiraz Komisyonu'na başvururken, dilekçesinde «kurumun ölçümleme hakkının doğmadığını, kendisine kurumca yapılan tebliğatin usulsüz olduğunu» bildirmiş ve fakat bu itirazı komisyonca red edilmişse, artık bu hususu ancak iki ay içinde yetkili iş mahkemesinde açacağı davada tartışabilir. Eğer iki ay içinde dava açmazsa, bu husus kesinleşir. Buna karşın işveren, Prim İtiraz Komisyonu'na başvururken ileri sürmediği örneğin; «ölçümlemenin yasaya aykırı biçimde yapılmış olduğunu» her zaman —İİY. md. 72 uyarınca, borcu ödeyinceye kadar— olumsuz tesbit davası olarak, bu borç ödendikten sonra da —ödeme; icra takibi sonunda ödenmişse, İİY. md. 72'ye göre, ödeme icra takibi dışında olmuşsa, 506 sayılı Yasanın 84. maddesi uyarınca— istirdat (= geri alma) davası olarak açabilir.

İşverene, İİY. md. 72 uyarınca «olumsuz tesbit davası» açılma hakkının tanınması şu bakımdan da zorunludur: İşveren, ölçümleme işlemiyle ilgili her konuyu Prim İtiraz Komisyonu'na gö-

türemez. İtirazın konusunu ancak; «ölçümleme nedenleri» ile «ölçümleme usul ve esasları» teşkil edebilir (23). Yargıtay da, çeşitli kararlarında, «prim borcu bulunmadığının» (24), «mükerrer prim alınmak istendiğinin» (25), «sigortalı çalıştırılmadığının» (26) «prim borcunun kendisine ait olmadığının» (27) Prim İtiraz Komisyonunda tartışma konusu yapılamayacağını, bunların olumsuz tesbit davası konusu olabileceğini belirtmiştir.

Prim İtiraz Komisyonu'na işverenin başvuru hakkı bu şekilde kısıtlı olunca, bu komisyonun verdiği karara karşı yetkili iş mahkemesinde «Prim İtiraz Komisyonu Kararının İptali Davası»nı açabilmek ancak belirli konularda olabilecektir. Yüksek mahkemeye göre, prim itiraz komisyonu kararının iptali için başvurulmuş yetkili iş mahkemesinin, sadece «itiraz konusu kararın yasalara uygun olup olmadığını saptamakla yetinmesi» gerekmektedir (28). Aynı şekilde, bu mahkemenin vereceği karar taraflar için «kesin hüküm» sayılırsa da, mahkemenin - komisyonun, çekişmeli prim borcunun % 10'unun hiç ya da süresinde yatırılmamasından dolayı işverenin itirazı hakkında verdiği red kararına ilişkin ve bu kararın doğruluğunu belirten kararının sadece 506 sayılı Yasa md. 79/III'ün öngördüğü özel usul içinde kesinlik taşıyacağı buna karşın hukuki ve adli anlamda «kesin hüküm sayılmayacağı» haklı olarak belirtilmiştir (29).

Kurum, ölçümleme sonucu saptadığı işverenin prim borcunu, işverene bildirdikten sonra, genellikle bu borcun kesinleşmesini, yani işverenin 506 sayılı Yasa md. 79/III gereğince önce kendisine daha sonra da Prim İtiraz Komisyonuna başvurup başvurmayacağını bekleyerek, borç kesinleştikten sonra icraya başvurur.

Fakat, ölçümleme yoluyla belirlenen prim alacağı zaman aşımına uğramak üzere işe, işverene prim borcunu bildirmekle beraber,

(23) Çenberci, M.: a.g.e., sh: 614.

(24) Bknz: 10.HD. 1.3.1977 T. 6104/1407 - 20.9.1976 T. 399/5925 (Naklen; Çenberci, M.: a.g.e., sh: 12, 99).

(25) Bknz: 10.HD. 10.6.1976 T. 9288/4538 (Naklen, Çenberci, M.: a.g.e., sh: 1300).

(26) Bknz: 10.HD. 20.5.1976 T. 9148/3958 - 19.2.1976 T. 6193/1141 (Naklen, Çenberci, M.: a.g.e., sh: 1300).

(27) Bknz: 10.HD. 1.3.1977 T. 1518/1434. (Naklen, Çenberci, M.: a.g.e., sh: 1300).

(28) Bknz: 10.HD. 30.4.1976 T. 3039/3159 (Naklen, Çenberci, M.: a.g.e., sh: 624).

(29) Çenberci, M.: a.g.e., sh: 625.

onun idari yönden kesinleşmesini beklemeden düzenlediği «Prim Tahakkuk ve Takip Belgesi»ne dayanarak, işveren hakkında ilâmsız takibe de geçebilir (30).

İşveren, kurumun bu takibine iki şekilde karşı koyabilir : Ya, İİY. md. 62 gereğince icra dairesine —7 gün içinde— başvurarak takibe itiraz ettiğini bildirir ya da 506 sayılı Yasanın 79/III. maddesi gereğince ölçümleme yoluyla belirlenen prim borcuna karşı kuruma —30 gün içinde— itirazda bulunur. İşverenin kuruma yapacağı bu itiraz ile —icra dairesine ayrıca itirazda bulunulmasa da— takip durur. Aynı şekilde, kurumun vereceği cevaba karşı, 30 gün içinde, işveren Prim İtiraz Komisyonu'na başvurunca da, kurumun başlattığı takip durur.

İşverenin, henüz ölçümleme yoluyla saptanan prim borcunun idari yönden kesinleşmediği aşamada, prim borcuna itiraz etmek istemesi halinde hem icra dairesine ve hem de önce kuruma sonra da Prim İtiraz Komisyonu'na başvurması çok daha uygun olur. Çünkü, kurum Prim İtiraz Komisyonuna başvurulduğundan geç haberdar olur ve icra dosyasında da borçlunun itirazı bulunmazsa, borçlu hakkında —prim borcunun idari aşamada kesinleştiği kanısıyla— haciz işlemine girişebilir.

Burada şu hususu da belirtelim ki, işverenin kuruma ve Prim İtiraz Komisyonu'na başvurması, hakkında başlatılan icra takibini durdurduğu halde, Prim İtiraz Komisyonu Kararına karşı yetkili iş mahkemesine başvurması, icra takibini durdurmaz. Ancak, iş mahkemesi, bu durumda, İİY. md. 72 uyarınca, ihtiyati tedbir yoluyla «icra takibinin durdurulmasına» (İİY. md. 72/II) ya da «icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesine» (İİY. md. 72/III) karar verebilir.

Kurum, —prim alacağının zamanaşımına uğramak üzere olması varsayımı dışında— ölçümleme yoluyla belirlediği prim olacağını, «tahsil edilebilir» bir nitelik kazanmadıkça, yani, prim alacağı idari aşamada —işverenin 506 sayılı yasa md. 79/III uyarınca, önce kuruma daha sonra Prim İtiraz Komisyonuna itirazda bulunmaması ya da Prim İtiraz Komisyonu tarafından itirazının reddedilmesi ile— kesinleşmedikçe, «prim tahakkuk ve takip belgesi» düzenleyip, işveren hakkında takibe geçmez. Kurumun ölçümleme yoluyla saptadığı prim alacağı az önce belirttiğimiz şekilde kesinleşince

(30) Kuru, B. a.g.m., sh: 375.

kurum bir «prim tahakkuk ve takip belgesi» düzenleyerek, işveren hakkında ilâmsız takibe geçer.

İşverenin bu ilâmsız takibe 7 gün içinde itirazda bulunması üzerine, icra takibi İİY. md. 62 ve 66/I uyarınca durur.

Alacaklı kurum bu durumda; a) 6 ay içinde İcra Tetkik Mercii'ne başvurarak «itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteyebilir. 506 sayılı yasanın 81. maddesinde her ne kadar; «kurumca düzenlenen ve işverenin prim borcunu gösteren belgelerin», icra ve iflas dairelerince, «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler hükmünde oldukları» belirtilmişse de, bu belgelerin «icra tetkik mercilerince» resmi belge niteliğinde sayılacağı belirtilmek istendiği kabul edilmelidir (31).

İİY. md. 63 gereğince, borçlu «itiraz sebeplerini değiştiremeyeceği ve genişletemeyeceğinden» ve «İİY. md. 62/IV gereğince de itirazın kaldırılması duruşmasında ancak «alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılan itiraz sebepleri ileri sürülebileceğinden» borçlu işverenin, tetkik mercisindeki duruşmada, takip dayanağı «prim tahakkuk ve takip belgesine göre, takip konusu prim borcunun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilmesi için, —12. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatları gereğince (32)— itirazında itiraz sebeplerini bildirmemiş olması gerekir. Çünkü, yüksek mahkemeye göre, itiraz sebeplerini bildiren borçlu, duruşmada bu itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez. Eğer itirazında hiç sebep bildirmemişse, —örneğin; sadece «takibe itiraz ediyorum», «borçlu değilim» demişse— ancak o zaman senet metninden —prim tahakkuk ve takip belgesinden— anlaşılan itiraz sebeplerini ileri sürebilir. Uygulamada, hakkındaki ilâmsız takibe itiraz etmek isteyen borçlu işverenler bu hususa dikkat etmeleri ve İİY. md. 68/I'de yazılı belgelerle kanıtlayamayacakları itiraz sebeplerini ileri sürmekten kaçınmaları ve takip dayanağı prim tahakkuk ve takip belgesi **metninden anlaşılabilen itiraz sebeplerine dayanabilmek için**, itiraz sırasında kendilerini bağlayıcı biçimde itiraz sebeplerini açıklamaktan kaçınmaları gerekir.

Tetkik mercii; alacaklı kurumun takip dayanağı yaptığı «prim tahakkuk ve takip belgeleri», 506 sayılı Yasanın 81. maddesi gereğince «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belge» hükmünde olduğundan (İİY. md. 68/I), borçlunun itirazlarını aynı nitelikte-

(31) Kuru, B. a.g.m., sh: 371, dipn. 3.

(32) Bknz: Uyar, T. a.g.e., C: 1, Madde: 63, sh: 685.

ki belgelerle kanıtlanamaması halinde, «borçlunun itirazının kesin olarak kaldırılmasına» karar verir.

b) Alacaklı kurum, borçlu işverenin itirazı ile duran takibe devam edebilmek için, itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde, yetkili iş mahkemesine başvurarak, «itirazın iptalini ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini» (İ.Y. md. 67) isteyebilir.

Kurumun, «itirazın iptali» dileğiyle iş mahkemesine başvurusu halinde, mahkemenin vereceği karar taraflar için «kesin hüküm» (HUMY. md. 237) sayılacağı halde, «itirazın kesin olarak kaldırılması» dileğiyle İcra Mercii'ne başvurusu halinde Tetkik Mercii'nin vereceği «itirazın kesin olarak kaldırılması» ya da «itirazın kesin olarak kaldırılması kararının reddi»ne ilişkin kararı sadece yürütülen takip bakımından tarafları bağlarsa da, takip konusu alacağın varlığı ya da yokluğu konusunda «kesin hüküm» sayılmaz. Bu nedenledir ki, kanımızca, Tetkik Mercii'nde, «takibe karşı itirazlarını —İ.Y. md. 68/I'deki belgelerle— kanıtlamadığı için», itirazının kesin olarak kaldırılmasına karar verilen işveren, takip konusu prim borcunun bulunmadığı konusunda, iş mahkemesinde, İ.Y. md. 72 uyarınca «olumsuz tesbit davası» açabilir. Yangıtay, bir tetkik Mercii'nin aynı gün; «... ölçümleme yoluyla belirlenen alacak hakkında yapılan takibe, işverence yapılan itiraz kesin olarak kaldırılmış bulunmasına ve karar kesinleşmiş olmasına göre, ve ayrıca 506 sayılı yasanın 84. maddesi gereğince borç tamamen ödendikten sonra istirdat davası açılması gerekeceği «gerekçesi ile red ettiği «olumsuz tesbit davası»na ilişkin 4 karardan (33) iki tanesini onamış (34) ve iki tanesini de —kanımızca doyurucu gerekçelerle— bozmuştur (35).

Kanımızca, tetkik mercii'nin «itirazın kesin olarak kaldırılması isteminin reddi» kararı —«itirazın kesin olarak kaldırılması» kararı gibi— kesin hüküm (HUMY. md. 237) sayılmayacağından, böyle bir gerekçe ile «olumsuz tesbit davası» açılmayacağı söylemeyeceği gibi, 506 sayılı Yasanın 84. maddesi «yanlış ve yersiz olarak alınan primlerin», «alındıkları tarihten itibaren on yıl geçmeden» geri istenebilmeleri hususunu düzenlemiş olup, bu madde, primlerin henüz alınmadan «prim borcunun bulunmadığı» konu-

(33) Manisa İş Mahkemesi, 15.11.1978 T. ve 43/200, 44/199, 45/198, 46/197.

(34) Bknz: 10.HD. 20.4.1979 T. 838/3504, 837/3503.

(35) Bknz: 10.HD. 18.5.1979 T. 840/4596, 839/4595.

şunda «olumsuz tesbit davası» açılmasını önlere nitelik ve anlamda kabul edilemez. Başka bir deyişle, 506 sayılı Yasanın 84. maddesi, genel olarak olumsuz tesbit davası açma hakkını düzenleyen İY. md. 72'nin uygulama alanını ortadan kaldırmış değildir. Hatta, bir Yargıtay kararında (36) da belirtildiği gibi, «geri alma hakkını tanıyan 84. maddenin, çoğun içinde azın da bulunduğu anlayışı çerçevesi içinde, olumsuz tesbit isteklerini de içerdiği» söylenebilir.

bb) 506 sayılı Yasanın 80. maddesi gereğince düzenlenen ve İY. md. 68/I hükmünde olan belgeler : İşveren, «bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların, sigorta primlerine esas tutulacak kazançlar toplamını» —506 sayılı Yasa md. 79/I gereğince— kuruma bildirmek zorunda olduğu gibi, «bu kazançların toplamı üzerinden hesaplanacak prim tutarını da ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktarlara ekleyerek, en geç ertesi ayın sonuna kadar, kuruma ödemeye mecburdur» (506 sayılı yasa md. 80/I).

İşte işveren, 506 sayılı yasanın öngördüğü bu ödevini yerine getirmese, kurum, işverenin —506 sayılı Yasa md. 79/I gereğince— kendisine verdiği «sigorta prim bildirelileri»ne dayanarak, işverenin prim borcunu saptar ve işverene bunu —506 sayılı Yasa md. 81 uyarınca— bildirir. Uygulamada, işverene bu borcunu ödemesi için on beş günlük bir süre tanınmaktadır. İşveren bu süre içinde borcunu ödemezse, kurum o zaman «prim tahakkuk ve takip belgesi» düzenleyerek, borçlu hakkında icra takibine geçebilir.

Yukarıda (aa) bölümünde belirttiğimiz gibi, kurumun düzenlediği bu «prim tahakkuk ve takip belgeleri», İY. md. 68/I anlamında, «resmi dairelerin yetkileri dahilinde düzenledikleri belge» niteliğini taşımaktadır.

İşveren, kurumun «prim tahakkuk ve takip belgesi»ne dayanarak yaptığı ilâmsız takibe ya yedi gün içinde itiraz eder (İY. md. 62), böylece takip durur. Ya da hiç itiraz etmez veya yedi günlük süreden sonra itiraz eder. Bu durumda, hakkındaki takip kesinleşir.

İşverenin, hakkındaki ilâmsız icra takibine itirazı ve kurumun bu itirazı —Tetkik Merciiine başvurarak «itirazın kesin olarak kaldırılması» ya da İş Mahkemesine başvurarak «itirazın iptali» yolu ile— ortadan kaldırıp takibe devam edebilmesi —yukarıda (aa) bölümünde— açıklandığı şekilde olur.

İşverenin, hakkındaki takibe itiraz etmesi ya da itirazının kesin olarak Tetkik Merciiince kaldırılmasından sonra —yukarıda (aa) bölümünde açıkladığı şekilde— «prim borcunun bulunmadığı konusunda» olumsuz tesbit davası açabileceği kabul edilmelidir.

B) Bağ-Kur tarafından düzenlenen ve «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeleri» hükmünde olan belgeler :

1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası —kısaca; Bağ-Kur Yasası—nın 53. maddesi gereğince sigortalılar; —Bağ-Kur yasasının 50, 51 ve 52. maddelerine göre— seçtiği ya da değiştirdiği «gelir basamağına» ve —Bağ-Kur Yasasının 49. maddesinde öngörülmüş olan— «Prim oranı»na göre hesaplayacağı prim borcunu ilgili dönemi izleyen ayın sonuna kadar Bağ-Kur'a yatırmak zorundadır.

Sigortalı bu süre içinde, prim borcunu ödemezse, Bağ-Kur «prim borcunu» —gecikme zammı ile birlikte— ödemesi için sigortalıya bildirir (Bağ-Kur Yasası md. 54).

Sigortalı, Bağ-Kur'un bu bildirisi üzerine prim borcunu ödemezse, Bağ-Kur, sigortalının «prim borcunu» —gecikme zammı ile birlikte— belirten bir belge düzenler. Bu belgeye, «prim tahakkuk ve tahsil belgesi» denilir. İşte, Bağ-Kur'un bu aşamada düzenlediği bu belge, İİY. md. 68/I'de sözü geçen, «resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler» hükmündedir (md. 54) (37). Görüldüğü gibi, Bağ-Kur Yasasının 53. maddesi ile, Sosyal Sigortalar Kurumu Yasasının 80. maddesi ve 54. maddesi ile de 81. maddesi paralel bir düzenleme getirmiştir.

Bağ-Kur, düzenlediği «prim tahakkuk ve takip belgesi»ne dayanarak, bir «takip talebi» düzenler. Bu takip talebine, «asıl prim borcu» tutarı ile, takip tarihine kadar işlemiş olan «gecikme zammı tutarı»nı 'takip konusu alacak miktarı' olarak yazar. Ayrıca, takip tarihinden sonra % 5 faiz istediğini de takip talebinde belirtir.

Bu takip talebi üzerine, icra dairesi borçlu sigortalıya bir «öde-me emri» gönderir. Ödeme emrini alan borçlu ya yedi gün içinde

(37) Bağ-Kur Yasası mad. 53: Bu kanuna göre alınacak sigorta primlerinin ödenmesi için kurumca sigortalıya yapılacak bildiri üzerine prim borçları ödenmezse, kurumca düzenlenen ve sigortalının prim borcu miktarını gösteren belgeler resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler hükmünde olup, icra ve iflas dairelerince, bunların tâbi oldukları hükümlere göre işlem yapılır.

ödeme emrine itiraz etmez —ki bu taktirde, hakkındaki takip kesinleşir— ya da bu süre içinde ödeme emrine itiraz eder. Bu itiraz ile Bağ-Kur'un başlattığı ilâmsız takip durur. (İİY. md. 66).

Bağ-Kur, bu durumda ya «itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde yetkili —yani; a) Bağ-Kur merkezinin bulunduğu Ankara'da (HUMY. md. 9) b) Prim borcunu tahakkuk ettiren Bağ-Kur şubesinin bulunduğu yerde (HUMY. md. 17) c) İcra takibinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yerdeki (38 —iş mahkemesinde, % 15 irca inkar tazminatı da isteyerek (İİY. md. 67) «itirazın iptalini» ister. Ya da, «itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde» Tetkik Mercii'ne başvurarak «itirazın kesin olarak kaldırılması»nı ister (İİY. md. 68/I).

Borçlu —sigortalı, Tetkik Mercii'nde, takip konusu prim borcunu ödemiş olduğunu ancak, İİY. md. 68/I'de belirtilen belgelerle kanıtlayabilir. Eğer bu nitelikteki belgelerle borcunu ödemiş olduğunu kanıtlayamıyorsa, itirazı «kesin olarak» kaldırılır. Borçlu sigortalı, takip konusu borca sebep göstermeden itirazda bulunmuşsa (İİY. md. 62/IV), itirazın kaldırılması duruşmasında, «prim borcunun zamanaşımına uğramış olduğunu» Bağ-Kur'un takip konusu yaptığı «prim tahakkuk ve takip belgesi»ne dayanarak ileri sürebilir. Eğer borçlu sigortalı, takip konusu borca sebep bildirerek— örneğin; borcu ödediğini belirterek itirazda bulunmuşsa, ödeme durumunu İİY. md. 68/I'deki belgelerle kanıtlayamaması halinde, Tetkik Mercii'nde «borcun zamanaşımına uğramış olduğunu» —yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre (39)— alacaklının takip konusu yaptığı «prim tahakkuk ve takip belgesi» ne dayanarak da ileri süremeyecektir.

Son olarak şu hususu da belirtelim ki, borçlu sigortalının, kendisine gönderilen ödeme emrine süresinde —7 gün— itiraz etmemek suretiyle takip kesinleştikten sonra, takip konusu borç ödeneceye kadar, İİY. md. 72 uyarınca «olumsuz tesbit davası» açabileceği gibi, kesinleşen borcu ödedikten sonra da «geri alma davası» açabilir. Borçlu - sigortalı, aynı haklarını, Tetkik Mercii'nce «itirazın kesin olarak kaldırılması»na karar verildikten sonra da kullanabilir (40).

(38) Kuru, B. a.g.m., sh: 683 dipn. 13.

(39) Bknz: Dipn. 32.

(40) Kuru, B. a.g.m., sh: 683 vd. - Çenberci / Uygur, Bağ-Kur Kanunu Şerhi, sh: 228 vd.

• VI — Yasada sayılan ve yukarıda ayrıntıları ile açıklanan belgelerin dışında, bir belgenin İ.Y. md. 68/I anlamında «itirazın kesin olarak kaldırılmasını» sağlayabilecek bir belge niteliğinde olup olmadığını saptamak, Tetkik Mercii yargıcının takdirine kalmıştır. Böyle bir belge, koşulsuz olarak bir borç kabulünü içeriyorsa ve belirli bir paraya ilişkinse, o zaman, İ.Y. md. 68/I'in koşullarına uyuyor demektir (41).

• VII — bb) Maddede bahsedilen «resmi makbuzlar»a örnek olarak, posta makbuzlarını, banka makbuzlarını, tarım kredi kooperatiflerince verilen makbuzları gösterebiliriz. Bunların İ.Y. md. 68/I anlamında bir belge sayılabilmesi için, diğer belge ve senetlerle tamamlanmaları gereklidir.

• VIII — Alacaklıya «itirazın kesin olarak kaldırılmasını» isteme yetkisini veren belgeler, İ.Y. md. 68/I'de sınırlı olarak belirtilmiş olduğundan, tetkik mercii, alacaklı tarafından sunulan belgenin İ.Y. md. 68/I hükmüne uygun bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır.

Buraya kadar açıkladığımız «İ.Y. md. 68/I» de, «HUMY. md. 297'ye göre düzenlenen senetlerden» bahsedilmemiştir. Anımsanacağı gibi, HUMY. md. 297; «..... imza vâzına müktedir olmayan veya yazı bilmeyen şahsın heyeti ihtiyariye ve mahallince maruf iki kişi tarafından tasdik edilmiş ve el ile yapılmış bir işaret veya mühür istimal etmesi caizdir» hükmünü taşımaktadır. Bu durumda, HUMY. md. 297'ye göre düzenlenmiş bulunan —yani, usulüne göre onaylanmış olan— senetlere ve özellikle mühürlü senetlere dayanılarak Tetkik Mercii'nde «itirazın kesin olarak kaldırılmasına» karar verilebilecektir? Eğer karar verilebilecek ise, bu senetler, İ.Y. md. 68/I'de sayılan 3 tür belgeden hangisinin gurubuna sokularak bu sonuca varılacaktır?

Yargıtay, eski içtihatlarında(42) «tasdikli senetlerin İ.Y. md. 68'de gösterilen resmi belgelerden sayılması gerektiğini, bu nedenle, alacağın ödendiği belgelendirilmediği takdirde, itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar verilmesi» gerektiğini —bu senetlerin İ.Y. md. 68/I'de sayılan 3 belgeden hangisine girdiğini açıklamaksızın— belirtirken, yeni içtihatlarında (43), «mühürlü senetlerin İ.Y. md.

(41) Kuru, B. İcra Hukuku, sh: 143.

(42) Bknz: İİD. 23.3.1956 T. 1714/1543.

(43) Bknz: 12.HD. 24.10.1978 T. 8419/8512 - 17.12.1976 T. 11560/1585 - 21.9.1976 T. 7741/9310 - 16.6.1977 T. 5142/6003 - 25.1.1977 T. 287/555.

68/I'de belirtilen belgeler niteliğinde kabul edilemeyeceğini» bildirmiştir.

Doktrinde, bazı yazarlar (43) (44) «HUMY.'nın 297. maddesine dayanılarak düzenlenmiş senetler, maddenin birinci fıkrasında gösterilen belgelerden sayılır» demekle yetinirken, bâzıları konu ile daha yakından ilgilenip, «buradaki durum, imzası noter tarafından onaylanmış senetlerdeki benzemektedir. Nasıl ki noter, onayladığı imzanın inkarı halinde, tetkik mercii itirazın kaldırılmasına karar veriyor ve imza inkarını inceleyemiyorsa, burada da HUMY. md. 297'ye göre onaylanmış olan bir mühürlü senetteki mühürün inkarı halinde, Tetkik Mercii'nin gene itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar vermesi gerekir» demektedirler (45).

Kanımızca, HUMY. md. 297'ye göre onaylanmış bulunan mühürlü senetlerin İİY. md. 68/I'de sayılmamış olması önemli bir noksanlıktır. Alacaklının elindeki bu senede dayanarak, Tetkik Mercii'nde «itirazın kesin olarak kaldırılmasını» isteyemeyeceğini savunmak HUMY. md. 297 hükmünü anlamsız kılar ve kötüniyetli borçluların kullandıkları mühürleri inkar ederek verdikleri senetlerin değerini —Tetkik Mercii'nde— hiçe indirmelerine yol açar. Bu nedenle yüksek mahkemenin «takip konusu senet mühürle (ya da parmak izi ile) düzenlenmiştir. HUMY. md. 297'ye göre mühür (ya da parmak izi)nin inkarı halinde bu işaret üzerinde inceleme yapılamaz. Çünkü, İİY. md. 68, imzası ikrar ve noterlikçe onaylanmış senetlerin ilâmsız takip konusu yapılabileceğini açıklamıştır. Bu cihetler düşünülmeden ve işin yargılamayı gerektireceği düşünülmeden itirazın kaldırılması isabetsizdir» şeklindeki —yukarıda, dipn. 43'de yollama yapılan içtihatlarındaki— görüşüne katılmıyoruz. Kanımızca, maddeye açıklık getirilinceye kadar, bu senetleri, İİY. md. 68/I'de sayılan «yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belgeler» olarak yorumlamak uygun olacaktır.

• IX — Tetkik Mercii, itirazın kaldırılması istemini basit yargılama yöntemine göre (HUMY. md. 507-511) inceler. Tetkik Mercii, bu istemi mutlaka duruşma yaparak incelemek zorundadır (İİY. md. 70,18).

Tetkik Mercii'ne, «itirazın kesin olarak kaldırılması» isteğiyle başvuruda bulunabilmek için, yasa koyucu 6 aylık bir süre öngör-

(44) Öğütçü, A.T. İcra ve İflas Kanunundaki Yenilikler, sh: 58 - Üstündağ, S. a.g.e., sh: 113.

(45) Kuru, B. İcra Hukuku, sh: 144.

müştür. İ.Y. md. 67/IV'de öngörülen bu süre, itirazın alacaklıya tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlar.

• X — Alacaklı, buraya kadar ayrıntılı biçimde açıkladığımız İ.Y. md. 68/I'de sayılan belgelere dayanarak «itirazın kesin olarak kaldırılmasını» istemişse, tetkik mercii, borçlunun itirazını haklı gösterecek bir belge sunmuş olup olmamasına göre ya «itirazın kesin olarak kaldırılmasına» ya da «itirazın kesin olarak kaldırılması isteminin reddine» karar verir.

Gerçekten;

a) Borçlu, tetkik merciiinde, itirazını haklı gösterecek hiçbir belge gösterememişse, «itirazın kesin olarak kaldırılmasına» karar verilir.

b) Borçlu, tetkik merciiinde, itirazını haklı gösterecek belge sunmuşsa;

aa — Bu belgeler, İ.Y. md. 68/I'de gösterilen nitelikte bir belge ya da makbuz ise, o zaman tetkik mercii, «itirazın kaldırılması isteminin reddine» karar verir. Burada, borçlunun itirazını haklı göstermek için sunduğu belgelerle alacaklının «itirazın kaldırılması» için sunduğu belgeler arasında fark gözetilmemiştir. Bu nedenle, borçlu itirazında «borcu ödediğini, alacaklının kendisine süre tanıdığını» bildirmişse, bu savunmalarını ancak alacaklının verdiği ve imzası alacaklı tarafından kabul edilen ya da noterlikçe onaylanmış bir senede yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belge veya makbuz ile kanıtlayabilirse, alacaklının «itirazın kaldırılması isteminin reddine» karar verilir.

Burada şu hususu da belirtelim ki, borçlu İ.Y. md. 63 gereğince, itirazında bildirdiği sebeplerle bağlı olduğundan, ancak itirazında bildirdiği itiraz sebeplerini kanıtlamak için belge gösterebilir. Örneğin, borçlu itirazında «borcu ödediğini» bildirmişse, itirazın kaldırılması duruşmasında ancak bunu kanıtlamak için belge gösterebilir. Ödemeyi, —sayılan nitelikteki belgelerle— kanıtlayamaması halinde, bir başka itiraz sebebi hakkında —örneğin, alacaklının kendisine süre tanıdığına ilişkin— belge sunamaz.

Yine belirtelim ki, borçlu senet metninden anlaşılan itiraz sebeplerini —kanımızca, itirazında başka sebepler bildirmiş dahi ol-

sa (46)— kanıtlamak için, Tetkik Merciiine İİY. md. 68/I anlamında bir belge vermek zorunda değildir. Örneğin, borçlu, alacaklının takip konusu yaptığı senet metninden anlaşılan «zamanaşımı», «senetteki koşulan gerçekleşmediği» «borcun vadesinin gelmediğini herhangi bir belge sunmadan ileri sürebilir» (47).

bb) Borçlunun gösterdiği belge altındaki imza alacaklı tarafından inkar edilirse, Tetkik Mercii, İİY. md. 68/a gereğince inceleme yaparak sonuçta, inkar edilen imzanın;

aaa — Alacaklıya ait olduğu kanısına varırsa, alacaklının «itirazın kaldırılması isteminin reddine» karar verir ve alacaklıyı, haksız yere inkar ettiği imza için, 500 TL.'dan 25.000 TL.'na kadar para cezasına mahkum eder. Bu şekilde hükmedilen para cezası, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa hükümlerine göre alacaklıdan tahsil olunur. Alacaklı, genel mahkemede dava açmışsa bu davada alacağını ve imzanın kendisine ait olmadığını kanıtlarsa, ceza kalkar. Ancak, ne süre içinde alacaklı tarafından dava açıldığı taktirde para cezasının infazının geri bırakılacağı hususunda maddede bir açıklık bulunmadığından alacaklının, «para cezasının alınması»na ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra hemen genel mahkemede dava açması gerekir.

bbb) Tetkik mercii, inkar edilen imzanın alacaklıya ait olmadığı kanısına varırsa, «itirazın kesin olarak kaldırılması»na karar verir.

• XI — Tetkik Merciiinin vereceği gerek «itirazın kaldırılması isteminin reddi» gerekse «itirazın kesin olarak kaldırılması» kararları, maddi anlamda kesin hüküm (HUMY. md. 237) oluşturmazlar. Bu kararlar sadece, itirazla durmuş olan ilâmsız takip hakkında kesin hüküm sayılırlar :

a) «İtirazın kaldırılması isteminin reddi» kararı ile alacaklının ilâmsız icra takibi son bulur. Bundan sonra alacaklı aynı alacak için yeni bir ilâmsız takip yapamaz. Ancak aynı alacağı için alacaklı genel mahkemede bir alacak davası açabilir. Alacaklı açtığı bu davayı kazanırsa mahkemeden aldığı ilâm ile «ilâmlı icra» yoluna başvurabilir, fakat eski ilâmsız takibi yürütemez.

b) «İtirazın kesin olarak kaldırılması» kararı sonucunda borçlunun itirazı kaldırılmış olur. Alacaklı, itiraz ile durmuş olan icra takibine devam edilmesini —örneğin, haciz yapılmasını— isteye-

(46) Bknz: Uyar, T. a.g.e., C: 1, Madde: 63, sh: 684.

(47) Kuru, B. İcra Hukuku, sh: 146 - Ders Kitabı, sh: 127.

bilir. Fakat bu karar kesinleşmeden satış isteyemez (İİY. md. 364/III).

Tetkik Mercii'nin bu kararına rağmen borçlu, itirazının haklı olduğunu yani borçlu olmadığını «olumsuz tesbit» (İİY. md. 72) ya da —takip konusu borcu ödedikten sonra— «geri alma davası» (İİY. md. 72/VII) açarak kanıtlayabilir.

• XII — Borçlunun, itirazını haklı göstermek için sunduğu belge altındaki imza, alacaklı vekili tarafından inkar edilmişse, sonraki oturumda, alacaklıya —imza uygulaması için— hazır bulunmak üzere, masrafı alacaklı vekilinden alınarak ihtarlı çağırı kağıdı gönderilir. İhtarlı çağırı kağıdına rağmen, kabul edilebilir bir özürü olmadan duruşmaya gelmeyen alacaklı, borçlunun dayandığı belgede yazılı miktar hakkındaki «itirazın kaldırılması isteminden» vazgeçmiş sayılır. Alacaklı, duruşmanın yapıldığı Tetkik Mercii'nin yargı çevresi dışında ise yine o Tetkik Mercii'nde hazır bulunmak zorundadır? Maddede bu konuda bir açıklık bulunmamakla beraber, kanımızca bu halde İİY. md. 68 a/II hükmünü örnekseme yoluyla uygulayarak, alacaklının talimat ile ifadesinin alınmasına karar vermek gerekir.

• XIII — 538 sayılı Yasa ile yapılan son değişiklikle, 68. maddeye yeni ve önemli bir hüküm getirilmiştir. Bu da, bir tek durum dışında «itirazın kaldırılması isteğinin» kabul ya da reddi için ileri sürülen iddia ve savunmaların «bekletici mesele» sayılmayacağıdır. Değişiklikten önce bu hususta açık bir hüküm bulunmadığı için, çeşitli iddia ve savunmalar «bekletici mesele» yapılıyordu. Örneğin; «alacaklı hakkında sahte senet düzenlendiğinden dolayı ceza kovuşturmasına başladığı» «borçlunun haklarını kullanma yeteneği olmadığı için kısıtlanması gerektiği», «takibin dayandığı belgenin iptali hakkında takipten önce mahkemede dava açıldığı» gibi iddiaların araştırılması bekletici mesele sayılıyordu (48). Maddenin yeni şekline göre, «borçlu, murisine (miras bırakanına) ait bir alacak için takip edilmekte olup da, terekin borca batık olduğunu ileri sürerse (MY. md. 545) bu konuda ilâm getirmesi için kendisine uygun bir süre verilir».

• XIV — Gerek borçlunun «itirazını haklı göstermek için» ve gerekse alacaklının «itirazın kesin olarak kaldırılması» için, itira-

(48) Akyazan, S. a.g.e., sh: 48 - Yunusoğlu, T. Adi Senetler İle Kambiyo Senetleri Hakkında Yeni İcra ve İflas Kanunu Tadilatının Getirdiği Yenilikler, İBD. 1965/4-5-6, sh: 136.

zın kaldırılması duruşmasında sunduğu belgelerin, İİY. md. 68/I'de sayılan —üç çeşit— belgelerden hiçbirisi olmadığı saptanınca, merci hâkimince, «itirazın kesin olarak kaldırılmasına» ya da itirazın kesin olarak kaldırılması isteminin reddi'ne karar verilmesi gerektiği halde, Yargıtay bu gibi durumlarda «görevsizlik kararı» verilmesini istemektedir. Yargıtay'ın yasal dayanağı bulunmayan bu nedenle de hatalı olan bu içtihatları, doktrinde (49) haklı olarak eleştirilmiştir.

• XV — Bu konuda son olarak şu hususu da belirtelim ki, doktrinde (50), «itirazın iptali» davalarında olduğu gibi, Tetkik Mercii'ne «itirazın kesin olarak kaldırılması» istemiyle yapılan başvurularda da «icra inkar tazminatı»na hükmolunması yolunun açılması —yapılacak bir yasa değişikliği ile— önerilmiştir.

(49) Üstündağ, S. a.g.e., sh: 118 - Postacıoğlu, İ. a.g.e., sh: 181, 187 - Kuru, B. Ders Kitabı, sh: 127.

(50) Umar, B. İcra Kavuşturmalarında Uygulanan Temel Sorunlar (İcra-İflas Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumuna Sunulan Tebliğ, 1978, sh: 18 vd.

İŞVERENİN YÖNETİM HAKKININ MUHTEVASI

Kadir ARICI (*)

PLÂN : Giriş. I — Yönetim hakkı kavramı ve muhtevası. 1 — Yönetim hakkı kavramı. 2 — Yönetim hakkının muhtevası. II — İşverenin yönetim hakkının muhtevasına dahil olan ve özelliği bulunan konular. 1 — İşçinin hizmet içi davranışları ve yönetim hakkı. A — İşçinin kıyık - kıyafeti ile ilgili talimatlar. B — Sigara içme yasağı. C — Konuşma ve şarkı söyleme. D — Sair konular. 2 — İş - işyeri - iş şartları ve yönetim hakkı. A — İşin düzenlenmesi. a — Genel olarak. b — Giriş çıkış kontrolü meselesi. B — İş şartlarının değiştirilmesi, başkalaştırılması veya uygulanmaması. a — Genel olarak. b — İş şartlarının değiştirilmesi ve başkalaştırılması. c — İşin ve işyerinin değiştirilmesi. aa — İşin değiştirilmesi. bb — İşyerinin değiştirilmesi. d — İşyerinin nakli. 3 — İşçinin hizmet dışı davranışlarının düzenlenmesi ve yönetim hakkı. S o n u ç .

GİRİŞ

Çalışma ilişkilerinin tekelinde tek işçi ile tek işveren arasında kurulan hizmet ilişkisi yer alır. Hizmet ilişkisi hizmet akdi ile kurulur. Hizmet akdi tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk akdidir. İşçinin kişiliğine bağlı olması, devamlı bir sözleşme olması, bağımlılık ilişkisine dayanması hizmet akdinin önemli özellikleridir.

Hizmet ilişkisinin kapsamının belirlenmesi işçi - işveren ilişkileri bakımından özellikle ferdi iş hukukunda önem kazanmaktadır. Çalışma şartlarının kapsamı ülkeden ülkeye ve sanayiden sanayiye göre değişiklik gösterir (1). Çalışma şartları genelde işçi ve işveren arasında yapılan hizmet akdi ile belirlenmektedir. Ancak iş mevzuatı ve toplu iş sözleşmelerinin bu muhtevanın belirlenmesindeki önemi ve yeri büyük oranda artmış ve hizmet akitlerinin payı nisbî olarak azalmış bulunmaktadır.

Hizmet akdinin unsurlarından birisi de bağımlılıktır. Hizmet borcu işverene bağımlı olarak ifa edilecektir. İşçinin işverene ba-

(*) Gazi Üniversitesi İktisadi Ve Ticari İlimler Fakültesi Araştırma Görevlisi.

(1) WORKS RULES : International Labour Review, Vol 82, No 3, 1960, p. (262-287), p. 263.

ğimliliğinin sınırları, çalışma şartları ile tesbit olunur. Bu sınırlar içerisinde işçi, işverenin emir ve talimatlarına uymak zorundadır. Emir ve talimata uyma borcunun işveren bakımından anlamı, emir ve talimat verme hakkıdır. İşte yönetim hakkı denilen konu, işverenin emir ve talimat verme hakkından başka bir şey değildir

Sanayileşme ile birlikte; işletmelerin büyümesi ve çeşitlenmesi, işçi işveren ilişkilerini daha da karmaşık hale getirmiştir. Yönetimde anlayış ve yapı itibarıyla büyük değişiklikler olmuştur. Otoriter ve paternalistik yönetim anlayışından anayasal yönetime geçilmiştir. Günümüzde demokratik yönetime veya endüstriyel demokrasiye geçiş konusu işlenmektedir (2). Öte yandan yine bu değişim içerisinde; mal sahibi işverenden yönetici işverene doğru bir geçiş de meydana gelmiş bulunmaktadır.

Bu çalışmamızda konunun kazandığı önemin bilinci içerisinde, işverenin yönetim hakkının kapsamı ve bu kapsam içerisinde bulunan ve özellik arzeden bazı konuları ele alarak incelemeye çalışacağız. Yönetim hakkının kullanılması, hukuki niteliği ve sınırları ayrı çalışma konuları olabilecek nitelikte konulardır. Bu nedenle bu konular çalışmamız dışında tutulmuştur (3).

I — YÖNETİM HAKKI KAVRAMI VE MUHTEVASI

1 — Yönetim Hakkı Kavramı

İşverene yönetim hakkı olarak adlandırılan ve emir ve talimatlar vermek suretiyle kullanılan bir hak tanınmıştır. Bu hakkın tanınmasında; sosyal, ekonomik ve hukuki bakımlardan zaruret bulunduğu da kabul edilmektedir (4).

Yönetim hakkı; işçinin itaat borcunun karşılığı bir hak olup bağımlılık ilişkisinden doğar (5). Bağımlılık unsuruna göre işçi işini işverenin vereceği emirler çerçevesi içerisinde görmelidir. Yönetim hakkı, işçinin hizmet akdinden doğan iş görme borcunun ifa

(2) GÜLER, Şevki : Çağdaş Sanayide İşçi İşveren İlişkilerinin Sosyolojik Anlamı, A. Üni. Basımevi, Ankara 1979, s.143. vd.

BAKKE, E. Wight - KERR, Clark - ANROD, W. : Unions Management and Public, Harcourt Brace and World Inc., New York, 1960, p. 169.

(3) Bkz : TAŞKENT, Savaş : İşverenin Yönetim Hakkı, Met/er Matbaası, İstanbul 1981, (Dr. Tezi).

(4) TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s. 5-11.

(5) EKONOMİ, Münir : İş Hukuku, cilt I, Ferdi İş Hukuku, 2.Bası, Teknik Üni. Matbaası, İstanbul 1980, s.71 vd.

tarzı, zamanı ve sırasını tesbit etme konusunda işverene tanımış bir haktır. İşverene bu hakka dayanarak işçilerin işverendeki davranışlarını düzenler, işin ve işyerinin işleyişindeki ahengi sağlar. Yönetim hakkı iş - şartlarını belirleyen bir faktördür. Bu hak işverene işin yapılması konusunda tek taraflı düzenleme yapma hakkı verir (6).

2 — Yönetim Hakkının Muhtevası

Yönetim hakkının sujesi işverendir. Ancak işin ve işyerinin yönetiminde görev alan ve en üst emir ve talimat verme yetkisine sahip olan işveren vekilinin de bu hakkın sujesi olması tabiidir. Yönetim hakkının kullanılmasında hakkın muhtevasının belirlenmesi önem taşımaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere yönetim hakkı iş şartlarını belirleyen faktörlerden birisidir. Bunun anlamı ise iş şartlarının yönetim hakkının dışında bulunan belirleyicilerinin bu hakkın muhtevasının tesbitinde rol oynadıklarıdır.

Yönetim hakkının kapsamı, bu hakkı sınırlayan faktörlerce de belirlenmektedir. Yönetim hakkını sınırlayan faktörler ise, bir başka yönleri ile iş şartlarını belirleyeyen faktörlerdir. Bu faktörler önem sırasına göre : (i) Anayasa (ii) Kanunların emredici hükümleri (burada geniş manada iş mevzuatına dahil kanunlar sözkonusudur) (iii) Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri (iv) Hizmet Akdi Hükümleri olarak sayılabilir (7).

Yönetim hakkı iş şartlarını belirleyen bir faktör olarak bu faktörlerden sonra gelir. Bu faktörlerce açıkça düzenlenmemiş konularda işverene yönetim hakkı tanınmıştır. İşveren bu faktörlerin emrettiği konuların düzenlemesinden de sorumludur. Yönetim hakkı işçinin işgörme borcunun muhtevası içerisinde yer alan bir haktır (8).

İşçinin iş görme borcunun ifası sırasında; işin düzenli bir şekilde yapılması ve işyeri düzeninin sağlanması için gerekli tedbirleri almak da yönetim hakkının kapsamına dahildir.

Yönetim hakkının kapsamının genişletilmesi mümkündür. Bu ancak taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile akdi olarak veya bir kanunla mümkün olabilir. Fazla çalışma konusunda bunun örnekleri de mevcuttur (İş K. m. 36, BK. m. 329).

(6) TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 243.

(7) Geniş bilgi için bkz: TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s. 82 vd.

(8) TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 167.

İşçinin hizmet akdinden doğan sadakat, özen borçlarında yönetim hakkının muhtevasının belirlenmesinde dolaylı bir rolü bulunmaktadır (9). Meselâ işçinin talimata uyma borcu - işverenin yönetim hakkının karşılığıdır.

II — İŞVERENİN YÖNETİM HAKKININ MUHTEVASINA DAHİL OLAN VE ÖZELLİĞİ BULUNAN KONULAR

Sınırları günümüzde son derece daraltılmış bulunan yönetim hakkı uygulamada fazla mesele çıkaran bir husus değildir. Ancak, bazı konuların işverenin yönetim hakkı içerisinde bulunmasına rağmen bazı anlaşmazlıklara kaynaklık ettiği görülmektedir. Bu bölümde hem yönetim hakkının muhtevasının aşılması, hem de özelliği bulunan konular ele alınacaktır.

1 — İşçinin Hizmet İçi Davranışları ve Yönetim Hakkı

İşverenin çalışma saatleri içerisinde işyerinde çalışan işçinin davranışları konusunda, yönetim hakkına sahiptir. Bunun sınırı kanuni ve akdi iş şartları ve hükümlerinin bulunmamasıdır.

A) İşçinin Kılık-Kıyafeti İle İlgili Talimatlar

İşçinin kılık kıyafetiyle ilgili, işverenin talimat verme hakkı kural olarak yoktur. Kişinin kılık kıyafetini istediği gibi ayarlayabilmesi anayasal bir haktır (A.Y. m. 14/1). Bazı durumlarda işverenin, işçinin kılık ve kıyafetine ilişkin talimat verebileceğini haklı gösteren haller ortaya çıkabilir.

İşverenin bu hakkı yalnızca; işin niteliği gereği olması, işverenin işten beklediği ekonomik menfaatleri üzerinde olumsuz etkisi bulunması ve işin adabından sayılması hallerinde haklı sayılmalıdır (10). Dolayısıyla işçinin dış görünüşü ile ilgili işverenin talimat verme hakkının ölçüsü bunlardır. İş elbisesi giyme, gözlük ve başlık takma, çizme giyme, saç ve sakal bırakma, makyaj yapma gibi konularda bu ölçüye göre hareket edilmelidir.

İş güvenliği mevzuatından doğan konularda, işverenin emir verme yetkisi mutlaklıdır. Burada işverenin bir mükellefiyetinin ifası vardır.

İşçinin modaya uygun giyinmesinde de yukardaki ölçüler içerisinde hareket edilmelidir. Bir moda evinde çalışan işçiler için, iş-

(9) EKONOMİ, Münir : a.g.e., s.105.

(10) TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s.91 vd.

verenin, modaya uygun giyinmeleri konusunda onlara talimat verme hakkı vardır.

İşverenin sırf kendi zevk ve anlayışına uymadığı için işçiye kılık kıyafet konusunda talimat vermesi iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla işveren, işçiden kendi zevkine göre giyinmesini istiyemez.

Yukarıdaki ölçülere uymasa da işveren işçilerinin tek tip giyinmelerini isteyebilmelidir. Ancak bu hak da bir gerekçeye dayanmalıdır. İşçilerin kolayca tanınması ve yeknasaklığın sağlanması için isim kartı takılmasını isteme de bu arada sayılmalıdır (11). Mesela bir süpermarkette tek tip kıyafet şartı talimatla getirilebilir. Saç modeli konusunda işverenin yönetim hakkı var mıdır? Anormal kaçmadığı sürece işverenin saç konusunda yönetim hakkı bulunmamalıdır. Ancak yukarıda ölçüler içerisinde olmamak zorunludur.

B) Sigara İçme Yasası

Sigara içme konusu özelliği bulunan iş yerleri dışında, hizmet akidlerine ve T.İ.S. lerine konu teşkil etmemektedir.

Bu durumda işveren sigara içme konusunda sınırlandırıcı ve yasaklayıcı talimatlar verebilecek midir? İşverenin akdi ve kanuni hüküm bulunmadığı bazı hallerde bir hakkının bulunacağı kabul edilmektedir. Bu haller (i) işin ve işyerinin güvenliğine açık tehlike teşkil etme (ii) işyerinde imal edilen mallara (gıda maddeleri, ilaç vs.) (iii) işten beklenen menfaate zarar verebilecek ise (kirlilik, hoş olmayan bir davranış olması, işi aksatması kaliteyi düşürmesi gibi) haller olarak sayılmıştır (12).

Yangın tehlikesinin büyük olduğu bazı iş kolları için iş mevzuatıyla getirilen sigara içme yasağı konumuzun muhtevası dışında bulunmaktadır (13). Sigaranın iş yerine zarar vermesi ihtimali, işin ve işten beklenen menfaatin zarar görmesinde MK. m. 2/1

(11) TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s.94.

(12) Bkz.: İZVEREN, Adil : İş Hukuku I-II-III, Doğu Matbaacılık, Ankara 1974, s.121, ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s.159; ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri, 5.Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1980, s.106; TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s.94 vd.; TUNÇOMAĞ. Kenan : İş Hukuku I, Genel Kavramlar - Hizmet Sözleşmesi, 2.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s.244.

(13) İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü, m.138; Parlayıcı Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışılan İş Yerinde ve İşlerde Alınacak Tedbirler Hakkında Tüzük, m.55,56.

hükmü kıstas olacaktır. İşverenin bu sınırlar dışında bulunan yerlerde ve iş yerlerinde sigara içme yasağı koyması hakkına sahip değildir. Çünkü, işveren bu noktada yönetim hakkının sınırlarını aşmış olmaktadır. İşçinin kişilik haklarına bir tecavüz söz konusudur (14). İşverence; sigara içmeyenlere ve diğerlerine sağlık bakımından zararlı olabileceği inancıyla sigara içme yasağının konulması mümkün değildir. Böyle bir yasak tavsiye niteliğindedir. Ancak tezgahlar gibi, müşteriyle sürekli ilişkisi bulunanlar için sınırlı olarak sigara içme yasağı konulabilmelidir. Verdiği intiba ile iş yerinden beklenen menfaate zarar vermesi mümkündür.

İçki içme yasağı mevzuatımızda yer almıştır (İK. m. 77/A). Ancak işyerinin eklentileri için bu yasak yoktur (İK. m. 77/B). Bu sebeple eklentilerde işçi içme konusunda işverenin talimat verme hakkı vardır.

C) Konuşma Ve Şarkı Söyleme

İşçinin iş yerinde konuşma hakkı vardır. İşverenin bu konuda yönetim hakkı yoktur. Yani bu hakkın sınırlandırılması söz konusu değildir.

Ancak özelliği bulunan bazı işlerde bu hakkın belirli oranda sınırlandırılması söz konusu olmalıdır. Özellikle dikkat isteyen, sessizce yapılması gereken işlerde bu hak işverene tanınmalıdır. Şarkı söylemek ve müzik dinlemek bazı durumlarda verim artırıcı bir rol oynamaktadır (15). Özellikle müzik yayın sisteminin kurulmadığı bazı durumlarda belirli sınırlar içerisinde bu hakkın sınırlandırılması anlamsızdır. Tarım işlerinde bu yasak konulmamalıdır. Getirilecek sınırlamanın iş veriminin düşmesine ve iş barışının bozulmasına engel olunmalıdır.

D) Sair Konular

İşveren, yukardaki konular dışında, bazı konularla ilgili talimat verme hakkına sahiptir.

Sakız çiğneme ve tuvalet ihtiyacını ve tuvalet ihtiyacını karşılama konusunda zaman tavanının tesbiti mümkündür.

Alman hukukunda işverenin; birahane açılışan bayanlardan belirli gemilerin tayfalarına özel muamele yapmalarının, yükükle-

(14) TAŞKENT, Savaş: a.g.e., s.96.

(15) İtalyada yapılan bir denemede müzik, tavukların bile verimliliğini artırıcı etki yapmıştır.

rinin çıkarmalarının istenmesi, beyanlardan doğum kontrol hapi kullanılmasını veya işçilerden tuvalete gidişte izin alınması konusundaki talimatlar kişilik haklarıyla bağdaşmayacağı haksız sayılmıştır (16). İşveren açısından haklı gibi görülen bu konudaki talimatların insan şeref ve haysiyetiyle ve kişilik haklarıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu talimatların hukuki bir değeri yoktur. Ayrıca toplumumuz bakımından genel ahlak ve adaba aykırılık da vardır. Tuvalete gitmede ölçü, işçinin sadakat ve özen borcu ve doğruluk ve güven kuralları olmalıdır (17).

2 — İş - İşyeri - İş Şartları Ve Yönetim Hakkı

A) İşin Düzenlenmesi

• a) Genel Olarak

İş görme borcunun, işin amaçlarına uygun olarak ifasını sağlamak için işverenin, hizmet ilişkisinin doğrudan ve dolaylı olarak ilgilendiren konularda yönetim hakkı kapsamına dahildir. Çalışma saatlerinin, yıllık ücretli izinlerinin, ara dinlenmelerinin verilmesinin, işçi postalarının değiştirilmesinin, giriş-çıkış kontrollerinin düzenlenmesi buna misal olabilir.

İşin düzenlenmesi konusuna ait pek çok hususta mevzuat ve toplu iş sözleşmesi sınırlaması getirilmiştir. Özellikle T.İ.S.lerinin kapsamındaki genişleme yönetim esnekliğinin ortadan kaldıracak hale gelmiştir (18).

İşveren, yönetim hakkının muhtevası içerisinde kalmak zorundadır. İşverenin işin düzenlenmesi sırasında da dikkat edeceği konular vardır. İşveren eşit davranma borcuna uygun olarak işçilere talimatlar vermelidir. İşin sevk ve idaresinde işçinin sendikalı olup olmamasına göre ayırım yapamaz (SK. m. 19/1). Hazırlama, tamamlama ve temizlemeyi gerektiren işlerde, bu işler işçilere eşit olarak dağıtılarak yaptırılmalıdır. **Nöbetleşe yaptırılması da ilgili tüzük hükmüdür (19).** Yönetim hakkını sınırlayan hükümler, aynı

(16) İlgili kararlar için bkz.: TAŞKENT, Savaş: a.g.e., s.99.

(17) Almanya'da çalışan işçilerimizin bu konularda fıkralaşmış hikâyeleri anlatılmaktadır.

(18) AYTANÇ, İlhami : Toplu Sözleşmelerin İş Yönetimine Etkileri, Türkiye İktisat Gazetesi, Cilt: 23, Sa. 1142, 1975, s.4; SHULTZ, George P. - COLEMAN, John R. : Labor Problems, Cases and Readings, Mc. Graw - Hill Book Company Inc., New York 1959, p.90.

(19) Hazırlama, tamamlama, temizleme İşleri Tüzüğü, m.5.

zamanda yönetim hakkının uygulanmasında da ölçüt olarak kabul edilmelidir.

• b) Giriş Çıkış Kontrolü Meselesi

İşçilerin işyerine giriş ve çıkışlarında kontrolleri, üstlerinin ve eşyalarının aranması konusu bir iş hukuku problemi olduğu kadar, aynı zamanda bir Anayasa ve medenî hukuk meselesidir (20).

Giriş çıkış kontrolleri başlıca iki maksatla yapılmaktadır : (i) işyerinde üretilen malların veya iş araç ve gereçlerinin işyeri dışına izinsiz olarak çıkarılmasını önlemek (ii) işyeri güvenliğini sağlamak ve korumaktır (21).

Giriş çıkış kontrolleri genellikle T.İ.S. veya hizmet akitleri ile düzenlenmektedir. Konunun akdi olarak düzenlenmesi, şahsi hürriyetlere bir tahdit teşkil etmesine rağmen, bu sınırlama sınırlıdır, nispidir (MK. m. 23/2). Bu sebeple kabul edilen sözleşme hükümleri geçerlidir (22). Çünkü, kanun hürriyetlerin hertürlü sınırlamasını değil, ahlaka ve adaba aykırı olan sınırlamayı korumamıştır (MK. m. 23/2).

Konu akdi olarak düzenlenmemiş ise işverenin yönetim hakkının kapsamına dahil olduğu kabul olunmalıdır (23). Tartışılması gereken konu bu hakkın kullanılmasıdır. Özellikle akdi bir açık hükmün bulunmadığı zaman bu hak nasıl kullanılacaktır? Bu durumdaki bütün işyerlerinde işçiler, her zaman giriş-çıkış kontrollerine rıza göstermek zorundadırlar?

Bu sorulara her zaman olumlu cevap vermek mümkün değildir. Bir kıstas tesbit olunmalıdır. Alman hukukunda şu iki kıstas tesbit olunmuştur. (i) Bir âdetin varlığı, yani gelenek haline gelmiş olma (ii) Olağan üstü hallerde ve zararlı sonuçların ortaya çıkmasını önlemek için.

Akdi bir hüküm yok ise; bu şartlar gerçekleşmedikçe giriş-çıkış kontrolleri mümkün değildir (24).

(20) OĞUZMAN, Kemal : İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması, Kubalı'ya Armağan, İstanbul 1974, s. 533.

(21) EKONOMİ, Münir : a.g.e., s. 118; ÇELİK, Nuri : a.g.e., s. 103; TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 179.

(22) OĞUZMAN, Kemal : a.g.m., s. 535; Nuri : a.g.e., s. 105.

(23) Aynı görüşte; TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 178.

(24) OĞUZMAN, Kemal : a.g.e., s. 536; TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s. 108 vd. ve bu kaynaklarda gösterilen eserler.

Kapı denetimi; sürekli veya zaman zaman yapılabileceği gibi bütün işçilerin veya bazı işçilerin aranması şekillerinde de uygulanabilir.

Sürekli ve bütün işçileri kapsayan kapı denetimi ancak iş güvenliği ve işin niteliği icabı zaruri ise haklı görülebilir. Zaten böyle bir durum sözkonusu ise T.İ.S. lerinde düzenlenmektedir.

Kapı denetiminin geçici olarak yapılması da mümkündür. Ancak bu hak sadece olağan üstü hallerde kullanılabilir. Olağan üstü haline varlığında anlaşmazlığa düşülmesi halinde, konu iş mahkemesince veya Bölge Çalışma Müdürlüğünce karara bağlanabilmelidir.

Yalnızca belirli işçilerin üstlerinin aranması kural olarak mümkün değildir. Bu kişilik haklarına bir tecavüz sayılabilir (AY. m. 15). Özel hayatın gizliliğine ve işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil eder.

İşverenin her türlü kapı kontrollerinde ve diğer kontrollerde zor kullanma hakkı yoktur. İşçinin aramaya muafakat etmemesi halinde, işveren başka müeyyideleri işletecektir. Ancak aramayı haklı gösterecek şartlar objektif olarak mevcut olduğu hallerde, işçi buna katlanmak zorundadır. Bu sadakat borcunun bir gereğidir. Aksi takdirde işveren İK. m. 17/II hükmüne dayarak hizmet akdini haklı sebeple sona erdirebilecektir. Çünkü işçinin bu davranışı, doğruluk ve bağlılığa da aykırı bir davranıştır (25).

İşveren bu hakkını kullanırken şu hususlara mutlaka uymalıdır: (i) Aramayı haklı gösterecek yeterli bir gerekçenin bulunması (ii) Eşit davranma borcuna uygun hareket etme (iii) Haysiyet kırıcı davranmama (26).

Mevzuatımızda iş güvenliği bakımından işverene bu hak aynı zamanda bir mükellefiyet olarak tanınmıştır (27).

B) İş Şartlarının Değiştirilmesi - Başkalaştırılması Veya Uygulanmaması

• a) Genel Olarak

İşverenin iş şartlarını değiştirmesi, başkalaştırması veya uygulamaması işçi bakımından hizmet akdini haklı sebeple fesih için

(25) OĞUZHAN, Kemal: a.g.m., s. 537.

(26) TAŞKENT, Savaş: a.g.e., s. 110; EKONOMİ, Münir: a.g.e., s. 119; OĞUZMAN, Kemal: a.g.m., s. 536.

(27) Patlayıcı, Patlayıcı Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışan İşyerlerinde ve İşlerde Alınacak Ted. Hk. Tüz. m. 55.

bir gerekçe kabul edilmiştir (İK. m. 16/II-e). İşçi bu hakkını 6 iş günü içerisinde kullanmalıdır (İK. m. 18/1). Ayrıca tazminatta isteyebilir (İK. m. 18/2).

Kanun iş şartlarının esaslı biçimde değiştirilmesi, başkalaştırılması müeyyideye bağlamıştır. O halde esaslı olmayan değiştirme ve başkalaştırma mümkündür.

İşçi böyle bir durumda iş şartlarında (i) esaslı olmamak (ii) işçi lehine olmak şartı ile değişiklik yapabilecektir. Böyle bir halde haklı nedenle fesih hakkı, işçinin ortadan kalkacaktır (28).

• b) İş Şartlarının Değiştirilmesi Ve Başkalaştırılması

İş şartlarının değiştirilmesi ve başkalaştırılması ile ilgili İK. m. 16/II e hükmünün tek taraflı emredici bir hüküm olduğu inancındayız. Bu sebeple gerek hizmet gerekse T.İ.S. ile işverene iş şartlarını değiştirme ve başkalaştırma hakkı verilebilir.

Halledilmesi gereken mesele; akdi bir hükmün mevcut olması halinde, iş şartlarındaki değişikliğin «esaslı» olduğunun nasıl tesbit olunacağıdır. Çünkü, esaslı olmayan değişiklik ve başkalaştırmalar yönetim hakkının muhtevasına dahildir (29). Esaslı olmanın tam bir tesbiti yapılmış ve kıstası belirlenmiş değildir. O halde her olay için durum ayrıca değerlendirilecektir. Ancak olağan hayat tecrübelerine göre değişikliğin kabulünün karşı taraftan istenemeyeceği ve beklenemeyeceği hallerde değişikliğin «esaslı» kabul edilmesi fikrine katılmak gerekir (30). Gerek Alman Hukukunda (31) gerekse yargıtayımıza (32) hakim olan görüş yönetim hakkının kapsamı dışındaki talimatların işçiyi bağlamayacağıdır.

İşverenin yönetim hakkını aşacak şekildeki değişikliklerine ve talimatlarına karşı ses çıkarılmamış olunmasını Yargıtay, işçinin zımni kabulü olarak değerlendirmemektedir (33). Ancak bu susuşun uzun bir süre devam etmiş olması halinde, zımni kabul olarak

(28) TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s. 125 vd.; EKONOMİ, Münir : a.g.e., s. 185.

(29) EKONOMİ, Münir : a.g.e., s. 186.

(30) ÇENBERCİ, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, 4.Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1978, s. 73.

(31) TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s. 128.

(32) YHGK. 20.3.1963 T., E.4/75, K.39 (ÇENBERCİ, Mustafa : a.g.e. 72).

(33) YHGK., T. 8.6.1966, E.1105, K.189; NARMANLIOĞLU, Ünal : İş Şartlarının Tektaraflı Olarak Değiştirilmesinin Zımnen kabulü, İHU., İK. m. 16, No. 3.

nitelendirilmiştir (34). Halbuki bu görüş her zaman kabul edilemez. Olayın yine kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi daha faydalı olur.

İş şartlarındaki değişiklik ve başkalaştırmanın esaslı olup olmadığı, bilirkişiye incelettirilmek gereklidir. Bu bakımdan Yargıtay uygulaması yerindedir (35).

Söz konusu değişiklik ve başkalaştırma işçi lehine ise durum ne olacaktır? Yargıtay; dürüstlük kuralına göre, işçinin lehine olan bu değişiklik sebebiyle bildirimsiz fesih hakkını kabul etmemektedir (36). Doktrinde de bu görüş savunulmuştur (37). Ancak işçinin lehine de olsa, durum yine incelenmelidir. Hizmet akdinin şahsılık ilkesi sebebiyle işçiye, hizmet akdini bildirimsiz fesih hakkı verilmek gerekir.

Mevsimlik işler içinde iş şartlarının tek taraflı olarak değiştirilmesi ve başkalaştırılması mümkün değildir. İş yerinin açılış tarihinin bir önceki yıla göre geciktirilmiş olması iş şartlarını değiştirme anlamına gelemez (38).

İşveren ücret şartlarında da tek taraflı olarak değişiklik yapamaz. Yargıtayca da kabul edilen bu görüş (39); hizmet akdinin hukuki niteliğinden destek almaktadır. İşveren iş saatlerinde ancak esaslı olmayan değişiklikler yapabilir (40). Ancak, elektrik kesilmesi sebebiyle iş saatlerinde yapılan değişiklik, iş şartlarını ağırlaştırıcı olarak kabul edilmemiştir (41). Bu zorlayıcı sebeplere verilen önemin bir ifadesidir.

İşveren ücret şartlarında, iş değerlendirmesi yapsa dahi değişiklik yapma hakkına sahip değildir (42).

-
- (34) Y. 9.HD., T. 18.4.1975, E.2260, K.24929 (ÇENBERCİ, Mustafa: a.g.e., s.73).
- (35) Y. 9.HD., T. 25.3.1971, E.14123, K.4889 (UYGUR - DÖNMEZ- KARS: a.g.e., s.184-185).
- (36) Y. HGK., T. 3.5.1975, E.1972/9-76, K.1974/478 (ÇENBERCİ, Mustafa: a.g.e., s.1137); Y. 9.HD., T. 9.5.1974, E.25883, K.9046; Y.9HD., T. 15.11.1971, E.17614, K.22586 (ÇENBERCİ, Mustafa: a.g.e., s.1137-1138).
- (37) EKONOMİ, Münir: a.g.e., s.186; ÇENBERCİ, Mustafa: a.g.e., s.445.
- (38) Y. 9.HD., T. 5.3.1973, E. 3018, K. 3796) (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s.987).
- (39) Y. 9.HD., T. 25.11.1974, E.9376, K.25806 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s.1189).
- (40) Y. 9.HD., T. 1.7.1969, E.3924, K.7622 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s.1139).
- (41) Y. 9.HD., T. 19.11.1976, E.19929, K.19916 (Lebib Yalkın No. 784, AA/17).
- (42) Y. 9.HD., T. 11.7.1974, E.33537, K.15530 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s.1190).

Yargıtay'ın bu kararları yerindedir. Memleketimizin şartları ile bağdaşmaktadır. Ancak verimliliğe göre ücret tesbiti sağlama hakkının verilmesi de başka yönlerden önem taşımaktadır.

• c) İşin Ve İşyerinin Değiştirilmesi

İşveren İK. m . 16/II-e de açıklanan hükümleri çiğnememek şartı ile, işin ve işyerinin değiştirilmesini sağlayabilir. Tabii ki yönetim hakkının sınırlarını aşmaması şarttır.

aa) İşin Değiştirilmesi

İşçinin işçi, genellikle akdi olarak tesbit edilmektedir. Onun meslek sahibi olması ve işyerinin özellikleri ile işin niteliğinden de bu tesbit yapılabilir (43).

İşverenin işçinin işini tek taraflı değiştirilmesi mümkün değildir. Kural budur. Ancak geçici bir süre için veya işverenin işçinin işine geçici bir süre ihtiyacının bulunmaması halinde, işçinin değiştirilebileceği ileri sürülmektedir (44). Olağanüstü hallerde kabul edilebilir olan bu görüş, işverenin sırf işçinin işine ihtiyacı olmadığı durumda kabul edilemez. Yargıtay geçici zorluklarla ihtisas sahibi işte çalıştırılmayan işçinin, daha hafif bir işte çalıştırılabileceğini kabul etmektedir (45). Kalifiye olmayan işçiler için kolayca kabul edilebilen bu durum, kalifiye işçiler için her zaman kabul edilemez. Bir mühendisten bir saat için de olsa temizlik işini yapmasını isteyemezsiniz. Olağanüstü hallerde (yangın, sel baskını vb.), işçiden her işi yapması istenebilir. Bu işçinin de bir borcudur.

Yargıtay'ın ilgili kararları konuya ışık tutabilir. Temizlik işçisi olarak işe alınan acemi bir işçinin, eğitilmeden ağır ve tehlikeli bir işe naklini Yargıtay olağan karşılamamıştır. İşçinin bu durumda verilen görevi kabul etmemesinin de beklenemeyeceği ifade edilmiştir (46). Yine bir başka kararda; şoför olarak işe alınan, uzun bir süre iç hizmetlerinde çalıştırılan işçinin, işinin taraflarca zımni olarak değiştirilmiş olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay burada ikinci iş değişikliğini esaslı bir değişiklik saymıştır (47).

(43) TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 166; Works Rules : a.g.m., s. 265.

(44) TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 167.

(45) Y. 4.HD., T. 22.9.1961, E.887, K.8083 (REISOĞLU, S. : a.g.e., s. 53).

(46) Y. 9.HD., T. 9.3.1973, E.72/24485, K.73/5246 (Lebib Yalkın No. 627, AA/16)

(47) Y. 9.HD., T. 24.12.1974, E.11182, K.14985 (ÇENBERCİ, M. : a.g.e., s. 74).

İşçinin değiştirilen işine göre yeni işi daha ağır olmamalıdır. Bu durum her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir (48). İşveren iş ve iş şartlarındaki değişiklik konusunda işçiyi zorlayamaz. Bu tutum hukuka aykırıdır (49). Bir başka kararda Y.T.D.; ipek işinde uzmanlaşmış bir işçinin (ki 18 yıl kıdemlidir) bir başka işe nakledilmesi ve o işte başarılı olmadığı için hizmet akdinin feshedilmesini haksız bulmuş ve hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir (50).

İşyerinde kullandığı aracı arızalanan işçiden, başkasının işinde çalışması istenmiştir. İşverenin bu talimatına uymayan işçide haklı bulunmuştur (51).

İşinin değiştirilmesine rağmen, yeni işine, itiraz ettiği halde başlayan işçinin, itiraz süresi içerisinde her zaman itirazda bulunabileceği de kabul edilmiştir (52). Bir başka davada; işçi rızası alınmadan statüsünün değiştirilmesi, hizmet akdinin feshi olarak kabul edilmiştir (53).

Sendikali işçinin sendikadan ayrılmasını sağlamak maksadıyla işinin değiştirilmesi haksız bulunmuştur (54). İşyeri temsilcisinin nakli de haksız sayılmıştır (55). Bütün bu kararlar incelendiği zaman, işverenin; işçinin işini değiştirme hakkının çok sınırlı olduğu ortaya çıkacaktır.

bb) İşyerinin Değiştirilmesi

İşçinin iş şartları aynı kalmakla beraber işini yaptığı yerin değiştirilebilmesi hakkına işveren sahiptir. Burada da yine iş şartlarının ağırlaştırılmış olup olmadığı araştırılmalıdır.

-
- (48) Y. 9.HD., T. 25.3.1971, E.14123, K.4889 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s. 74).
 (49) Y. 9.HD., T. 6.12.1977, E.10430, K.16889 (ÇENBERCİ M.: a.g.e., s. 1137).
 (50) Y. TD., T. 28.9.1953, E.4650, K.5835 (İPLİKÇİOĞLU, İ.H.: a.g.e., s. 93).
 (51) Y. 9.HD., T. 19.3.1973, E.35863, K.6020 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s. 988).
 (52) Y. 9.HD., T. 18.9.1969, E.7942, K.8895 (UYAR - DÖNMEZ - KARS: a.g.e., s. 187).
 (53) Y. 9.HD., T. 22.9.1969, E.6644, K.9015 (UYAR - DÖNMEZ - KARS: a.g.e., s. 187).
 (54) Y. 9.HD., T. 21.6.1978, E.78/6461, K.78/8767 (EKONOMİ, Münir: İşçinin Sendikadan Ayrılması Amacıyla İşinin Değiştirilmesi, İHU., SK. m. 19, No. 7).
 (55) Y. 9.HD., T. 9.7.1979, E.79/8153, K.79/10403; EĞRENCİ, Öner: İşyeri Sendika Temsilcisinin Çalıştığı İş Yerinin Değiştirilmesi, İHU., SK. m, 20, No. 10.

İşyerinin değiştirilmesi; aynı iş yerinde bir başka bölüme -kısmına nakil olarak, aynı yerde işyerinin mevkiinin değişmesi (bir başka mahalleye nakli gibi) olarak ortaya çıkabilir. İşçinin; işi değiştirmemek şartı ile, aynı işyeri içerisindeki değişikliğe katlanması gerekir.

İşçinin aynı semtteki bir yere nakledilmesi durumunda sonuç farklı olmayacaktır. Bu halde işçinin itiraz hakkının bulunmadığı ieri sürülmüştür (56). Yargıtay da eski işyeri yıkıldığı için, aynı semtteki ikinci işyerinde işe başlamayan işçiyi haksız bulmuştur (57).

İşyerinin aynı ilde başka bir semte nakledilmesinde durum daha farklıdır. T.İ.S. ile akdi olarak kabul edilmesi mümkündür. Yargıtay'ca da benimsenmiş olduğu üzere; bu halde dahi, iş şartlarının ağırlaşmış ağırlaşmadığı incelenmelidir. (Özellikle metropolitan alanlarda bu incelenmeye ihtiyaç vardır) (58). Küçük bir kasabada makul sayılabilen yer değiştirme büyük şehirde sayılabilebilir.

Nakledilen işyerinin daha modern ve rahat çalışma şartlarına sahip olması da önemli değildir. İşyerine gidip gelişin işçiye maddi külfet yükleyeceği, şahsi menfaati bakımından uğradığı maddi kaybı karşılayamayacağı gerekçelerine dayanan mahkeme, iş şartlarının ağırlaştığı görüşüne varmıştır (59). Bizce özellikle metropolitan alanlarda semtler arasında işyeri nakli hem objektif hem de subjektif olarak değerlendirilmelidir. İşçiye hizmet akdini bildirimsiz fesih hakkı (İK. 16) tanınmalıdır. Akdi hükümlere uygun olarak yapılan bir iş yeri naklinde, işçinin yeni iş yerine gitmeyi reddetmesi haklı kabul edilemez (60).

• d) İşyerinin Nakli

İş yerinin bir ilden diğer bir ile veya bir bölgeden başka bir bölgeye nakli de söz konusu olmaktadır.

(56) TUNÇOMAĞ, Kenan : a.g.e., s. 169.

(57) Y. 9.HD., T. 16.11.1971, E.18063, K.22622 (UYAR - DÖNMEZ - KARS : a.g.e., s. 183-4).

(58) Y. 9.HD., T. 28.11.1972, E. 1179, K.31297 (UYAR - DÖNMEZ - KARS : a.g.e., s. 183), Kararda Aksaray'dan Topkapı'ya işyerinin naklinde iş şartlarının ağırlaştırıldığı kabul edilmiştir.

(59) Y. 9.HD., T. 11.12.1970, E.14537, K.14082 (UYAR - DÖNMEZ - KARS : a.g.e., s. 183).

(60) Y. 9.HD., T. 1710.1968, E. 13833, K. 12896 (İş Hukuku Der. Cilt 1. Sa. 3, s. 343).

T.İ.S. veya hizmet akdinde işverene bu hak verildi ise ve işin niteliğinden bu husus anlaşılabilirse (sirk, gezici tiyatro vb.) mesele yoktur. İşçi bu konudaki talimatlara uyacaktır.

Nakil konusunda bir hüküm yok ise; işin niteliği ve doğruluk kuralları sonucu karar verilecektir. Ancak, bu şekildeki değişiklikler esastır. Bu konuda çıkacak uyuşmazlıklarda bilirkişi vasıtası ile durum tesbit edilecektir (61). Uyuşmazlık iş mahkemelelerinde halledilecektir (62).

Yargıtay bir kararında haklı olarak İstanbul'dan Ankara'ya iş yerinin naklini iş şartlarında esaslı bir değişiklik olarak kabul etmiştir (63). Bir başka kararında iş yerinin Adana'dan (hava alanı) Antalya'ya naklinde, işçi lehine hüküm vermiştir (64). Sözleşmede hiçbir hüküm bulunmasa dahi; işveren işçisini bir başka ilde muafakatını almadan çalıştıramaz. Sözleşmede hüküm bulunmaması bu anlama gelmez (65).

3 — İşçinin Hizmet Dışı Davranışlarının Düzenlenmesi Ve Yönetim Akdi

İşçinin hizmet dışı davranışlarının da düzenlenmesi hakkına sahip olma, işverendeki bir gizli arzudur. İşden beklenen menfaatleri koruma, verimlilik, ticari itibarı koruma ve artırma, bu isteğe gerekçe olarak gösterilmektedir. Bu hak Alman hukukunda işverene tanınmamıştır. Ancak işin niteliği icabı bu hakkın varlığının isabetli görülmesi istisnadır (66).

İş mevzuatımızda işverene bu hakkı verecek açık ve kapalı hiçbir hüküm yoktur. Kural olarak ta işverene böyle bir hakkın tanınmaması inancındayız İK. m. 17/I hükmüne göre; işverenin işlem yapmadan önce vereceği bir talimat bir hatırlatma sayılır. İşçinin ahlaksız bir hayat sürmesi ve sağlığına zarar verecek işler yapmaması gerekir. Bu onun sadakat borcunun, bağlılığının bir

(61) Y. 9.HD., T. 25.3.1971, E.14123, K. 4889; Y. 9.HD., T. 18.9.1969, E.7942, K.8895 (UYGUR - DÖNMEZ - KARS: a.g.e., s.184-5).

(62) Uyuşmazlık Mah. Kar., E.67/22, K.67/30 (RG. No. 12663. T. 2.8.1967), (Lebib Yalkın No. 32).

(63) Y. 9.HD., T. 3.5.1973, E.72/26166, K.73/14350 (Lebib Yalkın, No. 641).

(64) Y. 9.HD., T. 30.12.1969, E.9689, K.13210; Y. HGK., T. 11.5.1977, E.2102, K.462; Y. 9.HD., T. 28.11.1972. E.11799, K.31297 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s.75-1137-1139).

(65) Y. HGK., T. 21.3.1962, E.92, K.32 (ÇENBERCİ, M.: a.g.e., s.988).

(66) TAŞKENT, Savaş : a.g.e., s.101-2.

sonucudur. İşverenin işçinin özel hayatına karışma hakkı yoktur. (AY. m. 14/1).

Ancak işletmenin menfaatleri bir anlamda işçinin de menfaatleri ile özdeştir. Özel ve sadakat ölçülerine göre hareket yetersiz kalabilir. Ancak işverenin hizmet akdine ve T.İ.S.ne, işçinin hizmet dışı davranışlarına ait sınırlayıcı hüküm koydurması mümkündür. Bizce bu yol en uygun yoldur. İşçinin hizmet dışı davranışlarına müdahale etme hakkı; kolaylıkla kötüye kullanılabilir bir haktır.

Ancak kamptaki sporculara özel hayatları konusunda getirilen sınırlamalardan yola çıkılabilir. İş ve işyerinin üstün çıkarları için çok sınırlı ölçüde de olsa, işverene bu hak tanımlanabilir. Mesela; bir ünlü bankanın, veznedarından kumar alışkanlığını terk etmesini istemesi, belirli zamanlarda içki içme yasağının konulması, bir ağır vasıta şoföründen yola çıkmadan belirli bir süre önce içki almamasının istenilmesi gibi. Gerçi burada bir tavsiyenin mi yoksa bir talimatın mı var olduğu tartışılabilir. İşçinin bu hususları sadakat borcu çerçevesi içerisinde, kendisinin düşünmesi gerektiği de düşünülebilir. Ancak bazı zaman doğacak kayıplar bir servet teşkil edecek çapta olabilmektedir. İşçinin bu durumda işten çıkartılması (İK. m. 17/II-h) söz konusudur. Ama ortada kalan, tazmin edilmesi zor olan bir milli servet kaybının sorumlusu kim olacaktır. Bu soruyada cevap verilmelidir.

SONUÇ

İşin ve işyerinin yönetimi hakkı kural olarak işverene ait bir haktır. Bu hak işçinin hizmet akdinden doğan bağımlılık borcunun karşılığıdır. İşveren tarafından ve talimatlarla kullanılır.

İşçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiler esas olarak hizmet akdi ile düzenlenmekte iken, devlet bu ilişkilere ekonomik, sosyal ve hukuki birtakım nedenlerle müdahalede bulunmuştur. Bu şekilde ortaya çıkan iş mevzuatı işverenin otoritesini ve yetkilerini sınırlandırmış bulunmaktadır.

İşverenin yönetim hakkının bulunduğu ve işverene bu şekilde bir hakkın tanınmasında ekonomik, sosyal ve hukukî birtakım zuretlerin var olduğu herkesçe kabul edilmektedir. Ancak işverenin yönetim hakkı işçiler bakımından onların hürriyetlerini sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir.

Bu itibarla yönetim hakkının sınırlarının iyice belirlenmesinde fayda vardır. Gerçi işverenin yönetim hakkı günümüzde çalış-

ma şartlarını düzenleyen en son faktör haline gelmiştir. Ancak bu hak özellikle niteliksiz işçiler ve toplu iş sözleşmesinden faydalanamayan işçiler bakımından hâlâ önemini korumaktadır. Çünkü hakkın sınırları bu durumda en geniş halini almaktadır.

Sonuç olarak : Yönetim hakkının muhtevası tesbit edilirken işçilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına özen gösterilmelidir. Burada işverenin yönetim elastikiyetinin ortadan kaldırılmaması şarttır. Bu sınırların belirlenmesinde doğruluk ve güven kuralları, işin niteliği ve iş hukukunun temel prensipleri kıstas olarak alınmalıdır.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

- AYTANÇ, İlhami : Toplu Sözleşmelerin İş Yönetimine Etkileri, T. İktisat Gazetesi, Cilt 23, Sa. 1142, 1975, s.4.
- BAKKE, E. Wiget - KERR, Clarc - ANROD, W. : Unions - management and the Public, Harcourt Brace and World Inc., New York 1960.
- ÇENBERCİ, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, 4. Bası Olgaç Matbaası, Ankara 1978.
- ÇELİK, Nuri : İş Hukuku Dersleri, 5. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1980.
- EKONOMİ, Münir : İşçinin Sendikadan Ayrılması Amacıyla İşçinin Değiştirilmesi, İHU., SK. m. 19, No. 7.
- EKONOMİ, Münir : İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 2. Bası. Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1980.
- ESENER, Turhan : İş Hukuku, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- GÜLER, Şevki : Çağdaş Sanayide İşçi İşveren İlişkilerinin Sosyolojik Anlamı, An. Üni. Basımevi, Ankara 1979.
- İZVEREN, Adil : İş Hukuku I, II, III, Doğuş Matbaacılık, Ankara 1974.
- OĞUZMAN, Kemal : İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması, Kubalı'ya Armağan, İstanbul 1974.
- SHULTZ, George P. - COLEMAN, John R. : Lohor Problems Cases and Readings, Mc Grow - Hill Book Company Inc., New York 1959.
- TAŞKENT, Savaş : İşverenin Yönetim Hakkı, Mat/er Matbaası, İstanbul 1981.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : İş Hukuku I, Genel Kavramlar - Hizmet Sözleşmesi, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1981.
- WORKS RULES : International Labor Review, Vol 82, No. 3, 1960, p. 263-287.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN MEDENİ KANUNUN
320. MADDESİNE GÖRE SORUMLU KİŞİ KAVRAMI

Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU (*)

PLÂN: I — GİRİŞ. II — SORUMLU KİŞİ. 1 — 1881 Tarihi Federal Borçlar Kanunu. 2 — İsviçre Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu. 3 — Fransız Medeni Kanunu. 4 — Belçika Medeni Kanunu. 5 — Kebek Eyaleti Medeni Kanunu. 6 — İtalyan Medeni Kanunu. 7 — İspanyol Medeni Kanunu. 8 — Portekiz Medeni Kanunu. 9 — Lübnan Medeni Kanunu. 10 — İskandinav Kanunları. 11 — Common Law. 12 — Louisiana Medeni Kanunu. 13 — Avusturya Medeni Kanunu. 14 — Alman Medeni Kanunu. 15 — Japon Medeni Kanunu. 16 — Mısır Medeni Kanunu. 17 — Kuveyt Medeni Kanunu, Suriye Medeni Kanunu Ve Libya Medeni Kanunu. 18 — Tunus Medeni Kanunu. 19 — Fas Medeni Kanunu. 20 — Irak Medeni Kanunu. 21 — Habeşistan Medeni Kanunu. 22 — Borçların Kaynaklarına İlişkin Madagaskar Kanunu. 23 — Senegal Adi Ve Ticari Borçlar Kanunu. III — SINIFLANDIRMA DENEMESİ. 1 — Yöntem Açısından. A — Tümel Tanım. B — Ayrıntılı Tanım. 2 — Ölçüt Açısından. A — Başkasının Fillinden Sorumluluk Genel İlkesi. B — Bazı Gözeticilerin Sorumlulukları. C — Sulta D — Toplumsal Yakınlık. E — Topluluk Ve Başkanlık — Sulta Ve Egemenlik. IV — SONUÇ.

I — GİRİŞ

MK.nun 320. maddesi küçüğün, mahcurun yahut dimağ hastalığı veya akıl zayıflığı ile malûl olan kimselerin yaptıkları zarardan ev reisini sorumlu kılmaktadır.

MK.nun sorumluyu belirleyen deymi kendine özgüdür. Aslı olan İsviçre Medeni Kanununun dışında, başka hiçbir yabancı yasa kullanılmış gözükmemektedir.

Doğrudan doğruya zarar veren kişiden ayrı bir kişinin sorumluluğu ilkesi evrensel olarak benimsenmiştir. Şu halde, her yerde duyulan bir gereksinmeyi karşıladığını varsaymak olanaklıdır. Hukukçuların taklid anlayışına sahip olduklarını da unutmayalım.. Başkasının eyleminden sorumluluğa ilişkin birçok yasa kuralı bu tasarlayış ile açıklanabilir.

(*) Yardımcı Doçent.

Başkasının fiilinden sorumlu kişinin belirlenmesi, bu sorumluluğun dayanağı ve haklılığı ile dar bir ilişki içerisinde. Bunun içindir ki, sorumlunun karşılaştırmalı hukukta incelenmesi bize ilginç geldi.

II — SORUMLU KİŞİ

Kendisine tamamen veya kısmen hakim olamayan bir kişinin fiilinden sorumlu kişi yasalara göre değişmektedir.

• 1 — 1881 Tarihli Federal Borçlar Kanunu

1881 Tarihli Federal Borçlar Kanununun 61. maddesi, gözetimi yasaca kendisine düşen bir ev kişinin verdiği zarardan bu gözetim görevlisini sorumlu tutuyordu (1).

• 2 — İsviçre Medeni Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu

İsviçre Medeni Kanununun 333. maddesi hükmüne göre, birlikte yaşadığı ve başkanlığı altındaki küçük, mahcur, akıl hastası veya akıl zayıfı evbirliği üyelerinin ika ettikleri zarardan ev başkanı sorumludur.

Türk Medeni Kanununun 320. maddesi, İsviçre Medeni Kanununun 333. maddesini olduğu gibi benimsediğinden, sorumlu yine ev başkanıdır.

• 3 — Fransız Medeni Kanunu

Fransız Medeni Kanununun 1384. maddesinin 4. fıkrasının eski yazılışına bakılacak olursa, baba, onun ölümünden sonra ise ana, kendileri ile birlikte oturan reşit olmayan çocuklarının üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumlu idiler. Maddenin 6. fıkrası bakımından da, öğretmenler ve zanaatkârlar öğrencilerinin veya çıraklarının kendi gözetimleri altında oldukları zaman esnasında üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumluydular.

(1) Almanca metin, yasaca değil de, hukukça deyimini kullanıyordu. Bunun içindir ki Rossel, bu deyim yasal ödevi olduğu kadar sözleşmeden doğan ödevi de kapsadığını yazabiliyordu. Bk. Rossel V., Manuel du droit fédéral des obligations, Paris - Lausanne, 1829, no. 86. Ayn. fik. Frey H., Die zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr-oder Heilanstalt, Diss. Zürich, 1911, sh. 29. Soldan, söz konusu kelimeyi daha doğru olarak 'hukuken' diye yansıtıyordu. BK. Soldan Ch., Code fédéral des obligations 2^e éd., 1900 art. 61.

Maddenin yeni yazılışına göre, baba ve ana, gözetim hakkını kullanmaları nedeni ile, kendileri ile beraber oturan reşit olmayan çocuklarının başkalarına verdikleri zarardan birlikte sorumludurlar. Maddenin 6. fıkrası gereğince de, zanaatkârlar da çıraklarının, gözetimleri altında oldukları sürece, diğer kişilere verdikleri zarardan sorumludurlar.

• 4 — Belçika Medeni Kanunu

Belçika Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanununun 1384. maddesinin tam benzerini kabul etmiştir. Şu farkla ki, maddenin başlangıçtaki yazımını tıpkıyla saklamaktadır. Böyle olmasına karşın, yine de bazı ayrılıklar bulunmaktadır.

Belçika Medeni Kanununun 1384. maddesi, baba ve ananın reşit olmayan çocuklarının, öğretmen ve zanaatkârlarının öğrencilerinin veya çıraklarının —reşit olsalar dahi— diğer kişilere dokundurdukları zarardan sorumluluklarını öngörmektedir. Evlat edinenler de, reşit olmayan evlatlıklarının zararlı eylemlerinden sorumludurlar. Aynı şekilde, evlilik dışı çocuğunu tanımış baba da, çocuğunun ika ettiği zarardan sorumludur.

Hukuki gözetim anneye emanet edilmişse, çocuğun kendisi ile beraber oturması koşulu ile de, anne çocuğunun yaptığı zarardan sorumludur.

Bazı özel yasalar da, kocanın ve vasinin, karının ve mahcurun mahkum edildikleri para cezaları ve masraflar için sorumluluklarını getirdiler. Ama, bu kişiler, hiçbir zaman tazminatla yükümlü değildirler (2).

• 5 — Kebek Eyaleti Medeni Kanunu

Kebek Eyaleti Medeni Kanunu (3), evladedinen veya evlilik dışı ebeveyn olsalar bile, baba veya ananın, gözetim hakkının kendisine verilmesi halinde vasinin, zanaatkârların ve öğretmenlerin sorumluluğunu kabul etmektedir (md. 1054). Kayımlar ve akıl hastalarının gözetimleri kendilerine bırakılmış kişiler de, akıl has-

(2) Bk. Pirson R., Droit belge de la responsabilité civile, Complément au Traité pratique de la responsabilité civile de H. Lalou, 6^e éd., Paris, 1964, n^{os} 970-1015.

(3) Kebek Eyaleti Medeni Kanununun 1054. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: «Kişi, sadece kendi kusuru ile verdiği zarardan değil ve fakat denetimi altındaki kişilerin ve gözetimi altındaki eşyaların verdikleri zarardan da sorumludur.»

taları tarafından meydana getirilmiş zararlardan sorumludurlar (md. 1054, f. 4).

• 6— İtalyan Medeni Kanunu

İtalyan Medeni Kanunu 2048. maddesinde, baba ve ananın, evladedinen ve vasinin, kendileri ile birlikte oturan reşit olmayan kişilerin haksız eylemlerinden sorumluluklarını öngörmektedir. Aynı madde gereğince, öğretmenler ve zanaatkârlar da, öğrencilerinin veya çıraklarının gözetimlerinde buldukları süre zarfında, hukuka aykırı fiilleriyle üçüncü kişilere ika ettikleri zararlardan sorumludurlar.

• 7 — İspanyol Medeni Kanunu

İspanyol Medeni Kanununun 1903. maddesinin 2. fıkrası, babayı ve onun ölümünde veya ehliyetsizliği halinde anayı, kendileri ile yaşayan reşit olmayan çocuklarının başkalarına verdikleri zarardan sorumlu kılmaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrası, emirleri altındaki ve kendileriyle yaşayan reşit olmayan veya ehliyetsiz çocukların zararlı eylemlerinden vasilerinin sorumluluklarını öngörmektedir.

• 8 — Portekiz Medeni Kanunu

Portekiz Medeni Kanunu, baba ve ananın, yasal gözeticinin, vasinin ve kayyımın sorumluluklarını düzenlemektedir. Bu sorumluluk, reşit olmayan çocuğun veya ehliyetsizin kişisel sorumluluklarının yokluğu nedeniyle getirilmiştir.

Portekiz Medeni Kanununun 2379. maddesi, reşit olmayışın sorumluluğa engel olmadığını söylemektedir. Şu var ki, zararı işleyen, yaşı sebebi ile ceza sorumluluğuna bağımlı değilse, baba ve anası veya çocuğun saklama ve çevirimleri altına konulduğu kişiler zarar karşılığını ödeme zorundadırlar.

2377. madde uyarınca, zararın faili, tam sarhoşluk veya akıl hastalığı nedeni ile sorumluluktan tamamen bağımsız olsa bile, zararın karşılığını ödemekle yükümlüdür. Meğer ki, vesayet altında yahut bir başkasının yasal gözetinde bulunsun. Bu takdirde, ödenen borcu vasiye veya kayyımına düşmektedir.

• 9 — Lübnan Medeni Kanunu

Lübnan Medeni Kanunu, kendileri ile birlikte oturan küçüklerin hukuka aykırı eylemleri ile üçüncü kişilere verdikleri zararlardan, baba ve anneyi ve vasiyi sorumlu tutmaktadır (md. 126).

Benzer sorumluluk, öğrencilerinin ve çıraklarının, nezaretlerinde buldukları sürece, işledikleri hukuka aykırı fiillerinden dolayı, öğretmenler ve zanaatkârlar hakkında da vardır.

• 10 — İskandinav Yasaları

İskandinav ülkelerinde, baba ve ana, çocuklarının zararlı eylemlerinden, gözetim görevlerini kusurlu olarak yerine getirmediğinde, sorumludurlar (4).

• 11 — Common Law

Common Law, küçüklerin ve ehliyetsizlerin fiilerinden ötürü, haksız fiil oluşturan doğrudan doğruya bir etki varsayımının dışın, ilke olarak bir başkasının fiilinden sorumluluk kurumunu tanımamaktadır (5).

Ama yine de, Birleşik Devletlerde, reşit olmayan çocuklarının zararlı fiillerinden dolayı ebeveynlerini sorumlu kılma fikri belirli ölçüde kendisini kabul ettirmiştir de.. Örneğin trafik kazaları alanında, bu sorumlu tutma istek ve gereği kendini şiddetle duyurmuştur. Her çeşit 'haksız fiile katılma varsayımı' ileri sürülmüştür: önverme, onay veya buyru, vb. Temsil ve ailevi ödev yapımı kuramlarına da başvurulmuştur. Ayrıca, aşağı yukarı 20 kadar Devlette, önce zarar görenlere ödencede bulunma, sonra da ana ve babayı çocukları üzerinde dolaylı olarak belirli bir gözetim icra etmeye yönelik yasalar kabul edilmiştir (6).

-
- (4) Bk. Hellner J., Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves, RIDC, 1967, sh. 786; Bengtsson B., La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves, RIDC, 1962, sh. 33 vd.; Weyers H. - L., Unfallschäden, Proxis und Ziele von Haftpflicht - und Vorsorgesystemen, Frankfurt a. M., 1971, Nr. 32, 2, sh. 284. - Ana ve babanın, kendileri ile birlikte yaşayan 18 yaşından küçük çocuklarının verdikleri zarardan 500 Norveç krunu miktarına kadar kusursuz sorumluluklarını öngören yeni bir yasa tasarısı için, bk. Hellner J., agm., sh. 803.
- (5) Bk. Stone F., Institutions fondamentales du droit des Etats - Unis, Paris, 1965, sh. 217 vd.
- (6) Bk. Stone F., age., sh. 222 vd.

• 12 — Louisiana Medeni Kanunu

Louisiana Medeni Kanunu 2318. maddesinde, baba ve onun ölümünden sonra da ananın, kendileri ile yaşam süren veya onlar tarafından başka kişilerin denetimi altına yerleştirilmiş ve mahkemece reşit olduklarına dair karar verilmemiş küçük olan çocuklarının zararlı fiillerinden sorumlu olduklarını belirtmektedir.

2319. madde ise, akıl hastasının verdiği zarardan kayyımını sorumlu tutmaktadır.

Nihayet, 2320. madde öğretmenlere benzer bir sorumluluk yüklemektedir.

• 13 — Avusturya Medeni Kanunu

Avusturya Medeni Kanununun 1309. Ş'ına bakılacak olursa, bir akıl hastasının, bir akıl zayıfının veya bir çocuğun zararlı fiillerinden, gözetim ile yükümlü her kişinin sorumlu olduğu görülmektedir.

• 14 — Alman Medeni Kanunu

Alman Medeni Kanununun 832. Ş'ı, yasal ve sözleşmeli gözetici-lerin, küçüklükleri yahut bedensel veya zihinsel durumları gereği gözetilmeğe gereksinimleri olan kişilerce dokundurulmuş zarar tazminle yükümlü olduklarını beyan etmektedir.

• 15 — Japon Medeni Kanunu

Japon Medeni Kanununun 714. maddesi icabınca, her yasal gözetici, küçüklerin ve ayırtım gücünden yoksunların, eğer bu kişilerin kendileri 712. ve 713. maddeler karşısında sorumlu değillerse, zararlı eylemlerinden sorumludur.

Yasal gözetici yerine bu gibi kişileri gözeten de tıpkı onun gibi sorumludur (md. 714, f. 2).

• 16 — Mısır Medeni Kanunu

Mısır Medeni Kanununun 173. maddesi, yasal ve sözleşmeli gözetici-lerin, küçüklükleri yahut akıl durumları yüzünden gözetilmeye gereksinim duyanların zararlı eylemlerinin doğurdukları zarar giderme borçlusunu olduklarını dile getirmektedir.

Küçük karısınca yol açılmış kayıptan koca, ve küçük kocaca meydana getirilmiş zarardan da gözeticisi sorumlu durumdadırlar (md. 173, f. 2).

Öğretmenler ve zanaatkarlar da, gözetimleri üzerlerinde olan küçüklerin zararlı eylemlerinden ötürü benzer bir sorumluluk altındadırlar (md. 173, f. 2).

• 17 — Kuveyt Medeni Kanunu, Suriye Medeni Kanunu Ve Libya Medeni Kanunu

Bütün bu kanunlar (Kuveyt, md. 13; Suriye, md. 174; Libya, md. 176), Mısır Medeni Kanununun 173. maddesi öz anlatımını tıpatıp yansıtmaktadırlar.

• 18 — Tunus Medeni Kanunu

Tunus hukukunda, reşit olsa bile, akıl hastası yahut akıl zayıfı birisi ile beraber oturan her kişinin onun verdiği zarardan sorumluluğu vardır (Tun. MK., m. 93).

Aynı maddenin 2. fıkrası mucibince, aynı kural sözleşme ile söz konusu kişilerin bakım ve gözetimini yüklenmiş kişilere de uygulanır.

93. maddenin 3. fıkrası gereğince, baba ve onun ölümünde ana, kendileri ile birlikte oturan 18 yaşından ufak çocukların ika ettikleri zarardan sorumludurlar.

Zanaatkarlar ve öğretmenler de, çırakları veya öğrencilerinin, onların gözetimlerinde buldukları süre boyunca başkalarına dokundurdukları zarardan sorumlu kılınmışlardır.

• 19 — Fas Medeni Kanunu

Fas Medeni Kanunu, 85. maddesinde, akıl hastaları ve akıl zayıfları ile ilgili olarak, Fransız Medeni Kanununun 1384. maddesi metnini ve Tunus Medeni Kanununun 93. maddesi metnini aynen hasretmiştir.

1942 senesinde 85. maddeye eklenen ek madde de, kendi yönünden, 5 kasm 1937 tarihli öğretmenlerin öğrencilerinin zararlarından sorumluluklarına değgin Fransız Özel Yasası içeriğini tıpkıyla aksettirmektedir.

• 20 — Irak Medeni Kanunu

Irak Medeni Kanununun 218. maddesinin 1. fıkrasına nazaran, baba ve o yoksa büyükbaba, küçük olan çocuk tarafından meydana getirilmiş zararı tazminle yükümlüdürler.

Ayrıca, 191. maddenin 2. fıkrası da, zarara uğramışa, reşit olmayan çocuğa yahut ehliyetsize yüklenilebilir bir zarardan dolayı, veli veya vasisi veya kayyımından tazminat isteme hakkını tanımaktadır. Ancak şu koşulla ki, küçük veya ehliyetsiz ödeme güçsüzlüğü içinde olanlar. Dava, yargıcın bu konuda egemen bir değerlendirmeye hakkına sahip olmasından ötürü, isteğine de bağlıdır. Bundan başka, küçüğün yahut ehliyetsizin tazminat borcu sınırlıdır da: yanların parasal olanaklarını gözönüne almak zorunda olan yargıç, hak ve denkserliğe uygun bir zarar giderimi saptamalıdır (md. 191, f. 3). Veli, vasi ya da kayyım da, zarar karşılığını ödemekle yükümlüdürler. Buna karşın, 218. maddeye göre, baba ve yokluğunda da büyükbaba, küçük eliyle dokundurulan zararı tamamen giderme borçlusudurlar.

• 21 — Habeşistan Medeni Kanunu

1960 yılında yürürlüğe giren Habeşistan Medeni Kanunu, 2124 ve 2125. maddelerinde, başkasının fiilinden sorumluluk hallerini ele almaktadır.

2124. madde içeriğine bakılırsa, reşit olmayan çocuğu bir sorumlulukla yükümlü olduğunda, baba da sorumludur.

2125. madde açısından ise, yasaca öngörölmüş belirli durumlarda, babanın sorumluluğunun yerine diğere gözetnicilerin (velayet hakkını kullanan ana, çocuğun kendisine emanet edildiğı kişi, öğretmen, işveren) sorumluluklarının geçtiğini görüyoruz.

• 22 — Borçların Kaynaklarına İlişkin Madagaskar Kanunu

Madagaskar hukukunda, küçüğün zararlı eylemlerinden sorumlu kişilerin alanı oldukça geniştir. Baba ve gereğinde ev başkanı niteliğine sahip anne, evlilik dışı ebeveyn, vasi, yetiştirilmek gayesi ile küçüğün kendilerine devamlı olarak teslim edildiğı kişiler yahut akrabalar, bunların hepsi küçüğün başkalarına verdiği zarardan sorumludurlar (md. 158 vd.) (7).

Yüksek öğretim üyeleri de dahil olarak, kamusal veya özel tüm öğretim üyeleri, öğrencilerinin, öğrenim kurumlarınca düzenlenmiş her türlü çalışma sırasında, öğrenim binalarında ders saatlerinde ve ara dinlenmelerinde, üçüncü kişilere veya kendi kendilerine dokundurdukları zarardan sorumludurlar (md. 162).

(7) Bk. 9 Haziran 1965 Tarihli Borçların Kaynaklarına İlişkin Yasa.

Kamusal öğretim görevlilerinin sorumlulukları konusunda, Devletin kendi sorumluluğu da getirilmiştir. Bir kamu tüzel kişininin Devletin her türlü katılımının dışında düzenlediği öğrenim kurumları hakkında bir ayrıklık kabul edilmiştir (md. 194) (8).

• 23 — Senegal Adi Ve Ticari Borçlar Kanunu

1 Temmuz 1979 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 10 Temmuz 1963 tarihli Senegal Adi ve Ticari Borçlar Kanunu, ana ve babanın, öğretim üyelerinin ve zanaatkârların, gözetimleri altındaki küçüklerin, öğrencilerin veya çırakların haksız eylemlerinden ötürü sorumluluklarını düzenlemektedir (md. 136 vd.) (9).

III — SINIFLANDIRMA DENEMESİ

Başvurulan tanımlamaların az çok değişik oldukları kesindir. Yine de bunları indirgemek olanaklıdır. Bu, yöntem ve ölçüt yönlerinden yapılabilir.

1 — Yöntem Açısından

Yöntem açısından iki tür ayırdedebilir: Tümel tanım veya ayrıntılı tanım.

A — Tümel Tanım

Bazan, tanımlama tümeldir. Şöyle ki, örneğin, her ev başkanı yahut her ebeveyn yahut her gözetici sorumludur (9a).

(8) Bk. Lacombe J., *L'évolution de la responsabilité civile du fait d'autrui en droit malgache*, Mélanges Voirin, Paris, 1966, n^{os} 7 vd., sh. 470; Ortolland A., *La responsabilité extra - contractuelle en droit malgache*, Penant, 1967, n^o 715, sh. 53 vd.

(9) Bk. Chabas J., *Réflexions sur l'évolution du droit sénégalais*, Etudes juridiques offertes à L. J. de la Morandière, Paris, 1964, sh. 144 vd.

Ayrıca, bk. 1956 tarihli Guatemala Borçlar ve Sözleşmeler Yasası Tasarısı. Tasarının 78 vd. maddeleri, ana babanın, vasilerin, gözeticilerin, öğretmenlerin, iş kurumları başkanlarının ve işverenlerin, 15 yaşından küçüklerin başkalarına verdikleri zarardan sorumluluklarını öngörmektedirler. Bk. Rodière R., *Les sources de la responsabilité civile dans un projet de Code des obligations et des contrats du Guatemala*, RIDC, 1959, sh. 94.

(9a) Bk. örn. İsviç MK., md. 333, Türk MK., md. 320; Fr. MK., md. 1384, Belç. MK., md. 1384, İskandinav yasaları; Fed. BK., md. 61, Avu. MK., § 1309, Alm. MK., § 832, Jap. MK., md. 714.

B — Ayrıntılı Tanım

Bazan da, tanımlama ayrıntılıdır. Şöyle ki, örneğin, ana baba, vasi, kayyım, gözetici, öğretmen, zanaatkâr, vb. sorumludurlar (9b).

2 — Ölçüt Açısından

Ölçüt açısından da, çeşitli türler ayırdedilebilir.

A — Başkasının Fiilinden Sorumluluk Genel İlkesi

Bazan, yasalarca başkasının fiilinden sorumluluk genel ilkesinin kabul edildiğini görüyoruz.

Şöyle ki, her gözetici veya zararın faili ile belirli bir egemenlik ilişkisi içerisinde bulunan her kişi, fail tarafından ika edilen zarardan sorumlu tutulmaktadır (10).

B — Bazı Gözeticilerin Sorumlulukları

Bazan da, sadece bazı gözeticiler başkasının fiilinden sorum-

(9b) Bk. örn. Keb. MK., md. 1054, İtal. MK., md. 2048, Port. MK., md. 2377 ve md. 2379, Lübn. MK., md. 126, Lous. MK., md. 2318 vd. Mis. MK., md. 173, Kuv. MK., md. 13, Sur. MK., md. 174, Lib. MK., md. 176, Tun. MK., md. 93, Fas MK., md. 85, Ir. MK., md. 218 ve md. 191, Hab. MK., md. 2124 ve md. 2125, Mad. BK., md. 158 vd., Sen. BK. md. 136 vd.

(10) Bk. Fed. BK., md. 61; Zür. MK., §§ 1872 vd.; Esk. Jap. MK., md. 371 ve md. 372; Pru. DGK., md. 42 ve md. 57; Kar. Kr. GK., md. 575; Mıs. Esk. Birl. MK., md. 213; Mıs. Esk. Yer. MK., md. 157; Keb. MK., md. 1054 f.1; Avu. MK., § 1309; Tun. MK., md. 93; Fas. MK., md. 85; Hab. MK., md. 2124 ve md. 2125; Alm. MK., § 832; Jap. MK., md. 714; Mıs. MK., md. 173; Kuv. MK., md. 13; Sur. MK., md. 174; Lib. MK., md. 176.

Bk. Yargıtay Savcısı Matter, Concl. sous Ch. réunies, 13 février 1930, II, V, A, Gaz. Pal. 1930, 1, 393, D. 1930, 1, 57; Demogue R., Traité des obligations en général, t. V, n° 819 bis; Savatier R., La responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?, DH., 1933, sh. 81; Legais R., Un article à surprises ou le nouvel essai de généraliser la responsabilité civile du fait d'autrui, D., 1965, Chr. 131; Liogier M., La responsabilité civile du fait de l'enfant inadapté, Thèse Lyon, 1964, sh. 133; Pini A., La responsabilité civile dell'automobilista, Thèse Lausanne, 1932, sh. 282 vd.; Craffe M., La puissance paternelle end roit anglais, Evolution historique, Solutions traditionnelles, Thèse Paris, 1971, nos 175 vd; BIZR 2 Nr. 125; Erw. 1; Dijon, 27.2.1965, D. 1965, 439, GP., 1965, 1, 297, affaire Coquelet; Poitiers, 22.3.1966, RTDC, San. & Soc., 1966, 262, affaire Courjault, Note Alfandari.

ludurlar (11): örneğin, baba ve ana, büyükbaba ve büyükana, vasi, kayyım, öğretmen, zanaatkâr, vb.

C — Sulta

Başkasının fiilinden sorumluyu belirlemeye yarayan bir diğer ölçüt de sulta fikridir (12).

D — Toplumsal Yakınlık

Kimi kez, toplumsal yakınlık düşüncesi sorumlu kişiyi bulmak için kullanılmaktadır. Sorumluların alanı, söz konusu toplumların yapı, görüş ve inanışlarına bağımlı olarak daralmakta veya genişlemektedir (13).

E — Topluluk Ve Başkanlık - Sulta Ve Egemenlik

Bir diğer anlayış gereğince de, topluluk ve başkan kavramları ile birlikte sulta ve egemenlik kavramlarının sorumluluk yükümlüsünü ortaya koymakta ele alındığını gözlüyoruz (14).

IV — SONUÇ

Sonuç olarak, yöntem açısından tümel tanım veya ayrıntılı tanımın, ölçüt açısından da zararlı fiile muhtemel iştirak, gözetim ve denetim olanağı, velayet, vesayet, sulta, toplumsal yakınlık, başkan ve egemenlik fikirlerinin, tamamen yahut kısmen kendisine sahip olamayan kişilerin zararlı fiillerinden sorumlu tutulabilecek kişilerin belirlenmesinde başlangıç noktalarını oluşturduklarını görüyoruz.

-
- (11) Bk. örn. İtal. MK., md. 2048; Belç. MK., md. 1384; Keb. MK., md. 1054; İsp. MK., md. 1903; Port. MK., md. 2377 ve md. 2379; Tun. MK., md. 93 f. 3; Lous. MK., md. 2318 vd.; Sen. BK., md. 136 vd.; İskandinav kanunları.
- (12) Karş. Tarrible, Discours au Corps législatif Locré, t. XIII, n° 23, sh. 61; bk. Madagaskar hukukunda öğretim üyelerinin sorumlulukları; Esk. Jap. MK., md. 371; Dijon, 27.2.1965, D. 1965, 439, GP., 1965, 1, 297; Poitiers, 22.3.1966, RTDC, San. & Soc. 1966, 262, note Alfandari.
- (13) Bk. Ir. MK., md. 218, f. 1 ve md. 191, f. 2; Hab. MK., md. 2124; Fr. MK., md. 1384, f. 4; Mad. BK., md. 158 vd., - kısmen; Liogier M., age.
- (14) 1869 tar. Pru. Güm. K.; 1878 tar. Pru. Orm. Hırs. K.; 1880 tar. Pru. Orm. Kır. Pol. K.; Reich. CK., § 361, Nr. 9; Zür. MK., §§ 1872 vd.; aynı kanunun 1872. §'inin kenar başlığı; Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Eräuterungen, Bd. 3, Zürich, 1885, § 1872; 1879 tar. Fed. BTKTs., daha sonra 1881 tar. Fed. BK.nun 61. maddesi olan 68. maddenin ilk yazılışı; karş. 1881 tar. Fed. BK, 61. maddenin italyanca metni; Rapport présenté au Conseil d'Etat de la

Bütün bu başlangıç noktaları sorumlu ile dolaylı sorumluluğu fiiliyle harekete geçiren zarar faili arasında az çok sıkı bir bağımlılık ilişkisiyle açıklanabilir.

Kabul edilen ölçütlere daima yalnız başlarına rastlanılmamaktadır. Bazı kez de, birlikte bulunmaktadırlar. Örneğin, Fransız Medeni Kanununun 1384. maddesinin 4. fıkrası, velayet, akrabalık, topluluk, sulta ve gözetim ölçütlerini yapısında toplamaktadır. Bu ölçütlere sokulamayan diğer sulta sahipleri veya gözeticiler, genel sorumluluk kuralına göre sorumludurlar (Fr.MK. md. 1382).

İsviçre hukukunda ve Türk hukukunda, sadece sulta bu çeşit sorumluluk doğurmak için yetersizdir. Örnek olarak okul öğretmenini ele alacak olursak, o, ders saatleri sırasında pek doğaldır ki tartışmasız olarak erkmendir. Ama, İsviçre Medeni Kanununun 333. maddesi ve Türk Medeni Kanununun 320. maddesi gereğince sorumlu tutulmamıştır (15). Zira, yetkeden başka, kendilerinden sorumlu olunan kişilerle yaşam birliği de gereklidir (16).

République du Canton de Genève par la Commission chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial de 1879, Genève, 1880, sh. 16; 1880 tar. Kar. Kr. GK., md. 701; ölçütümüzü anımsatabilecek herhangi bir açık deyişin eksikliğine karşın, yine de Fr. MK., md. 1384, f. 4 ve f. 6, ve onu örnek alarak izleyen bütün diğer kanunlar: ana baba küçük çocuklarının ve zanaatkârlar da çıraklarının başkanları da değil midirler?; İsviç. MK., md. 333; Türk MK., md. 320; Madagaskar hukukunda öğrenim kurumlarının sorumluluğu, bk. Ortolland A., La responsabilité extra-contractuelle en droit malgache, C., Penant, 1967, n° 715, sh. 61 ve sh. 63 ve sh. 56,1,a; Gierke O., Entwurf eines BGB und das deutsche Reich, sh. 261: Das deutsche Genosenschaftsrecht eserinin yazarı haklı olarak birlikte yaşayan örgensel toplulukları geçici nitelikteki gözeticilerden ayırdetmek gereği üzerinde durur; Alman Medeni Kanunu Tasarısının bu konuda hiçbir ayırım yapmamış olmasını üzüntü ile karşılayarak onca üstelemesine karşın, yasa koyucu yine de bu yola girmemiştir; Savatier R., Du droit civil au droit public, 2^e éd., 1950, sh. 132 vd.

- (15) Bk. Oftnger K., Schweizerisches Haftplichrect, Bd. II/1,2. Aufl. Zürich, 1960, sh. 254 ve dn. 78; Egger A., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, 2. Aufl., Zürich, 1943, N. 11; Frey H., age., sh. 25 ve sh. 80; Papa G., Indagini sulla responsabilità civile del capo di famiglia, Tesi Berna, Lugano, 1949, n. 5, sh. 21 dn. 58.
- (16) İsviçre Medeni Kanununun almanca metni, ev başkanının, verdikleri zarardan sorumlu olduğu kişileri **Hausgenossen** deyimini ile belirlemektedir. Bu deyim doğal olarak yaşam birliğini de kapsamaktadır.

Sorumluyu belirleyen bir diğer ölçütü oluşturan gözetme gücü, sultasız düşünülemez.

Sonuçta, başkasının fiilinden sorumlu kişi kavramı, zarar failinin özellikleri, sorumluyla fail arasındaki ilişkiler, ve dolaylı sorumluluğun dayanakları ile sıkı bir bağımlılık içerisinde gözükmektedir (17).

K I S A L T M A L A R

age.	:	Adı geçen eser
agm.	:	Adı geçen makale
Alm. MK.	:	Alman Medeni Kanunu
Art.	:	Artikel
art.	:	Article
Aufl.	:	Auflage
Avu. MK.	:	Avusturya Medeni Kanunu
ayn. fik.	:	Aynı fikir
Bd.	:	Band
bk.	:	Bakınız
Belç. MK.	:	Belçika Medeni Kanunu
BIZR	:	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
Ch.	:	Chambre (s)
Chr.	:	Chronique
Concl.	:	Conclusions
D.	:	Recueil Dalloz
DH.	:	Recueil hebdomadaire Dalloz
dn.	n	Dip notu
éd.	:	Edition
Erw.	:	Erwägung

(17) Eğer Fransız hukukunda ana ve babanın sorumluluklam yalnızca reşit olmayan çocukları hakkında var ise, bu sınırlama, sorumluların kişilerinin velayet nedeni ile belirlenmiş olması yönünden kolaylıkla anlaşılabilir.

Kusursuz bir sorumluluk, daha çok, zarar veren ile aralarında ailevi bir bağ bulunan kişiler hakkında doğru gözükmektedir.

Kusur karinesi üzerine oturan bir sorumluluk, geçici bir gözeticiye nazaran sürekli bir gözetici hakkında daha kolay haklı gösterilebilir.

Ve saire ve saire...

Esk. Jap. MK.	:	Eski Japon Medeni Kanunu
f.	:	Fıkra
Fas MK.	:	Fas Medeni Kanunu
Fed. BK.	:	Federal Borçlar Kanunu
Fed. BTKTs.	:	Federal Borçlar ve Ticaret Kanunu Tasarısı
Fr. MK.	:	Fransız Medeni Kanunu
GP. veya Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais
Hab. MK.	:	Habeşistan Meden Kanunu
Ir. MK.	:	Irak Medeni Kanunu
İsp. MK.	:	İspanya Medeni Kanunu
İsviç. MK.	:	İsviçre Medeni Kanunu
İtal. MK.	:	İtalya Medeni Kanunu
Jap. MK.	:	Japon Medeni Kanunu
Kar. Kr. GK.	:	Karadağ Krallığı Genel Kanunu
karş.	:	Karşılaştırınız
Keb. MK.	:	Kebek Medeni Kanunu
Kuv. MK.	:	Kuveyt Medeni Kanunu
Lib. MK.	:	Libya Medeni Kanunu
Lous. MK.	:	Louisiana Medeni Kanunu
Mad. BK.	:	Madagaskar Borçlar Kanunu
md.	:	Madde
Mıs. Esk. Bir. MK.	:	Mısır Eski Birleşik Medeni Kanunu
Mıs. Esk. Yer. MK.	:	Mısır Eski Yerli Medeni Kanunu
Mıs. MK.	:	Mısır Medeni Kanunu
N.	:	Randnote
n.	:	Note
no.	:	Numero
n°	:	Numéro
Nr.	:	Nummer
örn.	:	Örneğin
Penant	:	Penant-Revue de droit des pays d'Afrique
Port. MK.	:	Portekiz Medeni Kanunu
Pru.D. GK.	:	Prusya Devletleri Genel Kanunu
Pru.Güm. K.	:	Prusya Gümrük Kanunu
Pru.Orm.Hırs. K.	:	Prusya Orman Hırsızlığı Kanunu
Pru.Or.Kır Pol. K.	:	Prusya Orman ve Kır Polis Kanunu
Reich CK.	:	Reich Ceza Kanunu
RIDC	:	Revue internationale de droit comparé
RTDC	:	Revue trimestrielle de droit civil
Sen. BK.	:	Senegal Borçlar Kanunu
sh.	:	Sahife

Sur. MK.	:	Suriye Medeni Kanunu
t.	:	Tome
tar.	:	Tarihli
Ts.	:	Tasarı
Tun. MK.	:	Tunus Medeni Kanunu
Türk MK.	:	Türk Medeni Kanunu
vd.	:	Ve devamı
Zür. MK.	:	Zürich Medeni Kanunu

B İ B L İ Y O G R A F Y A

(KİTAP BİLGİSİ)

- BENGTSSON B.** : La responsabilité des mineurs dans les droits scandinaves, RIDC., 162, sh. 33 vd.
- BLUNTSCHLI J. C.** : Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, Bd. 3, Zürich, 1885.
- CHABAS J.** : Réflexions sur l'évolution du droit sénégalais, Etudes juridiques offertes à L. J. de la Morandière, Paris, 1964, sh. 127 vd.
- CRAFFE M.** : La puissance paternelle en droit anglais, Evolution historique, Solutions traditionnelles, Thèse Paris, 1971.
- DEMOGUE R.** : Traité des obligations en général, t. V, Paris, 1925.
- EGGER A.** : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, 2. Aufl., Zürich, 1943.
- FREY H.** : Die zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr- oder Heilanstalt, Dissertation, Zürich, 1911.
- HELLNER J.** : Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves, RIDC., 1967, sh. 779 vd.
- LACOMBE J.** : L'évolution de la responsabilité civile du fait d'autrui en droit malgache, Mélanges Voirin, Paris, 1966, sh. 468 vd.
- LECAÏS R.** : Un article à surprises ou le nouvel essai de généraliser la responsabilité civile du fait d'autrui, D., 1965, Chr. 131.
- LIOGIER M.** : La responsabilité civile du fait de l'enfant inadapté, Thèse Lyon, 1964.

- OFTINGER K.** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 2. Aufl., Zürich, 1960.
- ORTOLLAND A.** : La responsabilité extra-contractuelle en droit malgache, Penant-*Revue de droit des pays d'Afrique*, 1967, n° 715, sh. 53 vd.
- PAPA G.** : Indagini sulla responsabilità civile del capo di famiglia, Tesi di laurea, Lugano, 1949.
- PINI A.** : La responsabilità civile dell'automobilista, Tesi Losanna, 1932.
- PIRSON R.** : Droit belge de la responsabilité civile, Complément au *Traité pratique de la responsabilité civile* de H. Lalou, 6^e éd., Paris, 1964.
- RODIERE R.** : Les sources de la responsabilité civile dans un projet de Code des obligations et des contrats du Guatemala, RIDC., 1959, sh. 94.
- ROSSEL V.** : Manuel du droit fédéral des obligations, Paris - Lausanne, 1892.
- SAVATIER R.** : La responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?, *DH.*, 1933, sh. 81 vd.
- : Du droit civil au droit public, 2^e éd., Paris, 1950.
- SOLDAN Ch.** : Code fédéral des obligations, 2^e éd. Lausanne, 1900.
- STONE F.** : Institutions fondamentales du droit des Etats — Unis, Paris, 1965.
- von **GIERKE O.** : Entwurf eines BGB und das deutsche Reich, Leipzig, 1889.
- WEYERS H. - L.** : Unfallschäden, Praxis und Ziele von Haftpflicht — und Vorsorgesystemen, Frankfurt a.M., 1971.

**SİGORTA POLİÇESİ GENEL ŞARTLARI İLE DAVA
ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN UZATILIP KISALTILMASI
MÜMKÜNMÜDÜR?**

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun
Bir Kararı Münasebetiyle)

İsmail DOĞANAY (*)

PLÂN : I — Giriş. II — Hukuk Genel Kurulu Kararına Dayanak Olan (Maddi Olay) Ve Mahalli Mahkeme Kararı İle Yargıtay Bozma Kararı Gereğe Özetİ. III Sigortacının Sigorta Bedelini Ödeme Borcu Ne Zaman Muaccel Olur? A — Kanunla Tayin Olunan Müruruzaman Süreleri Sözleşme İle Değiştirilebilir mi? B — Hakem - Bilirkişi Raporlarının Hukuki Mahiyeti. C — Sigorta Poliçesinde Yer Alan Genel Şartlar Nedeniyle Sigorta Şirketine (İylniyet) Veya (Kötüniyet) İzafesi Mümkün müdür?

I — GİRİŞ

«Müruruzaman» kenar başlığını taşıyan Türk Ticaret Kanununun 1268. maddesinde, «Sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dahil, sigorta mukavelesinden doğan bütün mütalebeler, iki yılda müruruzamana uğrar.» denilmekle yetinilmiş ve fakat bu iki yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağını belirtmemiş bulunmaktadır. Fakat bununla beraber, söz konusu maddenin gerekçesinde ise, müruruzamanın başlangıcı için, özel hukuk genel prensiplerine uygun olarak, «muâcceliyet» tarihinin esas alınması gerektiğine, değinilmiştir (Gerekçe, sh. 420). Diğer taraftan, «Borcun şumulü ve muaccel olma zamanı» kenar başlığını taşıyan TTK.nun 1299/f.1 hükmünde ise, «Sigorta bedelini ödeme borcu, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına ait sigortalar dahil bütün mal sigortalarında rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcununun 1292. madde hükmünce doğduğu tarihte muaccel olur.» denilmektedir. Binaenaleyh, bu hükme göre, mal sigorta sözleşmesine dayalı bütün davalarda zamanaşımı başlangıcı «rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya ihbar borcununun doğduğu» tarihtir. Bu «tarih» ise, TTK.nun 1292. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, sigorta ettiren kimsenin, sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini (haber aldığı)

(*) Yargıtay 11.HD, Eski Başkanı ve Halen Aynı Daire Üyesi.

veya (haber alması) gerektiği tarihten itibaren en geç (beş) gün sonradır. Bu hükümlere göre, mal sigortalarında dava zamanaşımı için (rizikonun gerçekleştiği tarih + sigortalının, sigorta şirketine haber verme borcu için kendisine tanınan beş günlük sürenin sonu) nu (başlangıç tarihi) olarak kabul etmek icap eder.

232 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan «Karayolları Trafik Kanunu»nun 50/son fıkrası hükmüne göre, motorlu kara taşıtları mali mes'uliyet sigortası tazminat davaları, zarar görenin zarara ve tailine (ıttılâ) tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabi tutulmuş olmasına rağmen, aynı kanununun 55/f.4 hükmü ise zarar görenin sigortacı aleyhine açacağı tazminat davasının zamanaşımı süresini (kaza gününden) itibaren başlamasını, öngörmüş bulunmaktadır.

Gerek TTK.nun 1268. maddesi hükmü ve gerekse Karayolları Trafik Kanununun 50 ve 55. maddeleri hükümleri (iki yıllık) kısa mürruzaman süreleri tayin etmiş olmalarına rağmen, 7397 sayılı (Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun)un «İstihkak sahiplerince aranmayan paralar» kenar başlığını taşıyan 19. maddesi hükmü ise, sigorta şirketlerince ödenmesi lâzım gelip de, istihkâk sahiplerince alınıp-aranmayan her türlü sigorta tazminatı ile prim îâdeleri ve bu meyanda diğer paraların sigorta şirketlerince (10 + 2) = 12 sene gibi uzun bir süre muhafazasını, öngörmüş bulunmaktadır. TTK.nun 1268 ve Karayolları Trafik Kanununun 50 ve 55. maddeleri ile, Sigorta Şirketlerinin Murakabesine dair kanunun 19. maddesi hükümlerini —süre bakımından— telif etmek, bizce, mümkün değildir. Hiç şüphesiz ki, sigortalı ile sigorta şirketleri arasında çıkacak olan uyuşmazlıklarda, evleviyetle, TTK. nun 1268 ve Karayollar Trafik Kanununun 50 ve 55. maddeleri hükümlerinin yani (iki yıllık) zamanaşımı süresinin uygulanması icap edecektir. Burada şu hususu hemen belirtelim ki, Karayolları Trafik Kanunu, zamanaşımı süresinin işlemlerine (kazanın vuku bulunduğu tarihi) başlangıç kabul etmek suretiyle, esas korunması gereken trafik kazası mağdurunu değil, bil'akis, sigorta şirketi lehine bir cephe almak şeklini tercih etmiş bulunmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından ekseriyetle verilen bir karara (1) göre, sigorta sözleşmesi genel şartları ile, tarafların, TTK.nun 6, 1268, 1292 ve 1299/f.1 maddeleri açık hükümlerine rağmen, sigorta tazminat borcunun «muacceliyet» tarihinin, diğer bir deyişle, iki yıllık zamanaşımı süresinin «hakem-bilirkişi» rapo-

(1) Yarg. HGK. 3.11.1982 gün ve E. 1981/11-34, K. 1982/870 s.

runun verilmiş tarihine kadar «uzatılmış sayılması gerektiği» görüşü, benimsenmiş bulunmaktadır.

II — HUKUK GENEL KURULU KARARINA DAYANAK OLAN (MADDİ OLAY) VE MAHALLİ MAHKEME KARARI İLE YARGITAY BOZMA KARARI GEREKÇE ÖZETİ

Davacı, (İstanbul - Kartal Maltepesi)ndeki halı ve mobilya mağazasını yangına karşı, davalı sigorta şirketine, sigorta ettirmiştir. Sigorta sözleşmesinin düzenlenmesinden otuzüç gün sonra gece saat 22 sıralarında mağazada çıkan ve 10 dakika gibi kısa bir süre içinde, —patlamalarla birlikte— koca mağazanın her tarafına sirâyet eden yangın sonunda mağaza içindeki bütün eşya ve emtiâlar yanıp, bir anda kül olmuştur.

Davacı sigortalı, evvelâ, —yangın sigorta poliçesi genel şartlarının 16. maddesine göre— «hasar tesbiti için» (hakem - bilirkişilere) başvurmuş ve onlardan arzu ettiği sonucu alamayınca bu defa davalı sigorta şirketi aleyhine tazminat davası açmıştır. Davalı sigorta şirketi —kanunî süresi içerisinde HUMK.nun 195— olayda, TTK.nun 1268. maddesinde öngörülen iki yıllık «dava zamanasını» süresinin çoktan geçtiğini ileri sürerek açılan davanın sırf bu nedenle reddi gerektiğini savunmuş, mahallî mahkeme de, bu savunmaya uygun olarak zamanasını yönünden açılan davayı reddetmiş ve fakat davacı vekilinin vâki temyizi üzerine bu defa Yargıtay Onbirinci Hukuk (Ticaret) Dairesi ikiye karşı üç oyla mahkeme kararını davacı sigortalı lehine bozmuştur (2).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, özel daire ekseriyet kararını tamamen benimsediği için, aynı gerekçeyi tekrarla yetinmiş bulunmaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nun «bozma kararı» gerekçesini iki noktada özetlemek mümkündür, şöyleki :

• 1 — Sigorta tazminatının ödenmesinde, zamanasını süresi, sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren başlar. Ancak, yangın sigorta poliçesi genel şartlarıyla (m. 16/g) her iki taraf (... bir hakem - bilirkişi kararına dayanmadan sigortacıdan tazminat talep ve dava edilemez...) ve aynı maddenin (h) fıkrası hükmü ile de (... taraflar tazminat miktarı hususunda anlaşmadıkça, alacak, ancak hakem - bilirkişi kararı ile müâccel olur ve zamanasını kesin raporun taraflara tebliği tarihin-

(2) Yarg. Onbirinci Hukuk Dairesi 30.11.1979 gün ve E.1979/3501, K.5473 s. (Mahallî mahkemesi, İstanbul 5. Ticaret 19.9.1980 gün ve E.1980/416, K.466).

den evvel işlemeğe başlamaz, meğerki hakem - bilirkişilerin tayini ile TTK.nun 1292. maddesindeki ihbar müddeti arasında iki yıllık süre geçmiş olsun...) şeklinde, düzenledikleri bir sözleşme ile sigorta tazminatının (muacceliyet) tarihini saptamış oldukları için bu anlaşma kendilerini bağlar ve her iki taraf bu hükümlere riâyet etmek zorundadırlar. Tarafların, alacağın «muacceliyet» tarihini birlikte tesbit ve tayin etmelerini önleyen hiçbir kanun hükmü mevcut değildir. Bu nedenle de dava konusu olayda, hakem - bilirkişiler raporlarını vermedikleri sürece, dava zamanaşımı süresi işlemez ve alacak muaccel hale gelmez. Bu hüküm sigortalı lehine bir hüküm olduğu için, davalı sigorta şirketi artık bundan sonra TTK.nun 1299. maddesinde yasal muacceliyet tarihine ve zamanaşımının bu tarihten başlaması gerektiği hususuna dayanarak zamanaşımının geçtiğini ileri süremez. Dava konusu olayda ise, üçüncü hakem - bilirkişi raporunu ancak 15.7.1977 tarihinde verdiği ve işbu dava da 29.8.1978 tarihinde açıldığına nazaran, aradan TTK. nun 1268. maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresi henüz geçmemiştir ve bu itibarla mahkemenin, olayda, iki yıllık zamanaşımı geçtiği görüşü ile, davacının, davasını reddetmesi doğru değildir.

• 2 — Bütün sözleşme türlerinde iyiniyet (dürüstlük) kuralı esas olmakla beraber, sigorta sözleşmelerinde bu kural (MK. m. 2) ayrı bir önem taşır. Sigorta şirketleri, büyük şirketlerdir, bu nedenle geniş teşkilâtları ve özellikle hukuk büroları vardır. Bu sebeple de iradelerini sigortalılara empoze edecek güce sahiptirler. Bu durumda, sigorta şirketinin poliçe genel şartları arasında (m. 16/g ve h) gibi bir şart koyarak bunu kendi sigortalısına kabul ettirmesi tabiidir. Sigorta ettirenin de, poliçe genel şartları arasında böyle bir hüküm olduğu için, bu şartın yasal ve geçerli olduğuna inanması da doğaldır. Sigorta şirketinin bu genel şartlarının bakanlıkca onaylanması, sigorta şirketini maddenin sorumluluğundan kurtaracak bir durum olmayıp, aksine, bakanlık onayı, sigorta ettiren kişide daha fazla bir güven duygusu uyandıracığından, sigorta şirketinin bu genel şartlara uygun davranması yükümlülüğünü ağırlaştıracak niteliktedir. Bu durumda sigorta şirketleri ile işlem yapan kişilerin, poliçedeki bu genel şartların yasalara uygun olduğuna inanmaları ve şartlara göre davranmalarından doğal bir şey olamaz. Böyle bir davranış, bu genel şartların yasal olduğu, aksi halde sigorta şirketinin bu şartları poliçelere koyamayacaklarına dair duydukları güvenin sonucudur. Sigorta ettiren kişide bu güveni uyandırıp hakem - bilirkişi yoluna başvururmak, hakem-

bilirkişi raporuna rağmen tazminatı ödemiyerek sigortalısını dava açmak zorunda bırakmak ve dava açılınca da «hakem - bilirkişi» raporu olmadan dava açılmaz deyip zamanaşımı savunması da bulunmak, MK.nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralına tümünden aykırıdır. Bu şekilde bir davranış içinde bulunan kişiler yasa hükümlerinin koruyuculuğuna sığınamazlar. Olayda, davalı sigorta şirketi, davacı sigortalısında, kesin hakem - bilirkişi raporu alınmadıkça zamanaşımının işlemeye başlamıyacağı ve hakem - bilirkişi raporu alındıktan itibaren iki yıl geçmedikçe alacağı zamanaşımına uğramıyacağı kanatını uyandırmıştır, buna göre hareket etmeğe mecburdur. Açıklanan bu nedenlerle davalı sigorta şirketinin zamanaşımı def'inin reddi gerekir.

Davacının temyiz itirazlarının kabulü ile yukarda açıklanan nedenlerle mahkeme kararının bozulması gerekmiştir, denilmektedir.

III — SİGORTACININ, SİGORTA BEDELİNİ ÖDEME BORCUNUN ZAMAN MUACCEL OLUR?

Bu incelememizin (Giriş) kısmında da değinmiş olduğumuz veçhile, TTK.nun 1299. maddesi hükmünün, aynı Kanunun 1292/f.1 hükmüne yollama yapması nedeniyle, sigortacının, sigorta sözleşmesinden doğan «ödeme borcu», —bütün mal sigortalarında— sigortalının, rizikonun gerçekleştiğini haber alıp bu durumu sigortacıya (ihbar) ettiği tarihten itibaren aradan geçecek (beş günün) sonunda ancak (muaccel) hale gelir. Hiç şüphesiz ki, o andan itibaren de müruruzaman süresi işlemeye başlar (BK. m. 128).

Kanun koyucunun, —sigorta tazminatının muacceliyet kesbetmesi yönünden— sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarihi mebdet kabul etmesi hali, doktrinde, tenkitlere yol açmış bulunmaktadır (3). Çünkü, bir borcun muaccel olabilmesi için, evveleminde, o borcun miktarının önceden belli olması gerekir, borcun miktarı bilinmiyorsa muacceliyetten bahsetmek, pek yerinde olmaz.

BK.nun 74. maddesi hükmüne göre, (ecel meşrut olmadığı ve ya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.) Kanunun bu hükmüne göre, bir borcun hemen ödenebilmesi için o borç için bir süre (ecel) şart

(3) Dr. REŞAT ATABEK, Sigorta hukukunda zamanaşımının başlangıcı, tebliğ: 16 Mayıs 1961, İkinci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ank. 1962, sh. 621-655, özellikle tartışmalar bölümü (sh. 647-655).

koşulmuş olmaması veya işin mahiyetine göre borcun derhal yerine getirilmesi icap etmelidir. Meselâ, bir tuhafiye mağazasından kravat alan veya bir berbere gidip traş olan kişinin, kravatın bedeli ile traş ücretini hemen ödemek zorunluğunda bulunması, (işin mahiyeti) icabıdır. (BK. m. 182 ve 313), çünkü her ikisinin de bedeli bellidir. Ancak, sigorta ettiren kimsenin, rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği anda —özellikle mal sigortalarında— sigorta şirketinin ona ödiyeceği sigorta tazminat miktarı henüz belli değildir. Bu itibarla ve kanatımızca, sigorta tazminatının muacceliyetini, sigorta ettirenin —rizikonun gerçekleştiğini— öğrendiği tarihe (TTK. m. 1292) bağlamak hatalı bir kabul şeklidir. Ayrıca, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini ne zaman öğrendiğini veya öğrenmesi gerektiğini tesbit etmek de oldukça güç bir iştir.

Bilindiği üzere, BK.nun 128. maddesi hükmü, müruruzamana başlangıç olarak «alacağın muaccel olduğu» zamanı esas kabul etmiştir. Şayet alacağın muacceliyeti bir (ihbar vukuuna tabi) tutulmuş ise, o zaman, müruruzaman bu haberin verilebileceği günden itibaren cereyan eder. Ancak, istisnâ bazı hallerde (BK. m. 60) zamanaşımına başlangıç olarak mutazarrır olan tarafın (zarara ve failine ıttılâ) tarihi esas kabul edilmiştir.

Sigorta hukuku bakımından, riziko hemen ve bir anda tahakkuk etmiyerek muayyen bir müddet devam ettikten sonra gerçekleşmiş ise —meselâ, sigortalı bir binanın bir-kaç gün yandıktan sonra söndürülmesinde olduğu gibi— sigorta tazminatı münhasıran yangının son bulunduğu tarihten itibaren ancak «muacceliyet» kesbeder.

A — Kanunla tâyin olunan müruruzaman süreleri, sözleşme ile değiştirilebilir mi?

Bilindiği üzere, Borçlar Kanununun «müruruzaman müddetlerinin kat'iyeti» kenar başlığını taşıyan 127. maddesinde aynen, «İşbu üçüncü bapta tayin olunan müruruzaman müddetleri mukavele ile tâdil olunmaz.» denildiği gibi, Türk Ticaret Kanununun «müruruzaman» kenar başlığını taşıyan 6. maddesinde de keza :

«Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticarî hükümler ko-
yan kanunlarla tâyin olunan müruruzaman müddetleri mu-
kavele ile değiştirilemez.»

hükmü yer almış bulunmaktadır.

TTK.nun 6. maddesi hükmü, gerek tedvin ve gerekse kaleme alınış şekli bakımından, «bir kamû düzeni» kaidesi niteliğindedir.

Esasen bu yön, yani, TTK.nun 6. maddesi hükmünün «âmme intizamî» düşüncesiyle kaleme alındığı hususu, söz konusu madde ile ilgili (TBMM. Adliye Encümeni) mazbata ve gerekçesinde (4) açıkca belirtilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, kanun koyucunun «âmme intizamı» düşüncesiyle sevketmiş bulunduğu bu hükmün, ne «genel şartnamelerle» ve ne de «sigorta poliçesi» veya sair bir «sözleşme» ile değiştirilip bertaraf edilmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle, kanunun «âmir hüküm» olarak sevkettiği bir hüküm ile ahlâka (âdaba) aykırı olarak düzenlenen her sözleşme şartı geçersiz (bâtıl) bir hüküm olarak kalır (5). Borçlar Kanununun, «mes'uliyetten beraat şartı» kenar başlığını taşıyan 99. maddesi hükmünde aynen, «Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidâen beraatini tezâmmun edecek her şart bâtıldır.» denildiği gibi, aynı Kanunun 480. maddesinde de otelci veya hancıların kendilerine teslim edilmiş olan kıymetli eşya veya paradan dolayı herhangi bir mes'uliyet deruhte etmediklerine veya bu mes'uliyeti bir şarta talik ettiklerine dair ilân veya bu yolda otelin, görünür - görünmez bir yerine astıkları levhalar, otel müşterisini bağlayıcı mahiyette olamaz. Ayrıca, «taşıma» sözleşmesi ile ilgili TTK.nun 766. maddesi hükmüne göre de, kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mes'uliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumî şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır.

- (4) «Müruruzaman müessesesi âmme intizamı düşüncesiyle konulmuş hükümlere müteâllik bulunması dolayısıyla bilhassa gerek bu kanunda bulunan ticarî hükümler ve gerekse birinci maddedeki tarifin şumülüne giren ticarî hükümlerle kabul edilmiş bulunan müruruzaman müddetlerinin mukavele ile değiştirilememesi gerekli iken 6. maddenin ticarî hükümleri ikiye bölerek bu kanunda bulunan ticarî hükümlerin derpiş ettiği müruruzamanları âmme intizamı hükmü ve diğer kanunlardaki ticarî hükümlerle derpiş olunan müruruzamanları da müfessir hükümlerden sayması için hiçbir mâkul ve hukukî sebep bulunmadığı tihetle bütün ticarî hükümlerdeki müruruzamanların hukukî mahiyetini hiçbir tereddüde mahal bırakmıyacak şekilde belirtmek üzere bu madde hükmü değiştirilmiştir.

Hak düşüren müddetlerin mukavele ile değiştirilemeyeceği gerek ilim sahasında gerek içtihatlarla kabul edilmekte bulunduğundan metinde ayrıca açıklanmasına lüzum görülmemiştir.»

T.B. Millet Meclisi Adliye Encümeni Mazbatası, Gerekçe, sh. 361.

- (5) Ord. Prof. Dr. ERNST E. HİRSCH, Akitlerin tefsiri, Edül'ulâ Mardin'e Armağan, İst. 1944, sh. 159.

Bilindiği üzere, «âmme intizamı» ile ilgili bir husus, —taraf- larca ileri sürülmesi dahi— hâkim tarafından «resen» nazarı iti- bare alınır.

TTK.nun 6. maddesinde aynen, (... ticarî hükümler koyan ka- nunlarla tâyin olunan müruruzaman müddetleri...) denildiğine gö- re, sadece Türk Ticaret Kanunundaki zamanaşımı süresi değil, «ti- carî hükümler» koyan diğer bütün kanunlardaki zamanaşımı süre- leri, sözleşme ile ne artırılabilir ve ne de azaltılabilir. Madde metninde, «Kanunda aksine hüküm olmadıkca...» tâbiri kullanıl- dığına ve TTK.nun 1268. maddesinde de «iki yıllık» zamanaşımı süresi açık ve kesin bir biçimde öngörülerek bu madde ile ilgili (T.B. Millet Meclisi Adliye Encümeni) mazbata ve gerekçesinde de (sh. 420) aynen, «Tasarımın altıncı maddesindeki açık hükümle ti- carî işlerdeki bütün müruruzamanların uzatılması da, kısaltılması da yasak edilmiş bulunduğundan bu hükmün bir tekrarından ibâ- ret bulunan ikinci fıkra hükmü çıkarılmıştır.» denilmek ve bu şe- kilde TTK.nun 6. maddesi hükmüne atıfta bulunmak suretiyle, TTK. nun 1268. maddesi hükmünün de, keza, bir «intizamî âmme» hük- mü olduğu açıklanmış olması ve diğer taraftan dava konusu uyuş- mazlık da yangına karşı yaptırılan sigorta sözleşmesinden kaynak- lanıp, bu nedenle, TTK.nun 12/b.9 hükmü icabı, «ticarî iş» mahi- yetini haiz bulunması karşısında, bu olaya göre, davacı ve davalı- nın sigorta poliçesi genel şartları ile, TTK.nun 1268. maddesindeki iki yıllık «dava zamanaşımı» süresini uzatıp-kısaltmaları asla söz konusu olamaz ve bu sonucu doğuracak bir şekilde sigorta sözleş- mesinde yer alan bütün hükümler (geçersiz —keenlemyekûn— hiç yok) farzedilir. Sigorta poliçe ve genel şartlarının Ticaret Bakan- lığı'nca düzenlenip - tasdik edilmiş olması hali dahi, bu hukukî sonucu değiştiremez ve poliçe metninde bu istikamette yer alan hükümleri, «geçeri» bir hale sokamaz.

Herne kadar, özel daire ekseriyet kararı ile bu kararı aynen benimseyen (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu) ekseriyet kararında, davanın dayanağı olan sigorta poliçesinin 16/(g) bendinde yer alan (... hakem bilirkişi kararına dayanmadan sigortacıdan tazminat talep ve dava edilemez...) hükmü ile (... alacak ancak hakem bilir- kişi kararı ile muaccel olur...) şeklinde aynı maddenin (h) bendine dayanılarak, tarafların dava konusu olayda, sigorta sözleşmesinden doğan alacaklarının «muacceliyet» tarihini söz konusu poliçe hü- kümleri ile, (hakem-bilirkişi) raporunun verildiği tarihe göre, ken- üi aralarında kararlaştırdıkları ve bu kararlaştırmanın da kanun nazarında (geçerli) ve tarafları (bağlayıcı) olduğu ileri sürülmüş

ise se, biz şahsen, —özel dairede iken de ve şimdi de— bu görüşe katılamıyoruz, çünkü :

TTK.nun 1299/f.1 hükmüne göre, sigortacının, sigorta bedeli borcu, rizikonun gerçekleştiğinin —sigortalı tarafından— sigortacıya (ihbar) borcunun (TTK. m. 1292 göre) doğduğu tarihte yani rizikonun gerçekleştiğinin sigortalı tarafından (haber) alındığı veya (haber alınmasının) mümkün ve muhtemel bulunduğu tarihten itibaren en geç (beş gün) sonra (muaccel) olacağı öngörüldüğünden, bu (muacceliyet) tarihinin taraflarca «hakem - bilirkişi» raporunun verildiği bir tarihe (tâlik) edilmesi geçersizdir. Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere, TTK.nun 6. maddesi hükmüne göre, ticarî hükümler koyan kanunlarla tâyin olunan müruzuruzaman müddetlerinin taraflarca (sözleşme) ile değiştirilebilmesi için, kanunda aksine bir hüküm bulunmaması şarttır. Halbuki, TTK.nun 1299/f.1 hükmü ile sigorta sözleşmesinden doğan tazminat alacaklarının (muacceliyet) tarihi açıkca —kanun hükmü ile— tesbit ve tâyin edilmiş olmasına ve TTK.nun 6. maddesi hükmü «kamû düzeni» ile ilgili bir hüküm bulunmasına binâen, tarafların, bu açık hüküm hilâfına sigorta akdinden doğan tazminat isteğinin (muacceliyet) tarihini (hakem - bilirkişi) raporunun verildiği tarihe kadar uzatmaları, tarafları bağlayıcı mahiyette değildir ve (keenlem-yekûn - geçersiz - hiç yok) sayılması icap eden bir hükümdür. Kanunun, «âmir hüküm» saydığı bir hükme aykırı olarak yapılan sözleşmelerin ilgili hükümleri, bağlayıcı değildir. Aksinin düşünülmesi halinde, «kamû düzeni» ile ilgili olan zamanaşımı süresinin (TTK. m. 6) sözleşme ile uzatılması sonucunu doğuracağı için, —dolaylı olarak— (tâbir caiz ise) kanuna harşı (hile) mahiyeti taşır, bunu da mer'î hukuk asla tasvip ve teşvîz etmez. Dava zamanaşımı süresinin sözleşme (sigorta poliçesi) ile sigortalı kişi lehine uzatılması hali, hiçbir zaman bu uzatmayı (geçerli - muteber) kılmaz, zira, kanun koyucu gerek TTK.nun 6. maddesini ve gerekse aynı Kanunun 1268. maddesini «âmir hüküm» olarak kabul ve o şekilde sevkettiği için, «kamû düzeni» ile ilgili bulunan bu iki hükmü ilga eder bir şekilde ve bu hükümlere aykırı bir sonuç doğuran sözleşme (poliçe) hükümleri —velevki sigortalı lehine bir sonuç doğursa bile— geçersizdir ve bu nedenle de her iki taraf leh ve aleyhine bir sonuç yaratmaz, aksi halde, biraz önce de değinildiği üzere, dolaylı olarak, kanuna karşı (hile) yolu açılmış olur. Bu itibarla, ekseriyet kararında yer alan, (... öyleyse bir sözleşmenin tarafları, alacağın muaccel olacağı tarihi birlikte tesbit edebilecekleri gibi, bunu, taraflardan yalnız birinin tâyin edebileceği veya

tâliki şartın gerçekleşmesine bağlı olabileceği hususunda da anlaşılabilirler.) görüşüne katılmamıza, hukuken imkân yoktur, bu kabul ve görüş şekli, dolaylı olarak «dava zamanaşımı» süresinin, «kamû düzeni» mülahazası ile sevk'edilmiş olan, TTK.nun 6 ve 1268. maddesi hükümlerini ortadan kaldırır ve bu hükümlere aykırı olarak müruruzaman sürelerinin uzatılmasına imkân tanımış olur. Halbuki kanun koyucu, daha önce de değinildiği üzere, sigorta akdinden doğan tazminat alacaklarının ne zaman (muaccel) hale geleceğini TTK.nun 1292 ve 1299/f.1 hükmü ile, hiçbir tereddüde mahal vermeyecek bir açıklıkla tesbit ve tâyin etmiş bulunduğu için, artık bundan sonra, taraflar TTK.nun 6. maddesi hükmünü bir kenara iterek, sözleşme (sigorta poliçesi) ile yeni bir (muacceliyet) tarihi tesbit edemezler, kanunun «âmir» hükmüne aykırı olarak düzenlenen bu sözleşme geçersizdir.

Sigorta sözleşmesinden doğan alacağın (muacceliyet) tarihinin, diğer bir deyişle, —dolaylı olarak— «dava zamanaşımı» süresinin anlaşma ile uzatılabileceğine ilişkin Hukuk Genel Kurulu ekseriyet görüşü, Türk Ticaret Kanununun ana ilkeleri ile vâz'edilmiş sistemine de aykırıdır, şöyleki :

Türk Ticaret Kanunu, tacirler arasındaki uyuşmazlıkların bir an önce sonuca bağlanması ve işin «uzun-zaman» sürüncemede kalmamasını hedef alan bir sistem öngörmüş bulunmaktadır. Bu cümleden olarak, TTK.nun 25/b.4 hükmü ile tacirler arasındaki ticarî (alım - satım) sözleşmelerinde «ayıba karşı tekeffül»den doğan bil'umûm davalarda, «dava müruruzaman» süresini, bir yıldan (BK. m. 207) altı aya indirdiği gibi, kara ve denizde insan ve eşya taşıma akidlerinden doğan alacak ve tazminat davalarında da, keza, «dava zamanaşımı» süresini (TTK. m. 767, 1067 ve 1259/f.1) bir yıl olarak sınırlandırmış ve diğer taraftan ticaret şirketlerinde ortakların şirketle veya birbirleriyle olan münasebetlerinden doğan davalarının en kısa bir süre içinde sonuçlanmasını temin gayesiyle, bu nevi davaların, «basit muhakeme usulü» ne göre (HUMK. 507-511, TTK. 1460) halledilmesini öngörmüş bulunmaktadır. Halbuki, Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararındaki görüşe göre, taraflar sigorta sözleşmesi ile bu sözleşmeden doğan alacağın muacceliyet tarihini «hakem - bilirkişi» raporunun (kararının) verildiği tarihe kadar uzattıkları takdirde, —dava konusu olayla ilgili sigorta poliçe genel şartları m. 16/g ve (h) bent hükümlerinde yazılı olduğu üzere— «hakem - bilirkişiler» meydana gelen hasarın miktarı ile ilgili raporlarını, (farzî'muhâl), rizikonun gerçekleştiğinin sigortacıya (ihbar) edildiği tarihten 8-10 sene sonra ancak vere-

cek olsalar bile, «dava zamanaşımı» süresi hiç işlemeyecek ve bu suretle de borç daha önce (muaccel) hale gelemeyecek, demektir. Bu dava ile ilgili olarak Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan müzakereler esnasındaki müteaddit konuşmalarında da etraflıca belirttiğim üzere, bu görüşün kabulü halinde, sigorta hukukunun ana ilkeleri tamamen ortadan kalkacağı gibi, —dava konusu olayda her iki taraf da tacir sıfatını haiz olduklarına göre— biraz yukarıda değindiğimiz veçhile, Türk Ticaret Kanununun tacirler arasındaki uyuşmazlıkların bir an önce sonuçlandırılmasını hedef alan prensipleri de, tamamen bertaraf edilmiş olur.

B — Hakem bilirkişi raporlarının hukukî mahiyeti

Sigorta poliçesi genel şartlarında yer alan ve görevleri sadece sigorta sözleşmesinden doğan «hasar» miktarını tesbit ve tayin etmekle sınırlı olan «hakem - bilirkişiler», HUMK.nun 516-536. maddeleri hükümlerinde yer alan ve herhangi bir uyuşmazlığı tıpkı bir «hâkim» gibi inceleyip «nîhaî» bir şekilde karara bağlamak salâhiyetine sahip olan (hakemlerden) değildirler. Hakemler, tıpkı bir «hâkim» gibi bir uyuşmazlığı sonuçlandırın ve her iki taraf için «kesin hüküm» mahiyeti taşıyan karar vermek yetkisine sahip oldukları halde, «hakem - bilirkişiler» karar vermek yetkisine sahip değildirler, onlar ancak, sigorta genel şartları icabı ve bir nevi «münhasır delil mukavelesi - HUMK. m. 287» mahiyetini haiz anlaşma icabı, —ihtisaslarına göre— meydana gelen hasar miktarını tesbit ve tayinle sınırlı (6) rapor düzenleyen kimselerdirler. Sigorta poliçesinin taraf veya diğer ilgilileri —hasar miktarı yönünden— başka bir delile dayanamazlar. Binâenaleyh, «hakem - bilirkişi» raporları (kararları), BK.nun 133/b.2 hükmünde yer alan ve zamanaşımı süresini (kat'eden) veya (durduran) «hakem» kararları vasıf ve mahiyetini hâiz olmadığından, düzenleyecekleri raporları (kararları), zamanaşımı süresini kesemez. Gerek doktrin (7) ve ge-

(6) Merhum TAHİR SEBÜK, Hakem, Hakem - bilirkişi ve kanunî hakem kararlarının mukayesesi ve tahkim şartı, Tebliğ: 29.Kasım.1966, Tahkim - IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ank. 1967, sh. 62-79.

— Prof. Dr. BAKİ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4.Baskı, Ank. 1980, C. 2, sh. 1986-1999.

— İSMAİL DOĞANAY, İzahlı ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ank. 1964, sh. 774-819.

(7) Bu incelemenin (3) ve (6) numaralı dip notlarındaki tebliğler ile, BAHİR SEVENLER, Sigortaya ilişkin işlerde tahkim, tebliğ: 2.Aralık.1965, Tahkim - IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ank. 1967, sh. 391-403 bkz.

rekse mahkeme içtihatları (8) ile kabul edildiği üzere, «hakem-bilirkişi» raporları (kararları) ile zamanaşımı süresi kesilemez. Sigorta poliçesi genel şartları meyanında yer alan «hakem - bilirkişi» şartı, münhasıran, bir «delil - mukavelesi» (HUMK. m. 287) mahiyetinde olduğu için, taraflar, genellikle, mahkemeye dava açmadan önce meydana gelen hasarın miktarını tesbit için «hakem - bilirkişilere» başvururlar ve fakat «hakem - bilirkişiye» başvurulmuş olunması hali mahkemede dava açılmasını önlemez, «hakem - bilirkişilerin» raporlarını vermelerinin geciktiği ve bu nedenle açılacak olan davanın zamanaşımına uğraması tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde, davacı taraf, zamanaşımı süresini kesmek için, «hakem - bilirkişilerin» rapor vermelerini beklemeden mahkemede dava açabilir. Hatta davacı, —zaman kaybetmemek için— önce «hakem - bilirkişilere» başvurmadan, doğrudan doğruya vazine ve selâhiyetli mahkemede dava açabilir. Bu durumda mahkeme, sırf, «münhasır delil sözleşmesi» (HUMK. m. 287) icabı olarak, taraflara, sadece hasar miktarının tesbiti için «hakem - bilirkişiye» müracaat etmek üzere, kendilerine, «münasip» (HUMK. m. 40) bir mehil verir ve bu mehil içinde «hakem - bilirkişilerin» raporu gelirse, o rapora dayanarak, raporda yazılı miktar üzerinden tahsil kararı verir (9). Şayet, «hakem - bilirkişiler» verilen süre içinde raporlarını veremezler ise, o zaman mahkeme, HUMK.nun 275 ve müteakip maddeleri hükümlerine göre kendisinin seçeceği bilirkişiler marifetiyle davacının «gerçek zararını» tahkik ve tesbit ederek elde edeceği sonuç dairesinde hüküm vermek zorundadır. Yargıtay Onbirinci Hukuk (Ticaret) Dairesi'nin kökleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır (10). Eğer, «hakem - bilirkişi» raporları (kararları) —Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararında— kabul edildiği gibi, «dava zamanaşımı» süresini kesmiş olsa yahut da sigorta poliçesi genel şartları ile, taraflar, sigorta sözleşmesi hükümleri ile alacağın «muacceliyet tarihini» (TTK. m. 6 ve 1268. maddelerinin âmir hükümlerini hiçe sayarak) kendileri

— Prof. Dr. BAKİ KURU, age. 4.bası, Ank. 1980, sh. (Özellikle) 1993
çe bkz.

- (8) Yarg. Onbirinci HD. 9.5.1974 gün ve E.1974/795, K.1974/1600 (Kararın tam metni için bkz. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık - 1974, C. VII, sayı : 4, sh. 67.
- (9) Yarg. Ticaret Dairesi 4.5.1970 gün ve E.1970/57, K.1806, Yarg. TD. 12.10.1970 gün ve E.1969/5139, K.1970/1290, Yarg. TD. 12.3.1971 gün ve E.1971/140, K.1929, 2.6.1971 gün ve E.1971/2830, K.4386, Yarg. TD. 17.6. 1971 gün ve E.1971/3233, K.4678.
- (10) Yarg. Onbirinci HD. 14.10.1980 gün ve E.1980/3953, K.4678 s.

tesbit ve tâyin etme imkânına sahip olsalar idi, o zaman, mahkemelerin, taraflara, «hakem - bilirkişi» raporunu getirip ibraz etmeleri için «münasip» bir mehil vermiyerek sadece, «zamansız açılan davanın reddine» şeklinde bir karar vermeleri icap ederdi. Halbuki, yirmibeş yılı aşkın bir süreden beri —müstemirren— mensubu bulunduğum Yargıtay Onbirinci Hukuk (Ticaret) Dairesi'nin müstekar içtihadı, bizim görüşümüz doğrultusundadır.

Yukarda da değinmiş olduğumuz veçhile, sigorta poliçesi genel şartları, gerek doktrin ve gerekse mahkeme içtihatlarına göre, «münhasır delil mukavelesi» vasıf ve mahiyetindedirler. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 287. maddesinde aynen :

«Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz. İki tarafca muayyen delillerle ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhake-me eşnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunamaz.»

denilmektedir.

«Delil sözleşmesi» nin konusu ve gayesi, özellikle, isbata yöneliktir. Bu itibarla, «delil sözleşmesi», Usul Hukukuna ilişkin bir sözleşme şeklidir. Bu sözleşme asıl tesirini, Usul Hukuku alanında gösterir. Taraflar, «delil sözleşmesi» ile aralarında zuhur edecek uyuşmazlığın hangi (delil) ile isbat edilebileceğini daha önceden ve «yazılı olarak» kararlaştırırlar. Taraflar, «delil sözleşmesi» ile maddî hukuka ait bir hususu kendi aralarında kararlaştıramazlar, aksi halde «delil sözleşmesi»nin gaye ve mahiyetine aykırı hareket etmiş olurlar. Özellikle, kanun koyucunun «kamû - düzeni» düşüncesiyle vaz'eylediği «âmir» bir hükme aykırı bir şekilde «delil sözleşmesi» yapılamaz ve yapılmış olsa dahi sözleşmenin o ilgili hükmü tarafları bağlamaz ve o hükmün «hiç yok» farzedilmesi icap eder. Bu itibarla, dava konusu olayda, sigorta sözleşmesi genel şartları ile tarafların —sigorta sözleşmesinden doğan— alacakları için özel bir muacceliyet tarihi tesbit ettiklerine ilişkin ekseriyet görüşüne katılmamıza hukuken imkân yoktur. Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere, bu görüş ve kabul şekli, sigorta sözleşmesine dayanan alacak davaları için öngörülen iki yıllık (TTK. m. 1268, 1292 ve 1299/f.1) «dava zamanaşımı» süresinin, dolaylı olarak, «hakem - bilirkişi» raporlarının verilmesi tarihine kadar uzatılması sonucunu doğuracağı için, hem geçersiz ve hem de «delil mukavelesinin» düzenlenme gayesine aykırıdır. Bir borcun ne zaman «muaccel» hale geleceğine ilişkin hükümler, «maddî hukuku» ilgilendiren hususlardandır ve bu nedenle de Usul Hukukunun

konusu dışında (BK. m. 74) kalır. Dava konusu sigorta olayında, kanun koyucu, sigorta sözleşmesinden doğan alacağın ne zaman «muaccel» hale geleceğini en ufak bir tereddüde mahal bırakmıyacak bir şekilde ve hem de «âmir hüküm» (TTK. m. 6, 1268, 1292 ve 1299/f.1) olarak tesbit ve tayin ettiğine göre, artık bundan sonra taraflar, isbat şekline ilişkin bulunan «delil sözleşmesi» ile bu sözleşmenin yapılış gayesi dışına çıkarak ve Borçlar Kanununun 18. maddesi hükmüne de aykırı bir şekilde ve dolaylı olarak, kanun koyucunun «âmir hükmünü» tamamen ortadan kaldırır bir sonuca ulaşacak tarzda, —tabir caiz ise— «kanuna karşı hile» yoluna tevessül ederek, «dava zamanaşımı» süresini, ne uzatabilirler ve ne de kısaltabilirler, bu uzatıp - kısaltma, velevki, sigortalının lehine bir sonuç doğursa dahi, durum yine aynıdır, aksi halde, «âmir hüküm» ve diğer bir deyişle, «intizamî âmme» kaidesinin hiçbir kıymeti kalmaz. Tarafların, borcun «muacceliyet» tarihini kendi aralarında tesbit ve tayin edebilmeleri hali, münhasıran, kanun koyucunun «âmir hüküm» olarak daha önceden «muacceliyet» halini tesbit ve tayin etmediği hususlarda mümkün olur, aksi halde, «âmir hüküm» sevketmenin hiçbir anlamı kalmaz. Her ne kadar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararında TTK.nun 1264/f.4 hükmüne dayanılarak «muacceliyet» tarihinin sigortalı kimse lehine değiştirilebileceği öngörülmüş ise de, söz konusu maddede —yukarıda etraflıca açıkladığımız veçhile— «âmir hüküm» olduğunda en ufak bir şüphe bulunmayan ve sigorta sözleşmesinden doğan alacakların, «dava zamanaşımı» süresi ve dolayısıyla «muacceliyet» tarihini kesinlikle tesbit etmiş bulunan TTK. nun 1268. maddesi hükmü hiç zikredilmeyip, o madde hükmünde yer alan ve (... sigorta ettiren kimse lehine mukavele ile değişikliğe...) imkân veren «istisnaî» hükümler dışında bırakılmış olduğundan, «dava zamanaşımı süresi - muacceliyeti» TTK.nun 1264/f.4 hükmüne sokmaya hukuken imkân yoktur, çünkü, TTK.nun 1268. maddesi hükmü, hiçbir surette, TTK.nun 1264. maddesinde yer almamış yani hariç bırakılmış bulunmaktadır. Diğer taraftan, bir an için, davanın dayanağı olan ve taraflar arasındaki «dava zamanaşımı süresi» ile «muacceliyet» tarihini tesbit eden sigorta sözleşmesinin 16/(g) ve (h) bentleri hükümlerini, Hukuk Genel Kurulu Kararında benimsendiği gibi, «geçerli» kabul etsek bile, taraflar aynı sigorta poliçesinin daha sonra gelen ve bu nedenle de en son arzu ve iradelerini ortaya koyan 21. maddesi hükmünde aynen :

«Bu poliçeden doğan her hangi bir dava hakkı ihtilâfa sebep olan hâdisenin vuku'u tarihinden itibaren iki yıl

sonra zamanaşımına uğrar. Bu müddet hususi şartlarla değiştirilemez.»

dediklerine göre, bu madde hükmüne —evleviyetle— itibar etmek icap eder. Ancak, biz hemen belirtelim ki, yukarda da etraflıca açıkladığımız üzere, poliçenin gerek 16. maddesi hükmü ve gerekse 21. maddesi hükmü, TTK.nun sigorta tazminat alacakları için öngördüğü «muacceliyet - zamanaşımı başlangıç süresi» için (TTK. m. 6, 1268, 1292 ve 1299/f.1) «âmir» hükümlerine aykırı oldukları için (geçersiz - keenlemyekûn - hiç yok) derecesindedirler. Aynı sigorta poliçesinin «dava zamanaşımı» ve «muacceliyet» tarihi ile ilgili —tamamen birbirine zıt ve aykırı— iki maddesi hükmünden biri geçerli, diğeri geçersiz kabul edilemez, bizce, her ikisi de geçersizdir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararının (1) numaralı bendinin son kısımlarında aynen, (... kesin hakem - bilirkişi raporu alınmadıkça alacak muaccel olamayacağına göre, bu hakem - bilirkişi raporu alınıncaya kadar zamanaşımı süresi söz konusu edilemez, zamanaşımı ancak bu kesin hakem - bilirkişi raporunun alınmasından ve hatta, genel şartların 16/h. maddesi gereğince, bu kesin hakem - bilirkişi raporunun taraflara tebliğinden itibaren başlayacaktır.) denilmek suretiyle, «hakem - bilirkişi» raporları (kararları) ile HUMK.nun 516 - 536. maddelerinde yer alan ve Borçlar Kanunu'nun 133/b.2 de söz konusu edilen «hakem» kararlarını «eşit değerde» kabul etmek ve suretle «zamanaşımı» süresini kesen nedenlerden saymak hali, hem doktrin ve hem de yerleşmiş mahkeme içtihatlarına tamamen aykırı bir görüş şeklidir. Binaenaleyh, bizim görüşümüze göre, dava konusu olayda davacı taraf, TTK.nun 6, 1268, 1292 ve 1299. maddeleri hükümlerinde öngörülen «iki yıllık» dava zamanaşımı süresini geçirdikten çok sonra bu davayı açtığı için, mahallî mahkemenin bu nedenle davayı reddetmesi doğrudur, gerek özel daire ekseriyetinin ve gerekse bu kararı benimseyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, olayda, «dava zamanaşımının» geçmediğini benimseyen görüşlerine katılmamıza, elbette, imkân yoktur (11).

(11) Aynı doğrultuda görüş için bkz. Dr. REŞAT ATABEK, Sigorta hukukunda zamanaşımının başlangıcı, agt. (3 numaralı dip notunda).

(Yangın sigorta poliçesinin 16. maddesi kanunun âmir hükümlerine muğayir olduğundan Ticaret Bakanlığınca tasdik edilmiş olmasına rağmen, lâvğ' telâkki edilip hiç nazara alınmaması icap eder.) sh. 636 ve 637, aynı tebliğ ile ilgili tartışmalar esnasında Doç. Dr. HAYDAR ARSEVEN'de aynı görüşe katılmaktadır, sh. 648-649 bkz.

C — Sigorta poliçesinde yer alan genel şartlar nedeniyle, sigorta şirketine (iyiniyet) veya (kötüniyet) izâfesi mümkünmüdür?...

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararının (2) numaralı bendinde aynen, (... kaldı ki, sigorta poliçesinin 16/(g) ve (h) maddesindeki hüküm geçersiz olduğu ve dolayısıyla zamanaşımının geçtiği bir an için kabul edilse dahi...) denildikten sonra daha aşağıki kısımlarda ise, davalı sigorta şirketinin, (... poliçe genel şartları arasına 16/(g) ve (h) gibi bir şartı koyarak bunu...) kendi sigortalısına kabul ettirmesi ve sigortalının dava açması halinde de, sigorta şirketinin «zamanaşımı» def'inde bulunmasını, MK. nun 2. maddesinde yer alan objektif iyiniyet (dürüstlük) kuralına aykırı olacağı ve bu nedenle de bu türlü bir davranış içinde bulunan kişilerin yasa hükümlerinin koruyuculuğuna sığınamayacakları hususu, belirtilmiş bulunmaktadır. Ekseriyet kararında belirtilen bu görüşe de şahsen katılmamıza imkân yoktur, şöyleki :

Her şeyden önce şu hususu hemen ve önemle belirtelim ki, gerçek veya hükmî bir şahsa, bir olay nedeniyle, «kötüniyet» veya «iyiniyet» izâfe edilebilmesi için, izâfe edilen fiil ve hareketin, o şahsın kendisinden sadır olması şarttır. Üçüncü bir şahsın fiil ve hareketinden dolayı bir kimseye «iyiniyet» veya «kötüniyet» izâfe edilmesi, asla mümkün değildir.

Bilindiği üzere, memleketimizde faaliyette bulunan yerli ve yabancı sigorta şirketlerinin hemen hepsi de 737 sayılı (Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun)un birinci maddesi hükmüne göre, «Ticaret Bakanlığı»nın daimî murakabesi altındadırlar. Bu murakabenin normal bir sonucu olarak, —hayat sigorta poliçeleri genel şartları dışındaki— diğer bütün sigorta nevileri poliçelerini düzenleyip kaleme almak ve onları tasdik etmek yetkisi münhasıran «Ticaret Bakanlığı»na aittir. Sigorta şirketleri kendi kendilerine poliçe şartlarını kaleme alıp daha sonra da kendi sigortalılarına bu şartları kabul ettiremezler. Bakınız, adı geçen kanunun 28. maddesi hükmünde ne deniliyor :

«Sigorta umumî şartları ve tarifeleriyle bunlara ait talimat Ticaret Vekâletince tanzim ve tasdik olunur. Sigorta şirketleri gerek bu şartların ve gerekse tarife ve talimatların dışında muâmele yapamazlar.

Hayat sigorta kombinezon ve tarifeleri alakalı şirketlerce tanzim ve Vekâletin tasdiki ile tekemmül eder.

Ticaret Vekâleti ihtiyaç halinde dilediği sigorta branşlarında sigorta şirketlerini, tarifelerini tanzim ve tatbikte serbest bırakabilir ve bu serbestiyi kaldırabilir.»

Medni aynen yukarıya derçedilen kanun hükmünden de açıkca anlaşıldığı üzere, —ekseriyet kararında belirtildiği şekilde— davalı sigorta şirketinin, gerek «hakem bilirkişilerin» raporlarını vermedikleri sürece, zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini öngören poliçenin 16/(g) hükmünü ve gerekse sigorta sözleşmesinden doğan alacağın «muacceliyeti» ile ilgili aynı maddenin (h) bendi hükmünü, davalı sigorta şirketi kendisi kaleme alıp ondan sonra da «Ticaret Bakanlığı'na» tasdik ettirip daha sonra kendi sigortalısına «kötüniyetle» imzalatmış değildir. Söz konusu kanun maddesi, —bu bakımdan— en ufak bir şüpheye bile imkân vermiyecek bir açıklıktadır. Kanunun bu açık ve kesin hükmü karşısında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, hangi nedenlerle davalı sigorta şirketini, «kötüniyetli - dürüstlük kuralına aykırı» bir davranış içinde saydığını anlamak, bizce, mümkün değildir. Ticaret Bakanlığı «Sigortalar Müdürlüğü»nün, poliçe genel şartlarını düzenlerken, yeterince işi ciddi tutmamasından kaynaklanan «geçersizliği»; davalı sigorta şirketine izâfe etmeğe ve bu nedenle de sigorta şirketini «dürüst davranmıyor» töhmeti altında tutmağa imkân yoktur. Kaldı ki, bir ilmî toplantıda da (12) acı-acı dile getirildiği üzere, halen, bu gün dahi kullanılmakta olan «yangın sigorta poliçesi genel şartları» mülga Ticaret Kanunu yani Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği 1.1.1957 tarihinden önce kaleme alınıp düzenlenmiş olan poliçelerdir. Böyle bir poliçe nedeniyle, dava konusu olayda, davalı sigorta şirketine «kötüniyet» izâfesi mümkün değildir. Çünkü, daha önce de değinildiği üzere, davalı sigorta şirketi, üçüncü şahıs durumunda olan Ticaret Bakanlığının bizzat kaleme alıp düzenlediği poliçe genel şartlarına, tek kelime bile ilâve edip o şartları değiştirmek imkânına sahip bulunmamaktadır. Bu itibarla, bir kimse kendi irâdesi dışındaki bir fiilden ve özellikle kanun gereği üçüncü şahıs tarafından düzenlenen poliçe nedeniyle «kötüniyetli» sayılamaz.

(12) Dr. REŞAT ATABEK, üç numaralı dip notunda söz konusu tebliğ, sh. 649 ve devamına bkz.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN ULUSLARARASI
ÇALIŞMALAR, GELİŞMELER, HABERLER

Bülent AKMANLAR (*)

PLÂN: 1 — Giriş. 2 — Fransa. 3 — İngiltere. 4 — İtalya. 5 — Lüksemburg.
6 — Norveç 7 — Yunanistan.

I — GİRİŞ

Herzaman olduğu gibi bu sayımızda da değişik ülkelerden haberleri özet olarak sunacağız. İngiltere (İskoçya)den bir haber özellikle ilgimizi çekti ve bu konuda ülkemiz hukuku ile diğer ülkeler hukuku arasında bir karşılaştırma yapmak gereğini duyduk. Bu konu, aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin cinsel ilişkileri ile ilgili.

Fransızcada (Inceste), İtalyancada (Incesto), İngilizcede (Incest) sözcükleri ile tanımlanan bu suç çeşidine bir ölçüde TCK. 417. maddesinde değinilmiş ise de ülkenin toplumsal yapısı ve inançları açısından yeterli bir düzenleme yapıldığını söylemeye olanak yoktur. Küçüklerin ırzına geçme suçlarında cezayı çoğaltıcı nedenleri içeren TCK. 417. maddesi akrabalık sınırını (usulden biri) olarak çizmekle yetinmiş ve olayı suçtan zarar gören kişi yönünden ele almıştır. Oysa, kaynak İtalyan Ceza Yasası'nın Türk Ceza Yasasına nedense alınmayan 337. maddesi aynen : (Her kim genel utanca neden olacak biçimde yasal olmasa bile usul veya türünden veya o derecede bulunan evlenmeden doğan akrabalarından biri ile veya ana-baba bir veya biri ayrı kardeş veya kız kardeşi ile cinsel ilişkide bulunursa onsekiz aydan beş yıla kadar ağır hapis ve kamugörevlerinden geçici yoksunluk cezası ile cezalandırılır) hükmünü taşımaktadır.

İsviçre Ceza Yasası'nın 213. maddesi ile Vaudes Kantonu Ceza Yasası'nın 165. maddelerinde de aynı hükmü görmekteyiz. Bu Kanton yasasına göre kovuşturma, sanıklardan herhangi birisinin dördüncü dereceye kadar akrabalarının olayı şikayet etmesi ile ve ge-

(*) Yargıtay 8.CD. Üyesi.

nel utancı doğuracak biçimde açığa çıkan durumlarda ise re'sen yapılmaktadır.

Fransız Ceza Yasasının 333. maddesinde ise konuya TCK.nun 417. maddesindeki gibi sınırlı bir uygulama getirilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 92. maddesi, (Neseb sahih olsun olmasın usul ve füru arasında, anababa bir veya baba bir yahut ana bir baba bir kardeşler arasında, bir kimse ile amca, dayı, hala ve teyzesi arasında, sıhriyet hısımlığını tevlit etmiş olan evlenme feshedilmiş veya ölüm yahut boşanma ile ortadan kalkmış olsa bile karı ile kocanın usul ve füruu ve koca ile karının usul ve füruu arasında, evlatlık ile evlat edinen ve bunlardan biri ile diğeri koca veya karısı arasındaki evlenmeleri kesinlikle yasaklamaktadır).

Ahlak anlayışı, toplumun yapısı ve gelişimi açısından (normatif) sayılmakla beraber, genel utancı doğuracak biçimde açıklığa çıkan ve uygulamada çokça görülen bu tür eylemlerin özel bir yaptırıma bağlanmamış olmasını TCK. açısından bir eksiklik sayıyoruz. Anımsandığı kadar, Erzurum Milletvekili Emekli General Vehbi Kocagüney'in (Aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin cinsel ilişkilerinin cezalandırılmasına ilişkin yasa önerisi) 1950 yılına kadar değişikliği nedeniyle sonuçlandırılmamıştı. Kaynak İtalyan Ceza Yasasından TCK.na alınmayış nedenini bilemediğimiz böyle bir hükmün yasamıza girmesinin uygun olacağı kanısındayız.

2 — FRANSA

● Ceza Yargılaması yasasında kapsamlı bir değişikliği sağlayacak çalışmalara başlayan komisyonun bazı konuları saptadığı bildiriliyor. Örneğin : gözaltına alma ve geçici yakalama daha geniş bir yargı denetimine bağlanacak.

● Yürürlükteki yasa hükümlerine göre Ağır Ceza Mahkemelerinden verilen hükümlülük kararlarına karşı istinaf yolu yoktu ve ancak temyiz yoluna başvurulabilmekteydi. Komisyon, her istinaf mahkemesi yanında ceza mahkemeleri kurulmasını öneriyor.

● Ulusal düzeyde adli yanılıgıları gözden geçirecek bir mahkeme kurulması da öneriler arasında. Bu günkü uygulamada, hükümlü bir adli yanılıgıya uğradığını iddia ederse Adalet Bakanlığı bu konuda Temyiz Mahkemesine başvurup vurmamakta yetkiliydi. Komisyon taslağında bu konuda kesin olarak karar alma yetkisi Adli Yanılıgıları İnceleme Mahkemesi'ne verilmektedir. Bu mahke-

me gerekirse hükümlüye ödence verilmesinde de karar alabilecek ve bu incelemelerde yeni kanıt aramıyacaktır.

● Yürürlükteki yasaya göre üç yıldan fazla hapis cezasına hüküm giymiş olanların koşullu olarak salıverilmelerine karar vermek Adalet Bakanlığının yetkisindeydi, C.Savcılıklarının önemli (vahim) sayılacak suç faillerinin izin isteklerini reddetme yetkisi de vardı. Komisyon her Ağır Ceza Mahkemesi çevresinde, koşullu salıverme, izin ve cezaların yerine getirilmesine ilişkin konularda karar vermeye yetkili olmak üzere, Ceza İnfaz Hâkimi'nin başkanlığında iki üye ile oluşacak (Cezaların Yerine Getirilmesi Mahkemesi) kurulmasını öneriyor. Mahkeme kararlarını, C.Savcısını ve hükümlü vekilini dinledikten sonra verecek.

3 — İNGİLTERE (İskoçya)

● İskoçya Yasalar Komisyonu, aralarında evlenme yasağı bulunanların cinsel ilişkileri ile ilgili 1567 tarihli Yasanın 18. faslında yeni bir düzenleme yapılmasına ilişkin olarak hazırladığı raporunda : Yürürlükteki yasada usul ve fûru, kardeşler, amca, dayı, hala, teyze yiğenler arasında, kan bağılılığı gerekçesine dayanan yasağı, evlat edilen ve edinen ile üvey ana veya baba - üvey evlat ve kayınpeder - kayınvalde ile gelin - damat gibi evlenmeden doğan yakınlarla da yaymayı düşündüğü görülmektedir. Bu suç için yaşam boyu hapse kadar öngörülen cezadan, evlenmeden doğan yakınlar açısından indirim yapılabilecektir.

● Hükümlülerin koşullu salıvermeden hangi koşullarda yararlanabilecekleri ve ne gibi durumlarda bu haklarını yitireceklerini açıklayan, ceza evlerinde uyulması gereken kuralları içeren bir el kitabının tutuklu ve hükümlülere ceza evine girdikleri anda dağıtılması uygun görülmüştür.

4 — İTALYA

29 Temmuz 1981 Tarihli ve 406 sayılı Yasa, plâk, kaset ve manyetik band gibi ses kayıt araç ve gereçlerinin yasal olmayan yollarla ticaret amacı ile çoğaltılmasını 3 aydan 3 yıla kadar hapis ve 500.000 - 600.000 liralık ağır para cezası ile ve önemli (vahim) durumlarda altı aydan olmamak koşulu ile hapis ve bir milyon liralık para cezası ile yaptırıma bağladı.

5 — LÜKSEMBURG

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi doğrultusunda, haksız yere tutuklanan kişilere ödence verilmesine ilişkin yasa yürürlüğe girdi.

6 — NORVEÇ

● Uyuşturucu maddelere bağlı eylemlerin denetimi amacıyla telefon konuşmalarının dinlenmesi ve benzer önlemlerin alınmasına ilişkin 99 sayılı ve 17 Aralık 1976 tarihli Yasanın 5 yıl daha yürürlükte kalması bu uygulamadan alınan olumlu sonuçlar nedeniyle uygun bulundu ve bu suçlar için uygulanmakta olan hapis cezası 10 - 15 yıl olarak yeniden düzenlendi.

● Yaşam boyu (müebbed) hapis cezası 21 yıl olarak sınırlandı.

● 12 Haziran 1981 gün ve 68 sayılı yasa ile profesyonel boks maçlarının düzenlenmesi ve Norveç'te böyle bir maça katılmak yasaklandı.

7 — YUNANİSTAN

● Adalet Bakanlığı, zina eylemini suç olmaktan çıkaran ve zina eylemini işleyen kadınla erkek arasında evlenme yasağını kaldıran bir yasa tasarısı hazırladı.

● 25 Ağustos 1981 tarihli Yasa ile Veteriner Hekim raporu olmadan yaşlı ve hasta hayvanların öldürülmesi, memeli hayvanların uyuşturulmadan kesimi yasaklanırken, hayvanlar üzerinde bilimsel araştırma ve deneylerin ancak yetkili araştırmacılar tarafından yapılması sağlandı.



HALİL HİLMİ ERDEM'İN ARDINDAN

Dr. Sami SELÇUK (*)

Yargıtay Üyesi Halil Hilmi Erdem'i (1921-1982), 26 Ekim 1982 günü masası başında yitirdik.

O'nu, ilk kez, bundan 18 yıl önce, yanılmıyorsam, yine bir ekim sabahı, Akşehir'de tanıdım. Gözlerimin içine bakarak :

— Sizi dündenberi tanıyorum, demişti. Bir gün önce, Anadolu'nun bir ilçesinde yıllar önce birlikte çalıştığı bir akrabamla görüşmüştü.

O günden bu yana o sıcak ve etkileyici sesini hiç unutmamışım.

O'nun gelişyle Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi; kıvrak zekâlı, bilgili, kavrayışlı, önyargısız ve tartışmaya açık, ölçülü ve yetkin bir başkan kazanmıştı. Kısa sürede belli olmuştu bu. Ama değerlendirebilenler için, kuşkusuz en çok kazançlı çıkanlar, meslektaşları ve dostlarıydı. İşte o mutlulardan biri de bendim. Çünkü O'nda sevecen bir ağabeyin dostluğunu, bilgili ve örnek bir yargıcın simgesini bulmuştum.

O'nu en çok etkileyen kişilerden birisi, hiç kuşkusuz yıllarca yargıçlık yapan rahmetli babasıydı Cübbesini kutsal bir bayrak gibi geleceğin bu büyük yargıcına bırakırken :

— Oğlum, demişti, bu cübbeyi sana tertemiz bırakıyorum, onu sakın kirlletme.

Babasının bu onurlu sesi, O'nun kulağında sık sık çınlamıştır. Mesleğinde, gösterdiği dürüstlikle yücelmiş, yalnızca bilgi ve alın-terine güvenerek yükselmiştir.

İlk mahkeme yargıcı olarak görev yaparken, iddia ve savunmanın önemini özenle tartmış, olanca yantutmazlığıyla adalet dağıtmış; Yargıtay üyesi olduğu sürece hükümlüyle başbaşa kaldığı ve ceza vermenin her zaman adalet olmadığı bilinciyle davranmış-

(*) Yargıtay 6.CD. Üyesi.

tır. Soluksuz, renksiz, katı ve tek boyutlu bir adalet anlayışına hep uzak kalmıştır. Görüşlerini, bu yaklaşım ve ölçüler içinde yığıtçe savunmuş, inancı doğrultusunda yeterince yandaş bulamadığı zaman, görevini hakkıyla yaptığı hâlde, aşırı duyarlılığı, O'nun insancıl adalet sancısıyla çarpan yüreğini gittikçe zayıflatmıştır. Nitekim bu tedirgin yürek, fazla dayanamamış, bir ekim günü ansızın duruvermiştir. Hem de merhumun titizlikle uyguladığı «herkese yardımcı olmak, ama hiç kimseye yük olmamak» ilkesi gereğince, bir imdat çılığı bile atmadan; yavaşça, sessizce.

Adalet, etik, hukuksal ve toplumsal değerlere göre oluşup katarıldığında, kuşkusuz «vicdan en yumuşak yastıktır.» Merhum Halil Hilmi Erdem, işte, hep böyle bir yastıkta yatmayı özlemiş ve düşlemiştir. Herkes ve her yargıç için, ardından koşulmaya değer bir özlemdir bu.

«Âdil insan, hasenatı seyyiatına galip kimse» diye tanımlanmıştır. Bu gerçekçi bir tanımdır. Çünkü «seyyiatsız» insan yoktur, yeryüzünde. Besbelli bugüne değin de bulunamamıştır. Ama rahmetli Halil Hilmi Erdem, bu gerçekçi tanımlı çürüten öylesine üstün ve iyi bir insan, adıyla kişiliği öylesine uyumlu bir erdem anıydı ki, ikiyüzlülükten, yalancılıktan, fırsatçılıktan, vebadan kaçarcasına, tiksiniyordu. Bir gün yolda bulduğu 100 lirayı karşısına çıkan ilk dilenciye vermiş, zavallı adam dua etmeye başlayınca, onun sevinçten parlayan gözlerine bakarak :

— Ben bu parayı yolda buldum, bana değil, düşürene dua edin, bu onun hakkıdır, demişti.

Doğa yasasına karşın, yaşam dolu ve adalet yüklü bu büyük yargıcı bir daha göremeyeceğinizi bilmek, ardından yazı yazmak, gerçekten güç ve acı. Yapabileceğiniz tek şey, göz yaşlarınızı yüreğinize O'nunla birlikte gömmektir.

Işıklar içinde yatsın.

**YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR
YİTİRDİKLERİMİZ**

Derleyen : Ali Rıza GENİŞ (*)

● ● **YENİ SEÇİLENLER**

● **İBRAHİM UĞURLU**

1921 yılında Kozan'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1942'de bitirdikten sonra, Kandıra Hâkim Yardımcısı olarak ilk meslek hayatına başlayan Uğurlu, sırasıyla Siverek, Kızılcahamam Ceza Hâkimlikleri görevlerinde de bulunmuştur.

28.5.1962 tarihinde Yargıtay'a seçilen İbrahim Uğurlu, aynı çatı altında Cumhuriyet Savcılığı da yapmıştır. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi bulunduğu sırada, aynı dairenin başkanlığına 18 Eylül 1978'de birinci kez, 4.10.1982 günü de ikinci kez seçilmiştir.

● **TARIK BAŞBUĞOĞLU**

Viranşehir 1925 doğumlu Başbuğoğlu, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1947 yılında bitirdikten sonra, Alucra C.Savcısı olarak 1952'de mesleğe girmiş ve bu mesleğini sırasıyla Lice Hâkim Yardımcılığı, Elazığ Hâkimliği, Ankara Hâkimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

16.9.1973 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Tarık Başbuğoğlu, Onbirinci Hukuk Dairesi Üyeliği görevini sürdürdüğü bir sırada 4.10.1982 günü aynı dairenin başkanlığına seçilmiştir.

● **NECMETTİN EKREM ALPDOĞAN**

Sarıkamış 1341 doğumlu Alpdoğan, 1948-1949 öğretim yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 7.3.1953 günü Osmaniye Hâkim Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlamıştır. Daha sonra sırasıyla; Gürpınar Hâkim Yardımcısı, Ağrı Müstemir Hukuk Hâkimi ve Sulh Hâkimi, Erciş Tapulama Hâkimi, Kadirli Tapulama Hâkimi, Amasya Sulh Hâkimi ve Amasya Hâkimi olarak görev yapmıştır.

Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi olarak görevini sürdürdüğü bir sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Necmettin Ekrem Alpdoğan, Ondördüncü Hukuk Dairesi üyesi olarak görev yapmaktadır.

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

● MEHMET NİHAT ARYOL

1928'de Beypazarı'nda doğmuş, 1950 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1954'de Çatalzeytin Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Aryol, bu görevini sırasıyla Çan Hâkim Yardımcılığı ve Sorgu Hâkimliği, Kelkit Gezici Arazi Kadastro Hâkimliği, Adalet Müfettişliği, Yüksek Hâkimler Kurulu Müfettiş Hâkimliği ve Müfettiş Hâkimler Kurulu Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı olarak görev yaptığı bir sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Nihat Aryol, Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● RESUL ASLANKÖYLÜ

1938 yılında Aslanköy'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1961'de bitirdikten sonra, Lice Hâkim Yardımcısı olarak 1965 yılında mesleğe başlamıştır. Sırasıyla Mut Hâkim Yardımcılığı, Mut Sorgu Hâkimliği, Mut Hukuk Hâkimliği ve Tarsus Hukuk Hâkimliği de yapmıştır.

Mersin Asliye Hukuk Hâkimi iken 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Aslanköylü, halen Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● SEYFETTİN ÇETİNELİ

1933 yılında Balıkesir'de doğmuş, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1961'de bitirmiştir. İlk mesleğe Çelikhane Hâkim Yardımcısı olarak başlayan Çetinelli, Şarkışla Sorgu Hâkimi, Ayancık Hukuk Hâkimi, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Seyfettin Çetinelli, halen Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● MEHMET DEMİRTÜRK

Yozgat 1930 doğumlu Demirtürk, 1955'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 30.7.1958 günü Silvan Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlamıştır. Sırasıyla Kozaklı C.Savcı Yardımcısı, Şarkikaraağaç C.Savcısı, Turhal C.Savcısı, Burdur Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi, Burdur Hâkimliği ve Hukuk Hâkimliği, Yenimahalle Hâkimi ve Hukuk Hâkimliği de yapmıştır.

Yenimahalle Asliye Hukuk Hâkimi olarak görev yaptığı bir sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Demirtürk, halen Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● SAİM DİNÇASLAN

1930 yılında Pınarbaşı'nda doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1954'de bitirdikten sonra, Şırnak Hâkim Yardımcısı olarak 1956'da ilk mesleğe başlayan Dinçaslan, daha sonra mesleğini Şırnak Hâkimi, Çamardı hâkimi, Yeşilhisar C.Savcısı, Altıntaş Hâkimi, Develi Hukuk Hâkimi ve Ankara Hâkimi olarak sürdürmüştür.

21.9.1982'de Yargıtay Üyeliğine seçilen Saim Dinçaslan, halen Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● HAMDİ DOĞAN

Akçadağ 1932 doğumlu Doğan, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1961 yılında bitirdikten sonra, 1962 Mayısında Göynücek C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Sivas C.Savcı Yardımcısı ve Yargıtay C.Başsavcı Yardımcısı yaparak sürdürmüştür.

21.9.1982 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Hamdi Doğan, halen Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● MUAMMER ELÇİN

1933 yılında Muğla'da doğmuştur. 1957'de Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitiren Elçin, 1960 yılında Akçakale Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır. Daha sonra Gülnar Hukuk Hâkimliği, Dinar Hâkimliği ve Alanya Hukuk Hâkimliği görevlerinde de bulunan Muammer Elçin, İzmir Asliye Hukuk Hâkimi olarak görev yaptığı bir sırada 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiş ve halen Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

● CAVİT GENÇKAYA

1936 yılında İzmit'de dünyaya gelen Gençkaya, 1959'da Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 29.9.1962 günü Tortum C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır. Daha sonra bu mesleğini Erciş Ceza Hâkimi, Iğdır Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı ve Nevşehir Ceza Hâkimi olarak sürdüren Cavit Gençkaya, Trabzon Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı da yapmıştır.

21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine Seçilen Gençkaya, halen Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● TÜRKÂN GÜVEN

1938 yılında Kilis'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitiren Güven, 1960 yılında Mardin Sorgu Hâkimi olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini sırasıyla; Mersin Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi, Mersin Sulh Hâkimi ve Mersin Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi olarak sürdürmüştür.

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi bulunduğu sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Türkân Güven, aynı dairede üye olarak görev yapmaktadır.

● CAHİT KARAKOÇ

1930 Bartın doğumlu Karakoç, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1953 yılında bitirdikten sonra, 1955'de Posof Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlamış ve sırasıyla; Alaplı Hâkim Yardımcısı, Ulus C.Savcısı, Zonguldak C.Savcı Yardımcısı, İstanbul C.Savcı Yardımcısı ve İzmir C.Savcı Yardımcısı görevlerinde bulunmuştur.

İzmir C.Savcısı olarak görev yaptığı bir sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Cahit Karakoç, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● SADETTİN KIYMAZ

1335 Karaman doğumlu Kıymaz, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1940-1941 öğretim yılında bitirdikten sonra 1946'de Taşköprü Hâkim Yardımcısı olarak göreve başlamıştır. Polatlı, Kozan C.Savcılığı, Yargıtay Raportörlüğü, Ankara C.Savcı Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü Müşavirliği ve Başmüşavirliği ile aynı Bakanlık Kanunlar Araştırma - Planlama Genel Müdürlüğü Başmüşavirliği görevlerinde de bulunmuştur.

Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi olarak görev yaptığı bir sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Sadettin Kıymaz, Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● Dr. SAMİ SELÇUK

Taşkent - Konya 1937 doğumlu Selçuk, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, 2.8.1962'de Sütçüler C. Savcı Yardımcısı olarak ilk mesleğe başlamış ve bu mesleğini Akşehir C.Savcı Yardımcısı ve Yenice C.Savcısı olarak sürdürmüştür.

1967-1968 yıllarında ve Fransa'da Ceza Çektirme Kurumlarını incelemiş, 1968'de Paris Dil Okulu ile 1974-1975 yıllarında da öğrenim gördüğü Paris Uluslararası Kamu Yönetimi Enstitüsü'nü bitirmiştir.

Daha sonra Ankara Hukuk Fakültesi'nde doktorasını yapan Selçuk, Yargıtay C.Başsavcı Yardımcısı olarak görev yaptığı bir sırada 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

Fransızca ve İtalyanca bilen Dr. Sami Selçuk'un «Dolandırıcılık 1982» adlı kitabı ile yurt dışında ve içinde yabancı dilde ve Türkçe olarak yayınlanmış inceleme yazıları bulunmakta ve halen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● HÜSEYİN ÖZKAN SÜNER

1937 yılında İzmit'de doğmuş, 1960'da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 1964 yılında Iğdır Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Süner, sırasıyla Şereflikoçhisar Tapulama Hâkimliği, Kastamonu Hâkimliği, Düzce Hâkimliği ve Sakarya Hâkimliği yapmıştır.

Adapazarı Asliye Hukuk Hâkimi bulunduğu bir sırada, 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hüseyin Özkan Süner, halen Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● NAMIK KEMAL YALÇINKAYA

İzmir 1934 doğumlu Yalçinkaya, 1962 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Bayat Hâkim Yardımcısı olarak 1964'de mesleğe başlamıştır. Daha sonraları Fethiye Hâkimi, Kars Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, Ankara Hâkimi olarak da görev yapan Namık Kemal Yalçinkaya, Ankara Asliye Hukuk Hâkimi iken 21.9.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

«İngiliz Hukuku» adlı yayınlanmış eseri bulunan Yalçinkaya, halen Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görev yapmaktadır.

● ZEKÂİ ÖZDİL

1925 yılında Kayseri'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1946 yılında bitirdikten sonra 1949 yılında Bergama Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve sırasıyla Kızılcahamam Sorgu Hâkimliği, Konya Tapulama Hâkimliği ve Adalet Müfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

18 Eylül 1973 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve halen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunan Özdil, 26.11.1982 günü Cumhurbaşkanınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asil üyeliğine seçilmiştir.

● ALİ NEVZAT ODYAKMAZ

1923 yılında Erzincan'da doğan Odyakmaz, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1950 yılında bitirdikten sonra, Edirne Hâkim Yardımcısı olarak 1953'de mesleğe başlamıştır. Espiye C.Savcılığı, Adapazarı C.Savcı Yardımcılığı, Bilecik ve Balıkesir C.Savcılığı da yapan Odyakmaz, 20.5.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilmiştir.

«İçtihatlı Ceza Kılavuzu», «Cezaların Tertip Ve Sırası», «Katın Varsa», «Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar Ve Çözüm Yolları», «Sendika Ve Toplu Sözleşme Hukuku», «Kat Mülkiyeti Ve Kira Sorunları», «Uygulamalı Türk Ceza Yasası - İnfaz Yasası» adlı yayınlanmış eserleri bulunan ve halen Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi bulunan Ali Nevzat Odyakmaz, 26.11.1982 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu yedek üyeliğine seçilmiştir.

● ● EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

● CELÂL MEMİŞOĞLU

1917 yılında Hemişin'de doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941 yılında bitirdikten sonra 1945'de Çiçekdağı C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe girmiş ve sırasıyla Bulancak C.Savcı Yardımcılığı, Yargıtay Raportörlüğü, Samsun Asliye Hukuk Hâkimliği, Ankara Asliye Hukuk Hâkimliği, Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

23 Eylül 1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Celâl Memişoğlu, 10.9.1982 günü yasal yaş sınırı nedeniyle Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi Üyeliğinden emekliye ayrılmıştır.

● ŞAHABETTİN KİTAPÇI

1917 yılında Samsun'da doğan Kitapçı, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1938 de bitirdikten sonra 1940 senesinin Mayıs ayında Varto Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini; Maçka, Çarşamba C.Savcılıkları, Tokat Ceza Hâkimliği yaparak sürdürmüştür.

Bir ara 11. dönem Milletvekilliği de yapan ve Kurucu Meclis Üyeliğinde de bulunan Şahabettin Kitapçı, 1.11.1982 günü yasal yaş sınırı nedeniyle Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliğinden emekli olmuştur.

● SELÂHATTİN ERSÖZ

Adana 1917 doğumlu Ersöz, 1939'da Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, 31 Aralık 1941 yılında Gediz C.Savcı Yardımcısı olarak mesleğe başlamış ve bu mesleğini Acıpayam, Emet, Kütahya, Afyon C.Savcı Yar-

çımcılıkları, Adalet Müfettişliği, Nevşehir, Kütahya, Ordu, Afyon C.Savcılıkları yaparak sürdürmüştür.

22.6.1962 günü Yargıtay C.Savcılığı görevi ile Yargıtay'a intisap eden, Selâhattin Ersöz, Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Üyeliğinden 5.12.1982 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● MUSTAFA SUAT İNCE

1934 yılında Milas'da doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1959 yılında bitirdikten sonra, Arpaçay, Karaköse, İpsala C.Savcı Yardımcılıkları ve Hâkimliklerinde bulunmuştur.

Yargıtay'ın çeşitli dairelerinde de Tetkik Hâkimliği yapan Suat İnce, 5.10.1982 günü kendi isteğiyle Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden emekli olmuştur.

● ● YİTİRDİKLERİMİZ

● KADİR KARAHASANOĞLU

1919 yılında Tirebolu'da doğmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1941'de bitirdikten sonra, 31.5.1944 günü Pertek Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Karahasanoğlu, Malazgirt Sulh Hâkimliği, Gümüşhacıköy Hâkimliği, Rize Ceza Hâkimliği, Merzifon C.Savcılığı, Ünye Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Ankara Hâkimliği görevlerinde de bulunmuştur.

1969 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Kadir Karahasanoğlu, Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi iken 20.9.1982 günü yaşama gözlerini kapamıştır.

● HALİL HİLMİ ERDEM

1921 yılında Finike'de doğmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1945'de bitiren Erdem, sırasıyla Çarşamba Sorgu Hâkimliği, Akkuş, Kadınhanı, Dinar Hâkimlikleri, Akşehir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı yapmıştır.

Ankara Hâkimi olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu Yetkili Tetkik Hâkimi iken Yargıtay Üyeliğine seçilen Halil Hilmi Erdem, Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görev yaptığı bir sırada 26.10.1982 günü vefat etmiştir.

● ALİ SALİM YAMAN

Afyon 1923 doğumlu Yaman, Ankara Hukuk Fakültesi'ni 1943-1944 ders yılında bitirdikten sonra, 1948 yılında Sorgun Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlamıştır. Görevini Sorgun, Koçarlı C.Savcılığı, Adalet Müfettişliği ve Başmüfettişliği, Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğü ile aynı Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı yaparak sürdürmüştür.

Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcılığı görevini yürüttüğü sırada, 20.5.1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Ali Salim Yaman, İkinci Ceza Dairesi Üyesi iken 30.10.1982 günü vefat etmiştir.

Yeni seçilen : UĞURLU, BAŞBUĞOĞLU, ALPDOĞAN, ARYOL, ASLAN-
KÖYLÜ, ÇETİNELLİ, DEMİRTÜRK, DİNÇASLAN, DOĞAN, ELÇİN, GENÇ-
KAYA, GÜVEN, KARAKOÇ, KIYMAZ, SELÇUK, SÜNER, YALÇINKAYA,
ÖZDİL ve ODYAKMAZ'a yeni görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle de
aramızdan ayrılan : MEMİŞOĞLU, KİTAPÇI, ERSÖZ'e yeni yaşamlarında
sağlıklı günler, yitirdiğimiz : KARAHASANOĞLU, ERDEM ve YAMAN'a da
Tanrı'dan rahmet dileriz.